

eslr
ELSA Spain
Law Review

ELSA Spain Law Review

SEGUNDA EDICIÓN
2016/2017

elsa

The European Law Students' Association

SPAIN

2017, Número 2

THE ELSA SPAIN LAW REVIEW

Es una publicación de:



The European Law Students' Association
SPAIN

Con la colaboración de:



Institut de Drets
Humans de Catalunya



NUEVO
DERECHO
Creare Scientia in Ius



Law&Trends
Best Lawyers, more Justice

The European Law Students' Association – ELSA Spain

ELSA Spain es el grupo nacional de *The European Law Students' Association* (en adelante, “ELSA”) en España, como organización internacional, independiente, apolítica y sin ánimo de lucro; creada y gestionada *por y para* estudiantes. Fundada por cinco estudiantes de Derecho en 1981, procedentes de Austria, Hungría, Polonia y Alemania occidental, ELSA es hoy la mayor asociación de estudiantes de Derecho del mundo, representada en más de 300 facultades y 43 países europeos, cuenta con más de 42.000 estudiantes y jóvenes juristas socios. ELSA está compuesta por estudiantes de Derecho y jóvenes juristas interesados en la excelencia académica y personal y ofrece a sus miembros una plataforma perfecta para el desarrollo de sus habilidades existentes, así como para adquirir nuevas y conocer y relacionarse con estudiantes y profesionales del Derecho de toda Europa.

ELSA (The European Law Students' Association) is an international, independent, non-political, non-profit-making organisation run by and for students. It is comprised of students and recent graduates who are interested in academic and personal excellence in addition to their studies at their universities. ELSA offers law students a perfect platform to develop their existing skills, acquire new skills and meet fellow students and legal professionals throughout Europe. Five law students from Austria, Hungary, Poland and West Germany founded ELSA in 1981. Today ELSA is the world's largest independent law students' association and it is represented at nearly 300 law faculties in 43 countries across Europe with membership in excess of 42.000 students and young lawyers. ELSA offers to its members a perfect platform to contribute to the development of their skills.

The ELSA Spain Law Review (ESLR)

La ELSA Spain Law Review (en adelante “ESLR”) es un proyecto editado y publicado por el grupo nacional español de ELSA. La ESLR pretende convertirse en un foro abierto para que los estudiantes de Derecho y jóvenes jurista, de España y de otras partes de Europa y de América, contribuyan al análisis jurídico y tengan la posibilidad de ver sus trabajos publicados. Es una plataforma de difusión internacional, que aglutina contribuciones tanto en español como en inglés.

The ELSA Spain Law Review (hereinafter “ESLR”) is a student-edited and peer-reviewed law journal published by Spanish Nation Group of the European Law Students' Association (ELSA). The ESLR strives to create an open forum for legal analysis and discussion and it serves as an international platform through which engaged law students and graduates and young legal professionals can showcase their legal research. Additionally, the ESLR aims to provide an enthusiastic international readership with access to scholarly discussion of contemporary legal issues, exposure to which they may otherwise not have.

ELSA SPAIN LAW REVIEW

Es una publicación de
The European Law Students' Association (ELSA) Spain
representada por

Directora

Araceli Casamayor De Blas

Subdirector

Eduard Ariza Ugalde
José Ignacio Herce Maza

Equipo Editorial

Luis Jorge Conde Martín
Janet Nikova
Manuel Delgado Meroño
Manuel David Martín Rodríguez

Vicepresidentes de Marketing de ELSA Spain

Eulàlia Roca Grau

Vicepresidentes de Actividades Académicas de ELSA Spain

María Varela Suárez

All rights reserved. No part of the material protected by this copyright notice may be reproduced, utilised in any form or by any means electronic or mechanical, including photocopying, recording or storing in a retrieval system or transmitted in any form or by any means without the prior permission of the Vice President for Academic Activities of ELSA International. The views expressed by the authors are not necessarily those of the publishers.

The publication may be cited as ELSA Spain L.R., 2017, No. 2.

Copyright © The European Law Students' Association Spain and the authors

Tabla de contenidos/ Table of contains

PRÓLOGO	7
Agradecimientos especiales	8
Transferencia internacional de datos de carácter personal	9
<i>Darío López Rincón</i>	
El Nuevo Régimen Fiscal de las Sociedades Civiles con Objeto Mercantil y de las Sociedades Profesionales.....	15
<i>María Zabala y Jaime Clemente</i>	
El Costo Social de la Acción de Tutela.....	27
<i>Felipe Nova Delgado</i>	
El paisaje y la intervención humana: especial referencia al caso de la Comunidad Valenciana.....	39
<i>Jaime Clemente Martínez</i>	
The concept of ‘theatricality’ in legal performance with respect to musicians and the way they engage with the law.....	51
<i>Janet Nikova</i>	
El impuesto sobre transmisiones patrimoniales en las adquisiciones a particulares de artículos de oro y joyería.....	63
<i>Jesús Puntas Mata</i>	
La interrupción voluntaria del embarazo. Crónica de una (r)evolución	69
<i>Carles Aumedes i Buch</i>	
Norma in-¿“justa”?.....	84
<i>Zaira López Martín</i>	
La Ejecución de la Pena de Prisión Permanente Revisable	88
<i>Marina Lucía Valles</i>	
Contact with the outside world: perspectives on family life from Norwegian and Spanish prisons	114
<i>Kimberly Jade Townend</i>	
Gestación por sustitución, visión del panorama actual	128
<i>Luis Jorge Conde Martín</i>	
Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos: Un enfoque global en la protección de Datos Personales en la Unión Europea.....	142
<i>Araceli Casamayor de Blas</i>	
Esclavitud y racismo en las Leyes y la Jurisprudencia de EE.UU.....	158
<i>Eduard Ariza Ugalde</i>	

Why do I defend the resistance theory?.....	169
<i>Manel Aterias Luque</i>	
La cláusula de integración en la contratación internacional.....	179
<i>Manuel David Martín Rodríguez</i>	
La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Jurisprudencia: comparación de las posturas de la Fiscalía General del Estado y del Tribunal Supremo	186
<i>Raúl Castro Caballero</i>	
The English law of involuntary manslaughter in cases where death arises from misuse of drugs is in need of reform.....	190
<i>Michael Stedman Bernal</i>	
EQUIPO EDITORIAL.....	200
CONSEJO ACADÉMICO.....	207

Prólogo

Estimados lectores,

Por más ilusiones que acompañen al lanzamiento del proyecto de una asociación estudiantil, su continuidad siempre se halla al filo del riesgo de lo entredicho. Así pues, haber sacado adelante una 2ª edición de *ELSA Spain Law Review* nos parece al Equipo Editor un signo halagüeño que esperamos sea capitalizado con orgullo por todos los *elsianos* y *elsianas* que hayan tomado parte directa en su publicación o no.

Para subir otro eslabón de calidad, en esta ocasión la revista ha hecho un gran esfuerzo por profesionalizarse. Este año hemos logrado conformar un consistente Consejo Académico integrado por profesores universitarios de distintas áreas de Derecho, lo que nos ha permitido incrementar tanto la seguridad como la calidad de las correcciones, pero sobre todo confiere a nuestra publicación una imagen de seriedad. En paralelo a este proceso se han iniciado los trámites para indexar la ESLR, un proceso largo y difícil, que esperamos pueda tener éxito próximamente. También estamos tratando de dar cabida a un espacio anglófono en sus páginas lo que siempre da un corte más internacional, aunque sin renunciar en ningún momento a su carácter nacional.

Estos y otros pasos creemos han sido clave para que diversas entidades se hayan interesado por la revista, ya no desde la simpatía paternalista que suelen despertar los proyectos estudiantiles, sino con la admiración del éxito juvenil tan inesperado en nuestra sociedad. Particularmente nos sentimos muy orgullosos de poder contar en esta edición con el apoyo de entidades como el Institut Humans de Dret de Catalunya, la Universidad Jaume I o Law and Trends. No nos alegramos menos de haber renovado nuestro acuerdo un año más con publicaciones universitarias de Latinoamérica, como *Vniversitas* y *Nuevo Derecho*.

Ya cruzada la puerta del tercer milenio, con las sociedades y las personas habituándose a su umbral, las nuevas realidades sociales inciden más que nunca en la forma de entender las leyes en las materias a las que estas se espera den respuesta. En especial se ven alterados el contenido y alcance de diversos Derechos Humanos como la intimidad, el honor, la protección de datos, la reproducción o la vida... En ninguna de sus vertientes ELSA olvida su compromiso con la defensa de la dignidad humana y si bien no hemos querido ceñir la ESLR a la temática concreta de los DDHH sí creemos que la escritura doctrinal, joven o madura, siempre propicia un espacio de reflexión e intercambio de ideas, en este caso sobre la Ley. Y a fin de cuentas, reflexionar sobre la Ley, sea cual sea la vertiente, es reflexionar sobre la sociedad y el ser humano.

Nos despedimos este año confiando en que el *ELSA Spirit* hará posible la continuidad de este proyecto y que en 2018 veremos una 3ª edición de la ESLR, en 2019 una 4ª y así sucesivamente.

Equipo Editorial

Agradecimientos especiales

El Espacio Jurídico de Estudios Laborales presta un servicio de orientación y asesoramiento formativo destinado principalmente a los estudios jurídicos en materia laboral y de análisis del mercado de trabajo, dirigido fundamentalmente a estudiantado y *alumnis* de la UJI.

En definitiva, se trata de un foro de estudio, formación, orientación, asesoramiento e investigación formado por un equipo de especialistas y expertos que conoce y analiza la actualidad socio-laboral.



Transferencia internacional de datos de carácter personal

DARÍO LÓPEZ RINCÓN

Universidad Carlos III de Madrid – En clave de Derecho

Resumen

En el presente artículo se expone, de la manera más explicativa y concisa posible, esta cuestión técnico-jurídica denominada transferencia internacional de datos, centrándose en tres cuestiones principales a modo de apartados: definición y concreción del fenómeno, regulación, y supuestos que se consideran incluidos.

El gran desarrollo tecnológico que ha permitido crear un mundo completamente interconectado en tiempo real, conocido por muchos como la nueva **era digital**, ha supuesto también el descubrimiento de un nuevo recurso de valor estratégico, igual de trascendental en el ámbito económico, que los combustibles fósiles o cualquier depósito mineral, como es el **dato de carácter personal** y sus infinitas posibilidades para el sector publicitario, al poder personalizar e individualizar completamente los anuncios que se muestran en cualquier sitio web o espacio virtual, a través de la gestión masiva y automatizadas de datos (**big data**¹).

Palabras clave: transferencia internacional, LOPD, EEE, *Safe Harbor*, datos de carácter personal.

Abstract

This article explains, in the most clearly and concise way possible, this technical-legal issue called international data transference, focusing on three main issues: definition and concretion of the phenomenon, regulation, and assumptions considered included.

The great technological development that has made it possible to create a completely interconnected world in real time, known by many as the new digital era, has also meant the discovery of a completely new resource, just as transcendental in the economic field, that fossil fuels or any kind of mineral, such as the personal data and its infinite possibilities for the advertising sector, being able to personalize and completely individualize the ads that are displayed on any website, through mass and automated data management (Big data).

Keywords: international transfer, LOPD, EEE, *Safe Harbor*, personal data.

¹ Para más información se puede consultar mi propio artículo sobre Internet de las Cosas y Big Data - <https://enclavedederecho.com/internet-de-las-cosas-y-big-data/>

¿Qué es la transferencia internacional de datos?

Se define de una manera pormenorizada en el artículo 5.1.s del Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos (RLOPD) como: *Tratamiento de datos que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español. Para poder comprender este asunto, cabe, a su vez, definir los elementos claves que componen este concepto:*

- **Espacio Económico Europeo (EEE):** zona geográfica conformada por los estados miembros de la Unión Europea y los integrantes del **Tratado Europeo de Libre Comercio** o **European Free Trade Agreement (EFTA): Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza**; aunque este último, a pesar de ser miembro de esta organización, no se encuentra integrado en el espacio económico común.
- **Cesión o comunicación de datos:** tratamiento de datos que supone su revelación a una persona distinta del interesado. El acceso a los datos por parte de un tercero para la prestación de un servicio necesario para que el encargado del tratamiento lleve a cabo su labor, no supondría una cesión, ya que se encontraría exonerado (**Art 12.1 LOPD**); por lo que todo aquel que ceda o comunique datos fuera de este supuesto tasado, pasará a ser considerado como responsable (obligado) de esos datos con respecto a toda la normativa sectorial.
- **Tratamiento de datos:** cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.
- **Responsable del fichero o del tratamiento:** persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente, ya que eso lo lleva a cabo el encargado por cuenta y en nombre del responsable.

Adicionalmente, se debe mencionar a los sujetos que llevan a cabo esa transferencia internacional, tanto en el origen, como en el destino:

- **Exportador:** persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo situado en territorio español que realiza una transferencia de datos de carácter personal a un país tercero.

- **Importador:** persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo receptor de los datos, en caso de transferencia internacional de los mismos a un tercer país, ya sea responsable del tratamiento, encargado del tratamiento o tercero.

¿Cuál es su regulación?

A nivel europeo:

- **Artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.**

A nivel español:

- **Artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1999**, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).
- **Artículos 65 a 70 (Disposiciones generales) y 137 a 144 (Procedimiento). Real Decreto 1720/2007**, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RLOPD).

¿Qué supuestos se consideran transferencias internacionales de datos?

Partiendo de la base, expuesta en el primer apartado, de que toda comunicación realizada a un estado incluido en el Espacio Económico Europeo no se considera como una transferencia internacional, tenemos dos grandes supuestos:

1) Países con nivel de protección adecuada (Safe Harbor): aquellos estados reconocidos por la Agencia Española o por la Comisión Europea como países con las debidas garantías en materia de protección de datos. En la actualidad, la AEPD nunca ha ejercido esta competencia, por lo que es la propia Comisión la que lo determina por vía de Decisión, siguiendo los **critérios/requisitos** establecidos por el Grupo del trabajo del artículo 29 en su **documento WP 12²**:

- Existencia de mecanismos de protección de datos en el país de destino.
- Existencia de garantías para el ejercicio de los derechos de los afectados.
- Existencia de una Autoridad de protección de datos que vele por la legalidad del tratamiento en el país de destino.

² Documento de trabajo número 12 (*Work Party 12*) del Grupo del artículo 29 – http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1998/wp12_es.pdf

- Existencia de garantías aceptadas por el destinatario de los datos a través de un contrato.

Como estados considerados seguros por la Comisión en base a estas previsiones, tenemos el siguiente **listado**³: **Suiza, Canadá, Argentina, Guernsey, Isla de Man, Jersey, Islas Feroe, Andorra, Israel, Uruguay y Nueva Zelanda**. Se excluye Estados Unidos como consecuencia de la anulación de la Decisión de la Comisión Europea, en la que se declaraba como seguro, por la **Resolución del TJUE - TJCE\2015\324 (Caso Schrems**⁴); lo que ha dado lugar al nuevo Tratado entre la Unión Europea y Estados Unidos denominado **Privacy Shield**⁵.

2) Autorización de la Autoridad de Control (AEPD) en dos casos:

- **Autorización de transferencia internacional:** para poder llevar a cabo una transferencia de datos a un tercer país sin las debidas garantías, se requieren una serie de previsiones: autorización expresa del Director de la AEPD, la presentación de un contrato por escrito, basado en un modelo de cláusulas aprobadas, suscrito entre el exportador y el importador de los datos, junto con su traducción jurada.
- **Reglas de Cumplimiento Corporativo o *Binding Corporate Rules (BCRs)*:** conjunto de normas de procedimiento interno que rigen las transferencias internacionales de datos de carácter personal realizados en el seno de grupos multinacionales de empresas. Para que se realice la autorización por parte del Director de la AEPD se requiere que esos conjuntos de normas sean vinculantes para todas las empresas del grupo, así como exigibles por el ordenamiento jurídico español.

Excepciones: las recogidas específicamente en el artículo 34 LOPD:

a) Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.

b) Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.

c) Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios.

d) Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.

³ Listado de países con las debidas garantías en materia de protección de datos según la Comisión Europea – https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/transferencias_internacionales/index-ides-idphp.php

⁴ Resolución TJCE/2015/324 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵ Artículo propio sobre privacidad en internet (con mención expresa al *Privacy Shield*) - <https://enclavedederecho.com/privacidad-en-internet/>

- e) *Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.*
- f) *Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.*
- g) *Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del fichero y un tercero.*
- b) *Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público.*
- Tendrá esta consideración la transferencia solicitada por una Administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias.*
- i) *Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.*
- j) *Cuando la transferencia se efectúe, a petición de persona con interés legítimo, desde un Registro público y aquella sea acorde con la finalidad del mismo.*
- k) *Cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.*

Conclusiones

- Las transferencias internacionales son un tema capital dentro de la protección de datos, por estar a la orden del día, y por la problemática que supone el tener que valorar en cada caso, la legislación nacional que debe de aplicarse.
- Con el reciente Brexit, y tomando en consideración el tratado de Privacy Shield, en un futuro muy cercano, se empezará a trabajar en un texto que regule esta materia entre la Unión Europea y el Reino Unido.

Bibliografía

Fuentes y materiales adicionales

Agencia Española de Protección de Datos -14/12/2016
<https://www.agpd.es/portalwebAGPD/index-ides-idphp.php>

Listado de países con garantías - 14/12/2016 -
https://www.agpd.esw/portalwebAGPD/canalresponsable/transferencias_internacionales/index-ides-idphp.php

Artículo sobre Internet de las Cosas y Big Data - 12/12/2016
<https://enclavedederecho.com/internet-de-las-cosas-y-big-data/>

Artículo sobre privacidad en internet (incluido comentario del *Privacy Shield*) - 12/12/2016
<https://enclavedederecho.com/privacidad-en-internet/>

Documento de trabajo nº12 (WP 12) del Grupo del Artículo 29 - 10/12/2016
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1998/wp12_es.pdf

Legislación

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos - [DOUE-L-1995-81678](#)

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal - [BOE-A-1999-23750](#)

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal - [BOE-A-2008-979](#).

El Nuevo Régimen Fiscal de las Sociedades Civiles con Objeto Mercantil y de las Sociedades Profesionales

MARÍA ZABALA LACAMBRA Y JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ

Universidad Jaime I de Castellon

Resumen

El presente trabajo pretende abordar la problemática existente tanto en las sociedades civiles con objeto mercantil como en las sociedades profesionales. Las primeras afectadas por una reforma del año 2014 del Impuesto de Sociedades que genera una nueva problemática en la materia al no haber entrado todavía en vigor el nuevo Código de Comercio. Los conflictos en las sociedades profesionales se originaron con la Sentencia Mahou, que abrió una laguna que ha generado gran inseguridad jurídica.

Palabras clave: Sociedades civiles con objeto mercantil. Sociedades profesionales. Tributación. IRPF. IS

Abstract

The present work aims to address the problematic existing both in civil societies for commercial purposes and in professional societies. The first affected by a reform of the year 2014 of the Corporate Tax that generates a new problematic in the matter to have not yet entered into force the new Commercial Code. Conflicts in professional societies originated with the Mahou Judgment, which opened a loophole that has generated great legal insecurity.

Key words: Civil societies with mercantile purpose. Professional societies. Taxation. IRPF. IS

Índice de Abreviaturas

AEAT	Agencia Tributaria.
DGT	Dirección General de Tributos
CCom	Código de Comercio
DGT	Dirección General de Tributos
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto de Sociedades
NIF	Número de Identificación Fiscal
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto de Sociedades
LSP	Ley de Sociedades Profesionales
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomoa

1. Problemática fiscal de las sociedades civiles con objeto mercantil

La reforma producida en noviembre de 2014 sobre el Ley del Impuesto de Sociedades ha abierto un nuevo paradigma en lo referente a la problemática fiscal de las sociedades civiles con objeto mercantil.

La clave se encuentra en el nuevo artículo 7 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, donde se incluye entre los sujetos pasivos del IS a las sociedades civiles de carácter mercantil, en concreto, se señala que serán contribuyentes *las personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil*, por tanto ha de entenderse en sentido negativo que todas aquellas sociedades civiles cuyo objeto sí tenga naturaleza mercantil deberán de tributar por el sistema de atribución de rentas.

Esta reforma ha supuesto, en primer lugar, un problema interpretativo de gran calado puesto que tal y como afirma MARTÍN FERNÁNDEZ⁶ el legislador ha creado un concepto autónomo ya que el objeto mercantil, tal y como define el actual Código de Comercio (Ccom), sólo es propio de las sociedades mercantiles y si estas no se constituyen de conformidad con el citado Código, carecen de personalidad jurídica. Como explica este autor, para que se tribute por la vía del IS y no por el sistema del IRPF (que sería régimen que se les aplicaba anteriormente como sociedades civiles) se tiene que dar dos requisitos.

El primero de ellos se refiere a la necesidad de que haya personalidad jurídica. Así pues, se considera que las sociedades civiles tienen dicha personalidad, a efectos del IS, por su constitución en escritura pública o mediante documento privado aportado a la Administración tributaria a los efectos de la asignación del NIF. En este sentido cabe decir que según lo en el artículo 1669 del Código Civil, la sociedad civil tiene personalidad jurídica siempre que los pactos entre sus socios no sean secretos. La sociedad civil requiere, así, una voluntad de sus socios de actuar frente a terceros como una entidad. Así pues, tal y como se ha manifestado la Dirección General de Tributos en la contestación a la consulta vinculante con número 2378/2015⁷, para la constitución y obtención de la personalidad jurídica de tales no se requiere una solemnidad determinada, pero resulta necesario que los pactos no sean secretos. Por tanto, para considerarse contribuyente del Impuesto sobre Sociedades, es necesario que la sociedad civil se haya manifestado como tal frente a la Administración tributaria. También se ha reafirmado en esto la Instrucción de la AEAT de número 2015/248697⁸ al decir que se adquirirá la personalidad jurídica al presentar el documento

⁶ Javier Martín Fernández: *¿Sociedades civiles con objeto mercantil?*, 2015. Disponible en línea en: http://cincodias.com/cincodias/2015/09/03/economia/1441304182_252203.html (Consultado 4/2/2017)

⁷ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos con número 2378/2015 de fecha 28/07/2015. Disponible en línea en: http://online.elderecho.com/index.jsp?producto_inicial=*&indice=doctrina&nref=2015/156441#%2Fprentar.do%3Fnref%3D7df26319%26producto%3DI (Consultado 4/2/2017)

⁸ Instrucción de la AEAT de número 2015/248697. Disponible en línea en: http://online.elderecho.com/index.jsp?producto_inicial=*&indice=doctrina&nref=2015/248697#%2Fprentar.do%3Fnref%3D7df3cb79%26producto%3DI (Consultado 4/2/2017)

privado ante la Administración tributaria a los efectos de la asignación del número de identificación fiscal de las personas jurídicas

El segundo requisito necesario es que la sociedad civil, pese a su aparente naturaleza solamente civil, tengan objeto mercantil, considerándose como tal la realización de una actividad económica de producción, intercambio o de prestación de servicios, salvo las entidades que se dediquen a actividades agrícolas, ganaderas, forestales, mineras o de carácter profesional. Así pues, el objeto mercantil implica, según los artículos 325 y 326 del Código de Comercio, que se constituyan con la finalidad de realizar una actividad interviniendo en el mercado mediante la aportación al mismo de bienes y servicios con fines de lucro. Esto ha supuesto, por tanto, que la Ley ha establecido una calificación formal para que dichos entes tributen por el Impuesto de Sociedades y ello ha supuesto que habrá que ir caso por caso, para analizar si realmente una sociedad tiene o no carácter mercantil. Consecuentemente, ello supondrá en parte crear inseguridad jurídica en los contribuyentes que tengan este tipo de formas societarias.

Otro de los principales problemas que ha surgido de este cambio fiscal se debe a que éste se diseñó pensando en la próxima elaboración de un nuevo Código de Comercio, que actualmente solo se encuentra en fase de Anteproyecto. Por tanto, este nuevo Código supondría, en otros aspectos, que aquellas sociedades civiles dedicadas a la artesanía o la agricultura serán consideradas con objeto mercantil (tal y como se afirma en la Consideración General I-12 del Anteproyecto del nuevo CCom) y consecuentemente, tributarían por el Impuesto de Sociedades, hecho que no se producirá hasta la aprobación del anteproyecto mencionado.

Este cambio en el sistema de prestación tributaria del IRPF al IS para estos tipos societarios empieza a producir sus efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2016. Así pues, a partir de esta fecha pasan a ser contribuyentes del IS las sociedades civiles que tengan personalidad jurídica siempre que cumplan los requisitos que antes hemos señalado, es decir, que su objeto sea mercantil y, además, sus pactos no se mantengan en secreto entre los socios cuando la sociedad contrate en nombre propio frente a terceros. Por tanto, los períodos impositivos anteriores al 1 de enero de 2016 aun cuando esas sociedades civiles tengan personalidad jurídica y objeto mercantil, tributarán con el régimen de atribución de rentas.

Otro concepto que entra en conexión con las sociedades civiles de objeto mercantil va a ser su relación con las comunidades de bienes, que según el art. 392 del Código Civil se dice que *hay comunidad de bienes, cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*. Así pues, el Servicio Jurídico Regional de Andalucía en su consultivo 495/15⁹ dijo

⁹ Consultivo del Servicio Jurídico Regional de Andalucía, nº 495/15. Disponible en línea en: <http://administracion.gob.es/pagFront/espanaAdmon/directorioOrganigramas/fichaUnidadOrganica.htm?idUnidOrganica=12038&origenUO=gobiernoEstado&volver=volverFicha> (Consultado 4/2/2017)

que siempre que exista intención de asociarse para realizar una actividad estamos ante una sociedad y no ante una comunidad de bienes.

A este respecto, el Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria en su consultivo ANP 8287/2015¹⁰ considera que no vale con la distinción formal basada en la denominación que los interesados le hayan dado, sino que debe haber una calificación, porque el régimen de tributación no puede quedar al arbitrio de los asociados, sino que debe ajustarse a la naturaleza de la entidad y la actividad desarrollada. De esta forma, el servicio que en el caso de comunidades de bienes que se constituyan para poner en común dinero, bienes o industria con el ánimo de obtener ganancias y lucros comunes, realmente se trata de sociedades civiles (pese a la denominación que los socios le hubieran asignado y con efectos 1 de enero de 2016 serán contribuyentes del IS.

El cambio tributario de estas sociedades civiles con objeto mercantil va a suponer diversos efectos y consecuencias que hay que considerar individualmente, tal y como se exponen por LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES.¹¹ En primer lugar, respecto a las rentas devengadas en IRPF se basarán en el criterio de exigibilidad mientras que con el paso al IS será el criterio de devengo.

En segundo lugar, respecto a las rentas no devengadas, si se han atribuido a los socios por el criterio de exigibilidad en el IRPF pero no se hayan devengado según el criterio del IS, en esos casos, para evitar la doble imposición, se aplicará una regla especial consistente en que las rentas de la sociedad civil que se hayan incluido en la base imponible del régimen de atribución de rentas no se incluyan nuevamente en el impuesto de sociedad para su devengo. Ellos implican, en definitiva, que el cambio tributario del IRPF al IS no puede comportar que algún gasto o ingreso quede sin computar o que se impute de nuevo en otro período impositivo.

Otro efecto a considerar supone que el cambio de fiscalidad que nos ocupa es respecto al incremento del valor de los bienes, así pues, aquí se señala que las plusvalías de los bienes por generarse al cambio de régimen fiscal tributan por el Impuesto de Sociedades.

En cuarto lugar, hay que considerar que la pérdida de valor de los bienes, como no se puede deducir las pérdidas por deterioro de los bienes en el IRPF, si esa pérdida se pone de manifiesto tras el cambio de régimen fiscal, se computará como una pérdida a ingresar en la base imponible de la sociedad civil, equivalente a la que no fue deducible cuando estaba sujeta a régimen de IRPF.

¹⁰ Consultivo del Servicio Jurídico Regional de Andalucía nº495/15. Disponible en línea en: http://s03.s3c.es/imag/doc/2015-11-26/ResolucionAEAT_socciviles.pdf (Consultado 4/2/2017)

¹¹ José Antonio López-Santacruz Montes: *Memento práctico 'Francis Lefebvre' impuesto sobre sociedades*, 2016. Disponible en línea en: <http://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=P4106#%2FpresentarMemento.do%3Fhref%3D7dbdbbaa%26producto%3DU%26idFragmento%3DinicioTabla%26rnd%3D0.4508871643311194>

Especial relevancia tiene también ha tenido el sistema de contabilidad de esta sociedad civil con modificaciones que suponen más obligaciones contables para los contribuyentes.

Como consecuencia de este cambio en el tipo fiscal, los afectados pretenderán buscar una solución que les permita disfrutar del menor coste fiscal posible. Tal y como explica LABUT SERER,¹² las opciones pueden ser principalmente tres. La primera y más sencilla, sería que el contribuyente se conformara con la nueva situación fiscal que ha creado la Ley 27/2014 y que la sociedad civil con objeto mercantil de la que es titular pasara a tributar por el IS, aunque ello supondrá que la obligatoriedad de llevanza de libros de contabilidad según Código de Comercio (Ccom) y otros deberes que deben cumplir los obligados tributarios del IS.

En segundo lugar, cabe acudir a lo previsto en la disposición transitoria decimonovena de la Ley 35/2006 del IRPF, ello supone acordar su disolución y liquidación de la sociedad. En este caso, implica realizar todos los actos o negocios jurídicos necesarios para la extinción de la sociedad civil; para ello es necesario un acuerdo de disolución y liquidación debe realizarse en los seis primeros meses del ejercicio 2016 y desde la adopción del acuerdo en otro plazo de los seis meses. Esta disolución, que es voluntaria (ya que como hemos comentado puede acogerse a las otras dos opciones) tal y como afirma la empresa de asesores fiscales Planificación Jurídica¹³ será ésta la opción óptima cuando el socio trabajador es el partícipe más importante de la sociedad o cuando los otros socios son familiares que se han incluido en la sociedad civil a los efectos de reducir la presión fiscal, distribuyendo los beneficios. También será la opción más recomendable cuando los bienes de la sociedad correspondan a un socio y el resto sean únicamente capitalistas que han aportado dinero con una participación mínima que pueda ser asumida por el socio trabajador.

En tercer lugar y última opción es disolver la sociedad civil y darle una forma societaria de carácter capitalista (como ahora una S.L.). Tal y como afirma JIMÉNEZ CASTRO¹⁴, esta puede ser la determinación más recomendable cuando el empresa tiene unos altos ingresos, ya que al pasar a una sociedad de tipo capitalista se consigue cobrar mediante nómina o factura, hecho que no es posible desde una sociedad civil.

¹² Gregorio Labatut Serer: *¿Qué hacemos con las sociedades civiles con objeto mercantil?, y con las comunidades de bienes?* 2015. Disponible en línea: <http://gregoriolabatut.blogcanalprofesional.es/que-hacemos-con-las-sociedades-civiles-con-objeto-mercantil-y-con-las-comunidades-de-bienes/> (Consultado 4/2/2017)

¹³ Reforma fiscal de las Sociedades Civiles con objeto mercantil, realizado por la empresa Planificación Jurídica, 2016. Disponible en línea: http://www.planificacion-juridica.com/s/consultas/respuestas/open/2015/f_reforma-fiscal-sociedades-civiles-objeto-mercantil.php (Consultado 4/2/2017)

¹⁴ Alejandro Jiménez Castro: *La sociedad civil será nuevo sujeto pasivo del impuesto sociedades en el año 2016*. AJC Asesor Fiscal. 2015. Disponible en línea en: <http://asesoriaonlineajc.com/ya-sabes-que-vas-a-hacer-con-tu-sociedad-civil/> (Consultado 4/2/2017)

2. Problemática fiscal de las sociedades profesionales

La conflictividad en orden a la tributación de las sociedades profesionales nace a partir de la Sentencia Mahou, haciéndose extensivo la consideración de la retribución de los administradores a los socios; y que además repercute sobre otros impuestos como el IVA, Patrimonio, Sucesiones y Donaciones. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008¹⁵, resolvió que *«desde el punto de vista estrictamente fiscal, interesa únicamente observar que la previsión estatutaria es la que permite determinar que para la sociedad esa remuneración es obligatoria – y deducible– [...]». Además, cuando se prevea retribución para los administradores, los estatutos han de precisar el concreto sistema retributivo, de modo que su alteración exigirá la oportuna modificación estatutaria previa; y que, si se quiere retribuir a estos cargos, es la determinación estatutaria clara e inequívoca del específico sistema de retribución que podría aplicarse, definido de modo preciso, completo y ajustado a los límites legales [...]. En el supuesto de que el sistema elegido sea el variable, y se concrete en una participación en los beneficios de la sociedad, no basta con la fijación de un límite máximo de esa participación, sino que el porcentaje debe estar perfectamente determinado en los estatutos. [...] Cuando la asignación sea de carácter fijo, no basta con que se prevea la existencia y obligatoriedad de la misma, sino que, además, es preciso que en todo caso los estatutos prevean el quantum de la remuneración o, al menos, los criterios que permitan determinar perfectamente, sin ningún margen de discrecionalidad, su cuantía».*

En relación a la naturaleza de la remuneración de los socios se realizó la Nota nº 1/12 del Departamento de Gestión Tributaria¹⁶ de consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles. La misma distingue diversas clases de socios atendiendo a determinados requisitos y entiende la tributación de los mismos en función del cumplimiento o no de determinados criterios:

En caso de socios integrados en el órgano de administración en sociedades anónimas y/o sociedades de responsabilidad limitada, la retribución será rendimiento del trabajo si procede del cargo de administrador; y la misma es independiente lo percibido en calidad de socio.

Ante el supuesto de socios que prestan servicios a una sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada son rendimientos del trabajo las contraprestaciones percibidas por los socios que prestan servicios a la entidad en cuyo capital participan. No obstante, se exceptúa el caso de que tal contraprestación deba calificarse como rendimiento de actividad económica, para la cual se requiere de: Primero, la ordenación por cuenta propia, considerando la DGT (V1492-08)¹⁷ que la condición de socio se considera como un indicio significativo de la inexistencia de las notas de dependencia y ajenidad. No obstante, resulta

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 noviembre 2008. RJ 2009\59. D

¹⁶ Nota de la Agencia Tributaria de N1 1/12 del Departamento de Gestión Tributaria: Disponible en línea en: http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Consideraciones_entida_merc.pdf (Consultado 4/2/2017)

¹⁷ Consulta vinculante de la DGT N° v1492-08. Disponible en línea en: [http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?NDoc=11933&Consulta=.EN+NUM-CONSULTA+\(V1492-08\)&Pos=0&UD=1](http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?NDoc=11933&Consulta=.EN+NUM-CONSULTA+(V1492-08)&Pos=0&UD=1) (Consultado 4/2/2017)

posible que un socio de una entidad no lleve a cabo ordenación por cuenta propia alguna (V0918-09)¹⁸; por lo tanto para poder determinar el carácter de lo percibido habrá de examinarse el caso concreto. En cualquier caso, siempre que el socio participe en un 50% o más del capital social se tratará de ordenación por cuenta propia (V0179-09)¹⁹. Segundo, la existencia de medios de producción en sede del socio que en el caso de servicios profesionales el principal medio de producción reside en la capacitación profesional del socio para prestar tales servicios; y en consecuencia, considera la DGT que, los medios materiales para el desempeño de sus servicios proporcionados por la entidad son de escasa relevancia frente al factor humano; en cualquier caso debe de analizarse cada caso concreto. Por lo tanto, si se cuenta con los medios de producción en sede del socio pero no hay notas de dependencia y ajenidad, se considera rendimiento de actividad; y si existen las notas de dependencia y ajenidad o se carece de los medios de producción en sede del socio, se considera rendimiento del trabajo.

Y, en el supuesto de socios profesionales de sociedades civiles se parte de que las entidades en régimen de atribución de rentas no son contribuyentes del IRPF sino que son una agrupación de los mismos a los que se atribuyen las rentas generadas por la entidad. De tal modo que los rendimientos que puedan percibir los socios por su trabajo en la sociedad no son rendimientos del trabajo o de actividades económicas independientes de las de la sociedad en su caso; sino que lo percibido es una parte del rendimiento de la actividad económica obtenido por la sociedad que le resulta atribuible por su participación en la misma y, en consecuencia, no son gastos deducibles. Por tanto, el socio que trabaja en la actividad percibirá una retribución, determinada contractualmente, por la aportación de su trabajo. Además, se atribuirá el porcentaje que le corresponda, según los pactos establecidos, del rendimiento neto restante, es decir, una vez minorada dicha retribución. Como se ha indicado anteriormente, estos rendimientos atribuidos se califican como rendimientos de actividades económicas.

Con posterioridad a la citada nota se modificó en 2015 el precepto de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) relativo a la definición, a tales efectos, de lo que debía entenderse por actividad profesional. Así, el art. 27 LIRPF considera por tal la retribución del socio participe de la entidad retribuidora por el desempeño de su trabajo cuando concurren los siguientes requisitos: Primero, que el contribuyente tenga calidad de socio en la entidad y que las actividades realizadas sean profesionales conforme a la Sección Segunda de las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, esto es, de actividades profesionales; y segundo, que dicho socio esté incluido en el Régimen Especial Trabajadores Autónomos

¹⁸ Consulta vinculante de la DGT N° V0918-09. Disponible en línea en: [http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+NUM-CONSULTA+\(V****-09\)+Y+.EN+NORMATIVA+\(ley+35%2F2006\)&Pos=187](http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+NUM-CONSULTA+(V****-09)+Y+.EN+NORMATIVA+(ley+35%2F2006)&Pos=187) (Consultado 4/2/2017)

¹⁹ Consulta vinculante de la DGT N° V0179-09. Disponible en línea en: [http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+FECHA-SALIDA+\(02%2F02%2F2009\)&Pos=1](http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+FECHA-SALIDA+(02%2F02%2F2009)&Pos=1) (Consultado 4/2/2017)

(RETA) o en una Mutuality de previsión social que actúe como alternativa al citado régimen especial conforme a lo previsto en la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Por su parte, la nueva Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (LIS) repercute en el régimen fiscal de aquellas sociedades civiles profesionales que no estén adaptadas y en consonancia con la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales (LSP); de tal modo que éstas dejarán de estar sujetas al régimen de atribución de rentas del IRPF para tributar en el Impuesto de Sociedades. Por lo tanto cabe distinguir las distintas posibilidades en las que se pueden encontrar las sociedades profesionales:

Por un lado las o sociedades de ejercicio colectivo, externas, o sociedades profesionales, entre las que se encuentran: Primero, las sociedades profesionales, civiles o mercantiles en sentido estricto (como serían al sociedades profesionales de abogados)²⁰ que son aquellas que cumplen exactamente con los requisitos establecidos por LSP, es decir, el ejercicio común de la actividad, que los socios cuenten con título universitario y estén colegiados. Éste es el único supuesto normativo en el que existe obligación de darse de alta en RETA o en una Mutuality de previsión social que actúe como alternativa. Sobre el régimen de tributación del socio también se ha pronunciado DURÁN-SINDREU BIXURARÉ²¹ de modo que por el hecho de cumplir con los requisitos de la LSP se tributa en el IRPF de cada socio como actividades económicas y en régimen de atribución de rentas. Segundo, las sociedades profesionales en sentido amplio que no les es de aplicación la LSP pues sólo cumplen el requisito de ejercicio en común de la actividad; por lo que o bien no viene siendo necesario para el ejercicio de tales actividades la titulación universitaria o la colegiación de sus socios. En consecuencia, su inclusión en el RETA ya no tiene carácter obligatorio, sino que depende de si se ostenta el control efectivo de la sociedad. En las mismas se pueden dar dos situaciones distintas: si tienen acceso al RETA podrán seguir tributando en el régimen de atribución de rentas del IRPF y por actividades económicas de cada socio, si se adaptan también a la Ley 2/2007; por el contrario, si no tienen acceso al citado registro y no cumplen con la LSP, habrán de sujetarse al Impuesto de sociedades y por rendimientos del trabajo del IRPF de cada socio.

En ambas la actividad profesional se ejecuta por la propia sociedad, a la que se atribuyen los derechos y obligaciones de la profesión, y consecuentemente la titularidad de la relación jurídica con el cliente. A estos efectos, las sociedades irregulares profesionales tienen la consideración de sociedades profesionales *strictu sensu*.

²⁰ A este respecto, destaca el artículo creado por las Sociedades Profesionales de Abogados denominado: *Las sociedades profesionales de abogados no tributan por el Impuesto sobre Sociedades, sino por el régimen de atribución de rentas del IRPF*. Disponible en línea en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10926-las-sociedades-profesionales-de-abogados-no-tributan-por-el-impuesto-sobre-sociedades-sino-por-el-regimen-de-atribucion-de-rentas-del-irpf/> (Consultado 4/2/2017)

²¹ Antonio Durán-Sindreu Bixurará: *La nueva fiscalidad de los socios de sociedades profesionales*. Artículo publicado en Actum Fiscal nº 95. 2015.

Por otro lado, las sociedades de ejercicio individual, o internas, también denominadas sociedades «de» o «entre» profesionales que están excluidas de la LSP y tienen por objeto proporcionar a sus socios los recursos o medios necesarios para el ejercicio individual de su profesión, piénsese por ejemplo en una sociedad de intermediación. En las mismas, la actividad profesional es ejercitada por el propio socio y no por la sociedad, resultando una prestación de servicios por el socio a favor de la sociedad y no a través de la misma; o también puede el socio prestar sus servicios en la sociedad, es decir, a través de la misma. Tale sociedades habrán de tributar en el Impuesto de Sociedades y el régimen de los socios varía en función de si prestan sus servicios a o en la sociedad: si los prestan a la sociedad tributan por actividad económica, y si los prestan en la sociedad tributan por rendimiento del trabajo.

Así las cosas, desde el 1 de enero de 2016 las sociedades profesionales que no cumplan con los requisitos de la LSP tienen un plazo de 6 meses para adaptarse a la citada ley o, automáticamente, tributarán por el impuesto de sociedades; o bien, deberán de proceder a su disolución y liquidación.

3. Conclusiones y propuestas

En referencia a la problemática fiscal de la sociedades civiles con objeto mercantil, podemos afirmar, en primer lugar, que se denota como la Ley del Impuesto de Sociedades, en lo referente al régimen fiscal de estos tipos societarios se elaboró pensando en que se aplicaría cuando el nuevo Código de Comercio estuviera en vigor, hecho que no ha ocurrido, anticipándose la normativa tributaria a la mercantil. Ello ha supuesto un problema porque por ejemplo las sociedades civiles que realizan actividades artesanales o agrícolas hubieran entrado en el tipo tributario del IS; es por ello que el legislador debería, a nuestro entender, haber “calculado bien los tiempos” para evitar esta situación comentada, que impide proyectar con plenitud todos los efectos que se previó que implicarían la nueva Ley del Impuesto de Sociedades.

Otra cuestión que supone un problema grave, es la inseguridad creada a la raíz del concepto de personalidad jurídica de las sociedades civiles con objeto mercantil. Como hemos expuesto, tal personalidad se adquiere con la comunicación a la AEAT del pacto entre socios que demuestra la creación de esa formación de estos tipos societarios. Se trata de una situación que, tal y como también CARBAJO VASCO²² será una fuente de interminables discusiones puesto que la calificación por la partes de que esa forma societaria sea sociedad civil o por el contrario comunidad de bienes, creará junto con la especial problemática del tratamiento de figuras como la sociedad en formación o la sociedad irregular numerosos conflictos. Quizás, una solución hubiese sido prever un método, que permitiera corroborar

²² Domingo Carbajo Vasco: *Las Sociedades Civiles de objeto mercantil: Del IRPF al Impuesto sobre Sociedades*. Blog sobre artículo de opinión de temas fiscales del Instituto de Estudios Fiscales de la Universidad Loyola. 2015. Disponible en línea en: <https://blogmastercaf.wordpress.com/2015/12/02/las-sociedades-civiles-de-objeto-mercantil-del-irpf-al-impuesto-sobre-sociedades/> (Consultado 4/2/2017).

a la AEAT, sin lugar a dudas ni a más interpretaciones, la verdadera naturaleza que se esconde tras el acuerdo entre las partes (ya fuera sociedad civil, comunidad de bienes o lo que correspondiera) para así evitar la discrecionalidad a la Administración en este asunto al considerar que el pacto no refleja el tipo societario que formalmente se recoge en el documento; hecho que genera inseguridad jurídica y dudas al contribuyente sobre cuál será finalmente el coste fiscal que tendrá que afrontar. Esta discrecionalidad también la encontramos en el caso de la calificación del “objeto mercantil” que como se ha comentado implica valorar, caso por caso, si realmente este concurre en cada supuesto, es por ello aquí palpable la poca seguridad jurídica para el obligado tributario.

Por lo que respecta a las conclusiones de las sociedades profesionales, destacamos que se evidencia la inseguridad jurídica generalizada; ya partiendo de la calificación de la retribución de los socios como rendimiento del trabajo o como actividad económica porque la norma no facilita un conocimiento certero de cuáles son los supuestos concretos que se pueden sujetar a la misma. Ejemplo de ello es el supuesto del socio cuya participación en el capital de la entidad es inferior al 50%, pudiendo ser considerado tanto por cuenta propia como ajena. Así mismo, y continuando con más criterios, el de la ordenación de los recursos en sede del socio, sobre todo en actividades profesionales; no parece adecuado considerar que el factor humano se impone absolutamente sobre los medios materiales, pues llevado al extremo se podría llegar a afirmar por ejemplo que un médico no requiere del material quirúrgico-sanitario para ejercer, consideración obviamente falsa; o que el acceso a materiales jurídicos actualizado tales como bases de datos, compendios, manuales, etc., que además suponen un gran coste económico, no son necesarios para cualquier profesional del Derecho.

También en relación con la inseguridad jurídica y con el principio de igualdad no se considera adecuado el abuso de la utilización de conceptos extra tributarios para determinar el régimen fiscal de los contribuyentes. De modo que por ejemplo no equivale el concepto de rendimiento del trabajo del Derecho Laboral con el de la LIRPF; la definición de actividad profesional en Derecho Mercantil es tomada como tal estrictamente por la LIS y sólo en parte por el IRPF. Se trata de ramas del Derecho que tienen finalidades distintas por lo que la definición de sus conceptos ha de responder a las mismas; en consecuencia si la definición de actividad profesional dada por la LSP tiene por finalidad la ordenación en el tráfico jurídico-económico de tales sociedades; no debería la legislación tributaria tomar, además sólo la parte más estricta, el mismo para una finalidad distinta que es la recaudatoria. Ello porque el análisis realizado pone de manifiesto que a raíz de esa utilización nefasta se generan desigualdades e inseguridades entre los contribuyentes: no parece justo que por una simple formalidad, como lo es la inscripción en un registro que puede tener o no carácter obligatorio, la posesión de un título universitario, etc., se modifique el régimen de sujeción del contribuyente. A estos efectos, la legislación tributaria debería de contar con unos conceptos claros que no deriven a otras normas y que permitan conocer, sin necesidad de un análisis exhaustivo, la sujeción a uno u otro régimen fiscal.

Finalmente, parece que la nueva LIS tiene una finalidad oculta que excede del Derecho Tributario e invade el Derecho Mercantil, que es la reducción de las sociedades profesionales pues si con carácter previo a la LIS existían sociedades profesionales válidamente constituidas y reconocidas, no tiene sentido que por una cuestión fiscal dejen de ser consideradas como tales y deban modificarse o bien disolverse.

4. Bibliografía y consultas citadas

4.1. Libros y manuales

Alejandro Jiménez Castro: *La sociedad civil será nuevo sujeto pasivo del impuesto sociedades en el año 2016*. AJC Asesor Fiscal. 2015. Disponible en línea en: <http://asesoriaonlineajc.com/ya-sabes-que-vas-a-hacer-con-tu-sociedad-civil/> (Consultado 4/2/2017)

Antonio Durán-Sindreu Bixuraré: *La nueva fiscalidad de los socios de sociedades profesionales*. Artículo publicado en Actum Fiscal nº 95. 2015.

Consulta vinculante de la DGT N° V0179-09. Disponible en línea en: [http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+FECHA-SALIDA+\(02%2F02%2F2009\)&Pos=1](http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+FECHA-SALIDA+(02%2F02%2F2009)&Pos=1) (Consultado 4/2/2017)

Consulta vinculante de la DGT N° V0918-09. Disponible en línea en: [http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+NUM-CONSULTA+\(V****-09\)+.Y+.EN+NORMATIVA+\(ley+35%2F2006\)&Pos=187](http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+NUM-CONSULTA+(V****-09)+.Y+.EN+NORMATIVA+(ley+35%2F2006)&Pos=187) (Consultado 4/2/2017)

Consulta vinculante de la DGT N° v1492-08. Disponible en línea en: [http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?NDoc=11933&Consulta=.EN+NUM-CONSULTA+\(V1492-08\)&Pos=0&UD=1](http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?NDoc=11933&Consulta=.EN+NUM-CONSULTA+(V1492-08)&Pos=0&UD=1) (Consultado 4/2/2017)

Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos con número 2378/2015 de fecha 28/07/2015 (Consultado 4/2/2017)

Consultivo del Servicio Jurídico Regional de Andalucía nº495/15. Disponible en línea en: http://s03.s3c.es/imag/doc/2015-11-26/ResolucionAEAT_socciviles.pdf (Consultado 4/2/2017)

Consultivo del Servicio Jurídico Regional de Andalucía, nº 495/15. Disponible en línea en: <http://administracion.gob.es/pagFront/espanaAdmon/directorioOrganigramas/fichaUnidadOrganica.htm?idUnidOrganica=12038&origenUO=gobiernoEstado&volver=volverFicha> (Consultado 4/2/2017)

Domingo Carbajo Vasco: *Las Sociedades Civiles de objeto mercantil: Del IRPF al Impuesto sobre Sociedades*. Blog sobre artículo de opinión de temas fiscales del Instituto de Estudios Fiscales de la Universidad Loyola. 2015. Disponible en línea en: <https://blogmastercaf.wordpress.com/2015/12/02/las-sociedades-civiles-de-objeto-mercantil-del-irpf-al-impuesto-sobre-sociedades/> (Consultado 4/2/2017)

Gregorio Labatut Serer: *¿Qué hacemos con las sociedades civiles con objeto mercantil?, ¿y con las comunidades de bienes?* 2015. Disponible en línea: <http://gregoriolabatut.blogcanalprofesional.es/que-hacemos-con-las-sociedades-civiles-con-objeto-mercantil-y-con-las-comunidades-de-bienes/> (Consultado 4/2/2017)

Instrucción de la AEAT de número 2015/248697 (Consultado 4/2/2017)

Javier Martín Fernández: *¿Sociedades civiles con objeto mercantil?* 2015. Disponible en línea en: http://cincodias.com/cincodias/2015/09/03/economia/1441304182_252203.html (Consultado 4/2/2017)

José Antonio López-Santacruz Montes: Memento práctico 'Francis Lefebvre' impuesto sobre sociedades. 2016.

Las sociedades profesionales de abogados no tributan por el Impuesto sobre Sociedades, sino por el régimen de atribución de rentas del IRPF, por Sociedades Profesionales de Abogados Disponible en línea en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10926-las-sociedades-profesionales-de-abogados-no-tributan-por-el-impuesto-sobre-sociedades-sino-por-el-regimen-de-atribucion-de-rentas-del-irpf/> (Consultado 4/2/2017)

Nota de la Agencia Tributaria de N1 1/12 del Departamento de Gestión Tributaria: Disponible en línea en: http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Consideraciones_entida_merc.pdf (Consultado 4/2/2017)

Reforma fiscal de las Sociedades Civiles con objeto mercantil, realizado por la empresa Planificación Jurídica, 2016. Disponible en línea: http://www.planificacion-juridica.com/s/consultas/respuestas/open/2015/f_reforma-fiscal-sociedades-civiles-objeto-mercantil.php (Consultado 4/2/2017).

4.2. Jurisprudencia citada

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 noviembre 2008. RJ 2009\59. D

El Costo Social de la Acción de Tutela

FELIPE NOVA DELGADO²³
Pontificia Universidad Javeriana

Resumen

En el siguiente artículo se abordará desde la óptica del análisis económico del derecho la acción de tutela en Colombia, observando su consagración normativa, las características de ésta, sus efectos y la relevancia adquirida en el ordenamiento jurídico colombiano. Se analizará si la acción de tutela ha colapsado al ordenamiento jurídico o si por el contrario ha cumplido sus finalidades. Se tendrá en cuenta la teoría del costo social de Ronald Coase para determinar la función social que puede llegar a tener la acción. Además se observará el papel que juega el juez de tutela en el ordenamiento jurídico, así como las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en la formulación de políticas públicas, y por último se entregarán unas conclusiones sobre las incógnitas postuladas.

Palabras clave: análisis económico del derecho, acción de tutela, costo social, juez de tutela, Corte Constitucional de Colombia, políticas públicas.

Abstract

This paper pretends to analyze the acción de tutela based on an economical law analysis. This analysis will be performed considering several aspects of this legal mechanism, such as its legal consolidation, characteristics, effects and its importance at the Colombian law field. An analysis will be performed to determine if the acción de tutela has succeed or if it has failed due to the legal system. Furthermore, the Social Cost Theory from Ronald Coase will be employed to determine the social function of this mechanism. Moreover, the role of the judge of tutela into the legal system as just as the importance of the judgements promulgated by the Constitutional Court about the formulation of public policies will be analyzed. Finally, some conclusions about the main questions will be formulated.

Key words: economical law analysis, acción de tutela, social cost, *judge of tutela*, public policies, Constitutional Court

²³ Estudiante de VII semestre, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá

1. Introducción

Desde el momento en que se expidió la Constitución de 1991, la Acción de Tutela ha dado la impresión que ha sido la principal innovación en materia de protección de derechos y libertades fundamentales, la cual brindó un nuevo aire al ordenamiento jurídico y empezó adquirir un papel protagónico frente a otra clase de acciones que venían de tiempo atrás, a pesar que éstas últimas siguen siendo muy útiles en el ordenamiento como es el caso de la Acción Pública de Inconstitucionalidad.

Una definición breve de esta es la ofrecida por Nestor Raúl CORREA HENAO en que “la acción de tutela es una acción constitucional, judicial y autónoma para la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales, en los casos en los que no exista otro remedio judicial”²⁴ La Acción de Tutela ha sido llamada para tomar la batuta del nuevo constitucionalismo en Colombia, ha tenido un papel importante, tanto en su consagración normativa, como en aplicación

En opinión de Juan Carlos ESGUERRA PORTOCARRERO, la Acción de Tutela ha “llegado a un punto de trascendencia, el desarrollo y la efectividad alcanzados por la acción de tutela en los pocos años que lleva de vigencia y tal el impacto que ha tenido en el sentimiento colectivo y en la vida de los colombianos.”²⁵ Pero este sentimiento que generó la acción de tutela en los colombianos, en búsqueda de la protección de los derechos, ha rebozado el sistema judicial, en razón del papel que ha tomado el juez de tutela en estos años²⁶, un papel importante en la asignación de derechos y en la forma desmedida que los ciudadanos han utilizado esta acción.

La Acción de Tutela “se trata pues, de un arma procesal que tiene como su más importante oponente a las autoridades públicas, en tanto ellas pueden ser –y no cabe duda de que en el mundo moderno lo son- la principal causa de tales agravios, por activa o por pasiva, es decir por acción o por omisión”²⁷ su concepción le da un carácter de fuerza y es un arma de defensa de los ciudadanos para lograr una protección efectiva de sus derechos, lo cual es uno de los fines del derecho en sí mismo y de la tutela en particular.

A pesar de los grande beneficios que comporta el ejercicio de esta acción al momento de garantizar el derecho del individuo genera una serie de costos que tiene que ser asumidos por el Estado, los cuales se dan por la puesta en funcionamiento del aparato judicial necesario para la aplicación de las disposiciones que se consagran en la Constitución Política, en

²⁴ Néstor Raúl Correa Henao. *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*. 24. Jurídica Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana. 2010

²⁵ Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *La protección Constitucional del Ciudadano*. Pág. 98. Legis 2004

²⁶ Daniela Sanclemente Machado y Carlos José Lasprilla Villalobos. *El Juez de Tutela Como Arquitecto del Estado Social de Derecho*. Jurídica Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana. 2014

²⁷ Esguerra Portocarrero. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. 148

especial lo dispuesto en el artículo 86²⁸ y aquellos que se causan para el cumplimiento de la sentencia del juez de tutela.

Por el *activismo judicial* que se ha generado a partir de la promulgación de esta figura de protección, el Estado colombiano ha recibido una fuerte carga de responsabilidades, las cuales plantean consecuencias económicas que no se tenían previstas. De igual forma la Acción de Tutela ha influido en las políticas públicas del Estado colombiano, porque como se dijo anteriormente, muchos de los costos que se generan para garantizar los derechos al individuo llevan un contenido económico que no estaba planeado por el Estado, ya que si bien es la función de la corte Constitucional, velar por el respeto de los derechos y garantías emanados de la Constitución, este tribunal ha ampliado sus competencias de tal forma que sus decisiones se convierten en una carga excesiva para el Estado.

En palabras del profesor Fernando CASTILLO CADENA sobre esta acción “la inserción de la Acción de Tutela en el ordenamiento constitucional busca que los agentes del Estado, *lato sensu*, dado el poder que pueden ejercer, no violen o dejen de violar los derechos fundamentales de los ciudadanos manteniéndose un equilibrio entre quienes ejercen poder y quienes no lo ejercen. Así las cosas, desde una perspectiva económica, podemos señalar a *la acción de tutela como una institución jurídica que busca desincentivar conductas arbitrarias por parte de los agentes del Estado, en relación con los derechos que la sociedad considera como fundamentales* del ciudadano y, por tanto, inalienables y de restablecimiento inmediato en caso de vulneración”²⁹-
bastardilla realizada por los autores-

De acuerdo con lo anterior, es importante examinar la Acción de Tutela desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho; un análisis especial los costos sociales que se generan con esta, teniendo en cuenta que los fallos que ha proferido la Corte Constitucional en sentencias de revisión de tutela han creado derechos que no estaban en un principios en la Constitución política y ha hecho que el Estado asuma esta responsabilidad de manera inmediata.

²⁸ Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

²⁹ Fernando Castillo Cadena. *La incidencia de la Acción de Tutela en la implementación de las políticas públicas*. Universitas Profesores. Julio de 2009. At. 35

También es importante este análisis para saber cómo el ciudadano común ha utilizado, si se puede tildar de esa manera, de forma excesiva la Acción de Tutela y ha generado enormes costos económicos al Estado.

Son las consideraciones anteriores las que nos motivan a realizar este breve artículo; sin embargo, debemos aclarar no proponemos hacer un estudio pormenorizado con datos específicos, buscamos dar una mirada amplia del fenómeno que se generó a partir de la adopción de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por último, es necesario saber que “la fama del juicio de amparo mexicano y el auge adicional que le había dado su incorporación a los ordenamientos de distintas latitudes, especialmente en América Latina, determinó que, no obstante tratarse de una figura que apenas conocíamos vagamente por referencias doctrinarias, en la época de la Asamblea Constituyente empezara a reclamarse con insistencia su entronización en nuestra Carta Política, al fin y al cabo, ella venía procedida de un bien merecido reconocimiento, precisamente por razón de su sencillez conceptual, de su comprobada eficacia y de su trámite descomplicado y rápido.”³⁰ y saber que la fama que con la que llegó la figura de amparo al ordenamiento colombiano desbordó en ilusiones para la protección de los derechos del constituyente del 91.

Siguiendo el orden propuesto, primero daremos una idea del Costo Social de Ronald COASE; luego los efectos que ha tenido la Acción de Tutela en el ordenamiento jurídico, efectos en la producción de derechos y el costo que estos le pueden acarrear al Estado; luego un análisis económico de la Acción de Tutela, sus números en los años de vigencia y como se pueden interpretar en relación al valor que tiene que asumir el Estado para cumplirlas; y por último los límites que debe tener el juez de tutela al momento de proferir una sentencia.

2. El Costo Social de Coase

Para entender la teoría del costo social de Ronald COASE, en primer lugar es necesario saber qué son los costos de transacción y cómo estos sustentan la posición de Coase.

“Los costos de transacción son un concepto fundamental. Estos son los costos que debe soportar una de las partes para poder lograr la transferencia de un derecho en cabeza de otro sujeto. Los costos de transacción bien pueden ser de tipo, administrativo, para mantener el derecho, de negociación, para lograr la transferencia, o de investigación. Basándose en los costos de transacción y en los principios económicos antes mencionados, Coase creó un teorema que habla de cómo a partir de una asignación de derechos imperfecta, pero sin costos de transacción, se puede llegar una asignación donde los derechos queden en manos de quien más los valore.”³¹

³⁰ Esguerra Portocarrero. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. 102

³¹ Este aparte, es tomado de la ponencia presentada por la Pontificia Universidad Javeriana en las XIII Jornadas Internuiversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Porto Alegre. Brasil 2015

Si bien el análisis económico del derecho es de origen anglosajón y los postulados de esta corriente del derecho son los más apropiados para un derecho de esa estirpe, poco a poco, esta nueva forma de pensar el derecho se ha ido abriendo camino en los demás sistemas de derecho, como ocurre en Latinoamérica, por tal razón es necesario explicar las formas de acceso a la justicia que se dan en estos sistemas, ya que allí es nuestro punto de atención, en especial el caso colombiano con la figura de la Acción de Tutela.

El acceso a la justicia, por medio de la Acción de Tutela, requiere de una serie de condiciones para que se pueda llevar a cabo, ya que la tutela se usa para proteger los derechos constitucionales fundamentales que se encuentran enunciados en la Carta Política; pero a pesar de lo anterior, se ha abierto-a través del activismo judicial³² y de los vacíos dejados por el legislador- la puerta a la creación extralegal de derechos³³ de los cuales el Estado ha tenido que hacerse cargo.

Todo esto ha generado que se asuman una serie de costos para poder cumplir las sentencias de los jueces de tutela incluyendo, por supuesto, las de la Corte Constitucional, los cuales han sido asumidos por los contribuyentes, y que en ciertos casos pueden ir detrimento de otros derechos.

Es de capital importancia está decir que en el texto de Coase en la limitación legal de los derechos “está claro en un rápido estudio, que las cortes a menudo han reconocido las consecuencias económicas de sus decisiones y conocen (a diferencia de muchos economistas) la naturaleza recíproca del problema. Además, de tiempo en tiempo toman en cuenta para adoptar sus decisiones estas consecuencias económicas, junto con otros factores.”³⁴

Pero la visión de COASE, es la punta del iceberg para este análisis, también es necesario saber por medio de qué reglas se garantizan los derechos, en este caso, es importante tener en cuenta a Guido CALABRESI y Douglas MELAMED³⁵ pues estos autores postulan unas reglas de protección de derechos – regla de propiedad, regla de responsabilidad y regla de inalienabilidad- que se encuentran en toda la Constitución de 1991.³⁶

Con lo anteriormente mencionado, se abre un universo de posibilidades para estudiar las distintas acciones que se encuentran consagradas en la Constitución de 1991; como estas

³² Sanclemente Machado y Lasprilla Villalobos. *El Juez de Tutela Como Arquitecto del Estado Social de Derecho*. 70

³³ Fernando Castillo Cadena. *Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico*. Vniversitas Profesores. Julio de 2007. At. 111

³⁴ Ronald Coase. *El Problema del costo social*. Recuperado de: <http://www.hacer.org/pdf/coase2.pdf> 14, noviembre de 2015

³⁵ Guido Calabresi y Douglas Melamed. *Reglas de Propiedad, Reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral*. Recuperado de: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1091_666 14 noviembre de 2015

³⁶ Para profundizar sobre el tema, en especial sobre la acción de tutela, ver el artículo de Fernando Castillo Cadena *La incidencia de la Acción de Tutela en la implementación de las políticas públicas*. Vniversitas Profesores. Julio de 2009. At. 35, allí se explica al detalle que regla se utilizó en la carta política de 1991 y también se explica cual regla rige a la acción de tutela.

instituciones van más allá de una simple enunciación y cumplimiento, ya que tienen un trasfondo que debe verse desde distintas disciplinas –la economía, sociología, historia, etc– que ayudan a comprender el papel que juegan en la sociedad colombiana.

A continuación empezaremos a analizar la Acción de Tutela a partir del Análisis Económico del Derecho y luego con sus efectos en el ordenamiento jurídico colombiano.

3. Análisis Económico de la Acción de Tutela: Relación con las Fallas del Mercado y Posibles Soluciones

A la hora de analizar con una perspectiva más económica el efecto que causa la acción de tutela en nuestra sociedad, podemos citar el Análisis Económico de la Acción de Tutela que expuso el profesor Fernando CASTILLO CADENA en la XII Conferencia Internacional de Análisis Económico del Derecho ALACDE, del cual extraemos apartes interesantes para nuestra investigación.

Primero que todo, cabe destacar, que, aunque la Acción de Tutela se configura como un mecanismo imprescindible para la protección de los derechos fundamentales, este genera “congestión judicial”³⁷ y subsidiariamente, podría llegar a causar ineficiencia en el resultado y una demora en el fallo.

Aquellos casos en los que la decisión tiene una importancia superlativa en la sociedad, y que son el resultado de largos procesos judiciales, que a su vez conllevan a la congestión y lenta actuación del sistema judicial por completo, han tenido el efecto de que los operadores jurídicos tiendan a hacer uso excesivo de la Acción de Tutela, ya que al ser una acción preferente en el sistema jurídico colombiano, ésta tenga que ser resuelta en un término mucho más rápido que las acciones ordinarias, y si a esto último le sumamos una Corte Constitucional que ha optado por ampliar sus competencias, en algunos casos de forma desmedida se termina generando como resultado un evidente despilfarre institucional del recurso.

Todo este activismo judicial de la Corte ha causado la pérdida de la esencia de la Acción de Tutela como mecanismo de protección en la manera en que había sido concebida por el Constituyente Primario; además el acudir tan frecuentemente al aparato judicial por diversas razones de orden económico y/o social, que en principio no hacen parte de la esfera de protección de la acción, genera un alto costo de inversión en la sociedad, ya que, a pesar de que el acceso a la justicia es gratuito, este normalmente trae en segundo plano gastos adicionales a los que se debe acudir en caso de que llegue a prosperar la acción.

³⁷ Fernando Castillo, *Análisis Económico de la Acción de Tutela*, XII Conferencia Internacional de Análisis Económico del Derecho ALACDE, 2014-

Por otro lado, la Corte Constitucional, en sus sentencias de Tutela, las cuales producen efectos únicamente, *inter partes*, con el transcurso del tiempo ha ido adoptando el sistema que aplica la Corte Constitucional Italiana, el cual dota de un efecto *inter comunes*, es decir, en los casos en que sin haber acudido la totalidad de un grupo de personas para la protección de sus derechos fundamentales, se les extiende los efectos de una sentencia al grupo de personas o una comunidad que requieren de la acogida de la justicia para verse protegidos de una transgresión presente o eventual de derechos fundamentales.³⁸

Fortaleciendo aún más la línea jurisprudencial llevada por la Corte respecto al alcance de los efectos provenientes de los fallos de la Acción de Tutela, en el Auto 207 de 2010, la Corte expresó que no se debía mirar este recurso de amparo como un *mecanismo judicial subsidiario*, y que se debía interpretar como un medio judicial que contienen un efecto vinculante incluso para quienes no lo han solicitado. El Auto anteriormente referido tiene el siguiente tenor: A este respecto, la Corte ha sostenido que existen circunstancias en las cuales la protección de los derechos fundamentales de los accionantes debe hacerse extensiva a otras personas o ciudadanos que no han acudido a la Acción de Tutela, o que habiendo acudido no son demandantes dentro de los casos bajo estudio, pero que sin embargo se encuentran en situaciones de hecho o de derecho similares o análogas a las de los actores. En estos casos, ha establecido esta Corporación que la acción de tutela no debe limitarse a un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes, y que la naturaleza y razón de ser de la acción de amparo debe suponer también la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que (i) estas personas se encuentren en condiciones comunes, similares o análogas a las de quienes sí hicieron uso de ella y (ii) cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.³⁹

Aunque la Corte Constitucional buscó bajo las mejores intenciones, amparar los intereses de los miembros de la sociedad colombiana que se encontraran en situaciones de dificultad protegerlos, incluso en los casos en los que no se exigió por parte de las víctimas de las violaciones, indirectamente le causó al Estado colombiano el soportar una serie de cargas, que por medio de sus entidades públicas deberían ser solucionadas en aras de dar cumplimiento a los fallos de la Corte Constitucional, lo que genera costos de transacción provenientes del acceso a aquellas soluciones otorgadas por la Corte, ya sean consecuencia directa o indirecta de fallo.

La protección de los derechos por parte del Estado tiene un costo al igual que la asignación de estos, razón por la cual la metodología empleada por la Corte Constitucional encarece el gasto público y repercute en que las políticas públicas, por lo que se debe implementar más

³⁸ Juan Antonio Barrero Berardinelli, *Jurisprudencia Constitucional. Precedentes judiciales de la humanidad*. 275 Jurídica Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana. 2013.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia Auto 207 de 2010

capital del presupuestado a la hora de conceder recursos a todas las entidades o instituciones que deban garantizar la protección de un derecho.

Procederemos a relacionar estas equivocaciones con las conocidas fallas del mercado del análisis económico del derecho.

Una de las fallas del mercado más perjudiciales para la estabilidad económica se evidencia en las externalidades,⁴⁰ que son aquellas situaciones en las que quien genera un efecto, bien sea positivo o negativo, está en el deber de asumirlos. Relacionándola con la Acción de Tutela, se incrementa la importancia de esta falla debido a que las decisiones judiciales que los jueces buscan aplicar en la sociedad tanto en casos particulares con efecto *inter partes* como aquellos en los que se le concede efecto intercomunes a los mismos. El hecho de darle un carácter más amplio a estos fallos causa que las personas vean incrementado su gasto a la hora de la reparación que se debe hacer en favor de la víctima, lo cual genera un gasto privado mayor y un gasto público mayor en aquellos casos que el responsable de la reparación es una entidad del Estado o en los que este último deba proporcionar los medios para la protección y el resarcimiento de los derechos vulnerados. En este caso, los directamente encargados de asumir los efectos provenientes del mandamiento del juez son los particulares o el Estado como tal.

Adicionalmente, en algunos casos, hay una problemática de asimetría de la información reflejada en sus dos modalidades, tanto en selección adversa como en riesgo moral. En la mayoría de los procesos, el riesgo moral es una constante por parte de todo aquel que posee más información que su contraparte y que de esta manera busca que se falle a su favor la Acción de Tutela que interpuso, o que recibió en su contra.

Este gasto generado por el aparato judicial se vería minimizado y sería convertido en una inversión mucho más eficiente si se tuviera en cuenta la **ecuación de la demanda**, en virtud

⁴⁰ Cuando se habla de externalidades, se está haciendo referencia a los efectos externos que sufren una o varias personas por acciones u omisiones de otras. Las externalidades pueden ser positivas o negativas: Una externalidad positiva puede darse, por ejemplo, entre dos formas de producción. Supongamos que existe un cultivo de árboles frutales en un lugar determinado. Vecino a éste se encuentra una empresa que extrae miel de abejas. Las abejas, para producir miel, necesitan del néctar de las flores; a su vez, para que los árboles den frutas, es necesario que exista una polinización, la cual se facilita por el movimiento de insectos de flor en flor. Por lo tanto, sin haber pagado por ello, el dueño de los árboles está beneficiándose de una externalidad positiva por el hecho de que el vecino produzca miel de abejas y tenga abejas cercanas a su cultivo. De la misma forma, el vecino está recibiendo una externalidad positiva, producida por el cultivo de árboles, por el hecho de tener cerca las flores de éstos. **Una externalidad negativa**, por el contrario, genera efectos perjudiciales a quien la recibe. Supongamos, por ejemplo, que existe un criadero de truchas en un lugar determinado. Para que las truchas crezcan y se desarrollen correctamente, deben mantenerse en aguas limpias libres de contaminación. Sin embargo, en un lugar cercano, existe un cultivo de flores que utiliza químicos para controlar las plagas de las flores. Por el viento y las condiciones climáticas, estos químicos contaminan las fuentes de agua cercanas, por lo tanto, el criador de truchas se ve seriamente afectado por las acciones del cultivo de flores cercano; es decir, está sufriendo un efecto negativo externo a él (una externalidad negativa) <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/externalidad>

de la cual se relacionan la cuantía, la oportunidad de la demanda, los costos de la demanda, los acuerdos y el número de conflictos entre las partes.

En cuanto a tutela se refiere, podríamos decir que la cuantía es el beneficio que cree el individuo que va a percibir si se ordena tutelar sus derechos; la oportunidad es el optimismo que se tiene respecto al resultado que se obtendrá de la acción, y este puede ser relativo – cuando el optimismo del accionante es mayor que el optimismo del demandado, y así se pretenderá continuar con el proceso; los costos, que se pueden dividir en barreras de acceso⁴¹ y los costos relacionados del proceso (abogados y gastos relacionados del acceso a sus servicios); los acuerdos, se refieren a la variable que consiste en la probabilidad de que las partes lleguen a una solución cooperativa y que el optimismo relativo del demandante sea menor que el del demandado; y el número de conflictos entre las partes, dado que esta variable regula la posibilidad de iniciar un nuevo proceso o de abrir uno por primera vez frente a determinado individuo o entidad.

Si el aparato judicial recurriera a este sistema calculatorio para determinar la eficacia de sus decisiones y de las facilidades del acceso a la justicia, no estaría vulnerando la gratuidad o celeridad del acceso a la justicia, por el contrario, se estaría regulado y garantizando un aparato judicial más exacto a la hora de dirimir los conflictos y generando un menor costo para las políticas públicas.

4. Efectos de los Fallos de Tutela de la Corte Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

Desde el momento en que se promulgó la Constitución de 1991 se dio origen a una serie de instituciones nuevas, el Estado colombiano tomó un nuevo camino, el del Estado Social de Derecho, enunciado en el artículo 1 de la Carta, pero también se le confirió a una nueva institución guiar los derroteros para lograr cumplir con las metas que traía consigo esta evolución del Estado colombiano, esta institución no sólo tenía que guiar el andar del Estado Social de Derecho, sino que también debería ser la suprema guardiana de la Constitución, en este sentido nació la Corte Constitucional de Colombia, que a lo largo de 25 años de trabajo ha proferido sentencias en las cuales se han creado caminos para el cumplimiento de la Constitución, pero también, en ciertos momentos, ha llamado la atención al legislador y al Estado sobre políticas públicas.

⁴¹ Actualmente, en Colombia, no hay barreras de acceso para la administración de justicia. Previamente existía el denominado *arancel judicial* que era un claro ejemplo de una barrera de acceso a la justicia.

Es cierto que las providencias de la Corte⁴² han logrado llenar vacíos que el legislador ha dejado, pero estos vacíos no fueron dejados por generación espontánea, se dejaron en virtud que en su momento ciertos derechos no se garantizarían de manera inmediata, se iría poco a poco de manera progresiva, pero el abuso de la acción bajo estudio hizo que la Corte y los jueces terminaran concediendo derechos para los cuales el Estado no se encontraba preparado, como ocurrió con la sentencia T-025 de 2004 –se observará más adelante y nos permitirá hacer un análisis de los costos que genera la Acción de Tutela al Estado- en la que se declaró el **estado de cosas inconstitucionales**⁴³ por lo cual el Estado tuvo que asumir una serie de responsabilidades adicionales.

A su vez, la Acción de Tutela ha tenido un efecto importante, el cual es ser pilar fundamental de las políticas públicas⁴⁴ puesto que desde que se puso en marcha su aplicación, el Estado se ha visto en la necesidad de adecuar sus políticas públicas, buscando la armonía con los pronunciamientos de la Corte, pero, desafortunadamente, dicha armonía, en materia presupuestal, es muy difícil de lograr.

Por lo anterior la Acción de Tutela ha tenido un impacto tan importante, y esto se suma a que “la norma dotó a los jueces de tutela de facultades disciplinarias suficientes para garantizar el oportuno y eficaz cumplimiento de su propio fallo de tutela; medidas que incluyen el pago de multas y el arresto, las que, se supone, debieran desincentivar a los agentes del Estado de mantener la violación a los derechos fundamentales.”⁴⁵ Lo cual se tradujo en un activismo judicial desenfrenado que terminó por saturar al sistema judicial.

En líneas generales, de los efectos de la Acción de Tutela se pretende mostrar que: i. La Acción de Tutela toma un papel supremamente importante al momento de establecer una política pública. ii. Sirvió de mecanismo para frenar el abuso de quien se encuentra en una posición de violación de un derecho fundamental. iii. Le entregó un poder a los jueces de tutela al momento de proferir sus fallos, tanto así, que estos pueden en ciertos casos crear derechos en las zonas que hayan dejado vacíos por el legislador.

⁴² Para ahondar el papel que ha desarrollado y se pretende que desarrolle la Corte Constitucional, es recomendado revisar el texto de Luis Villar Borda *El rol de la Corte Constitucional para el avance del derecho en un país en desarrollo*. Colección Enrique Low Murtra de Derecho Económico. Universidad Externado de Colombia. 2003.

⁴³ El Estado de Cosas Inconstitucionales nació por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y es una situación en la cual la Corte se encarga de llamar la atención al Estado Colombiano sobre una situación particular, en el texto se menciona una Sentencia proferida por la Corte en la cual se declara dicha situación; esta situación se declara porque es anormal al ordenamiento social que rige al Estado Colombiano.

⁴⁴ Para ahondar en el tema, ver el artículo de Fernando Castillo Cadena *La incidencia de la Acción de Tutela en la implementación de las políticas públicas*. Vniversitas Profesores. Julio de 2009.

⁴⁵ Fernando Castillo Cadena. *La incidencia de la Acción de Tutela en la implementación de las políticas públicas*. Vniversitas Profesores. Julio de 2009. At. 35

5. Conclusiones Generales

A lo largo de este escrito, podemos llegar a ciertas conclusiones que son importantes para entender el papel que juega el juez de tutela con sus providencias en el ordenamiento jurídico colombiano y cómo éstas son importantes a la hora de dictar las políticas públicas, entre las cuales se encuentran las siguientes:

En primer lugar, vemos que el papel que ha tomado esta acción desde el momento en que se instauró en la Carta Política colombiana ha sido definitivo, puesto que, las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional de Colombia han sido importantes para determinar no sólo políticas del Estado sino también para determinar cómo debe funcionar el aparato judicial.

En segundo lugar como este se ve afectado por la sobreexplotación de esta figura ha llegado a un punto en el cual la acumulación de procesos es incontenible.

Podemos terminar por concluir que la Acción de Tutela es una figura que se mantendrá en él ordenamiento ya que son indudables los beneficios que ha traído en Colombia, pero debe observarse no sólo desde la perspectiva protectora del ciudadano, debe tenerse una mirada más amplia, en la cual es una figura que trae consigo costos y esfuerzos para el Estado con miras a intentar cumplir las disposiciones que son dictadas por el juez de tutela.

Se debe concluir que la tutela ha sido sobre utilizada y se debe generar una conciencia para los operadores de justicia y los ciudadanos de utilizar esta acción para los casos que sea estrictamente necesario, tal y como fue consagrado por el constituyente de 1991.

6. Bibliografía

6.1. Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

6.2. Libros

BARRERO BERARDINELLI, JUAN ANTONIO. Jurisprudencia Constitucional. Precedentes judiciales de la humanidad casos y materiales. Ed Jurídicas Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2013.

CORREA HENAO, NESTOR RAÚL. Derecho Procesal de la Acción de Tutela. Ed. Jurídica Ibañez, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2010

ESGUERRA PORTOCARRERO, JUAN CARLOS. *La protección constitucional del ciudadano*. Editorial Legis. Bogotá. 2004.

SANCLEMENTE MACHADO, DANIELA con LASPRILLA VILLALOBOS, CARLOS JOSÉ. *El juez de tutela como arquitecto del Estado Social de Derecho*. Ed Jurídicas Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2014.

6.3. Artículos

CASTILLO CADENA, FERNANDO. *La incidencia de la Acción de Tutela en la implementación de las políticas públicas*. En *Vniversitas Profesores*. Bogotá. Julio de 2009.

CASTILLO CADENA, FERNANDO. *Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico*. En *Vniversitas Profesores*. Bogotá. Julio de 2007.

CASTILLO CADENA, FERNANDO. *Análisis Económico de la Acción de Tutela*, XII Conferencia Internacional de Análisis Económico del Derecho ALACDE, Guatemala. 2014

CALABERSI, GUIDO CON MELAMED DOUGLAS. *Reglas de Propiedad, Reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral*. Recuperado de: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1091_666 14 noviembre de 2015

COASE, RONALD. *El problema del costo social*. Recuperado de <http://www.hacer.org/pdf/coase2.pdf> 14 noviembre de 2015

VILLAR BORDA, LUIS. *El rol de la Corte Constitucional para el avance del derecho en un país en desarrollo*. En Colección Enrique Low Murtra de Derecho Económico. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003.

6.4. Otros pronunciamientos

Corte Constitucional de Colombia. Auto A207 de 2010

6.5. Legislación

Acto Legislativo 1 de 2005.

Acto Legislativo 3 de 2011.

El paisaje y la intervención humana: especial referencia al caso de la Comunidad Valenciana

JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ
Universidad Jaime I de Castellon

Resumen

La preocupación por el paisaje ha ganado importancia en una sociedad desarrollada como la nuestra y por ello las Administraciones Públicas deben tomar medidas para tenerlo en consideración, pero sin dejar a la ciudadanía al margen de esta regulación paisajística.

Así pues, en el presente trabajo se abordará los aspectos jurídicos de la regulación administrativa del paisaje y cómo influye en él la intervención humana. En primer lugar, se realizará una aproximación a la norma legal, con especial referencia a la LOTUP (siglas de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana), para analizar cómo lo define y cómo se regula. A continuación, se abordará la manera en que el ser humano puede influir en el paisaje y los diferentes efectos que puede haber como resultado de esa interacción. Finalmente, se aportarán una serie de conclusiones al trabajo realizado.

Palabras clave: Paisaje. Regulación administrativa del paisaje. Intervención humana sobre el paisaje. Derecho medioambiental. Participación ciudadana. Paisaje y humanidad.

Abstract

The concern for the landscape has gained importance in a developed society like ours and for them the Public Administrations must take measures to take it into consideration, but without leaving the citizenship outside this landscape regulation.

Thus, the present work will address the legal aspects of administrative regulation of the landscape and how it influences human intervention. Firstly, an approximation will be made to the legal norm, with special reference to LOTUP (acronym of Law 5/2014, of July 25, of the Generalitat, Territorial Planning, Urbanism and Landscape of the Valencian Community), to analyze how it defines and how it is regulated. It will then address how the human being can influence the landscape and the different effects that may result as a result of that interaction. Finally, a series of conclusions will be given to the work carried out.

Keywords: Landscape. Administrative regulation of the landscape. Human intervention on the landscape. Environmental law. Citizen participation. Landscape and humanity.

Índice de abreviaturas

- LOTPPCV Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje.
- LOTUP Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana.
- PATIVEL Plan de acción territorial de la infraestructura verde del litoral.

1. Normativa sobre paisaje: el desarrollo del *derecho paisajístico*

En primer lugar, cabe analizar cuáles son los objetivos de la política de paisaje, según MUÑOZ CRIADO⁴⁶, entre los que encontramos proteger y poner en valor los paisajes más valiosos y socialmente apreciados de una sociedad. A continuación, salvaguardar, gestionar y mejorar los valores del paisaje en los procesos de planificación territorial y urbanística, con el objetivo de incrementar su calidad, tanto en los espacios naturales y rurales, como en los urbanos y periurbanos. Y por último, coordinar la actuación de las distintas administraciones públicas en materia de paisaje, mediante la definición de criterios y objetivos de calidad paisajística concretos.

Así mismo, una de las primeras cuestiones que se debe analizar es saber qué administración pública posee las competencias en materia de paisaje. Tal y como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁴⁷ no existe ninguna administración en concreto a la que se atribuya tal competencia, así que el asunto del paisaje vendrá ligado a otros medioambientales, culturales, sociales, históricos, recurso patrimonial etc. Como comenta la autora, incluso podría darse el caso de que un particular, como puede ser una comunidad de propietarios, realizara actuaciones que afectasen al paisaje al realizar modificaciones sobre partes de su terreno y que ello afectara al conjunto estético del paisaje de esa área.

Pese a esta aparente dispersión en los aspectos de regulación, parece que el ente por antonomasia para ejercer competencias en materia de paisaje es la administración local, pues así se refleja en los artículos 25.2 d), e), f) y m) de la Ley de Bases de Régimen Local 17/1985, de 2 de abril, donde se especifica que los municipios, en la medida que así lo prevea la legislación estatal y autonómica, ejercerá competencias en aspectos como son la ordenación, vías rurales y urbanas, patrimonio histórico-artístico, medioambiente, actividades culturales, turismo, etc; coincidiendo de esta forma con los aspectos que, como se ha mencionado, interactúan y tienen estrecha relación con el paisaje.

⁴⁶ Aránzazu Muñoz Criado: *La Política de Paisaje de la Comunidad Valenciana*. Dialnet, 2008. Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3027486.pdf> (consultado el 17 de enero de 2017).

⁴⁷ Carmen Fernández Rodríguez: *Estética y paisaje urbano. La intervención administrativa en la estética de la ciudad*. Editorial La Ley, Madrid, 2011, página 94.

Especial relevancia adquiere también el Convenio Europeo del Paisaje⁴⁸ (aprobado en Florencia el 20 de octubre del 2000), este es un acuerdo entre los estados miembros del Consejo de Europa cuyo objetivo principal es el de promover la protección, gestión y ordenación de los paisajes, abarcando las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas, así como las zonas terrestre, marítima y las aguas interiores. Se refiere tanto a los paisajes que puedan considerarse excepcionales, como a los paisajes cotidianos o degradados. Según el Convenio Europeo el paisaje desempeña un papel importante de interés general en los campos cultural, ecológico, medioambiental y social, constituye un recurso favorable para la actividad económica y su protección, gestión y ordenación pueden contribuir a la creación del empleo. De acuerdo con el artículo 5 del Convenio, deben establecerse procedimientos para la participación pública, así como la de las autoridades locales y regionales, y la de otras partes interesadas en la formulación y aplicación de las políticas del paisaje. Del mismo modo, como señalan FARINÓS DASÍ y SÁNCHEZ CABRERA⁴⁹, el paisaje debe integrarse en las políticas de ordenación territorial y urbanística, en las políticas cultural, medioambiental, agrícola, social y económica, así como en cualquier otra que pueda tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje

Tal y como afirma el Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente⁵⁰ el propósito general del Convenio es animar a las autoridades públicas a adoptar políticas y medidas a escala local, regional, nacional e internacional para proteger, planificar y gestionar los paisajes europeos con vistas a conservar y mejorar su calidad y llevar al público, a las instituciones y a las autoridades locales y regionales a reconocer el valor y la importancia del paisaje y a tomar parte en las decisiones públicas relativas al mismo. Dicho Convenio entró en vigor en nuestro país el 1 de marzo de 2008.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana, en materia de paisaje destaca la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, el artículo 6 de esta norma es la que define al paisaje como “cualquier parte del territorio, tal y como lo han percibido sus habitantes, cuyo carácter resulta de interacción de factores naturales y humanos”. Por consiguiente, en esta definición habla de el paisaje como un elementos que depende y es el resultado de diferentes interacciones entre lo natural y lo humano; de hecho el Tribunal Constitucional (TC)⁵¹ o define como una noción estética, “cuyos ingredientes son naturales -la tierra, la campiña, el valle, la sierra el mar- y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del

⁴⁸Convenio Europeo del Paisaje. Disponible en línea: http://www.mapama.gob.es/en/desarrollo-rural/temas/desarrollo-territorial/090471228005d489_tcm11-24940.pdf (consultado el 17 de enero de 2017).

⁴⁹ Joaquín Farinós Dasí y José Vicente Sánchez Cabrera: *Cambios recientes en los instrumentos de la política territorial en la Comunidad Valenciana. límites al renovado papel del paisaje, de la evaluación y de la participación en la ordenación del territorio*. 2010, Valencia. Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3856228.pdf> (consultado el 17 de enero de 2017).

⁵⁰ Página web del Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente sobre el Convenio Europeo del Paisaje. Disponible en línea: <http://www.mapama.gob.es/en/desarrollo-rural/temas/desarrollo-territorial/convenio.aspx> (consultado el 17 de enero de 2017).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 102/1995 de 26 junio. RTC 1995\102

pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente”. En definitiva, la tierra, el suelo, el espacio natural, se entiende como un patrimonio que produce unos rendimientos de los que se beneficiará toda la sociedad. A esta definición, donde se combina lo natural con lo humano y se le suma la perspectiva, cabe añadir el aspecto temporal para definir el paisaje, tal y como afirma HERVÁS MÁS⁵², donde entiende que las dimensiones de la perspectiva natural y humana no tienen un carácter estático, sino que son altamente mutables evolucionan a corto, medio y largo plazo.

Desde esta comunidad, no sólo encontramos ante una amplia regulación en el tema con la Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje (LOTPPCV) y el reglamento que al desarrollaba, que era el Decreto 120/2006, de 11 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Paisaje para esta Comunidad. Dichas disposiciones abordaban concretos instrumentos para esa integración con la previsión de reglas directamente aplicables sobre construcciones, prohibición de colocación de anuncios, vallas publicitarias, entre otros aspectos. Pese a esta amplia regulación, actualmente estas dos normas están derogadas y sólo encontramos regulación de paisaje en un artículo de la LOTUP y en tres anexos a la ley; hecho que ha dejado que la Comunidad Valenciana, deje de ser de las más concienciadas en temas paisajísticos en cuanto a la regulación autonómica se refiere.

Destacan, en los anexos a la LOTUP, los instrumentos de integración paisajística: estudios de paisaje, estudios de integración paisajística y programas de paisaje.

En cuanto a los estudios de paisaje, regulado en el anexo I de la LOTUP, pretenden coadyudar, en materia de paisaje, a la planificación territorial y urbanística de ámbito municipal y supramunicipal analizando las actividades y procesos que afectan al paisaje e indicar las medidas y acciones necesarias para cumplir los objetivos de calidad. Éste, como afirma MUÑOZ CRIADO⁵³ es un instrumento de dinamización y de mejora de la calidad del territorio y una herramienta muy útil para orientar los futuros desarrollos urbanísticos y territoriales, preservando la identidad de cada lugar y contribuyendo a la funcionalidad de la Infraestructura Verde del territorio. Los Estudios de Paisaje, además, establecen criterios para zonificar el suelo no urbanizable y para la catalogación y conservación de los elementos estructurales del territorio que definen en mayor medida el carácter de un paisaje, otorgándole una identidad singular y diferenciada.

Por su parte los estudios de integración paisajística, regulado en el anexo II de la LOTUP, aparecen cuando hay nuevos crecimientos urbanos o en supuestos de implementación de

⁵² Jorge Hervás Más: *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*. Editorial Bosch, Barcelona, 2009, página 97.

⁵³ Arancha Muñoz Criado: *Guía Metodológica de Estudio del Paisaje de la Comunidad Valenciana*. Ediciones de la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medioambiente. Disponible online: <https://drive.google.com/open?id=0B2Tv9c56RwZnbU85YVhhN1dqX00> (consultado el 17 de enero de 2017).

infraestructuras. Además, estos instrumentos son preceptivos para la tramitación de una Declaración de Interés Comunitario.

En cuanto a los programas de paisaje, regulado en el anexo III de la LOTUP, su función es materializar las acciones de gestión que pueden proceder de estudios de paisaje o bien de otras acciones públicas. Dentro de estos programas, podríamos encontrar relativos a la imagen urbana, con el fin de preservar, mejorar y poner en valor paisajes de naturaleza visual, cultural o urbana; un ejemplo de ello eran los Programas de Imagen Urbana y Restauración Urbanística que se preveían en el art. 61 de la derogada LOTPPCV.

Como se ha expuesto, la regulación del paisaje no es unitaria en España y a falta de una ley estatal que regule el paisaje, cada Comunidad Autónoma lo ha regulado como ha considerado conveniente. A esto, hay que sumar que no todos los entes locales han desarrollado reglamentos en la materia, por lo que los niveles de protección son ciertamente diferentes de unos municipios a otros según su sensibilidad paisajística. Cómo incide FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵⁴ sería necesario un sistema de integración normativa sobre el paisaje, por ello, la falta de planificación sostenible de la región desemboca en una situación irregular. Además cuando existe regulación paisajística, no encontramos la misma estética pues ella varía según las prioridades sean mineras, industriales, económica, turísticas, culturales, etc. Pese a esta aparente dispersión normativa en materia de paisaje, es evidente que poco a poco se va desarrollando en nuestro país un derecho paisajístico.

2. El paisaje y la interacción humana

2.1. Los instrumentos de protección del paisaje y la intervención de los ciudadanos en su configuración

La influencia del ser humano en el paisaje es tanta que éste se configura según la visión que las personas tenemos de él. Dicha interacción puede dar diferentes resultados, que por tanto podrán tener efectos positivos, en aquellos casos donde la actuación de las personas o su opinión pueda configurar un mejor paisaje; pero también negativos, como podría ser que se actuara sin respetar la legalidad en materia de territorio y el paisaje quedara gravemente afectado.

Los procesos de audiencia pública en la elaboración de textos sobre paisaje es un ejemplo de participación ciudadana y permiten posibilitar la necesaria participación social y ciudadana en la implementación de las políticas de paisaje. Tal y como se fijaba en el artículo 10.2 del ya derogado Decreto 120/2006 esta participación permite obtener información valiosa sobre el paisaje aportada por la ciudadanía, aumentar la transparencia de las actuaciones de las Administraciones que legislen y actúen en asuntos paisajísticos y que así el proyecto gane

⁵⁴ Ibid., página 207.

visibilidad y aceptación social, así como hacer partícipes a la ciudadanía en la toma de decisiones. También la antigua LOTPPCV creó en su artículo 12 una Junta de Participación del Territorio y Paisaje, que supusieron un cauce directo de intervención ciudadana en la política territorial y del paisaje, dando cabida en sus reuniones tanto a instituciones públicas, como a asociaciones y otros representantes de la sociedad civil.

El artículo 6.c de la actual LOTUP ya habla de la necesidad de someter a participación ciudadana las políticas paisajísticas, como también hace al artículo 2 de esta misma ley refiriéndose a la información y participación ciudadana en procesos urbanísticos y territoriales. La exigencia por involucrar a la ciudadanía en la elaboración y configuración de los paisajes la encontramos también en la Ley 27/2006, 1 de julio, por la que se regulan los derechos de accesos a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, donde se prevén esas exigencias de información pública. Esta exigencia de participación la podemos ver en el conjunto de la producción normativa estatal pues, a modo de ejemplo, en la exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, en su punto cuarto, se indica la necesidad de la participación pública y las consultas en estudios ambientales y territoriales estratégicos, donde también se afectará, sin duda, a la configuración del paisaje. Así, no solo se crea la obligación de realizar preceptivamente consultas a las administraciones públicas y las personas afectadas, sino abrir también un foro que permita, a quien lo desee, realizar aportaciones a ese nuevo texto que afectará al paisaje. Como establece el preámbulo de la LOTUP con ello, se alcanzará una mayor legitimidad en las decisiones territoriales que se adopten respecto a dichos instrumentos, las cuales tienen una elevada repercusión sobre la calidad de vida de los ciudadanos y sobre el desarrollo sostenible del territorio.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵⁵ destaca que la opinión pública en materia estética resulta importante porque el paisaje no es solo territorio, sino que ha de ser contemplado y requiere mirarse para ser considerado paisaje. De forma que las ciudades se convierten en el escenario que integra escenas muy diversas que serán contempladas, en primer lugar por sus propios ciudadanos, con carácter más corriente y común y en segundo lugar, por aquellos que siendo transeúntes, llegan y contemplan el paisaje. Por ello, la integración entre la población local de la ciudad y las decisiones administrativas estéticas se ha de articular mediante la participación ciudadana que implica su intervención en varios niveles, sobre todo y básicamente, en el nivel de la información y la consulta porque resulta muy difícil pretender la responsabilidad y colaboración ciudadana en la estética de sus paisajes si los ciudadanos no se reconocen integrados en el proceso mismo de hacer ciudad.

⁵⁵ Ibid., páginas 142 y 143.

Como afirma CORTINA⁵⁶, la sociedad civil incluye tanto el poder económico como asociaciones voluntarias de ciudadanos y ciudadanas, no integradas en el poder político ni económico pero que detentan la opinión pública en el conjunto de las cuestiones que afectan a la vida de la ciudad y en concreto en la vertiente estética de la misma. Así aunque la ciudad es fruto de un sinfín de opiniones diferentes que pueden ser artísticas, culturales, etc., lo cierto es que la estética de la ciudad no es improvisada, pues como señalan CAMPS y GINER⁵⁷ una política paisajística que fuera gestionada sólo a través de expertos y políticos, daría lugar a paisajes impuestos al ciudadano, como cuando el paisaje era por y para la élite. Tratando de evitar este mismo paisaje de élite se ha pronunciado MORAND-DEVILLER⁵⁸ argumentando que la tendencia actual en el sector ambiental, y que conecta con el espíritu de las Convenciones Europeas de Paisaje, se orienta precisamente en evitar articular la tutela de paisajes solamente a través de la protección de determinadas perspectivas visuales identificadas en catálogos o inventarios puntuales.

Con respecto a lo anterior, destaca la Evaluación Ambiental y Territorial Estratégica del PLAN DE ACCIÓN TERRITORIAL DE LA INFRAESTRUCTURA VERDE DEL LITORAL de la Comunidad Valenciana (PATIVEL). El PATIVEL⁵⁹ tiene una naturaleza específicamente urbanística orientada a la definición y preservación de la infraestructura verde del litoral, sin entrar su contenido en otros elementos de la estructura territorial del espacio costero como pueden ser las infraestructuras de movilidad o el sistema de asentamientos con sus polaridades territoriales y áreas de oportunidad. Por tanto, queda patente en este caso que dicho plan afectará al paisaje de nuestra región y por ello se somete a información pública, pues su objetivo principal recae en la preservación de aquellos suelos de la infraestructura verde que no cuenten con un régimen de protección específico y adecuado a su gran valor territorial.

El debate sobre la necesidad de atender a las necesidades de nuestro litoral quedó abierto con el Proyecto Red Española de Gestión Integrada de Áreas Litorales (REGIAL) donde GARCÍA ONETTÍ y GARCÍA SANABRIA⁶⁰ indicaron que la inversión pública en el litoral ha denotado tradicionalmente un sesgo hacia la finalidad productiva, sobre todo en la escala local, dedicándose escaso esfuerzo a complementarlo con la protección y mantenimiento de la estructura ecosistémica que sustenta las zonas costeromarinadas, ni a la recuperación ambiental de este espacio. Esto amenaza, paradójicamente, los ingresos que se generan

⁵⁶ A. Cortina.: *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, 2009, pág. 146

⁵⁷ V. Camps y S. Giner: *Manual de civismo*, Barcelona, 2008, pág. 169.

⁵⁸ Jacqueline Morand-Deville: *Environnement et paysage*, AJDA, 1994, 6, páginas 588 a 595.

⁵⁹ Documento de inicio de la Evaluación Ambiental y Territorial Estratégica del PLAN DE ACCIÓN TERRITORIAL DE LA INFRAESTRUCTURA VERDE DEL LITORAL de la Comunidad Valenciana. Disponible en línea: <https://goo.gl/OFYvjm> (consultado el 17 de enero de 2017).

⁶⁰ Javier García Onetti y Javier García Sanabria: Bases para el debate LA GESTIÓN DEL LITORAL EN LA COMUNIDAD VALENCIANA El papel de las comunidades autónomas en el camino hacia una Gestión Integrada de las Áreas Litorales (GIAL). Disponible en línea: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0652471.pdf> (consultado el 17 de enero de 2017).

gracias a los servicios y bienes (entre ellos el propio espacio finito de costa disponible) que se sustentan en estos ecosistemas.

Como afirma FARINÓS DASÍ y SÁNCHEZ CABRERA⁶¹ la Comunidad Valenciana ha sido un ejemplo de mala praxis, a pesar de disponer de los instrumentos legales suficientes para evitarlo en materia de ordenación del territorio y de protección del paisaje. A pesar de esta condición, se sigue careciendo hasta la fecha, de una participación pública legitimada, eficiencia y efectiva. De hecho, no existe en nuestra comunidad ningún observatorio que genere información para facilitar la participación pública.

En definitiva, mediante el establecimiento de participación ciudadana en procesos donde el paisaje se ve afectado va encaminada a extraer los vínculos de apego de una población hacia su paisaje, a través de metodologías que precisan la interacción entre personal técnico y ciudadano. Éstas pueden realizarse simultáneamente en talleres de paisaje (donde confluyen técnicos y ciudadanos), en los que se convoca a la ciudadanía a realizar una participación activa. Mediante estas actividades se pueden extraer las corrientes de opinión principales y aquellos aspectos que generan consenso dentro de la población que reside, visita o hace turismo en un lugar determinado. Del mismo modo, la población recibe de primera mano información acerca del paisaje y del proceso de planificación que se está llevando a cabo.

En 2008 se aprobó la Ley de Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana, en la que se destaca el fomento del apoyo mutuo y colaboración entre asociaciones de ciudadanos y la introducción de nuevas herramientas de participación que aprovechen las nuevas tecnologías. Pero como siguen indicando GARCÍA ONETTÍ y GARCÍA SANABRIA⁶² para la gestión del litoral parece más positivo lo indicado en la documentos de trabajo para elaborar la Estrategia Territorial Valenciana, que siguiendo las recomendaciones del Libro Blanco de la Unión Europea sobre la Gobernanza⁶³, consideraban la participación como uno de los cinco pilares para la buena gobernanza, y apuntaban que “es crucial su introducción desde el principio, en la fase de generación de objetivos y alternativas de los distintos planes y programas, así como en su ejecución y evaluación”. De esta manera el ciudadano progresivamente, según como afirman TATO y VALLEJO⁶⁴, se va convirtiendo en agente activo de la ciudad y no en un mero sujeto-objeto de intervención administrativa, hasta el punto de identificar el valor de la ocupación ciudadana y la experiencia vital dentro del espacio público mediante diferentes iniciativas.

⁶¹ Ibid

⁶² Javier García Onettí y Javier García Sanabria: Bases para el debate LA GESTIÓN DEL LITORAL EN LA COMUNIDAD VALENCIANA El papel de las comunidades autónomas en el camino hacia una Gestión Integrada de las Áreas Litorales (GIAL). Disponible en línea: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0652471.pdf> (consultado el 17 de enero de 2017).

⁶³ Libro Blanco de la Unión Europea sobre la Gobernanza. Disponible en línea:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l10109> (consultado el 17 de enero de 2017).

⁶⁴ B. Tatto y J.L. Vallejo: *Reconquistando la ciudad. Propuestas alternativas de participación urbana*, Arquitectura Viva, número 136, pág. 20, 2011.

2.1. Casos concretos de intervención humana perjudiciales para el paisaje

De la misma forma que el paisaje puede ser mejorado por la acción humana, su intervención puede resultar también contraproducente, haciendo así perder valor a los recursos paisajísticos. Un ejemplo lo encontramos en el municipio de Villafamés (Castellón), donde se construyó una fábrica afectando a una determinada área del paisaje del municipio. Ésta se trata de una situación de un error, pues tal y como fija la *Guía Metodológica de Estudio del Paisaje de la Comunidad Valenciana*⁶⁵ uno de los criterios de paisaje y ordenación territorial es que se priorizará la ubicación de estas áreas en las zonas de menor exposición visual y, en especial, fuera de los principales accesos a los núcleos urbanos respetando franjas de afección visual de al menos 100 metros en estas áreas, y dotándolas de un adecuado tratamiento paisajístico.

De hecho, no seguir estas indicaciones implica dejar de respetar el criterio de preservación de la singularidad paisajística y la identidad visual del lugar. Como afirma la mencionada guía, los Estudios de Paisaje deben ser los encargados de evitar estas situaciones y así identificar la visibilidad del paisaje a partir del estudio de los puntos de observación y sus cuencas visuales, con el objeto de determinar la importancia relativa de lo que se ve y se percibe. Debe ser una cartografía la encargada de representar las zonas de máxima visibilidad, las de visibilidad media, las de visibilidad baja y las no visibles o zonas de sombra, indicando cuáles son los puntos de observación desde los que se ha obtenido el resultado.

Otro ejemplo de falta de preocupación por la protección hacia el paisaje lo encontramos en un supuesto que tuvo lugar en el municipio de Bejís (Castellón), donde se construyó una caseta de madera y teja americana en suelo calificado como no urbanizable y protegido forestalmente, contraviniendo las disposiciones establecidas en la Ley 10/2004, de 30 de diciembre, del Suelo No Urbanizable de la Generalitat Valenciana y el Plan General de Ordenación Urbana de Bejís, por lo que la obra no fue susceptible de legalización. En este supuesto, el Juzgado de lo Penal Nº1 de Castellón⁶⁶ consideró que había un delito contra la ordenación del territorio previsto en el artículo 319.1 del Código Penal. Consecuentemente se trata de una edificación ilegal debiéndose proceder a las medidas de restauración de la legalidad urbanística, que terminaron por suponer que la caseta construida fuera demolida. De esta forma, cuando los instrumentos de planeamiento o declarativos del espacio natural han fijado las medidas normativas concretas de protección del paisaje, el incumplimiento de tales reglas deriva en la aplicación del oportuno expediente sancionador, como fue en este caso, restauración de la legalidad urbanística. Aunque, como señalan LASAGABASTER y LAZCANO⁶⁷, en ocasiones el análisis de la paisaje como tal es mejor que se realice

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Juzgado de lo Penal Nº1 de Castellón, Procedimiento de Juicio Oral Nº241/2012

⁶⁷ I. Lasagabaster y I. Lazcano : *Derecho Ambiental. Parte Especial I, Espacios Naturales, Flora y Fauna, Montes, Paisaje*, LETE argitaletxea, Bilbao, 2007, pág. 604.

aisladamente, ya que así éste adquiere mayor protagonismo y no se convierte en un elemento secundario en el cumplimiento de la legalidad.

3. Conclusiones

Una vez analizado el desarrollo normativo del paisaje y cómo las personas podemos afectar diferente forma, cabe añadir unas conclusiones finales.

Al hablar de paisaje no nos referimos solo a una realidad objetiva, sino a un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura; por tanto, el paisaje es justo lo que queremos que sea.

La importancia del mismo se ha reflejado en la ley, así pues, la variable paisajística ya forma parte sustancial de los documentos de planificación urbanística y territorial en la Comunidad Valenciana, incluida desde el principio de la tramitación de los planes a través de la evaluación ambiental estratégica.

La interacción humana sobre él ha supuesto en un primer momento, una buena señal, puesto que la ciudadanía mediante los diferentes procesos de participación pública ha conseguido articular un paisaje coordinado y cuidado. Sin embargo esta misma intervención también ha tenido consecuencias desfavorables puesto que realizar construcciones o cualquier otro tipo de actuación sin respetar la legalidad puede afectar muy negativamente al paisaje, alterándolo y haciéndole perder valor.

Sin duda, la clave se encuentra en generar una conciencia ciudadana de la necesidad de proteger y respetar el paisaje, por ello hay que persuadir a las Administraciones Públicas de la necesidad de actuar al respecto, en un ejercicio conjunto que incluya también a la sociedad civil, ya que ésta será la única forma de lograr un mejor paisaje.

4. Bibliografía

A. Cortina.: *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, 2009, pág. 146

Aránzazu Muñoz Criado: *Guía Metodológica de Estudio del Paisaje de la Comunidad Valenciana*. Ediciones de la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medioambiente. Disponible online: <https://drive.google.com/open?id=0B2Tv9c56RwZnbU85YVhhN1dqX00> (consultado el 17 de enero de 2017).

Aránzazu Muñoz Criado: *La Política de Paisaje de la Comunidad Valenciana*. Dialnet, 2008. Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3027486.pdf> (consultado el 17 de enero de 2017).

Carmen Fernández Rodríguez: *Estética y paisaje urbano. La intervención administrativa en la estética de la ciudad*. Editorial La Ley, Madrid, 2011, página 94.

Convenio Europeo del Paisaje. Disponible en línea: http://www.mapama.gob.es/en/desarrollo-rural/temas/desarrollo-territorial/090471228005d489_tcm11-24940.pdf (consultado el 17 de enero de 2017).

Documento de inicio de la Evaluación Ambiental y Territorial Estratégica del PLAN DE ACCIÓN TERRITORIAL DE LA INFRAESTRUCTURA VERDE DEL LITORAL de la Comunidad Valenciana. Disponible en línea: <https://goo.gl/OFYvjm> (consultado el 17 de enero de 2017).

Jacqueline Morand-Deville: *Environnement et paysage*, AJDA, 1994, 6, páginas 588 a 595.

Javier García Onettí y Javier García Sanabria: Bases para el debate LA GESTIÓN DEL LITORAL EN LA COMUNIDAD VALENCIANA El papel de las comunidades autónomas en el camino hacia una Gestión Integrada de las Áreas Litorales (GIAL). Disponible en línea: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0652471.pdf> (consultado el 17 de enero de 2017).

Javier García Onettí y Javier García Sanabria: Bases para el debate LA GESTIÓN DEL LITORAL EN LA COMUNIDAD VALENCIANA El papel de las comunidades autónomas en el camino hacia una Gestión Integrada de las Áreas Litorales (GIAL). Disponible en línea: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0652471.pdf> (consultado el 17 de enero de 2017).

Joaquín Farinós Dasí y José Vicente Sánchez Cabrera: *Cambios recientes en los instrumentos de la política territorial en la Comunidad Valenciana. límites al renovado papel del paisaje, de la evaluación y de la participación en la ordenación del territorio*. 2010, Valencia. Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3856228.pdf> (consultado el 17 de enero de 2017).

Jorge Hervás Más: *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*. Editorial Bosch, Barcelona, 2009, página 97.

Lasagabaster y I. Lazcano: *Derecho Ambiental. Parte Especial I, Espacios Naturales, Flora y Fauna, Montes, Paisaje*, LETE argitaletxea, Bilbao, 2007, pág. 604.

Libro Blanco de la Unión Europea sobre la Gobernanza. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l10109> (consultado el 17 de enero de 2017).

Página web del Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente sobre el Convenio Europeo del Paisaje. Disponible en línea: <http://www.mapama.gob.es/en/desarrollo-rural/temas/desarrollo-territorial/convenio.aspx> (consultado el 17 de enero de 2017).

Tatto y J.L. Vallejo: *Reconquistando la ciudad. Propuestas alternativas de participación urbana*, Arquitectura Viva, número 136, pág. 20, 2011.

V. Camps y S. Giner: *Manual de civismo*, Barcelona, 2008, pág. 169.

4.1. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 102/1995 de 26 junio. RTC 1995\102

Sentencia del Juzgado de lo Penal N°1 de Castellón, Procedimiento de Juicio Oral N°241/2012

The concept of ‘theatricality’ in legal performance with respect to musicians and the way they engage with the law

JANET NIKOVA NIKOVA

Universidad Complutense de Madrid

Abstract

The concept of theatricality plays a very important role in legal performance. The courtroom setting has an inherently theatrical nature in its history and rituals that makes it a preferred subject for the theatre. On the other hand the techniques used in the theatre also allow lawyers to present better their case in court, thus making the connection between the two. Although through theatricality the legal system engages with much more people, it has left one group misunderstood and excluded – musicians. Alienating music from the courts of law and refusing to view it as a complex piece of art, goes against the general principle of openness of the law, which should be at the heart of the legal system.

Keywords: Performativity, theatricality and law, law and music, law and the humanities, art and politics, aesthetics, law and modern art, Pussy Riot, rap, natural law

Introduction

The words “theatricality” and “performance” have only recently become a starting point for legal theorists when commenting on the conduct and behaviour of legal professionals. In order to understand the concept of theatricality in legal performance I will examine and compare it with the concept of “performativity”. My aim will be to contrast the relationship between theatre and law with the relationship between law and music and to prove that both concepts define the way everyone, from lawyers and judges to actors and musicians, engage with the law.

The concept of theatricality

Although much used in scholarly critique, the words “theatricality” and “performativity” are not clearly defined within the legal context. In order to explore the relevance of theatricality and performance in this context I will first try to define and explain their meaning and then examine their significance both for the legal system and for musicians who engage with it.

The concepts of theatricality and performativity have often been presented as opposing one another. On the one hand theatricality has usually been associated with a form of trickery. It's defined by A. Chaniotis as ‘the effort of individuals or groups to construct an image of themselves which is at least in part deceiving’⁶⁸. Plato also sees the “imitative art” as that which is “completely divorced from truth” and deceives⁶⁹. On the other hand, performance is the normal presentation of self, something real and truthful, something we do every day.

For example, Joseph Roach divides them in the following way: “derived from the Greek word for seeing and sight, theatre, like theory, is a limiting term for a certain kind of spectatorial participation in a certain kind of event. Performance, by contrast, though it frequently makes reference to theatricality as the most fecund metaphor for the social dimensions of cultural production, embraces a much wider range of human behaviors.”⁷⁰

Therefore, the distinction can be made that performance is the way we behave every day, the code we adopt for different situations, usually done unconsciously by the performer and the audience. Richard Schechner calls this “twice-behaved behavior”⁷¹, that can be rehearsed, repeated, but most importantly – recreated. And it is that recreation that leads to theatricality. Theatricality is taking the performance and putting it on stage where both the actors and the audience are conscious that that is not the performer’s usual behaviour. However, it is not only through techniques of the theatre that the objectives of theatricality can be achieved. Exploiting theatrical spaces for public display or self-advertisement are other forms that theatricality also often employs⁷². Law courts are the types of spaces for public display that are most commonly exploited by the theatre due to their inherently theatrical nature.

⁶⁸ Chaniotis, Angelos. *Theatricality Beyond The Theater*. (Heidelberg: Universitätsbibliothek der Universität Heidelberg, 1997), pp. 219–59

⁶⁹ Plato *The Republic* in John M Cooper, and D. S Hutchinson. *Complete Works*. (Indianapolis, Ind.: Hackett Pub., 1997) 597 e – 598 d

⁷⁰ Parker, Andrew, Eve Kosofsky Sedgwick, and English Institute. *'Performativity and Performance'*, (1995). P. 46

⁷¹ Schechner *“Restoration of Behavior,”* in *Between Theater and Anthropology* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985), p. 36.

⁷² Simon Hornblower, Antony Spawforth, and Esther Eidinow *The Oxford Companion to Classical Civilization* (OUP 2014)

Theatricality in the legal performance

The relationship between law and theatre has always existed and has been examined by many authors. As far back as Ancient Athens the connection between law and theatre can be clearly identified through the Greek term *agôn*, which meant ‘formalised competition’ which was used most notably to denote both trials in the courts of law and drama festivals⁷³. **Dermot Nolan goes as far as to state that now it is “almost trite to acknowledge the relationship between the courtroom and the stage”⁷⁴.**

The courtroom has provided inspiration for numerous plays, television series, books, etc. These have allowed everyone to become familiar with a courtroom setting, no matter if they have ever stepped foot inside a court of law. But this relationship is not one-sided. Just as the theatre is constantly inspired by the legal process, the law court is a stage in its own right, with lawyers and judges as the lead actors.

Alan Read, in the opening of his book *Theatre and Law*, says “there are courtrooms, judges, lawyers. And then there is, ... the performance or the memory of the actor’s performance, of that judge or lawyer.” Read draws a distinction between lawyers, who perform their roles and actor lawyers who ‘perform-perform’ [sic] a version of their roles. The second group is clearly going to be using the concept of theatricality to perform, to entertain, to attract attention. However, that does not mean that this concept is outside the scope of the first group. For example, Liza Balkan, an actor who had to testify in court, observed the same techniques she used in her profession being applied by the lawyer, who was trying to discredit her, because she was a “professional liar”. Ms Balkan says that “[the lawyers] had brilliant way of working the crowd, the jury, and working the witness, working me. But one of them who spent the most time with me used constant theatrical analogy.”⁷⁵ In her interview, she even suggests that the lawyer was “upstaging” her, in order for the jury not to be able to see her face. These techniques “borrowed” from the theater are constantly used by lawyers and allow them to “work the crowd, the jury, the witness”⁷⁶.

Read has pointed out to ten points of engagement between law and the performance. The dressing, the wigs, the oath, the gavel – there are many visible signs that make a courtroom look like a theatre. However, theatricality goes much further into legal performance itself than this.

The first of Read’s points of engagement relates to the fundamental principle that “law must be seen to be done”. This is directly linked to the idea of Schechner that something must be done in order to be called performance⁷⁷ and Peters who sees law as the “ultimate

⁷³ Paul Millett, (2005) *The Trial of Socrates Revisited*. *European Review of History* (Revue européenne d'histoire 12:1) pp 23-62.

⁷⁴ Gilbert, Reid. 'Theatre, the Law, and the Courts: Editorial', *Canadian Theatre Review*, vol. 142/(2010), pp. 3-5.

⁷⁵ Verdecchia, Guillermo. 'Can the Theatre be a Courtroom?: An Interview with Liza Balkan', *Canadian Theatre Review*, vol. 142/no. 1, (2010), pp. 18-23.

⁷⁶ *Ibid* p. 19

⁷⁷ Read, Alan. *Theatre & Law*. p 9

performative institution”⁷⁸. Hibbitts also suggests that “members of performance cultures tend to think of justice not as something that simply is, but rather something that is done.”⁷⁹ This has led to the idea of show trials, televised trials. Theatricality is an inherent part of “showing” justice to be done. So much so, that cases have even been challenged because the proper “theatrical” rituals have not been followed.

Read also puts forward the question whether it is beneficial for the legal processes to have such a strong connection with the public or it diminishes its authority through its theatricality.⁸⁰ Peters takes this further by examining the division of the academic criticism towards theatricality in the legal performance in her article “Legal performance: good and bad”.⁸¹ She identifies two different points of view when it comes to theatricality in legal performance.

On the one hand, there are critics such as the French psychoanalyst-lawyer Pierre Legendre who sees theatricality in the law as complicit with its authoritarian control.⁸² The theatrical rituals of the law emerge directly from its theatrical imperative and they “hold together all the bits and pieces that we call society”⁸³. Thus connecting theatricality in the law and its coercive power.

On the other hand, Parker presents the ideas of Judith Butler’s performativity of gender⁸⁴ and Ariels Dubler on the “wifely behavior”⁸⁵ to present performance as a “liberating instrument”⁸⁶ both in the courts and on the street.

However, both of these ideas are one-sided. They should not be examined on their own, but as Parker suggests, in the long history of legal performance. “law has often gained a performative power from its exploitation of theatrical means, it has also gained a kind of surplus legitimacy from its disavowal of these means: we are not exploiting theatrical tactics (claim the producers of the legal event), and this is precisely what shows our strict adherence to the law. Theatricality is essential to the production of law. At the same time, theatricality in law often bears its historically negative charge.”

The underlying reason why law and theatre are similar and why they both form such an important part of our society lies with comes out of the “vehicle for social catharsis”⁸⁷. Aoife

⁷⁸ Peters, Julie Stone. 'Legal Performance Good and Bad', (*Law, Culture and the Humanities*, vol. 4/no. 2, (2008)), pp. 179-200.

⁷⁹ Hibbitts, Bernard J. "'Coming to our Senses": Communication and Legal Expression in Performance Cultures', (*Emory Law Journal*, vol. 41/no. 4, (1992)), pp. 873. 959

⁸⁰ Read p. 2

⁸¹ Peters, Julie Stone. 'Legal Performance Good and Bad', *Law, Culture and the Humanities*, vol. 4/no. 2, (2008), pp. 179-200.

⁸² *Ibid.*, p. 179

⁸³ *Ibid.*, p. 189

⁸⁴ Butler, *Gender Trouble*, p.2

⁸⁵ Dubler, “*Wifely Behavior: A Legal History of Acting Married*,” *Columbia Law Review* 100 (May 2000), pp. 957–1021.

⁸⁶ Peters., p. 192

⁸⁷ Parker

Monks suggests that law acts as “surrogate” and when it is represented the audience reach “something more”, justice, fairness, a chance to hear a different side of a story.⁸⁸

At first sight, the ideas of theatricality and performativity might seem mutually exclusive since on the one hand, performativity is all about expressing the “self” and theatricality is concerned with doing something outside of the “self”. However, when it comes to the legal setting, in fact they both lie at the heart of any “good legal performance”. As Hibbitts suggest our culture has changed and has moved on from performative to textual, but ‘performance and theatricality remain inherent to our legal culture and understanding of the law’.

Roach states that “As a cultural system dedicated to the production of certain kinds of behaviours and the regulation or proscription of others, law functions as a repository of social performances, past and present.”⁸⁹ However, the theatre is not the only form that our society uses in order to produce justice through performance.

A further example is the film “Judgment at Nuremberg” where a documentation of an actual trial was used to search for truth and justice. A different example is music⁹⁰.

Musicians and theatricality

Music plays an important part in the culture of our society. It is a type of art with aesthetical value and market importance of its own. However, when it comes to musicians engaging with the law and the legal system, this relationship is extremely complicated. Every trial that involves a piece of music faces challenges, which modern courts continue to struggle to resolve.

When Balkin and Sanford argued for the recognition of law as a performative art they made the following connection between law, music and drama: “Law, like music or drama, is best understood as performance – the acting out of texts rather than the texts themselves. ... “Law on the books” – that is, legal texts – by themselves do not constitute the social practice of law, just as music on a page does not constitute the social practice of music.”⁹¹

Theatricality and performativity are inherent to music. For musicians the performance may be on stage, in front of a camera, in a music video, in public or private, but it is always theatrical, its aim always is to attract attention. Music performances that directly engage with the law most commonly try to challenge an idea, a rule, an orthodox theory, to express their protest, to rebel. As was already stated, justices has to be seen to be done. But when it has

⁸⁸ Read p. 11

⁸⁹ Roach, Joseph R. *Cities Of The Dead*, (New York: Columbia University Press, 1996) p. 55

⁹⁰ Blumenthal-Barby, Martin, *Theatricality and Law: Or, a Cinema of Justice*, (Debate: Journal of Contemporary Central and Eastern Europe, vol. 14/no. 1, (2006)) pp. 71-76.

⁹¹ J.M. Balkin and S. Levinson, “*Interpreting Law and Music: Performing Notes on ‘The Banjo Serenader’ and ‘The Lying Crowd of Jews’*”, *Cardozo Law Review* May-June (1999), 1518 - 9

not been done, when the legal system has failed, it often turns out that the art is the only possible form of rebellion and “violence that does not spill blood”, as Benjamin suggests⁹².

Balkin and Sanford underline that both law and music need to be performed in order to be done. They both need audience in order to function. “Law and music require transforming the ink on the page into the enacted behaviour of others. .. Like music and drama, law takes place before an audience to who the interpreter owes social responsibilities. Legal, musical, and dramatic interpreters must persuade others that the conception of the work put before them is, in some sense, authoritative. And whether or not their performances do persuade, they have effects on the audience.”⁹³ As has already been seen, theatricality is a method, used by the courts in order to establish their authority. Music is another area where it has the same purpose. Furthermore, theatricality in musical performances allows musicians to turn into someone who they might not necessarily be, in order to perform a particular song with the type of emotion needed.

In order to attract the attention of the public and convey the message they want to convey, musicians use different theatrical techniques. Different parts of the performance have different significance, but they should be examined as a whole. However, courts often refuse to do that and are only interested in one aspect of a musician’s performance. Just like theatricality in legal process should be examined in the broader context of political and social change, so should music.

Manderson suggests that music and law together illuminate a shift in the social and cultural ideology over time⁹⁴. They both reflect the current issues of society and react to them. However, music in the eyes of many courts of law is only seen as subjective and is generally dismissed. The most common accusation against music is that it is affected by too much emotion. Erica Schroeder claims that “the legal system is expected to float free of this emotional intensity, an island of pure deliberative reason”⁹⁵. By contrast, Hirsch argues that emotion does not preclude reason and can even have positive effects⁹⁶. Furthermore, she argues that emotion is also part of the law and it is pointless to try to exclude it when law goes as far as recognising it as a defence in the form of “heat of passion” defence.⁹⁷

The use of theatricality allows musicians to “play their part”, to pass the emotion the song is conveying to the public, without being blinded by it.

⁹² Walter Benjamin, “*Critique of Violence*,” in *Reflections*, trans. Edmund Jephcott (New York: Schocken Books, 1986), pp. 277–300, at 291–2.

⁹³ J.M. Balkin and S. Levinson, “Interpreting Law and Music: Performing Notes on ‘The Banjo Serenader’ and ‘The Lying Crowd of Jews’”, *Cardozo Law Review* May-June (1999), 1518 - 9

⁹⁴ Manderson p. 20

⁹⁵ Hirsch, L. E. ‘*Rap as Threat? the Violent Translation of Music in American Law*’, (Law, Culture and the Humanities, 2014) p. 18

⁹⁶ Hirsch, Lily E., 1979. , ‘*Music in American Crime Prevention and Punishment*’, (Ann Arbor, University of Michigan Press, 2012).

⁹⁷ *Ibid* p. 3

Manderson, on the other hand, puts forward the argument that the aesthetic of music is what the court should consider. It is a form of art and self-expression. This side is often forgotten when it comes to dissuading a piece of music at trial. It is often only looked at as text or lyric, or in the case of Pussy Riot, a series of actions on their own, without examining any of the other facts that have led to the end result and the context it was intended to be viewed in.

As Manderson suggests “while we might not be able to claim that law is a kind of music, we can nonetheless see how their underlying social conditions and contexts are subject to the same great forces of cultural construction and transformation”⁹⁸. Both music and law use the concept of theatricality in order to perform their roles. Both of them have a powerful influence in popular culture and the clear refusal of the courts to accept this leads to many controversial cases that have generated a lot of publicity and usually –an unfair result or trial in the eyes of many defendants and commentators.

Example of musical performances engaging with the law

An example of a case where the nature of music as a performative art was not recognised, is the case of Pussy Riot, a Russian feminist punk collective. After the performance of their “Punk Prayer” they were sentenced to two years imprisonment. The charges against them were for hooliganism incited by religious hatred. The video of the song was filmed in a church, while the text was a criticism of the current political system, in particular Vladimir Putin’s rule. The trial has generated a lot of debate about the relationship between law and music.

During the trial the video was only played once and the judge relayed mostly on a textual descriptions of it. Even this fact on its own, goes against the previous discussion of our need, as a performative culture, to see justice being done. If the judge has not even “seen” what he or she is adjudicating on, then how can this be possible?

Furthermore, during the trial no mention was made to the musical aspects of their performance. Manderson argues that it was the aesthetic of the performance that contain the message the women wanted to convey with their music.⁹⁹ The youth of the three women, the sound of the music, their energy and the type of music - punk, all of this was what made their “Punk Prayer” more than an act of hooliganism and transformed it into an aesthetic critique. Neither the judge, nor their defence lawyers made any comments to this, and it was left to the defendants to argue the case for their music as art.

Theatricality is inherent in Pussy Riot’s performance. As a critique of the political system, their performance is meant to provoke, to shock, to challenge, to rebel. Every detail of it is

⁹⁸ Manderson, D. 'Making a Point and Making a Noise: A Punk Prayer', *Law, Culture and the Humanities*, vol. 12/no. 1, (2016), pp. 17-28. p. 19

⁹⁹ Manderson, D. 'Making a Point and Making a Noise: A Punk Prayer', (*Law, Culture and the Humanities*, vol. 12/no. 1, (2016)), pp. 17-28.

part of its aesthetic as a piece of art, as music. Just like the theatre is a form of search for a different kind of justice, so is music.

Their performance cannot be understood by its written description. It should be taken as a whole in the historical context it was created and the purpose it was supposed to serve. Instead, the theatricality of the performance of the three women was reduced to a series of acts and slogans.

The Guardian has suggested that the trial was the “main event” of their performance¹⁰⁰. Although, the women were sentenced, their performance was successful in inspiring debate and putting forward question about the ways law engages with music and how the courts take into account, or refuse to do so, music as art.

Rap Music in the Legal Context

In the case *Commonwealth of Pennsylvania v Jamal Knox and Rashee Beasley* the two defendants were charged and arrested after their rap song “F* the police” was put on the Internet. Both defendants were charged with “terroristic threats” as “communicating a threat, either directly or indirectly, to commit a crime of violence with the intent to terrorise”.¹⁰¹

One of the challenges in this case was to examine rap as music. Hirsch suggests that in this and many other cases, rap is not examined as a piece of music, instead law only uses the lyrics in order to pressure defendants to take a plea.¹⁰² In these cases, the text of the rap song was also dealt with only as a written text, reading the lyrics to the jury in even tones or submitting the texts to the jury as a hardcopy document.¹⁰³ This practice is contrary to the concept of rap music and undermines its significance and purpose. Instead it should be examined in a larger context.

Another problem Hirsch points out to is the decision of many courts to accept rap as evidence, as a self-representation and confession, thus admitting evidence with erroneous implications.¹⁰⁴ This not only leads to injustice but also makes a jury much more likely to convict a defendant. Consideration such as market demand and approval of a stereotype idea of rap music are ignored. Courts generally do not make any reference to the music itself. This leaves a huge gap in the law. Our modern legal systems, which are in themselves linked to theatricality, refuse to accept a type of music that they do not understand and decline to accept the nature of a genre of music that has existed for decades, that has generated a large public and continues to contribute to the music industry. This has lead to the neglect of rap

¹⁰⁰ Manderson p. 26

¹⁰¹ Commonwealth of Pennsylvania v Jamal Knox and Rashee Beasley (2013) Trial transcript, p. 12

¹⁰² Hirsch, L. E. 'Rap as Threat? the Violent Translation of Music in American Law', (Law, Culture and the Humanities, (2014)) p. 7

¹⁰³ *Ibid* p. 7

¹⁰⁴ *Ibid* p. 8

not only by courts, but also in society in general. It is often associated with a stereotype of performers and audience.

However, theatricality is not part of rap any less than it is of the legal system. Rap music's violent language and music videos are a way to express the performer's opinion. It is not acceptable to draw a straight line between the type of music that is acceptable and the type that is not. Although theatricality is used much more in rap music, than perhaps in other types of music due to the nature of the subject and the points the musicians want to make, it does not make it any less of a performative art.

Furthermore, unlike other cases, cases that involve rap music usually do not interpret the way this music is created and the way it should be understood. There are many factors that are left out when it is only examined through its lyrics. Firstly, in the creation of a rap song, many words are not used for their ordinary meaning, but for the way they would sound in the context of the lyrics. There are other factors that go into the selection of words, meaning not necessarily being at the top of the list. Secondly, these words should be heard as they are being performed. Reading them aloud from a piece of paper makes for a very different experience than seeing the performance by the musician. Thirdly, the instrumental part of the song should be a factor which the court always take into account since it sets out the mood for the entire song. When the lyrics are just presented on a piece of paper, the reader is left to imagine for herself how the song would sound. As a result the jury or judge are not examining the correct evidence and make a decision based on incomplete information and sometimes with an already prejudice mind towards rap music.

Another issue to consider is the identity of the character. Often that is not the same person as the musician himself or herself. For example Eminem uses a lot of different characters in his songs. These different identities have different metaphorical meaning and a further theatrical effect, which is sometimes impossible to understand from the text itself. They add to the overall perception of the song and when they are taken out it might be converted into something very different from what was originally planned.

Therefore, when rap is only confounded to a text, most of its characteristics are treated as irrelevant and its significance is misunderstood. The performance of a lyric is what makes it a song.

Hirsch goes as far as to say that treating rap music in this way denies its performance complexities and suggests it is not an art.¹⁰⁵ Other critics offer different solutions to this problem. However, the most important part is not to forget that any performance is irrelevant if not in the right context, not only musical ones, but also legal.

¹⁰⁵ Hirsch, Lily E., 1979., '*Music in American Crime Prevention and Punishment*', (Ann Arbor, University of Michigan Press, 2012). P. 65

Conclusion

The concept of theatricality plays a very important role in legal performance. The courtroom setting has an inherently theatrical nature in its history and rituals that makes it a preferred subject for the theatre. On the other hand the techniques used in the theatre, also allow lawyers to present better their case in court, thus making the connection between the two. However, the courts deny any engagement with the “trickery” of theatricality, because they should only be concerned with objectivity and fairness.

Although through theatricality the legal system engages with much more people, it has left one group misunderstood and excluded – musicians. The courts have decided the faith of an entire type of music based on their unfamiliarity with the manner of expression and the value of rap music for the performers and their audience, based on their own prejudice. Alienating music as a complex piece of art from the law court goes against the general principle of openness of the law, which is at the heart of the legal system, at least in most countries.

The law dismisses the theatricality and the aesthetical nature of music, or at least some types, if not all music. In order to achieve a better and more just legal system, the courts should appreciate the important social and cultural significance of music. As Peters suggests “Performance matters, politically, to law. But how it matters depends on who is using it, and how and when it is being used.”¹⁰⁶ This is also true for music. It is important that all these factors are taken into account when trials which engage with music arise.

One of the responses that Hirsch identifies to rap in the courts is treating it as a foreign language¹⁰⁷. Just because it is the music of a generation very different from that of most of the judges sitting in court. With regards to the case of *Commonwealth of Pennsylvania v Jamal Knox and Rashee Beasley*, Hirsch notes that “justice is supposed to be blind. But in this case, it was deaf as well – deaf to the music and deaf to its own voice in the contested performance of rap at court.”¹⁰⁸

At the heart of this general dismissal lies the law’s conservatism and refusal to accept the modern, sometimes controversial and maybe not to its taste, types of performances. This way courts limit their scope and undermine the ideas of theatricality and performativity, which are vital in order to engage everyone with the law.

¹⁰⁶ Peters p. 198

¹⁰⁷ *Ibid* p. 18

¹⁰⁸ *Ibid* p. 19

Bibliography

Blumenthal-Barby, Martin, *'Theatricality and Law: Or, a Cinema of Justice'*, (Debate: Journal of Contemporary Central and Eastern Europe, vol. 14/no. 1, (2006))

Butler J, *Gender Trouble* (1st edn, Routledge 1999)

Dubler, "Wifely Behavior: A Legal History of Acting Married," *Columbia Law Review* 100 (May 2000)

Chaniotis, Angelos. *Theatricality Beyond The Theater*. (Heidelberg: Universitätsbibliothek der Universität Heidelberg, 1997)

Plato *The Republic* in John M Cooper, and D. S Hutchinson. *Complete Works*. (Indianapolis, Ind.: Hackett Pub., 1997)

Commonwealth of Pennsylvania v Jamal Knox and Rashee Beasley (2013) Trial transcript

Gilbert, Reid. *'Theatre, the Law, and the Courts: Editorial'*, *Canadian Theatre Review*, vol. 142/(2010)

Hibbitts, Bernard J. "'Coming to our Senses": Communication and Legal Expression in Performance Cultures', (*Emory Law Journal*, vol. 41/no. 4, (1992))

Peters, Julie Stone. 'Legal Performance Good and Bad', *Law, Culture and the Humanities*, vol. 4/no. 2, (2008)

Hirsch, L. E. *'Rap as Threat? the Violent Translation of Music in American Law'*, (*Law, Culture and the Humanities*, (2014))

Hirsch, Lily E., 1979. , *'Music in American Crime Prevention and Punishment'*, (Ann Arbor, University of Michigan Press, 2012)

J.M. Balkin and S. Levinson, "Interpreting Law and Music: Performing Notes on 'The Banjo Serenader' and 'The Lying Crowd of Jews'", *Cardozo Law Review* May-June (1999)

Manderson, D. 'Making a Point and Making a Noise: A Punk Prayer', *Law, Culture and the Humanities*, vol. 12/no. 1, (2016)

Manderson, D. *'Making a Point and Making a Noise: A Punk Prayer'*, (*Law, Culture and the Humanities*, vol. 12/no. 1, (2016))

Parker, Andrew, Eve Kosofsky Sedgwick, and English Institute. *'Performativity and Performance'*, (1995)

Schechner "Restoration of Behavior," in *Between Theater and Anthropology* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985)

Peters, Julie Stone. 'Legal Performance Good and Bad', (*Law, Culture and the Humanities*, vol. 4/no. 2, (2008))

Read, Alan. *Theatre & Law*, (Palgrave, 2016)

Roach, Joseph R. *Cities Of The Dead*, (New York: Columbia University Press, 1996)

Simon Hornblower, Antony Spawforth, and Esther Eidinow *The Oxford Companion to Classical Civilization* (OUP 2014)

Paul Millett, (2005) *The Trial of Socrates Revisited. European Review of History* (Revue européenne d'histoire 12:1)

Verdecchia, Guillermo. 'Can the Theatre be a Courtroom?: An Interview with Liza Balkan', *Canadian Theatre Review*, vol. 142/no. 1, (2010)

Walter Benjamin, "Critique of Violence," in *Reflections*, trans. Edmund Jephcott (New York: Schocken Books, 1986)

J.M. Balkin and S. Levinson, "Interpreting Law and Music: Performing Notes on 'The Banjo Serenader' and 'The Lying Crowd of Jews'", *Cardozo Law Review* May-June (1999)

Hirsch, L. E. 'Rap as Threat? the Violent Translation of Music in American Law', (*Law, Culture and the Humanities*, 2014)

Hirsch, Lily E., 1979, 'Music in American Crime Prevention and Punishment', (Ann Arbor, University of Michigan Press, 2012).

El impuesto sobre transmisiones patrimoniales en las adquisiciones a particulares de artículos de oro y joyería

JESÚS PUNTAS MATA

Centro Universitario Villanueva

Resumen

En el siguiente artículo se hace un estudio, a través de resoluciones judiciales y administrativas, de la sujeción o no del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en las adquisiciones de joyería por parte de empresarios a particulares.

Palabras clave: Impuesto. Transmisión patrimonial. Empresario. Obligación tributaria. Oro. Joyería.

Abstract

The following article is a study, through judicial and administrative resolutions, of the subject or not of the tax on property transfer and legal acts documented in the procurement of jewelry by particular entrepreneurs

Keywords: Tax. Property transfer. Businessman. Tax liability. Gold. Jewelry.

El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, regulado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, es un tributo de naturaleza indirecta que grava las transmisiones patrimoniales onerosas, las operaciones societarias y los actos jurídicos documentados.

Centrándonos en las transmisiones patrimoniales onerosas y en su hecho imponible, según el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, son transmisiones patrimoniales sujetas al impuesto las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas y la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones

administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos¹⁰⁹.

La cuestión que se ha venido planteando, en relación con la compra de oro y metales preciosos realizada por profesionales a particulares en el ejercicio de su actividad empresarial, consiste en la procedencia o no de practicar liquidación tributaria en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de “transmisiones onerosas”.

Hasta el momento ha habido discrepancias entre los distintos Tribunales, no obstante y tras las distintas posturas utilizadas para la aplicación o no de dicho impuesto en la compra-venta de oro y metales preciosos por parte de empresarios a particulares, ha sido el Tribunal Económico Administrativo Central el que ha sentado el criterio, de obligado cumplimiento para los todos los Tribunales Económicos Administrativos Regionales, a raíz de la postura adoptada por el Tribunal Supremo en el Auto de 13 de Noviembre de 2014 (casación en interés de la ley 2801/2014; ES:TS:2014:10384A).

El Artículo 7.5. del Real Decreto Legislativo 1/1993, establece que “no estarán sujetas al concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas” del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido”¹¹⁰.

Este precepto establece, para determinar la no sujeción por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, dos criterios distintos. El primer criterio consiste en que se trate de operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, estén o no sujetas tales operaciones al Impuesto sobre el Valor Añadido. Resaltar que hay operaciones que corresponden al tráfico empresarial y aun así no están sujetas como tales al Impuesto sobre el Valor Añadido.

El segundo criterio para determinar la no sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales consiste en que las operaciones estén sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. Es suficiente con que se den las circunstancias correspondientes a un sólo criterio para determinar la no sujeción por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

¹⁰⁹ Artículo 7. Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

¹¹⁰ Artículo 7. Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El Tribunal Supremo se pronunció al respecto, mediante Sentencia de 18 de enero de 1996 (Rec. nº 3646/1991), alegando que las adquisiciones de oro, plata, platino y joyería, realizadas por un empresario para transformarlas o para revenderlas no deben de soportar el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Así, cabe destacar, la Sentencia dictada el 2 de Julio de 2014 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla), sec. 2ª, en la cual, reitera el planteamiento de que las adquisiciones a particulares de objetos de oro, plata, platino y de joyería realizadas por el recurrente, empresario dedicado a la compra-venta de estas mercancías, no están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales porque las adquisiciones que realiza un empresario para transformar mercaderías o para revenderlas, forman parte de su tráfico mercantil y, por tanto, dichas adquisiciones, se hallan al margen de dicho tributo. Concluye dicha sentencia: *“las compras a particulares de objetos de oro, plata, etc. realizadas por un empresario con carácter habitual y como actividad típica de su tráfico empresarial, no están sujetas al impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”*¹¹¹.

Al respecto, podemos citar la Sentencia de 16 de Diciembre de 2003 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que declara: *“habrá de concluirse que al ser D. Alonso, el adquirente de los objetos de oro, plata, platino y de joyería, sería en principio el sujeto pasivo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales -artículo 4.º, letra b) EDL 1980/3647-, pero como es empresario y dicha actividad constituye acto típico y habitual de su tráfico mercantil, le es de aplicación la norma de no sujeción (artículo 3.º.5 EDL 1980/3647), por lo que es indubitado que no tributa por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En este caso concreto, los particulares vendedores de los objetos de oro, plata, etc., quedan al margen de la aplicación del artículo 3.º, apartado 5, de la Ley 32/1980, de 21 junio, porque no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales EDL 1980/3647”*¹¹².

Debemos señalar por último la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de mayo de 2015, Dicha sentencia determina lo siguiente: *“En conclusión, las compras a particulares de objetos de oro, plata, etc. realizadas por D. Ernesto con carácter habitual y como actividad típica de su tráfico empresarial, sujeta a la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial, no están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”*¹¹³.

Postura distinta, a la vista en las anteriores resoluciones, ha venido manteniendo la Agencia Tributaria. Sostiene la Gerencia provincial de Córdoba de la Agencia Tributaria de Andalucía que en base al artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1993 y al artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el Valor añadido se deduce con claridad

¹¹¹ Sentencia de 2 de Julio de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

¹¹² Sentencia de 16 de Diciembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, sec. 1ª, nº 1569/2003, rec. 178/2002.

¹¹³ Sentencia de 6 de mayo de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

meridiana que toda operación sujeta (exenta o no) al Impuesto sobre el Valor Añadido no está sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de Transmisiones patrimoniales Onerosas y viceversa ya que ambos tributos, Impuesto sobre el Valor Añadido y Transmisiones patrimoniales Onerosas son per se incompatibles, de lo que se deduce a sensu contrario que toda operación no sujeta a Impuesto sobre el Valor Añadido queda sujeta a Transmisiones patrimoniales Onerosas, sea realizada por particulares entre sí, por empresarios o profesionales entre sí, o como es el caso, entre particulares y empresarios por ser transmisiones onerosas intervivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

En este sentido, la Agencia Tributaria hace referencia a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 27 de marzo de 2014, que establece que *“no es razonable ni existe argumento de política fiscal alguno que justifique que precisamente en estas operaciones no se pague ni Impuesto sobre el Valor Añadido ni Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, conduciendo la interpretación esgrimida de contrario a la contravención de los principios de generalidad y de igualdad del sistema tributarios (artículo 31.1 de la Constitución). La conclusión de que el análisis de la operación, en el ámbito tributario, debe realizarse desde el punto de vista del transmitente se confirma también por la definición que del respectivo hecho imponible se contiene en los artículos 1.a y b de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava hechos imponibles iguales, pero subjetivamente diversos a los del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Consecuentemente, la no sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales solo alcanza a los casos en que el empresario realiza la transmisión, pero no a las adquisiciones que el comerciante realiza de particulares”*¹⁴.

Así mismo, El Tribunal Económico Administrativo Central, en resolución de 8 de abril de 2014, recaída en Recurso Extraordinario de Alzada para la Unificación de Criterio (Recurso 05459/2013/00/00) ha establecido que en el caso de compras a particulares de objetos usados de oro y otros metales por parte de quienes ostenten la condición de empresarios o profesionales, al no tener los transmitentes tal condición de empresarios o profesionales, la operación queda fuera del ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido, quedando sujeta y no exenta a la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

En la misma dirección se pronunció también el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, en su resolución de fecha 29 de septiembre de 2014, recaída en la reclamación 14-01765-2014, que citando la anterior resolución del Tribunal Económico Administrativo Central afirma: *“En el caso de compras a particulares de objetos usados de oro y otros metales por parte de quienes ostenten la condición de empresarios o profesionales, al no tener los transmitentes tal condición de empresarios o profesionales, la operación queda fuera del ámbito del Impuesto sobre el Valor*

¹⁴ Sentencia de 27 de Marzo de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Andalucía.

Añadido, quedando sujeta y no exenta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas”.

Contemplamos que no hay, por tanto, un criterio unitario sobre la aplicación o no de este impuesto, y así recientemente se ha pronunciado el Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía en resolución dictada el 25 de noviembre de 2016. Este Tribunal abordando la cuestión planteada, tras el reciente fallo del Tribunal Económico-Administrativo, en resolución dictada el 20 de octubre de 2016 (RG 00-2568-2016), en recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio, alega que se ha establecido textualmente que “Llegados a este punto, este Tribunal Económico Administrativo Central, como órgano de la Administración encargado de fijar los criterios vinculantes para todos los órganos administrativos tanto de aplicación de los tributos como de revisión, tanto de la Administración estatal como de la Administración autonómica, tiene que plantearse que solución debe aportar”.

Resalta este Tribunal que de mantener su criterio, es decir la sujeción al impuesto de esta operación se derivarían las siguientes consecuencias: los órganos de aplicación de los tributos, con el consiguiente empleo de medios materiales y personales, y vinculados por el criterio del Tribunal Económico Administrativo Central, liquidarán a estas operaciones exigiendo su tributación por Transmisiones patrimoniales Onerosas; deducida reclamación por los obligados tributarios, los Tribunales Económico-Administrativos, vinculados por el criterio del Tribunal Económico Administrativo Central, las desestimarían; entonces, los ciudadanos tendrían, con los consiguientes costes de Abogado y Procurador, acudir a la vía contenciosa, donde la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia se sienten vinculados por el auto de 13 de noviembre de 2014 del Tribunal Supremo (casación en interés de la ley 2801/2014; ES:TS:2014:10384A), en el que se considera que dichas transmisiones no tributarán ni por IVA ni por Transmisiones en base a una doctrina consolidada al respecto por el Alto Tribunal, estimando los recursos e incluso condenando en costas a la Administración demandada.

Ante la situación descrita, el Tribunal Económico Administrativo Central, en la citada resolución dictada el 25 de noviembre de 2016 se pronuncia resaltando que no existiendo aclaración legal y dada la contundencia de la afirmación del auto del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2014 sobre la existencia de doctrina legal, y en aras de los principios constitucionales de seguridad jurídica, igualdad y eficacia, acatando dicho pronunciamiento y procediendo a modificar su criterio anterior acordando fijar como criterio que: “En el caso concreto de compras a particulares de objetos usados de oro y otros metales por parte de quienes ostenten la condición de empresarios o profesionales, la operación queda fuera tanto del ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido como de la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas”.

En conclusión, visto lo anterior, y tras el análisis de los distintos pronunciamientos, parece quedar claro que las compras a particulares de objetos de oro, plata, etc. realizadas por empresarios con carácter habitual y como actividad típica de su tráfico empresarial, no están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Bibliografía

- Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- Sentencia de 2 de Julio de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
- Sentencia de 16 de Diciembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, sec. 1ª, nº 1569/2003, rec. 178/2002.
- Sentencia de 6 de mayo de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- Sentencia de 27 de Marzo de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Andalucía.
- Auto de 13 de Noviembre de 2014 de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (casación en interés de la ley 2801/2014; ES:TS:2014:10384A).
- Resolución de 25 de noviembre de 2016 del Tribunal Económico Administrativo

La interrupción voluntaria del embarazo. Crónica de una (r)evolución

CARLES AUMEDES I BUNCH
Universitat de Barcelona

Abstract

La legislación para la interrupción voluntaria del embarazo ha seguido un largo y tedioso camino en nuestro país hasta su completo abordaje por el ejecutivo que ha ido evitando su materialización por ser esta una práctica que genera desconcierto y confusión. La actual legislación – la más progresista de nuestra Europa – ha sido fruto de un camino que ha pasado por posiciones antagónicas, con retrocesos en materia de derechos humanos, para finalmente resurgir en un *corpus legis* que ha fraguado el debate en torno a algo que remueve nuestras conciencias.

Palabras clave: Embarazo, aborto, nasciturus, Derechos Humanos, Segunda República, Transición, bioética.

Abreviaturas y siglas

CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
PP	Partido Popular
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
SNS	Sistema Nacional de Salud
TC	Tribunal Constitucional
UCD	Unión del Centro Democrático

1. Un repaso histórico

Para comprender el actual marco legislativo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo, necesariamente tenemos que hacer un repaso en términos históricos de lo que ha sido la legislación del aborto en el Estado español.¹¹⁵ Es por ello que hay que remontarse a los tiempos de la Segunda República Española (1931-1939), cuando Cataluña fue pionera en todo el Estado con la publicación del primer cuerpo legislativo que regulaba «la intervención artificial del embarazo».¹¹⁶

Un Decreto de Presidencia considerado como el más progresista de toda Europa, al contemplar en su redactado las causas terapéuticas, eugenésicas, éticas o sentimentales para la legalidad de la interrupción del embarazo.¹¹⁷ Asimismo, este Decreto tenía como objetivo «facilitar al pueblo trabajador una manera segura y exenta de peligro de regular la natalidad» para «acabar con el oprobio de los abortos clandestinos, fuente de mortalidad maternal» y «para que la interrupción del embarazo pase a ser un instrumento al servicio de los intereses de la raza».

Con esta norma, se daba la voz a la mujer; ella era quien debía decidir sobre su propio cuerpo. Con esta literalidad se expresa el artículo 3º del Decreto: «Los casos de solicitud de aborto no terapéutico ni eugenésico, se efectuarán exclusivamente **a petición de la interesada** sin que nadie de sus familiares o allegados puedan presentar después reclamación respecto al resultado de la intervención». Exceptuando los casos terapéuticos, donde se permitía a la mujer interrumpir el embarazo sólo una vez por año, en el resto de casos la interrupción del embarazo sólo era posible dentro de los tres primeros meses de éste.

Sólo era permitida la práctica del aborto en los «Departamentos y Salas anexas a los Centros Sanitarios hospitalarios y clínicos de Cataluña», los únicos autorizados para este fin, sancionando al resto de dependencias que la Consejería de Salud y Asistencia social no autorizara y, sólo por personal autorizado, aunque la embarazada podía solicitar que un facultativo no adscrito a las salas de interrupción del embarazo lo practicara, caso en que se necesitaba la aprobación del Consejo responsable.

Para la interrupción del embarazo era obligatorio que cada mujer le fuera creada una ficha con información médica, psicológica, eugénica y social; además de un reconocimiento médico para determinar su capacidad vital y de resistencia para la intervención.

¹¹⁵ Magda Teresa Ruiz Salguero, et al, 'La Anticoncepción y el aborto en diferentes momentos de la historia de España' en Magda Teresa Ruiz Salguero, et al, *Anticoncepción y salud reproductiva en España: Crónica de una (r)evolución* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2005).

¹¹⁶ Decret pel qual es regula la interrupció artificial de l'embaràs (DOGC núm. 9, de 9 de enero de 1937).

¹¹⁷ Jaume Sobrequés i Callicó, 'Cataluña tuvo durante la República la ley del aborto más progresista de Europa' *El País* (online, 13 de febrero de 1983) <http://elpais.com/diario/1983/02/13/espana/413938815_850215.html>.

Posteriormente, y en ese mismo año, el gobierno de la República Española, presidido por el señor Manuel Azaña, legalizó el aborto, siendo Ministra de Sanidad la señora Federica Montseny. Desgraciadamente, ambas leyes tuvieron un corto recorrido dada la situación de Guerra Civil que vivía el país. Perdida la guerra y con la ocupación del ejército del General Francisco Franco, comenzó una dictadura refractaria en derechos sociales; se volvió al antiguo modelo, el de la clandestinidad. Así, a través de Ley, se modificó el código penal para considerar como hecho criminal el aborto.¹¹⁸

De esta manera se penaliza todos los casos de aborto que no fueran espontáneos. La mujer que causara o consintiera el aborto era castigada con pena privativa menor en sus grados mínimo y medio. Sin embargo, cualquier persona con o sin posesión de un título sanitario (médico/a, comadrona, practicante...) que causara el aborto o cooperara en él, era castigada, respectivamente, con pena de prisión mayor y pena de prisión en sus grados medio y máximo. Asimismo, las personas con titulación sanitaria que asistieran *in vivo* a un aborto estaban obligados a ponerlo en conocimiento de las autoridades dentro del plazo de cuarenta y ocho horas. El incumplimiento de esta comunicación les suponía una sanción de cien a quinientas pesetas.

También era castigado el personal farmacéutico cuando expedía sustancias o medicamentos (sin prescripción médica) que pudieran provocar el aborto. A estas personas se les castigaba con pena de reclusión mayor en su grado máximo o prisión menor en su grado medio y multa de quinientas a diez mil pesetas.

Por otra parte, también era punible no sólo la venta sino también el ofrecimiento de venta, el suministro e, incluso, el anuncio, en cualquiera de sus formas, de medicamentos, sustancias, instrumentos, objetos o procedimientos que pudieran provocar o facilitar el aborto. Para estas personas se les aplicaba una pena de reclusión mayor en toda su extensión y multa de quinientas a cinco mil pesetas.

La ley también prohibía la divulgación o la exposición pública, en cualquiera de sus formas, de medios, objetos o procedimientos para evitar la procreación, así como todo tipo de propaganda que fuera en contra de la concepción.

2. En Transición

La dictadura fue una etapa dura que incidió profundamente en la mentalidad de la sociedad. Tanto, que incluso una vez llegada la democracia con la celebración del referéndum en 1979, para la aprobación de la Constitución Española de 1978, el gobierno que condujo la Transición, encabezado por el señor Adolfo Suárez del partido Unión del Centro

¹¹⁸ Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista (BOE núm. 33, de 2 de febrero de 1941).

Democrático (UCD), no abordó la temática sanitaria por el rechazo-desconcierto que esta provocaba en la sociedad.

Desconcierto que fue poco a poco desapareciendo con la despenalización de la distribución, propaganda y venta de anticonceptivos. Así, la Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal de 1973, desarrollada por el Real Decreto 3033/1978, de 15 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal, eliminó los apartados 4 y 5 del artículo 416 CP. El Real Decreto 3033/1978, por su parte, estableció un mecanismo de clasificación de los diferentes métodos anticonceptivos y su propaganda.

3. ¿Nuevos derechos?

No fue hasta el año 1983, con el Gobierno socialista, encabezado por el señor **Felipe González** del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), cuando se legisló favorablemente sobre el asunto, con el Proyecto de Ley que recibió el voto negativo del Partido Popular (PP), quien presentó recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Con este recurso (STC 53/1985), se anuló, automáticamente, la entrada en vigor de la ley.¹¹⁹

Recurso que encontraba su fundamento en el artículo 15 CE, aduciendo las siguientes circunstancias:

1. No se explica cómo debe entenderse la «gravedad» del peligro para la vida o la salud de la madre.
2. No se concretan las cuestiones fundamentales relativas al supuesto de «violación».
3. No se precisa qué debe entenderse por «probabilidad» y otros aspectos relativos al aborto eugenésico.
4. No se prevé un procedimiento administrativo que pueda garantizar que se han cumplido los requisitos señalados por la Ley, vulnerándose, posiblemente, el artículo 103 de la Constitución y el 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo.
5. Se atribuye al médico el ejercicio de tareas o funciones públicas o casi jurídicas, pero no se prevé la abstención o la objeción de conciencia del mismo.
6. No se prevé el procedimiento para la prestación del consentimiento por parte de la menor de edad o sometida a tutela.
7. No se prevé el consentimiento del padre, impidiéndole ejercer la defensa del *nasciturus* en caso de que sea contrario al aborto y, en general, cumplir con su deber de prestar asistencia a su hijo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39.3 de la Constitución; tampoco se

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril.

tienen en cuenta las consecuencias del reformado artículo 154 del Código Civil, que atribuye conjuntamente la patria potestad a ambos padres.

8. No se prevé la presencia del Ministerio Fiscal, cuya misión es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público.

9. No se siguen los criterios ni se guarda las cautelas previstas en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

La citada Sentencia (STC53/1985, de 11 de abril) concluyó manifestando en su Fundamento Jurídico 5º que «si la Constitución protege la vida con la relevancia que antes se ha mencionado, no puede desproteger en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que debe concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental – la vida humana – garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico que encuentra su protección en el citado precepto constitucional», si bien, el *nasciturus* «no permite afirmar que sea titular de un derecho fundamental».

Ahora bien, dicho esto, la misma Sentencia cuestiona en su Fundamento Jurídico 9º si se permite al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual pueda excluir la punibilidad – esto es, la exención de responsabilidad establecida en el artículo 8º del Código Penal –, en forma específica, para otros delitos. Y responde a este cuestionamiento de manera afirmativa: «el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afecten de forma específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales; es el caso de los supuestos en los que la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con los derechos relativos a los valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con ninguna otra, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionalmente en juego».

Por esta razón, el Tribunal Constitucional, siguiendo en el mismo fundamento jurídico, tuvo que ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, estableciendo que «se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse únicamente desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*».

El recurso previo de inconstitucionalidad fue estimado no en razón de los supuestos en que se declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 CE. Por lo que se hubo de modificar a fin de incluir las mismas. Las cuales pasaban por incluir un dictamen médico para los abortos terapéuticos para comprobar la exigencia del supuesto de hecho y la exigencia – o la garantía – que los

abortos (terapéuticos y eugenésicos) se realizaran en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto.

Finalmente, en 1985 entró en vigor la modificación del Código Penal que despenalizaba el aborto en determinados supuestos.¹²⁰ Con la introducción de un nuevo artículo, el 417 bis al Código Penal, dejarían de ser punibles los abortos practicados por especialistas o bajo la dirección de estas personas – previo consentimiento de la interesada – cuando concurren alguna de las siguientes situaciones: a) cuando sea necesario para evitar un agravio para la vida o la salud física o psíquica de la paciente – previo dictamen médico que así lo determine –; b) cuando el embarazo haya sido fruto de un acto delictivo – en este caso, sólo se podía realizar durante las primeras doce semanas y siempre que el acto hubiera sido denunciado – ; c) cuando se detecte que el feto nacería con graves taras físicas o psíquicas – en este caso, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.¹²¹ Finalmente, esta reforma dejaba de castigar la conducta de la embarazada cuando el aborto no se realizara en los centros acreditados o no se hubieran emitido los dictámenes exigidos.

4. Marco legislativo actual

A pesar de las numerosas proposiciones de ley de los diferentes partidos políticos para la modificación de la Ley de Regulación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, presentadas a partir del año 1985, ninguna de ellas consiguió finalizar los trámites de aprobación. Las divergencias políticas, las injerencias de la Iglesia Católica, las presiones de *lobbys* pro vida (contra el aborto) y, lo que es más importante, la maduración de la sociedad española frente a temas bioéticos, hicieron imposible alcanzar cualquier modificación del *corpus legis* en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

No fue hasta el año 2010, con el Gobierno socialista presidido por el señor José Luis Rodríguez Zapatero, cuando se abordó, con profusión, una ley que regulaba la interrupción voluntaria del embarazo. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo desarrollada por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual Y Reproductiva Y De La Interrupción Voluntaria Del Embarazo Cuando se cita una LO la primera letra de cada palabra va en mayúscula , garantiza el aborto libre hasta las 14 semanas de gestación y hasta las 22 semanas cuando exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada o cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto.¹²²

¹²⁰ Conocida también como ‘Ley de supuestos’.

¹²¹ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. (BOE núm. 166, de 12 de julio de 1985).

¹²² Ley conocida como ‘Ley de plazos’.

Una ley que se ha hecho adecuándola al marco normativo de la Comunidad Internacional, tal como nos lo recuerda el Preámbulo de la citada: «[...] la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, reconoció que los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia».

Con el espíritu «de adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, mediante la actuación de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva», finaliza la primera parte del Preámbulo de la Ley. Espíritu que se materializa en la máxima «la libertad sólo encuentra refugio en la tierra firme de la claridad y precisión de la ley» con que comienza el segundo apartado del Preámbulo. Pues «la necesidad de reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido enfatizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 20 de marzo de 2007 en la que afirma, por un lado, que «en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada» y, por otra parte, que «una vez que el legislador decide permitir el aborto, no puede estructurar su marco legal de manera que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo».

Asimismo, «la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008, de 16 de abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo, y en este contexto, que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada».

De ahí que el objeto de la ley, que se pasará a analizar, es «garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos». De esta manera las personas son libres a la hora de adoptar las decisiones que puedan afectar a su vida sexual y reproductiva, reconociendo, pues, la libre maternidad y la no discriminación por cualquier razón.

Con la entrada en vigor de la Ley, la Administración – o si se prefiere, los poderes públicos – deben garantizar unas políticas sanitarias, sociales y educativas que conduzcan a evitar los embarazos no deseados y, sobre todo, la transmisión de las enfermedades e infecciones sexuales, en especial, el sida. Por este motivo se introducen sistemas de información y educación afectivo-sexual, anticoncepción y reproductiva (haciendo énfasis en los embarazos no deseados), así como información y educación sobre prevención de la violencia de género tanto dentro como fuera del sistema educativo. Sin embargo, se garantiza el acceso a la planificación de la reproducción, el embarazo, el parto y el puerperio.

La garantía al acceso a la interrupción voluntaria del embarazo es el fundamento de esta Ley y, a la vez, la piedra angular de su artículo 12. De esta manera se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo del «modo más favorable para la protección y eficacia

de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación». Es requisito común para practicar dicha interrupción:

1. Que esta se haga por un médico especialista (o bajo su dirección)
2. Que se realice dentro de un centro sanitario público o privado acreditado a tal fin
3. Que se realice con el consentimiento expreso o por escrito de la embarazada (o en su caso por el representante legal de ésta).¹²³ Este consentimiento puede ser revocado de acuerdo a lo establecido en el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Como se ha dicho anteriormente, la interrupción voluntaria del embarazo podrá realizarse libremente durante las primeras catorce semanas de gestación, previa información a la embarazada – en un sobre cerrado – sobre los derechos, prestaciones, ayudas públicas de ayuda a la maternidad, los trámites para acceder, los beneficios fiscales, los derechos laborales vinculados al embarazo, las ayudas para el cuidado y atención de los hijos y de las hijas, datos sobre los centros donde se puede recibir información sobre anticoncepción y sexo seguro, datos sobre centros donde se puede dirigir para recibir información antes y después del embarazo, datos sobre los centros públicos y acreditados a los que se puede dirigir, los diferentes métodos de interrupción del embarazo y las condiciones de dicha interrupción. La práctica de dicha interrupción se realizará cuando hayan transcurrido, al menos, tres días desde la información a que se ha hecho referencia. En otro caso, la interrupción voluntaria del embarazo podrá realizarse por causas médicas cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: «a) que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada [...]; b) que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista graves anomalías en el feto [...]; c) cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida [...] o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico [...]», de acuerdo con el artículo 15 de la Ley.

Antes de practicarse cualquier intervención, un Comité Clínico, «formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra», deberán redactar un dictamen que confirme el diagnóstico de que se trata. Una vez realizado este dictamen, «la mujer ha de decidir sobre la intervención». Hay que hacer mención que debe existir un Comité Clínico en cada Comunidad Autónoma.

¹²³ En cumplimiento con los artículos 4, 8 y 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002).

La interrupción voluntaria del embarazo, pues, está incluida dentro de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (SNS). Por este motivo, la Administración pública debe adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho.

De acuerdo con el artículo 16 CE, los profesionales sanitarios implicados directamente con la interrupción voluntaria del embarazo tienen el derecho a ejercer la objeción de conciencia sin perjuicio de que el acceso y la calidad en la prestación resulten minoradas. Esta negativa clínica se expresará anteriormente y por escrito. Sin embargo, cualquier personal sanitario debe dar el tratamiento y la atención médica adecuados a las pacientes antes y después de haberse sometido a una interrupción voluntaria de embarazo.

Los datos de carácter personal, en este supuesto, tienen una protección *maximus*, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en referencia a los artículos 7.3, 7.6, 9.1, 9.3, 10 de la misma. Sin embargo, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, desarrollada por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual Y Reproductiva Y De La Interrupción Voluntaria Del Embarazo, establece que los centros deben garantizar la intimidad de la paciente y la confidencialidad de los datos de carácter personal. Este *maximus* a que se hace referencia establece que estos datos deberán ser codificados y separados del resto de datos clínicos de la paciente. Los datos deberán ser conservados en el historial clínico de tal manera que no sea posible la visualización de los datos referentes a la interrupción voluntaria del embarazo por el personal médico, excepto por aquel que participe en la práctica de la prestación. Ahora bien, sin perjuicio de los derechos reconocidos en las leyes, «únicamente será posible el acceso a la historia clínica asociada a los datos que identifiquen a la paciente, sin su consentimiento, en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica».¹²⁴ Sin embargo, la Ley permite que otro/a facultativo/a pueda solicitar el acceso a los datos, con el fin de prestar la adecuada asistencia sanitaria a la paciente, ahora bien, éste/a debe limitarse a los datos estricta y exclusivamente necesarios para la adecuada asistencia, quedando registro de tal acceso. Toda la documentación de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo se entregará exclusivamente a la paciente o la persona autorizada por ésta. En este aspecto de protección de los datos de carácter personal, por último, hay que añadir que los centros que hayan practicado la interrupción voluntaria del embarazo deben cancelar de oficio, la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años desde la fecha de la intervención.¹²⁵ Sin embargo, la paciente puede cancelar estos datos de conformidad con el artículo 16 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹²⁴ Según lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual Y Reproductiva Y De La Interrupción Voluntaria Del Embarazo citada Ley.

¹²⁵ En relación con el artículo 17.1 de la Ley.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal incorpora una derogación del artículo 417 bis del Código Penal, modificando el artículo 145 del mismo, suprime el inciso 417 bis de la letra a) del apartado primero de la disposición derogatoria única del Código Penal y modifica el apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/20002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En junio de 2010 fue presentado un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional promovido por setenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, contra los artículos 5.1.e), 8 *in limine* y letra a) y b), 12, 13.4, 15.a), b) y c), 17.2 y 17.5, 19.2 párrafo primero y contra la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, desarrollada por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y por medio de otrosí se pide que se suspenda la vigencia de los preceptos impugnados dado que existe un evidente perjuicio irreparable.

El TC comienza su análisis amparándose en el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el cual le impide la suspensión de los artículos impugnados, tanto automáticamente como a solicitud de parte, fuera de los casos previstos en el artículo 161.2 CE, por lo que no puede pronunciarse a favor de la suspensión de los preceptos impugnados, aunque – a juicio de parte – estos ocasionen un perjuicio irreparable. Además, recuerda que el artículo 30 de la LOTC establece que la suspensión debe ser total y no parcial de la ley, pues no puede haber ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal, pues ésta tiene presunción de legitimidad.¹²⁶ Por lo que concluye con la admisibilidad de la Ley dado que «los argumentos expuestos no alcanzan a desvirtuar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, sin que, en consecuencia, sea preciso analizar los razonamientos relativos a la existencia del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* que contienen la demanda».

Hasta fecha de hoy, la última modificación que se ha producido en materia de interrupción voluntaria del embarazo, ha sido la introducida a través de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. De este modo, la citada Ley deroga el apartado cuarto del artículo 13 – el que otorgaba, exclusivamente, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo en las menores de 16 y 17 años y, el poder de prescindir de informar a los o las representantes legales de la menor, cuando ésta alegue que esa información puede causar violencia intrafamiliar – y la modificación del artículo 9.5. Además de dar carácter de ley ordinaria a la disposición final 1ª de la Ley

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1985, de 23 de mayo.

Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual Y Reproductiva Y De La Interrupción Voluntaria Del Embarazo.¹²⁷

Para terminar este apartado, es remarcable algunas incongruencias encontradas entre la citada Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual Y Reproductiva Y De La Interrupción Voluntaria Del Embarazo y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que modifica parcialmente el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. Por un lado, la Ley 2/2010, en su modificación realizada por la Ley Orgánica 11/2015, deja al descubierto el derecho que corresponde a la menor – y no a su representación legal – del interés superior, tal como establece el artículo 2.1 de la citada ley. Este derecho que es congruente con el derecho de ser escuchada, tal como se establece en el artículo 9.2 de la misma Ley y que podrá ejercitar cuando tenga suficiente madurez; madurez que es establecida en los doce años de edad. Por otra parte, la Ley 5/2000 establece los catorce años para exigir responsabilidad a las personas menores de edad. No son congruentes ninguna de estas edades (12 y 14, respectivamente), para eliminar del cuerpo legal (LO 2/2010) la posibilidad de que sea la menor quien decida sobre el futuro aborto.

5. A modo de argumento final

El aborto es una palabra que, *per se*, remueve todo tipo de conciencias en el seno de la sociedad; y las remueve por ser una cuestión que afecta a la ética y la moralidad de las personas; al libre desarrollo de la personalidad y dignidad, a la libertad política ideológica y de culto, a la libertad de expresión, de manifestación. Vaya por delante que ninguna modificación legislativa que afecte cualquier asunto donde la bioética tenga algo que decir no dejará inmune a ninguno de nosotros.

Todas las reformas en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo han producido el efecto que se acaba de mencionar: una agitación de conciencias que no es gratuita. Pues no es casual que las reformas con más calor se hayan hecho durante épocas de gobernanza progresista en atención a la influencia de los postulados de la iglesia católica en el mundo occidental. Ya en 1930, el Papa Pío XII promulgó la encíclica *Casti Connubii*, prohibiendo rotundamente la práctica del aborto. En la misma se promulgaba que el objetivo principal del sexo no era el placer sino la búsqueda de la concepción.

Esta discusión, que no es banal, «gravita sobre cuándo comienza la vida humana; así lo ha sido a lo largo de la historia y lo seguirá siendo delante de lo que parecen dos posiciones irreconciliables». Como bien se menciona en el Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo, elaborado por el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho, «no es posible debatir, deliberar o dialogar sobre temas controvertidos en el campo de la

¹²⁷ En la citada Ley esta disposición final modifica el artículo 145 y 145 bis del Código Penal.

bioética, como lo es el aborto, si no se aceptan normativamente los valores de científicidad, laicidad y pluralismo democrático», pues por un lado encontramos aquellas personas que afirman que la vida comienza desde el momento de la gestación y, por otro, encontramos a aquellas personas que afirman que se debe buscar el equilibrio entre los derechos de la mujer y del *nasciturus*.¹²⁸ En detrimento de las primeras, como la mayoría de autorías coinciden y, sin embargo, como las diferentes tesis científicas así lo avalan, hay que decir que «la vida humana es un producto de progresiva y gradual forma corpórea y humanización».

Desde el punto de vista biológico, se diferencian tres tipos de producto gestacional: el cigoto – desde la fecundación hasta la implantación del blastocisto –, el embrión – desde el posicionamiento en el útero hasta el tercer mes de embarazo – y el feto – desde el tercer mes hasta el parto –. No hay que olvidar en este apartado cuando el feto comienza a tener forma humana – a partir del tercer mes de embarazo – y, cuando adquiere la viabilidad – cuando es capaz de vivir fuera de claustro materno – que se produce durante la semana veintidós de embarazo. En referencia a este último punto se pronuncia favorablemente el Comité de Bioética de España; en su Opinión a propósito del proyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.¹²⁹ Por su parte, el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho enmienda que: «la visión hoy mayoritariamente aceptada por los científicos es que la vida propiamente humana comienza alrededor de las 23 semanas de gestación, cuando se inician las conexiones sinápticas hacia la corteza cerebral y en el interior de esta».

Ciertamente, el derecho – como se recuerda en el informe del Comité de Bioética de España – otorga una significación especial a las diferentes manifestaciones de la vida. «El *nasciturus* es un ser vivo [...] su vida es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE». Lo que trata de proteger el texto constitucional es la vida humana; ahora bien, no toda vida humana le otorga derechos fundamentales, ni todos los derechos fundamentales corresponden a la vida humana. De este modo la función que tiene que hacer el derecho es la de ponderar los derechos del *nasciturus* con los derechos de las personas. Esta es la conclusión, sin embargo, a la que llega el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985. Así – y siguiendo con las directrices del Comité español – la Ley debe proteger «la dignidad de la persona, la cual está vinculada a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad (10 CE), [...] a la integridad física y moral (15 CE), a la libertad de creencias e ideas (16 CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (18.1 CE)». Y lo hará – siguiendo los dictados del Comité – con especial atención a «la condición

¹²⁸ M. Casado; M. Corcoy; R. Ros; A. Royes, 'Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo' (Observatori de Bioètica i Dret, abril de 2008) <<http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/07896.pdf>> acceso 30 de enero de 2017 [Catalán, Castellano e Inglés].

¹²⁹ Comité de Bioética de España, 'Opinión de Comité de Bioética de España a propósito de proyecto de ley orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (7 de octubre de 2009) <http://www.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/consenso_interrupcion__embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf> acceso 30 de enero de 2017 [Castellano].

femenina, la concreción de la misma en el ámbito de la maternidad y el singular vínculo físico, moral y social que el embarazo representa para la mujer».

La libre maternidad – o si se quiere – el derecho a la misma debería prevalecer por encima de la vida en curso, otorgando pleno valor a la decisión íntima de la mujer – sin injerencias externas de ningún tipo –, pues debe ser ella quien decida cuándo, cómo y con qué frecuencia quiere tener descendencia. Además, es necesario que el derecho regule la interrupción voluntaria del embarazo, con especial atención a los colectivos más desfavorecidos, como son las adolescentes, las personas con pocos recursos o las personas con su capacidad modificada. Ciertamente, como sentenció la señora Simone Veil, Ministra de Sanidad en Francia ante la aprobación de la Ley que permitía el aborto, «No ha sido una victoria. El aborto es siempre una derrota. La única victoria es evitarlo». Legislativamente hay que abordar la educación sexual y anticonceptiva para evitar que los embarazos puedan terminar en aborto. El aborto es y debe ser el último recurso al que recurrir, no debe ser la regla, sino la excepción. Se deben evitar con profusión los embarazos no deseados durante toda la edad fértil.

6. Bibliografía

6.1. Fuentes internacionales

6.1.1. Jurisprudencia internacional

Tribuna Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 20 de marzo de 2007. Caso P. y S. v Polonia.

6.2. Fuentes nacionales

6.2.1. Libros

Ruiz Salguero, M. T., et al, Anticoncepción y salud reproductiva en España: Crónica de una (r)evolución (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2005).

Tamames, L.; Tamames, R. Introducción a la Constitución española. Alianza editorial, 2003.

6.2.2. Artículos

Muñoz Cuesta, F. J. 'La nueva regulación del delito del aborto' (Revista Aranzadi Doctrinal, 7 Julio de 2010)
<<http://aranzadi.aranzadidigital.es.sire.ub.edu/maf/app/document?docguid=I9cfe1590ccf711df9d5f010000000000&srguid=i0ad6adc500000159efbaef5cf93c45f&src=withinResuts>

[&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>](#) acceso 30 de enero de 2017 [Castellano].

Sobrequés i Callicó, J. 'Cataluña tuvo durante la República la ley del aborto más progresista de Europa' *El País* (online, 13 de febrero de 1983) <http://elpais.com/diario/1983/02/13/espana/413938815_850215.html> acceso 30 de enero de 2017 [Castellano].

6.2.3. Legislación

Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista (BOE núm. 33, de 2 de febrero de 1941).

Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal (BOE núm. 243, de 11 de octubre de 1978).

Real Decreto 3033/1978, de 15 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 45 / 1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal (BOE núm. 307, de 25 de diciembre de 1978).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236 de 2 de octubre de 2015).

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979).

Ley Orgánica 8/1983, de 35 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983).

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. (BOE núm. 166, de 12 de julio de 1985).

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010).

Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 155, de 26 de junio de 2010).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002).

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999).

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000).

6.2.4. Jurisprudencia

Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985.

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1985, de 23 de mayo.

Norma in-¿“justa”?

ZAIRA LÓPEZ MARTÍ

Departamento Jurídico – Asesoría Balaguer

Resumen

Se trata en este artículo un tema que entiendo de suma importancia y actualidad, no sólo por la posibilidad de los contribuyentes de beneficiarse de bonificaciones fiscales a nivel de comunidad autónoma, concretamente, en la Comunidad Valenciana, sino además, como medida de reactivación del mercado inmobiliario: la deducción autonómica en el IRPF por arrendamiento de vivienda habitual.

Analizaremos tanto la normativa de aplicación del tributo y criterios seguidos por la Agencia Tributaria, como la vulneración que se denuncia y la dualidad de sanciones previstas: para el arrendador incumplidor del depósito y para el arrendatario al que se ha practicado la deducción.

Palabras clave: Arrendamiento, vivienda habitual, depósito de fianza, AEAT, deducción, IRPF, condición imposible.

Abstract

This article is an issue that I understand importance and today, not only because of the possibility of taxpayers benefit from tax credits at autonomous community level, specifically, in the Valencian Community, but also as a revival of the real estate market: autonomic deduction on income tax for lease of residence.

Analyze both the normative of application of the tribute and criteria followed by the Agency tax, as the violation that is denounces and the duality of sanctions planned: for the landlord defaulting of the deposit and for the tenant to which is has practiced the deduction.

Keywords: Lease, habitual residence, deposit of a financial guarantee, AEAT, deduction, personal income tax, an impossible condition.

LISTA DE ABREVIATURAS:

IRPF - Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

1. Normativa de Aplicación del Tributo

El artículo 28.trece de la Ley 16/2008, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat, establece las siguientes deducciones por arrendamiento de la vivienda habitual:

- El 15 % de las cantidades satisfechas por tal concepto, con el límite de 459 euros.
- El 20 %, con el límite de 612 euros, si el inquilino tiene una edad igual o menor de 35 años, o si es discapacitado físico en grado igual o superior al 65 %, o psíquico igual o superior al 33 %.
- El 25 %, con el límite de 765 euros, si el inquilino tiene hasta 35 años, y además es discapacitado físico en grado igual o superior al 65 %, o psíquico en grado igual o superior al 33 %.
- El 10 % de las cantidades satisfechas en el periodo impositivo, con el límite de 204 euros por el arrendamiento de una vivienda, como consecuencia de la realización de una actividad por cuenta propia o ajena en municipio distinto de aquel en que el contribuyente residía con anterioridad.

De igual forma, serán requisitos para el disfrute de esta deducción:

- 1) Que se trate del arrendamiento de la vivienda habitual del contribuyente, ocupada efectivamente por él mismo, siempre que la fecha del contrato sea posterior a 23 de abril de 1998 y su duración sea igual o superior a un año.
- 2) Que se haya constituido el depósito de la fianza a la que se refiere el art. 36 de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, a favor de la Generalitat Valenciana, antes de que finalice el período impositivo.
- 3) Que durante al menos la mitad del periodo impositivo, ni el contribuyente, ni ninguno de los miembros de la unidad familiar sean titulares de pleno dominio o de un derecho real de uso o disfrute de otra vivienda distante a menos de 100 kilómetros de la vivienda arrendada.
- 4) Que no tenga derecho en el mismo periodo a deducción alguna por inversión en vivienda habitual.
- 5) Que la suma de la base liquidable general y de la base liquidable del ahorro no sea superior a 25.000 euros, en tributación individual, o a 40.000 euros, en tributación conjunta. Este requisito es controlado por el programa.
- 6) El límite de esta deducción se prorrateará por el número de días en que permanezca vigente el arrendamiento dentro del periodo impositivo y en que se cumplan las circunstancias personales requeridas para la aplicación de los distintos porcentajes de deducción.

Por su parte, la obligación de depositar la fianza en el correspondiente organismo de la Comunidad Autónoma es exigida por la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Arrendamiento Urbanos.

2. Criterio Seguido por la AEAT

La Agencia Tributaria, en atención a la normativa precedente, viene aplicando el criterio de eliminar la deducción autonómica por arrendamiento de la vivienda habitual a aquellos contribuyentes que, habiéndola practicado, no pueden acreditar que el arrendador haya depositado el importe de la fianza en la cuenta específica de la Generalitat Valenciana:

“La deducción practicada por el arrendamiento de vivienda habitual es incorrecta ... manifiesta que el depósito de la Generalitat no está ingresado en la Generalitat, por lo tanto se rectifica la declaración eliminando dicha deducción autonómica.”

El transcrito, es un ejemplo de motivación que utiliza la Administración cuando remite al contribuyente la notificación del trámite de alegaciones y propuesta de liquidación provisional correspondiente al ejercicio en el que supuestamente se ha practicado de forma indebida la deducción autonómica.



3. Vulneración Denunciada

¿Es correcto pues que la Agencia Tributaria niegue el derecho a la deducción a aquellos contribuyentes que, acreditando las circunstancias personales para ser beneficiarios de la deducción autonómica por arrendamiento de vivienda habitual, no pueden aportar el resguardo del depósito de la fianza por no haberse realizado el mismo por el arrendador?

Aunque este parece ser el criterio de la Agencia Tributaria, discrepo del mismo al entender que se produce así una quiebra de los principios de equidad e igualdad, trasladando a los contribuyentes las consecuencias de un incumplimiento ajeno respecto del cual, además no tienen ninguna capacidad de control, además de atentar a lo dispuesto en el artículo 1116 del Código Civil, “Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la Ley anularán la obligación que de ellas dependa.”

Así, la obligación del arrendador de depositar la fianza a favor de la Generalitat viene contemplada en el Decreto 333/1995, de 3 de noviembre, del Gobierno Valenciano, por el cual se regula el régimen de fianzas por arrendamientos de fincas urbanas y prestaciones de servicios o suministros complementarios en la Comunitat Valenciana y, tratándose de un depósito que tiene la consideración de ingreso de derecho público, resulta evidente que una

obligación que dimana de la Ley, y no de una obligación contractual, la única entidad que puede compeler su cumplimiento al obligado al mismo (arrendador – artículo 4.1 Decreto 333/1995) es la Generalitat Valenciana a través de la Inspección de Fianzas tal como previene el artículo 23 del citado Decreto, y no los contribuyentes.

Por ello, hacer depender la procedencia de la deducción sobre un hecho u obligación que no depende de los contribuyentes, implica someter la procedencia de la deducción a una condición imposible pues, el incumplimiento por parte del arrendador de depositar la fianza, imposibilita sin solución de continuidad la acreditación por parte de los contribuyentes de la existencia de un depósito que no ha tenido lugar, motivo por el cual entendemos que dicho requisito no ha de serle exigible.

Considero pues de todo punto errático trasladar las consecuencias del comportamiento incumplidor del arrendador a los contribuyentes-arrendatarios que ningún margen de actuación tienen para evitarlo, todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador a la única persona incumplidora, pero sin que del incumplimiento ajeno puedan derivarse consecuencias adversas para los contribuyentes que accedan a la deducción precisamente en atención a concurrir en los mismos las circunstancias personales para ser beneficiarios de una deducción cuyo objeto esencial radica en facilitar el acceso a la vivienda.

4. ¿Dualidad de Sanción?

Si la consecuencia expuesta no fuere suficiente, resulta que la Administración, con fundamento en la misma normativa, tiene previstas sanciones para el arrendador incumplidor, además de las expuestas para el arrendatario pues, sin perjuicio de los recargos pertinentes por ingresar las fianzas fuera del plazo de los 15 días siguientes a la firma del contrato de arrendamiento, el artículo 63.13 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, tipifica como infracción grave la falta de depósito de dicha fianza en el plazo indicado, asociándole la imposición de una multa que puede oscilar entre los 600,00 euros y hasta los 3.000,00 euros.

Os dejo pues un tema de conversación y debate jurídico, que entiendo de suma importancia y actualidad.

La Ejecución de la Pena de Prisión Permanente Revisable

¿Es compatible con la finalidad de reinserción de la pena?

MARINA LUCÍA VALLES

Universidad de Alcalá de Henares

Resumen

La reforma del Código Penal llevada a cabo a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto la introducción de muchas novedades, algunas de ellas polémicas, entre las que se encuentra la regulación de la pena de prisión permanente revisable.

Su relevancia radica en la polémica que causó su implantación, dado que algunos sectores la asimilan con la cadena perpetua, de tan dudosa constitucionalidad, mientras que otros la justifican firmemente.

Se trata de un tema que ha suscitado opiniones doctrinales y de los medios de comunicación, por lo que la metodología seguida ha sido tanto examinar conceptualmente la pena como valorar las diversas opiniones doctrinales, jurisprudenciales, así como de los operadores de la ejecución penal.

Por tanto, el objetivo del estudio es, por un lado, analizar la visión teórica de la pena y, por otro lado, la opinión de las personas encargadas de su ejecución una vez llegado el momento.

Para lograr dicho objetivo, se ha seguido una estructura que parte de la explicación de la pena, según su regulación en el articulado del Código Penal, siguiendo con una vista al exterior hacia la regulación que se lleva a cabo en países vecinos de penas de naturaleza similar.

Así mismo, parece conveniente analizar los antecedentes legislativos en España dado que, a pesar de que no ha existido nunca una pena de una naturaleza igual, sí que ha habido ciertas asimilaciones, que se han ido introduciendo y retirando de nuestro Código.

Al tratarse de una pena tan polémica, resulta necesario analizar el origen de su implantación, así como los motivos que llevaron al Gobierno español a ello.

No obstante, el objetivo primordial del trabajo es analizar si la pena permite un encuadre constitucional o si, por el contrario, supone una vulneración de la Carta Magna. A pesar de ser consciente de la dificultad de responder a dicha pregunta, la intención es ofrecer una visión panorámica de las distintas concepciones que se tienen al respecto.

Palabras clave: Prisión Permanente Revisable – Constitucionalidad – Reinserción – Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Tribunal Constitucional

Key words: Reviewable permanent prison – Constitutionality – Reinsertion – European Court of Human Rights – Constitutional Court.

Abreviaturas

Art.	Artículo
CE.	Constitución Española
CP.	Código Penal
LO.	Ley Orgánica
PPR.	Prisión Permanente Revisable
TC.	Tribunal Constitucional
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. Concepto y Regulación

Debido a la reforma del Código Penal llevada a cabo en 2015, se ha introducido una nueva pena en el grupo de las penas privativas de libertad, la **pena de prisión permanente revisable**. Así se observa en el artículo 35 del Código Penal, que ha quedado redactado como sigue:

“Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código.”¹³⁰

La pena de prisión permanente revisable se aplica a una lista cerrada de delitos de extrema gravedad, que son tipos agravados de asesinatos:

- Cuando la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable (art. 140.1.1^a)

¹³⁰ Artículo 35 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Cuando sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual (art. 140.1.2ª)
- En los delitos múltiples (art. 140.2)
- En los delitos cometidos por miembros de una organización criminal (art. 140.1. 3ª)
- Delitos contra la Corona (art. 485.1).
- Delitos contra el Derecho de Gentes (art.605).
- Delitos de genocidio (art. 607).
- Delitos de lesa humanidad (art. 607 bis 2.1).

La duración de la pena será entre tres meses y 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código.

Esta pena se regula en el artículo 36 del Código Penal, que remite al artículo 92, donde se establecen los **requisitos para que la pena pueda ser revisada**¹³¹:

- Que el penado haya cumplido **veinticinco años** de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.
- Que se encuentre clasificado en **tercer grado**.
- Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un **pronóstico favorable de reinserción social**. En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de estos se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

Si se tratase de delitos referentes a **organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo** del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre **signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista** y haya **colaborado activamente** con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo

¹³¹ Artículo 92.1 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades¹³².

La **suspensión de la ejecución** tendrá una duración **de cinco a diez años**. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91¹³³.

El juez o tribunal, a la vista de la posible **modificación de las circunstancias valoradas**, podrá **modificar la decisión** que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria **revocará la suspensión** de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un **cambio de las circunstancias** que hubieran dado lugar a la suspensión, que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

Extinguida la parte de la condena requerida (25 años o lo establecido para el caso de que haya cometido dos o más delitos y, al menos uno, esté castigado con prisión permanente revisable) el tribunal deberá **verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos** de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes¹³⁴.

Por lo tanto, hasta que no se haya cumplido 25 años (o 18, 20 o 22 en el caso de haber cometido dos o más delitos y, al menos uno, esté castigado con prisión permanente revisable), no se empezará a valorar el cumplimiento del resto de requisitos para obtener la libertad condicional.

Como se ha mencionado, para el caso de que el penado haya cometido dos o más delitos y, al menos uno, esté castigado con prisión permanente revisable, existen unos requisitos específicos para la progresión al tercer grado¹³⁵. El penado deberá haber cumplido:

¹³² Artículo 92.2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³³ Artículo 92.3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *ibid*

¹³⁴ Artículo 92.4 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³⁵ Artículo 78 bis Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Un mínimo de **dieciocho años** de prisión, cuando uno de los delitos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años. En este caso, para obtener la suspensión del resto de la pena, deberá haber extinguido un mínimo de 25 años de prisión.
- Un mínimo de **veinte años** de prisión, cuando uno de los delitos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años. En este supuesto, para obtener la suspensión del resto de la pena, también deberá haber extinguido un mínimo de 25 años de prisión.
- Un mínimo de **veintidós años** de prisión, cuando dos o más de los delitos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más. En este caso, deberá haber extinguido un mínimo de 30 años de prisión para obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena.

Para este supuesto de comisión de varios delitos, también se prevé la exigencia de más requisitos para el caso de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales. En este caso, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado serán de 24 años de prisión en los dos primeros supuestos (y haber extinguido un mínimo de 28 años de prisión para obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena), y de 32 años de prisión en el tercer supuesto (y haber extinguido 35 años de prisión para la suspensión de la ejecución)¹³⁶.

Para la **clasificación del condenado en tercer grado** se deberán cumplir, asimismo, ciertos criterios. En primer lugar, deberá haber un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, deberán ser oídos el Ministerio Fiscal y las Instituciones Penitenciarias y, finalmente, deberá ser autorizado por el tribunal. También deben darse unos requisitos temporales¹³⁷:

- El cumplimiento de **20 años** de prisión efectiva, en el caso de estar cumpliendo condena por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal (de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo). Además el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta haber cumplido, al menos, 12 años de prisión.
- El cumplimiento de **15 años** de prisión efectiva, en el resto de casos. En este supuesto, el tiempo mínimo que deberá haber cumplido para disfrutar de permisos de salida será de 8 años.

¹³⁶ Artículo 78 bis apartado 3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³⁷ Artículo 36.1 apartado 2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

No obstante, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, se *podrá* ordenar, por parte del juez o tribunal, que la clasificación en tercer grado no se lleve a cabo hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta¹³⁸.

Por otro lado, cuando la duración de la pena impuesta sea superior a cinco años y se trate de unos delitos concretos, la clasificación en el tercer grado no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma. Por lo tanto, la diferencia es que fuera de estos supuestos concretos de delitos, el juez o tribunal tendrá la potestad de acordar que el reo debe cumplir la mitad de la pena para obtener el tercer grado, pero si se trata de uno de los delitos que a continuación se expondrá, no se trata de una facultad sino que obligatoriamente deberá cumplir la mitad de la pena para obtener el tercer grado penitenciario¹³⁹. Estos delitos son:

- Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
- Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
- Delitos del artículo 183 (de los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años).
- Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código (de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores), cuando la víctima sea menor de trece años.

Por lo tanto, se puede observar que cuanto más grave considera el legislador un delito, mayores trabas impone para la consecución de beneficios penitenciarios. Esta idea se refuerza al incluirse en este precepto que el juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente la aplicación del régimen general de cumplimiento, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, pero no se aplicará en el caso de los cuatro tipos de delitos mencionados anteriormente.

Se contempla una última excepción para la progresión al tercer grado, en este caso, por motivos humanitarios y de dignidad personal, de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando especialmente su escasa peligrosidad. Para ello, será necesario el informe del Ministerio Fiscal, las Instituciones penitenciarias y las demás partes, y no se tratará de una obligación, sino de una potestad de la que goza el tribunal o juez de vigilancia penitenciaria¹⁴⁰.

¹³⁸ Artículo 36.2 apartado 2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³⁹ Artículo 36.2 apartado 3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴⁰ Artículo 36.3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1.1. Referencia al Estatuto de la Víctima

Es imprescindible mencionar, llegados a este punto, la regulación llevada a cabo del Estatuto de la víctima gracias a la introducción de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. De la exposición de motivos de dicho texto legislativo se extrae la finalidad perseguida: *«ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.»* Lo que se busca es defender los bienes materiales y morales de la víctima y los del conjunto de la sociedad.

Esta nueva regulación debe ponerse en conjunción con el tema que se está tratando, dado que el artículo 13 de la Ley 4/2015 reconoce la participación de la víctima en la ejecución de la pena. De este modo, las víctimas que lo hubieran solicitado – por tanto, siempre respetando el derecho de aquellas que quieren desvincularse de lo sucedido –, podrán recurrir ciertas resoluciones en relación a la ejecución. Por ello, antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenga que dictar alguna de las resoluciones que veremos a continuación, dará traslado a la víctima para que formule sus alegaciones, siempre que haya efectuado la solicitud para estar informada de la ejecución¹⁴¹.

En primer lugar, podrá recurrir el auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado. No obstante, considero que esta disposición no se aplica a las víctimas por delitos penados con prisión permanente revisable, dado que el artículo 36.2 hace referencia a la pena de prisión clásica.

En segundo lugar, podrá recurrir el auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas. Dicho precepto, a mi juicio, sí que sería aplicable a la prisión permanente revisable, dado que se aplica a víctimas de «delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal» (además de otros delitos que no nos corresponden).

En tercer lugar, podrá recurrir el auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, pero en este caso considero que tampoco se aplica a la prisión permanente revisable porque hace referencia al artículo 36.2 del Código penal (prisión clásica).

Por otro lado, la víctima estará legitimada para interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta que considere necesarias para garantizar su seguridad, siempre que estén previstas por la ley, así como facilitar al juez la información que sea relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades

¹⁴¹ Artículo 13.1 apartados a), b) y c) Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado. Dicho precepto parece que sí que se aplicaría a la prisión permanente revisable, dado que el legislador no ha excluido ninguna pena en este punto.

No obstante, todavía está por ver cómo se articulará el Estatuto de la Víctima cuando empiece a haber condenados a prisión permanente revisable.

1.2. Permisos Extraordinarios

Finalmente, se ha hecho referencia a la posibilidad del condenado a prisión permanente revisable de obtener permisos de salida *ordinarios*, pero la reforma guarda silencio respecto a la posibilidad de disfrutar de permisos extraordinarios por los motivos previstos en la legislación penitenciaria, así como en relación a las salidas de fin de semana para los clasificados en tercer grado. Debe entenderse, en consecuencia, que si no se establece mención restrictiva alguna, los condenados a la pena de prisión permanente revisable podrían disfrutar de este tipo de permisos si reúnen los requisitos generales que establece la legislación penitenciaria.

Concretamente, el artículo 155 del Reglamento Penitenciario establece que *«en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan»*¹⁴². Debe entenderse, así pues, que al establecer *con las medidas de seguridad adecuadas*, en el caso de los internos preventivos y de los penados que no disfrutaban de permisos de salida, realizarán este tipo de permisos custodiados por la fuerza pública, como ya se lleva a cabo en todos los casos sin perjuicio de la pena impuesta al interno.

1.3. Conclusiones

En conclusión, de la regulación de esta pena se observa la voluntad del legislador de castigar con penas más duras los delitos más graves, así como la exigencia de mayores requisitos para obtener beneficios penitenciarios y la especial preocupación que muestra por los delitos relacionados con el terrorismo, dados los últimos acontecimientos desarrollados en países cercanos y las amenazas en nuestro país.

Por otro lado, es patente la preocupación que existe en relación a la víctima, que ha llevado a regular de una forma más extensiva sus derechos, inclusive en relación a la ejecución de la pena, cosa que anteriormente no se había previsto. Con anterioridad a esta regulación, la decisión sobre los permisos, el tercer grado y los beneficios penitenciarios, estaba en manos de las instituciones penitenciarias y el Juez de Vigilancia Penitenciaria; por lo que llama la

¹⁴² Artículo 155 Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

atención y es interesante que se tenga en cuenta la voluntad de la víctima en las decisiones que tienen que ver con el otorgamiento de “beneficios” para el penado. A mi juicio, se trata de una forma de respetar la dignidad de las víctimas, que, si lo solicitan, podrán opinar cuando crean que su seguridad corre peligro si el autor del delito sale a la calle.

2. Antecedentes Legislativos¹⁴³

Para comprender la figura de la pena de prisión permanente revisable y la polémica ligada a ella, es necesario hacer un recorrido histórico por las distintas legislaciones penales españolas que han ido recogiendo figuras similares y las características principales que tenían.

2.1. El Código Penal de 1822

El Código Penal de 1822, en su conjunto, pretendía adaptar las ideas reformistas, procedentes de las tendencias ilustradas recogidas por la Constitución de 1812, a la tradición punitiva española, por lo que era especialmente importante la necesidad de combinar la humanidad y racionalidad propias del iluminismo, con la ejemplaridad, presente en el sistema de penas por el influjo de la obra de Beccaria y de Bentham.

Por ello, este Código se basa en un extenso sistema punitivo que se orientaba a la **prevención general negativa e intimidatoria**. Contemplaba dos formas de privación perpetua de libertad:

- a) *La pena de trabajos perpetuos*, que se regulaba como sigue: «*Los reos condenados a trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso*». Además de ello el art. 53 no sólo les consideraba muertos a efectos civiles, sino que les hacía perder la patria potestad y consideraba disuelto el matrimonio, salvo voluntad contraria del cónyuge.
- b) *La reclusión por el resto de su vida* era una figura alternativa a la imposición de los trabajos perpetuos para los mayores de sesenta años condenados a esta pena o que cumplieran dicha edad durante el cumplimiento, cuya aplicación estaba prevista en el artículo 66, a diferencia de lo previsto para las mujeres, que aunque tampoco podían cumplir la pena de trabajos perpetuos, en este caso se cambiaba por la deportación, según señalaba el art. 67.

¹⁴³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2015). *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*. 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 34- 45.

No obstante, estas dos penas no suponen un claro antecedente, dado que, en el primer caso, no era propiamente una pena perpetua de privación de libertad, ya que su contenido no era la libertad, sino el trabajo. Y, en el segundo caso, su imposición se llevaba a cabo únicamente para sustituir la pena de trabajos perpetuos a los mayores de sesenta años, por lo que su sentido era más humanitario que el sentido punitivo de la perpetuidad.

2.2. El Código Penal de 1848

Este Código contemplaba en el artículo 24 dos modalidades de privación de libertad permanente en dos escalas graduales diferentes:

- a) En la primera escala la *cadena perpetua*, cuyo cumplimiento se reservaba a los penales de África, Canarias o Ultramar y contemplaba importantes accesorias como la argolla, la degradación o la interdicción civil.
- b) Y en la segunda escala la *reclusión perpetua*, en cuyo caso estaban sujetos a trabajo forzoso a beneficio del Estado, siempre dentro del recinto del establecimiento, siendo análogos el trabajo, la disciplina, el traje y el régimen alimenticio. Esta pena no contemplaba la cadena asida al pie, ni la penosidad del trabajo, y además, su cumplimiento podía ser en establecimientos dentro o fuera de la Península, pero no en África o Ultramar, por lo tanto era menos severa que la anterior.

Se trata pues del primer Código Penal que le da este nombre y que les dota de tal contenido, al suprimir la posibilidad de sustitución por arrepentimiento o enmienda, siendo la diferencia entre ambas su distinto contenido y lugar de cumplimiento. En este caso, también se preveía la sustitución de la pena por motivos humanitarios.

2.3. El Código Penal de 1870

Este Código Penal también mantuvo el mismo esquema que el anterior texto punitivo, pero la idea de intimidación retrocede y prevalece la de retribución, por ello deroga la argolla y suaviza levemente el modo de ejecución de la cadena perpetua, ya que suprime las cadenas que unían a los presos entre sí. Se siguen distinguiendo dos penas:

- a) La *cadena perpetua*, que se cumplía en los presidios de África, Canarias y Ultramar con cadena asida al pie como castigo
- b) La *reclusión perpetua*.

Como novedad en el art. 29 incluye la posibilidad de la liberación de los condenados mediante **indulto** a los treinta años, a salvo de que por su conducta o cualquier otra circunstancia grave no lo merecieran.

2.4. El Código Penal de 1932

En este Código se llevó a cabo la **eliminación de la cadena y la reclusión perpetua** del catálogo de penas privativas de libertad y todos los artículos que hacían referencia a su imposición y cumplimiento, de modo que la reclusión mayor, cuya duración se estableció entre veinte años y un día y treinta años, se configuró como la pena más severa del ordenamiento penal al ser eliminada también la pena de muerte.

2.5. El Código Penal de 1944

Este Código penal reintrodujo la pena de muerte, pero no hizo lo mismo con la reclusión a perpetuidad, siendo la pena de prisión más grave la *Reclusión Mayor* con una duración entre veinte años y un día a treinta años.

Tras la abolición de la pena de muerte por la Constitución de 1978 tampoco se rehabilitó la pena de privación de libertad perpetua, ya que a diferencia de otros países europeos que en sus reformas constitucionales efectuaron un tránsito de pena de muerte a pena perpetua, en España no se produjo esta transformación. Por ello cuando en la reforma del **Código penal de 1983** se derogó la pena de muerte, no se sustituyó por pena perpetua, y se impuso como pena de mayor duración la de privación de libertad hasta treinta años.

2.6. Conclusiones

Si echamos la vista atrás, podemos apreciar que sólo los Códigos Penales de 1822, 1848 y 1870 regularon la pena perpetua. En el primero de ellos además ni siquiera lo era, ya que en realidad por recoger la pena de trabajos perpetuos que a los diez años podía acogerse a la rebaja de penas, y la pena de reclusión por el resto de la vida que era una alternativa a la anterior para los mayores de sesenta años.

En los otros dos Códigos Penales sí que se trata de una pena perpetua con dos modalidades: cadena perpetua y reclusión perpetua, con un cumplimiento especialmente aflictivo, pero que sin embargo permitía en el primero de ellos su sustitución en mayores de sesenta años e incluso en el segundo – y último Código Penal que mantiene la pena perpetua – el indulto a los treinta años de cumplimiento como regla general.

3. Origen de la Implantación de la Prisión Permanente Revisable¹⁴⁴

Desde los años 80 se han sucedido diversos hechos como asesinatos, violaciones y secuestros de menores, así como numerosas muertes, lesiones y daños que venía provocando el terrorismo desde mucho antes. Todo ello, fue creando un clima hostil con las instituciones,

¹⁴⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2015). Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable. 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 162- 167.

haciendo peligrar la confianza que se tenía en los políticos, y se empezó a reivindicar el endurecimiento de las penas, la supresión de beneficios penitenciarios y la regulación de la pena perpetua. De este modo, familiares de las niñas de Alcacer en 1993, de Sandra Palo en 2003, de Mari Luz en 2008, o de Marta del Castillo en 2010, así como algunas asociaciones de víctimas del terrorismo, presentaron en reiteradas ocasiones peticiones al Gobierno e incluso impulsaron iniciativas populares.

También dichos actos tuvieron repercusión en el ámbito doctrinal, a modo de ejemplo, en Noviembre de 2000, Rodríguez Ramos señalaba en su artículo «Constitucionalidad de la pena perpetua» publicado en el Diario El País, que *«si los políticos con poder legislativo quisieran tranquilizar a la sociedad española, ayudar a las víctimas del terrorismo y a sus parientes y amigos, amedrentar más a los terroristas y ponerles en una tesitura de forzar su reinserción social (...) tendrían que introducir la prisión perpetua en el Código Penal»*.

Lo que llama la atención es que el anuncio de la regulación de la prisión perpetua revisable se produjo cuando la amenaza terrorista se encontraba en un claro retroceso, dado que no había atentados mortales desde 2009, e incluso se había llevado a cabo la declaración del cese de violencia permanente por parte de ETA en enero de 2001. Esto se traduce en que se pierde el efecto de prevención general, tanto positiva como negativa, de una de las conductas delictivas que más han preocupado a la población: el terrorismo.

Por tanto, si las finalidades de reforzar la confianza en el sistema punitivo y amedrentar a posibles delincuentes¹⁴⁵ ya no son necesarias, queda patente que son otras las finalidades perseguidas, muy alejadas de una política criminal integradora.

En conclusión, una vez despejadas las razones retributivas y de prevención general intimidatoria ante la práctica desaparición del terrorismo, así como la estabilización de la delincuencia grave, se vislumbra como causante de esta iniciativa el carácter simbólico de una política penal populista, que bajo la presión de ciertos medios de comunicación, pretendió sacar rédito electoral a un endurecimiento punitivo desprovisto de cualquier análisis jurídico riguroso, e impregnado de un claro interés político.

Así pues, en el programa electoral del Partido Popular de 2011, se recogió entre los objetivos de modernización y mejora de la justicia, la introducción de la pena de prisión permanente revisable y el cómputo de beneficios penitenciarios sobre cada una de las penas impuestas, lo que, al ganar las elecciones, se materializó en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de Julio de 2012 y, posteriormente, se reguló en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴⁵ Invocadas como justificación de la implantación de la pena en el Proyecto de Octubre de 2013 y luego la L.O. 1/2015 de 30 de Marzo.

3.1. Derecho Comparado

Dado que el objeto de este trabajo es analizar la pena de prisión permanente revisable pero en su fase de ejecución, haremos un breve repaso a las instituciones similares que existen en países vecinos sin centrarnos excesivamente en este punto.

En primer lugar, en Italia existe el **ergastolo**, regulado en el artículo 22 de su Código Penal: «*La pena de ergastolo es perpetua, y es cumplida en uno de los establecimientos destinados a ello, con la obligación de trabajar y aislamiento nocturno. El condenado al ergastolo puede ser admitido al trabajo al aire libre*». En este caso, la pena de prisión es perpetua con la posibilidad de obtener la libertad condicional, siempre que el penado haya cumplido un mínimo de 26 años de privación de libertad¹⁴⁶.

En segundo lugar, en Francia encontramos lo que llaman **reclusión criminal a perpetuidad**, que, del mismo modo que en Italia, está prevista para los supuestos delictivos más graves, aunque su cumplimiento mínimo antes de obtener la libertad condicional es algo inferior, de 22 años¹⁴⁷.

En tercer lugar, en Alemania existe la **prisión permanente**, que, como en los dos países anteriores, está prevista para los casos de crímenes más graves. Además, para que pueda ser aplicada deberá estar prevista especialmente por la ley para el delito de que se trate. La regla es que la pena debe revisarse a los 15 años de prisión, y, excepcionalmente se podrá prolongar dicho cumplimiento por motivos de especial peligrosidad criminal¹⁴⁸.

No obstante, en ninguno de los textos constitucionales de estos tres países encontramos una disposición similar a la del artículo 25.2 de nuestra Constitución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre dos tipos de prisiones perpetuas: por un lado, la prisión perpetua ineludible, contraria a los derechos consagrados en el Convenio, y, por otro lado, la prisión perpetua discrecional, que permite la excarcelación del condenado, entendiendo que esta última es conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 25 de octubre de 1990, caso *Thynne, Wilson y Gurmell contra el Reino Unido*, 18 de julio de 1994, caso *Wyrine contra el Reino Unido* y 16 de octubre de 2001, caso *Einborn contra Francia*)¹⁴⁹.

3.2. ¿Es Compatible con la Finalidad de Reinserción de la Pena?

El tratamiento del delincuente peligroso ha sido sin lugar a dudas una de las mayores preocupaciones de la política criminal de los Estados, buscando siempre soluciones legislativas óptimas para responder al problema del peligro de la reiteración delictiva,

¹⁴⁶ LOZANO GAGO, María de la Luz (2013). La nueva prisión permanente revisable. Diario La Ley nº 8191.

¹⁴⁷ LOZANO GAGO, María de la Luz (2013). La nueva prisión permanente revisable. Diario La Ley nº 8191.

¹⁴⁸ LOZANO GAGO, María de la Luz (2013). La nueva prisión permanente revisable. Diario La Ley nº 8191.

¹⁴⁹ LOZANO GAGO, María de la Luz (2013). La nueva prisión permanente revisable. Diario La Ley nº 8191.

soluciones que deben conjugar dos requisitos de inexcusable cumplimiento: de un lado, garantizar la paz social y los derechos fundamentales de los ciudadanos, evitando los riesgos derivados de la reiteración delictiva del delincuente una vez cumplida condena, y, de otro lado, la obediencia al mandato constitucional previsto en el art. 25.2 CE orientando las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a la reinserción y la rehabilitación social del delincuente.

El Estado, en aras a obtener respuesta acorde al tratamiento de los delincuentes con riesgo de reincidencia, debe, de manera inequívoca e inexcusable, cumplir dicho mandato constitucional, orientando las penas y medidas de seguridad hacia la reinserción y reeducación, material, constatable, ya que su significado, lejos de parecer vacío de contenido, implica «la adaptación de una persona a la sociedad tras vivir al margen de ella» y su acreditación no entraña dificultad probatoria en el período de intervención penal del interno a través de pronósticos de reinserción, por el equipo psicosocial del Centro Penitenciario donde el interno cumpla condena, y tras el cumplimiento de necesarios tratamientos reeducadores.

No han sido pocas las opiniones contrarias a la implantación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, al considerarla «**derecho penal del enemigo**», expresión acuñada por el tratadista alemán Gunter Jakobs, para referirse a aquel conjunto de normas del Código Penal alemán que no castigaban al autor por el hecho delictivo cometido, sino que lo castigaban por el hecho de considerarlo peligroso. La legitimidad del Derecho penal del enemigo se fundamenta en el derecho de los ciudadanos a la obtención de un mínimo de seguridad frente a quienes no cabe establecer expectativas o seguridad cognitivas, por lo que el Estado no debe tratarlos como personas, ya que de este modo vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.

Conjugar ambos conceptos de *reinserción* y *paz social*, lejos de ser incompatibles, es *de facto* posible y consecuentes, en el marco de un Estado de derecho; de modo que acreditando la definitiva reeducación y reinserción del delincuente, antes de su excarcelación definitiva, se garantizaría consecuentemente el derecho a la seguridad del ciudadano y la inexistencia de alarma social frente a la colectividad¹⁵⁰.

Por lo tanto, para poder garantizar el derecho a la seguridad ciudadana (paz social), es necesario que el penado se haya reinsertado (reinserción).

A continuación veremos, al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el posible encuadre constitucional de esta pena, la crítica que ha llevado a cabo la

¹⁵⁰ MARTÍNEZ MORA, Gema (2015), *Prisión permanente revisable: ¿Derecho penal del enemigo o Derecho penal del acto?*, Diario La Ley nº 8464.

doctrina mayoritaria española, la oposición de la abogacía española, así como los argumentos que utilizó el Gobierno español para justificar su implantación.

3.3. La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos apunta que *«Una pena perpetua irreductible, que priva al interesado de toda esperanza de ser puesto en libertad, podría vulnerar el artículo 3 de la Convención»*.

Para que la pena de prisión perpetua o permanente no sea irreductible tiene que ofrecer posibilidades de suspensión, reducción o conmutación. Por ello, para que dicha pena encaje con el artículo 3 de la Convención, tiene que ser «revisable». Recordemos que el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece: *«Prohibición de la tortura. Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes.»*

El TEDH apunta en la dirección de que la pena de prisión permanente revisable, para que sea válida, debe ofrecer la posibilidad al condenado de recuperar la libertad y reinsertarse en la sociedad.

Además, establece que *«la cadena perpetua contra un delincuente adulto no está prohibida por el artículo 3 ni ninguna otra disposición de la Convención y no vulnera éste»*.

Esto es así, porque lo que prohíbe este artículo es la prohibición de penas o tratamientos inhumanos o degradantes, pero si la pena permanente es revisable, no supone una vulneración de ello, ya que el reo contará con los beneficios penitenciarios. Eso sí, como hemos visto, a partir de 25 años de cumplimiento efectivo de la pena.

El TEDH se centra en la posibilidad de **reinserción** del penado y, en caso de que no se reinserte, admite que pueda tener prisión de por vida, debido al derecho del Estado a la seguridad o a la defensa social. Es imprescindible que se dispongan o faciliten los medios necesarios para que el penado pueda conseguir su rehabilitación (como cursos, talleres formativos, etc.), por lo que es necesario que se aplique el **tratamiento penitenciario** correspondiente al reo. En caso contrario, si no se ofrece esta posibilidad de reinserción, se estaría vulnerando la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹⁵¹.

3.3.1. Caso Iorgov v. Bulgaria (2 de septiembre de 2010)

En este caso, el demandante había sido condenado a muerte en mayo de 1990 y el Tribunal Supremo confirmó la condena aquel octubre. Durante ese periodo, en julio del mismo año, el Parlamento había adoptado una decisión postergando la ejecución de este tipo de condenas que habían entrado en vigor. La suspensión de las ejecuciones de las condenas de muerte se

¹⁵¹ MIR PUIG, Carles (2015), *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 3ª edición, Atelier, Barcelona

mantuvo hasta 1998, cuando la pena de muerte fue abolida, y fue reemplazada por la cadena perpetua. Consecuentemente, se conmutó la pena de los 19 condenados a pena de muerte que habían tenido la pena suspendida hasta entonces, pasando a ser cadena perpetua sin posibilidad de conmutación.

El demandante alegó que la cadena perpetua impuesta sobre él, sin ninguna posibilidad de liberación temprana, era inhumana y degradante. También se quejó de las condiciones de su encarcelamiento, el estricto régimen que se aplicó, la falta de un marco legal referente a la cadena perpetua y la calidad del cuidado médico que se dio a los presos. Para ello, se basó en los artículos 3, 5 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que debía examinar las alegaciones en base al artículo 3 de la Convención (prohibición de la tortura y tratos inhumanos).

El Tribunal consideró que la imposición de una condena perpetua a un adulto no va en contra del artículo 3 de la Convención, aunque sí que apuntó que *«imponer una pena perpetua irreductible, que priva al interesado de toda esperanza de ser puesto en libertad, podría vulnerar el artículo 3 de la Convención»*.

La cuestión principal radica en si la pena impuesta al demandante podía ser clasificada como *irreductible*. El Tribunal reitera que una condena perpetua no deviene “irreductible” por el mero hecho que en la práctica pueda llegar a cumplirse por completo. Es suficiente para los propósitos del artículo 3 de la Convención que la cadena perpetua sea *de iure* y *de facto* reductible.

Por un lado, el TEDH considera que dicha pena es reductible *de iure*, dado que la legislación de Bulgaria prevé dos situaciones en que el penado podría ser liberado: o bien por indulto o bien conmutando la pena.

Por otro lado, en cuanto a si la pena es reductible *de facto*, el demandante consideraba que no lo era dado que todavía no se había producido en ningún caso, pero el TEDH apuntó que del mero hecho de que no hubiese habido una liberación de algún condenado a pena perpetua no se podía extraer que la pena no fuese reductible *de facto*, dado que todavía era demasiado pronto para poder sacar tal conclusión – deben haber pasado 20 años para que pueda considerarse la revisión de la pena. Además, el Tribunal consideró que debía fijarse en los hechos del demandante y no en los referentes al resto de condenados a prisión perpetua. En este sentido, en el 2002, el demandante, cuando interpuso el recurso, solamente había cumplido 13 años de condena.

En conclusión, aplicando el criterio establecido en la sentencia *Kafkaris v. Chipre*, el Tribunal consideró que no quedaba establecido que el demandante hubiese estado privado de toda esperanza de ser puesto en libertad algún día. Por lo tanto, concluyó no haber violación del artículo 3 de la Convención.

3.3.2. Caso James, Wells y Lee v. Reino Unido (18 septiembre de 2012)

En este caso, el TEDH condenó al gobierno británico por violar el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la libertad y a la seguridad), por sancionar con las *"indeterminate sentences"*, sin prever el correspondiente conjunto de herramientas e instrumentos destinados al tratamiento penitenciario de los condenados.

El problema radica en que los condenados no pudieron disfrutar de los cursos y talleres formativos destinados a superar sus principales déficits o carencias educativas y/o profesionales, es decir, no recibieron tratamiento penitenciario. Y, como se ha dicho anteriormente, la condición del TEDH para que una pena permanente pueda ejecutarse es que ésta pueda ser revisada y que posibilite la reinserción. Por ello, al no ofrecerse a los penados la posibilidad de tratamiento penitenciario, se estaría vulnerando lo anterior y es por ello que el Tribunal condena al gobierno británico.

3.4. Encuadre Constitucional

La pena de prisión permanente revisable ha suscitado la polémica doctrinal no solo en lo referente a su consideración como derecho penal del enemigo, como hemos visto anteriormente, sino también en cuanto a la *constitucionalidad* de la misma. La posible vulneración de los principios de legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, *non bis in idem* o el principio resocializador de las penas, fue objeto de reiterado estudio de forma previa a la aprobación de la reforma del Código Penal que incluía esta pena.

Cabe destacar el voto particular que emitieron Antonio Dorado Picón y Concepción Espejel Jorquera, juristas de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, en el informe de esta Comisión de fecha 8 de enero de 2013, cuando la reforma de la Ley Orgánica del Código Penal todavía estaba en fase de Anteproyecto.

En éste, establecieron que *«son muy reiteradas las resoluciones del Tribunal Constitucional que aclaran que el primer inciso del art. 25.2 no contiene un derecho fundamental, susceptible de recurso de amparo, sino un mandato del constituyente legislador para orientar la política penal y penitenciaria, del que **no se derivan derechos subjetivos**, no pudiendo olvidar asimismo que **tales fines no son los únicos que persiguen las penas privativas de libertad**, pudiendo perseguir otros fines distintos, compatibles con la reeducación y reinserción social e igualmente legítimos (...). La reeducación y reinserción social, como función humanizadora de la pena, no es un resultado que deba alcanzar en todo caso como una ineludible "estación de término", ya que exige la concurrencia de dos voluntades: La del Estado que aplica la ley y ejecuta la condena y la del penado obligado a cumplirla y a ajustar probadamente su conducta al fin rehabilitador. El hecho que el penado una vez cumplida una parte de la condena retorne a la sociedad, siempre que cumpla los requisitos legalmente exigidos, implica que si la libertad quedara postergada, ello sería consecuencia del fracaso del tratamiento penitenciario, lo que no sería ajeno a la propia actuación del penado, cuya falta de voluntad de efectiva reinserción no puede ser suplida por el Estado (...) La pena de prisión permanente revisable prevista en el Anteproyecto referido, **no es una pena incierta o una pena de prisión perpetua encubierta**, sino una pena de duración indeterminada con unos plazos de*

cumplimiento mínimos claramente establecidos en los arts. 78 y 92, y que puede llegar a ser permanente o perpetua, con la garantía de que debe ser revisada en los plazos y con los requisitos que la propia norma establece (...) La propia nomenclatura de la pena de prisión “permanente”, implica que esta permanece inmutable, hasta que concurran, por su carácter “revisable”, los requisitos para su extinción, regulando así el Anteproyecto los plazos de revisión de la misma, lo que comporta que esta pena se ajuste a los parámetros constitucionales y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a las exigencias del principio de legalidad y seguridad jurídica»¹⁵².

Por su parte, además de lo contenido en las afirmaciones emitidas por los dos juristas anteriores, el Tribunal Constitucional coincide con el TEDH en que la pena de prisión perpetua es constitucional cuando sea revisable, pero también dispone que «la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE».

El TC, como hemos visto, pone por encima de la reinserción otras funciones de la pena, como la prevención general y la retribución, por lo que valora más la protección de los bienes jurídicos y no la rehabilitación del reo. Por ello, niega el carácter subjetivo del art. 25.2 CE que establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (...)»¹⁵³.

Siguiendo esta línea el Tribunal Constitucional y el informe del Consejo de Estado, han emitido con claridad que la prisión permanente revisable no conculca con el art. 25.2 CE, al haber apuntado el Tribunal Constitucional que en materia de extradición, es suficiente garantía que la ejecución de dicha pena «no sea indefectiblemente de por vida»¹⁵⁴.

Por último destacar que la diferencia primordial con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos radica, así, en que mientras el Tribunal Constitucional superpone otros fines de la pena al fin de la reinserción, el TEDH pone en valor la rehabilitación y la reinserción del penado y, de este modo, la pena de prisión permanente revisable siempre tendrá que garantizar esta finalidad de la pena. Es muestra de ello la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2013 (*Caso Vinter y otros v. Reino Unido*), donde la corte apuntó que «en estos momentos tanto el derecho europeo como el internacional claramente apoyan que los reclusos, incluyéndose aquellos que están cumpliendo penas a cadena perpetua, tengan la posibilidad de rehabilitarse y la expectativa de ser liberados si la rehabilitación se consigue.(...) Si bien la retribución es una de las posibles finalidades de una pena de prisión, la tendencia de la política criminal europea en estos momentos es centrarse en la finalidad

¹⁵² MARTÍNEZ MORA, Gema (2015), *Prisión permanente revisable: ¿Derecho penal del enemigo o Derecho penal del acto?*, Diario La Ley nº 8464.

¹⁵³ MIR PUIG, Carles (2015), *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 3ª edición, Atelier, Barcelona.

¹⁵⁴ MARTÍNEZ MORA, Gema (2015), *Prisión permanente revisable: ¿Derecho penal del enemigo o Derecho penal del acto?*, Diario La Ley nº 8464.

rehabilitadora de la pena de prisión, en especial en relación con la terminación de una pena de prisión de larga duración»

En esta misma resolución, dispuso el Tribunal que, a pesar de que quedaba fuera de sus competencias determinar cuando debía realizarse la revisión, consideraba que *«los documentos de derecho comparado y derecho internacional presentados ante él que apoyan con claridad la existencia de un mecanismo de revisión que tenga lugar **no más tarde del transcurso de los veinte y cinco años desde la imposición de la pena a cadena perpetua, con la previsión de revisiones periódicas con posterioridad a esa fecha»***.

La importancia de esta afirmación radica en que, como se ha expuesto en el apartado de la regulación de la pena, en los casos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los **límites mínimos de cumplimiento** para el acceso al **tercer grado** de clasificación serán de **treinta y dos años**, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

En estos casos, la **suspensión de la ejecución** del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de **treinta y cinco años** de prisión cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años¹⁵⁵.

Es decir, los mínimos de cumplimiento para la revisión de la pena exceden en diez años del máximo que recomienda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que dicho precepto plantea serias dudas de inconstitucionalidad.

3.5. Crítica de la doctrina mayoritaria española

La doctrina mayoritaria española sostiene la idea de que la prisión permanente revisable es un eufemismo que esconde una prisión perpetua, dado que la regla general será que no salga de prisión y la excepción será lo contrario, cuando a los penados se les otorgue la libertad condicional o un indulto por el Gobierno.

En el caso de que esta pena finalmente no es susceptible de libertad condicional ni de indulto, vulnerará diversos preceptos constitucionales:

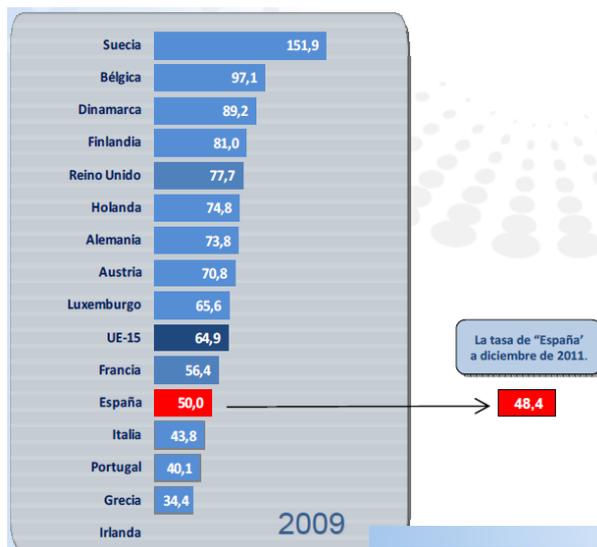
- la prohibición del art. 15
- el principio de dignidad del art.10
- el derecho de reinserción social del art.25.2

¹⁵⁵ Artículo 78 bis 3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- el principio de legalidad, por su imprecisión e indeterminación (art. 9.3)
- la proporcionalidad e igualdad penal del art.14 (porque no será condenado por el mismo delito alguien que al ser condenado tiene 20 años que el que tiene 50)

También se critica que la prisión permanente revisable (en adelante PPR) sea constitucional solo porque *no siempre* es perpetua. Sostienen que el hecho de que sea revisable no la convierte en otra pena diferente, sino que sigue siendo una pena de prisión a perpetuidad, sin ningún mecanismo cierto y propio para su finalización. Lo que ocurre es que en los casos en que la pena en el caso concreto es efectivamente perpetua, la propia norma ampara que el penado pueda seguir encarcelado *sine fine*, lo que contradice el art. 15 CE.

Por otro lado, dicha pena también tiene incidencia en la dignidad de los penados. Las investigaciones criminológicas apuntan a que la duración de la reclusión no debe superar de forma continuada los 15 años. Si supera ese tiempo empiezan a aparecer graves trastornos en la personalidad muy difíciles de reparar. Se han descrito numerosos episodios de reducción de las funciones vitales, de desarrollo patológico de la personalidad, así como procesos de regresión a estadios infantiles y otros tipos de disfuncionalidades. Además, la esperanza de vida de los penados es bastante más baja que la de los ciudadanos en libertad (aproximadamente 65 años)¹⁵⁶.



En este sentido apuntan los autores Díez González y Álvarez Díaz en su publicación “*Los Efectos psicosociales de la pena de prisión*”, al considerar que «*si la estancia en prisión produce algún cambio en los individuos, es precisamente porque su duración es lo suficientemente prolongada como para que el individuo quede en cierta forma “marcado” por la experiencia, y además, porque se materializa en un medio que ciertamente posee características diferenciales con respecto al medio libre*»¹⁵⁷.

Fuente: Ministerio de Interior. Secretaría de Estado de Seguridad

2011 Balance de la criminalidad

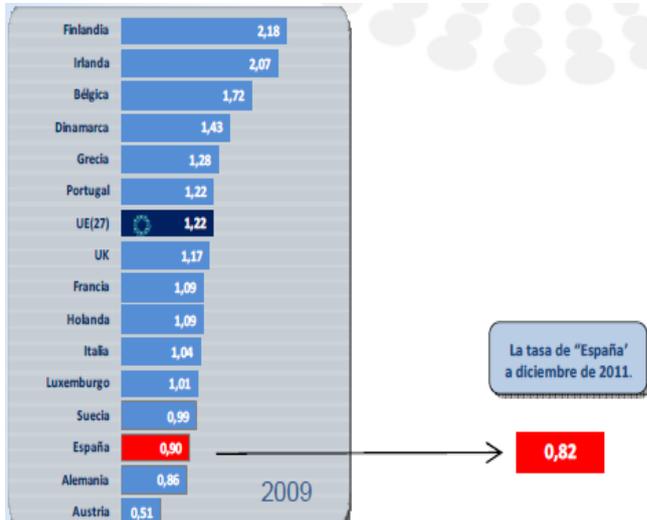
Homicidios dolosos y asesinatos consumados
(Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, Ertzaintza, Mossos d'Esquadra y Policía Foral de Navarra)

TOTAL NACIONAL	2010	2011	Var 2011/2010
Total consumados	401	387	-3,5 %
Tasa por cada 100.000 habitantes	0,85	0,82	-0,03

¹⁵⁶ MIR PUIG, Carles (2015), *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 3ª edición, Atelier, Barcelona

¹⁵⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (dir.), DÍEZ GONZÁLEZ, Pedro Ramón, ÁLVAREZ DÍAS, José Antonio (2009). *Los Efectos psicosociales de la pena de prisión*. 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia

Finalmente, cuestionan la necesidad de implantarla en España cuando las tasas de criminalidad están descendiendo en los últimos años¹⁵⁸.



Tal y como se aprecia en el Balance de criminalidad del Ministerio del Interior, reflejado en la siguiente tabla, la tasa de criminalidad en España en 2011, respecto de delitos por cada 100.000 habitantes, era de 48,4, cifra que es inferior a la de países como Francia (56,4), Alemania (73,8) y Reino Unido (77,7), pero superior a la de Italia (43,8) y Portugal (40,1), éstas últimas relativas a 2009.

Fuente: Ministerio de Interior. Secretaría de Estado de seguridad

En cuando a los homicidios dolosos y asesinatos consumados, la tasa por cada 100.000 habitantes correspondiente a 2011 fue de 0,82, que fue inferior a la habida en el año 2010 (0,85).

Según Eurostat, en el año 2009, la tasa española de homicidios fue del 0,90, ratio que es menor a la de los restantes países europeos, con la salvedad de Alemania (0,86) y Austria (0,51).

Con lo cual se aprecia que España, en la época en la que se planteaba introducir esta pena, estaba a la cola de Europa en cuanto a tasas de criminalidad.

3.6. Oposición de la Abogacía Española

En el año 2012, el presidente del Consejo General de la Abogacía, Carlos Carnicer, manifestó su contrariedad a la prisión permanente revisable que en ese momento se pretendía introducir en la reforma del Código Penal, dado que consideraba que «raya la inconstitucionalidad, si no la quiebra totalmente», porque iba contra la «función reinsertora que ordena la Constitución».

¹⁵⁸ MIR PUIG, Carles (2015), *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 3ª edición, Atelier, Barcelona

El señor Carnicer manifestó en los medios que «La Constitución obliga a que la privación de libertad sea utilizada para reinsertar a los delincuentes, para reinsertarles en la sociedad a la que deben seguir sirviendo una vez hayan pagado su deuda con la propia sociedad. Si no se libera a las personas a lo largo de toda su vida, ese principio no se aplica»,

Del mismo modo dudaba de su constitucionalidad el Consejo General del Poder Judicial, dado que opinaba que «resulta cuanto menos dudoso que una privación de libertad potencialmente perpetua sea conciliable, en un ámbito estrictamente interno, con la reinserción contemplada en el artículo 25.2 de la Constitución»¹⁵⁹.

Dichas opiniones perduraron incluso después de la aprobación de la reforma del Código Penal, que incluía la regulación de la pena de prisión permanente revisable. Así, en enero de 2015, se publicó en la página *abogacia.es* que el Consejo General de la Abogacía Española consideraba dicha pena inconstitucional, por ser contraria a los artículos 10, 15 y 25 de la Constitución, tanto si la pena es revisable como si no.

La importancia de dichos artículos radica, en primer lugar, en que el artículo 25 establece que las penas privativas de libertad se han de orientar a la reeducación y reinserción social de los penados. Por tanto, cualquier pena que no cumpla este requisito irá en contra del artículo 15, que prohíbe cualquier trato inhumano y degradante, siendo además contraria a la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad, contemplados en el artículo 10.

La Abogacía Española y su subcomisión de Derecho Penitenciario consideran que las reformas legislativas, y en especial las del ordenamiento penal, no pueden justificarse por la alarma social que producen determinados hechos delictivos, por muy graves o repulsivos que resulten. Además, consideran que una medida de semejante repercusión penitenciaria no debería aprobarse sin un consenso – toda la oposición parlamentaria estaba en contra – y un debate en profundidad que justifique este endurecimiento penal¹⁶⁰.

3.7. Justificación de la Constitucionalidad de la Pena por Parte del Gobierno

El Proyecto de Octubre de 2013 y luego la L.O. 1/2015 de 30 de Marzo, invocan en el Preámbulo que <<la **necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia** hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas, lo que le lleva a regular la prisión permanente revisable para delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido.>>

¹⁵⁹ EL DERECHO “La Abogacía también ve inconstitucionalidad en la prisión permanente revisable porque no se aplicaría la reinserción”, 13 de diciembre de 2012 (disponible en: http://www.elderecho.com/actualidad/Abogacia-inconstitucionalidad-permanente-revisable-reinsercion_0_484125153.html) última consulta.

¹⁶⁰ CONSEJO GENERAL DE ABOGACÍA ESPAÑOLA “La Abogacía Española reitera que la prisión permanente revisable es inconstitucional”, 22 de enero de 2015 (disponible en: <http://www.abogacia.es/2015/01/22/la-abogacia-espanola-reitera-que-la-prision-permanente-revisable-es-inconstitucional/>) última consulta.

Esta declaración fue duramente criticada por el Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma de 2012, ya que consideraban que si el legislador por razones de política criminal quería regular esta pena debía dejar constancia de las razones de oportunidad que le habían llevado a tomar esta decisión, y no usar el pretexto de mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia, muchas veces valorado por juicios paralelos que condicionan la opinión pública y que suelen apartarse de los parámetros constitucionales¹⁶¹.

En junio de 2015, poco antes de la entrada en vigor de la pena tratada, el ministro de Justicia, Rafael Catalá, defendió la constitucionalidad de la prisión permanente revisable y recordó que se trata de una institución que existe en toda Europa y plenamente coherente con la normativa europea de Derechos Humanos.

Dado que la oposición al Gobierno había manifestado su intención de presentar un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el ministro indicó que eso contribuiría a que se dejase de polemizar sobre la prisión permanente revisable, porque «el alto tribunal tendrá que pronunciarse sobre el fondo de la cuestión y se tendrán garantías constitucionales sobre esta figura», lo cual deja patente la plena confianza del Gobierno en la constitucionalidad de la pena y en que así lo corroboraría el Tribunal Constitucional.

La opinión del ministro era que «algunos por quererse enfrentar al Gobierno, van a construir un argumento jurídico», y negaba que se pudiese hablar de “cadena perpetua”, tal y como denunciaba la oposición, a la que acusaba de querer construir una inconstitucionalidad de algo que existe en toda Europa.

La justificación del Ministro de Justicia es que la prisión permanente revisable es un instrumento para garantizar que aquellos que hayan sido condenados por los delitos más graves no vuelvan a reincidir y acrediten su reinserción en la sociedad.

Finalmente, indicó que «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que este tipo de instituciones es plenamente coherente con la normativa europea de derechos humanos» y que «ni es una cadena perpetua, ni es inhumana»¹⁶².

En conclusión, parece que la mayor preocupación del gobierno era distinguir, de cara a la sociedad, la pena que estaban tratando de introducir con la cadena perpetua, dada la connotación negativa que esta última tiene y el rechazo que podría producir en los ciudadanos de a pie.

¹⁶¹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2015). *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*. 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 167.

¹⁶² NOTICIAS JURÍDICAS “La oposición se une para recurrir la prisión permanente revisable ante el TC”, 30 de junio de 2015. Noticias jurídicas (disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10299-la-oposicion-se-une-para-recurrir-la-prision-permanente-revisable-ante-el-tc/>) **última consulta**.

4. La Visión de los Operadores Jurídicos

Con el fin de ofrecer una visión de la pena de prisión permanente revisable desde el punto de vista de la ejecución, he realizado una serie de preguntas al respecto al director, gerente y subdirector de tratamiento del Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona (*la Modelo*), al secretario técnico-jurídico del Centro Penitenciario de Jóvenes de Quatre Camins, así como a un juez de vigilancia penitenciaria – que no ha querido dejar constancia de más datos. Para evitar extenderme más de lo necesario, he extraído las conclusiones más relevantes sobre todas esas preguntas que iban dirigidas hacia la cuestión de si consideran la pena como vulneradora de la constitución, en el sentido que se ha apuntado durante todo este trabajo.

En primer lugar, el secretario técnico-jurídico considera que los límites temporales establecidos en el artículo 36 CP para disfrutar de permisos ordinarios y ser clasificados en tercer grado son excesivamente largos, aunque el procedimiento contenido en dicho precepto le parece adecuado a excepción de la autoridad judicial autorizante, que considera que debería ser el juez de vigilancia penitenciaria, y no el tribunal sentenciador.

En cuanto a la participación de la víctima en la pena, tanto el secretario técnico-jurídico, como el director del centro, muestran su oposición, ya que consideran que la concesión de un permiso o de la libertad condicional no debería depender de la opinión de la víctima – que puede variar en función de su estado de ánimo – sino que debería estar recogido en la sentencia.

Es evidente que una persona condenada a prisión permanente revisable tiene una esperanza de puesta en libertad incierta, por lo que probablemente afectará a su programa de tratamiento, dado que éste es voluntario y habrá más complicaciones a la hora de que éste tenga incentivos para rehabilitarse. Así opinan todos los operadores a los que me he dirigido. Concretamente, el secretario-técnico jurídico considera que los profesionales tendrán que hacer un esfuerzo extra para conseguir motivar al reo. La gerente del centro apunta que los internos deberán tener un programa de tratamiento adecuado a esta circunstancia. El juez de vigilancia penitenciaria, concretando las afirmaciones anteriores, considera que el tratamiento deberá tener una especial intensidad, incluida la duración, en este tipo de penados, y que los equipos de tratamiento deberán cambiar su forma de trabajo y diseñar programas adaptados a este tipo de penas.

En cuanto a si podría haber diferencia entre el pronóstico de reinserción de un interno condenado a 20 años y un interno condenado a PPR, todos los encuestados coinciden en que el pronóstico de reinserción no depende tanto de la duración de la pena, sino de los factores personales del reo, como son la personalidad, los antecedentes, la conducta penitenciaria, las circunstancias socio-familiares, etc.

Finalmente, en relación a si consideran la pena como posible vulneradora de la Constitución, lo cual es el tema central de este trabajo, nos encontramos con opiniones dispares:

Por un lado, el Secretario técnico-jurídico considera que la pena podría ser constitucional siempre que se reduzcan los límites temporales del artículo 36 del Código Penal. El director del centro considera que dicha pena no es incompatible con la reinserción – por lo que no sería inconstitucional. La Gerente del centro, a pesar de no responder claramente a la cuestión, deja entrever el encaje constitucional. Y el Subdirector de tratamiento la considera inconstitucional.

Por su parte, el Juez de Vigilancia Penitenciaria confía en la libertad del legislador para configurar penas que condenen conductas que considere delictivas, además de apuntar que la finalidad reinsertora no se mide por la duración de la pena.

5. Bibliografía

5.1. Fuentes internacionales

5.1.1. Jurisprudencia Internacional

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes</i>
11.3.2004	TEDH 40653/98	Mr C.L. Rozakis	Iorgov v. Bulgaria
2.9.2010	TEDH 36295/02	Mr C.L. Rozakis	Iorgov (II) v. Bulgaria
18.9.2012	TEDH 25119/09, 57715/09 y 57877/09	Lech Garlicki,	James, Wells & Lee v Reino Unido
9.7.2013	TEDH 66069/09, 130/10 y 3896/10	Dean Spielmann	Vinter y otros v Reino Unido

5.2. Fuentes Nacionales

5.2.1. Libros

ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (dir.), DÍEZ GONZÁLEZ, Pedro Ramón, ÁLVAREZ DÍAS, José Antonio (2009). Los Efectos psicosociales de la pena de prisión. 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2015). Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable. 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

LOZANO GAGO, María de la Luz (2013). La nueva prisión permanente revisable. Diario La Ley nº 8191

MIR PUIG, Carles (2015), Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad, 3ª edición, Atelier, Barcelona.

MARTÍNEZ MORA, Gema (2015), Prisión permanente revisable: ¿Derecho penal del enemigo o Derecho penal del acto?, Diario La Ley nº 8464.

5.2.2. Artículos web

CONSEJO GENERAL DE ABOGACÍA ESPAÑOLA “La Abogacía Española reitera que la prisión permanente revisable es inconstitucional”, 22 de enero de 2015 (disponible en: <http://www.abogacia.es/2015/01/22/la-abogacia-espanola-reitera-que-la-prision-permanente-revisable-es-inconstitucional/>)

EL DERECHO “La Abogacía también ve inconstitucionalidad en la prisión permanente revisable porque no se aplicaría la reinserción”, 13 de diciembre de 2012 (disponible en: http://www.elderecho.com/actualidad/Abogacia-inconstitucionalidad-permanente-revisable-reinsercion_0_484125153.html)

NOTICIAS JURÍDICAS “La oposición se une para recurrir la prisión permanente revisable ante el TC”, 30 de junio de 2015. Noticias jurídicas (disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10299-la-oposicion-se-une-para-recurrir-la-prision-permanente-revisable-ante-el-tc/>)

5.2.3. Legislación

CÓDIGO PENAL, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

ESTATUTO DE LA VÍCTIMA, Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito

CE, Constitución Española, 1978

CEDH, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.1950.

Contact with the outside world: perspectives on family life from Norwegian and Spanish prisons

KIMBERLY JADE TOWNEND

Universitat de València

Abstract

Family is a universal network of support for the individual. In prison, the need for maintaining links with their relatives and friends becomes even greater than it was before, given the particular circumstances of isolation and social uprooting that prisoners can face in their new environment. Prison laws are the main instrument used by governments in order to tackle this need. By recognizing prisoner rights such as to receive visits, to send and receive mail or to make phone calls, they are effectively recognizing the need to regularize the fulfillment of the necessity of contact with the outside world, and to protect certain legal values, in particular the rehabilitative aim of punishment. Different countries take different approaches in their laws regulating this matter. This paper will focus on the actions taken by Norway and Spain in regard to the regulation of contact with the outside world, and in particular family life of prisoners. By focusing on these countries, I intend to show how two countries with very different political and socioeconomic backgrounds protect similar legal values through their prison laws, but obtain different results in practice and how these contrasting results may be linked to the impact of their different backgrounds on their prison policies.

Resumen

La familia es una red universal de apoyo para el individuo. En prisión, la necesidad de mantener vínculos con familiares y amigos es incluso mayor que antes de ingresar, dadas las particulares circunstancias de aislamiento y desarraigo a las que los penados se pueden enfrentar en este nuevo entorno. La legislación penitenciaria es el principal instrumento utilizado por los gobiernos a la hora de dar respuesta a esta necesidad. Con el reconocimiento de derechos penitenciarios tales como el derecho a recibir visitas, a enviar y recibir correo o a hacer llamadas telefónicas, están reconociendo de forma efectiva la necesidad de regularizar la satisfacción de la necesidad de mantener un contacto con el mundo exterior, y de proteger ciertos valores legales, en particular el fin de rehabilitación inherente a la pena. Diferentes países toman diferentes enfoques en sus leyes reguladoras de esta materia. Este artículo se centra en las acciones tomadas por Noruega y España en cuanto a la regulación del contacto con el mundo exterior, y en particular la vida familiar de los penados. Centrándome en estos países, pretendo mostrar como dos países con diferentes perfiles políticos y socioeconómicos protegen similares valores legales a través de su derecho penitenciario, pero obtienen distintos resultados en la práctica y como esos resultados contrastantes pueden enlazarse con el impacto de sus diferentes bagajes en sus políticas penitenciarias.

1. Introduction

Family is a universal network of structure and support for the individual.¹⁶³ In prison, the individual need for maintaining links with the outside world and in particular with family is still prevalent. In fact, it has been found that the need for stability in family bonds becomes greater than it was outside of prison.¹⁶⁴ Stable family bonds can help with the better adjustment of the prisoner when in prison and contribute to his reintegration after serving his sentence.¹⁶⁵

The imprisonment of an offender does not only impact his own life, but also the lives of those closest to him. When a parent is incarcerated, his or her absence during the raising of a child can have negative effects on its development.¹⁶⁶

Many countries have taken into account the importance of maintaining contact with the outside world and a stable family life whilst in prison in their prison laws, some of them through the implementation of international rules such as those enacted by the United Nations on the matter, and others independently, by introducing a more human centric penitentiary system.¹⁶⁷

Visitation rights, oral and written communications are rights in most European jurisdiction with the objective of preserving an adequate interaction between inmates and the outside world during the time they are in prison. Two different countries have been selected in order to examine what their penitentiary institutions are currently doing to facilitate the maintenance of family bonds of prisoners: Norway and Spain. The selection was made on the basis of their contrasting political and socioeconomic backgrounds, as well as their different criminal justice systems and approaches to prison life. What do the Norwegian and the Spanish governments do in order to maintain family bonds in prison and why?

In the following section, an analysis of Norwegian prison law, the reality of prison life in Norway and a prison example (*Halden fengsel*) is carried out, the same is done with Spain in the subsequent section, the following one focuses on the comparison between both prison systems and is followed by a conclusion, which aims to answer the research question in the article by drawing on all previous findings.

¹⁶³ Pramodita Sharma and S. Manikutty, Strategic Divestments in Family Firms: Role of Family Structure and Community Culture (2005) *Entrepreneurship Theory and Practice*, 29(3), 293-311

¹⁶⁴ Elizabeth I. Johnson and Jane Waldfogel, Parental Incarceration: Recent Trends and Implications for Child Welfare (2002) *Social Science Review*, 76(3), 460-479

¹⁶⁵ Meghan M. Mitchel, Kallee Spooner, Di Jia and Yan Zhang, The effect of prison visitation on reentry success: a meta-analysis (2016) *Journal of Criminal Justice*, 47, 74-83

¹⁶⁶ Johnson and Waldfogel (n 2)

¹⁶⁷ Mitchel et al. (n 3)

2. Norway

According to the Directorate of the Norwegian Correctional Service, prison should be a restriction of liberty, but nothing more.¹⁶⁸ Under the principle of “normalisation”, inmates should serve their sentences in as normal conditions as possible and no inmate in Norway will serve their sentence under stricter circumstances than necessary for the security of the community.

2.1. Norwegian prison law

The Norwegian prison system is regulated by the Execution of Sentences Act, which came into force in 2002.

2.1.1. Written communication

Prisoners have the right to send and receive mail. The Correctional Services will monitor mail transmission to and from inmates in high security departments.¹⁶⁹ Control may be omitted if security reasons do not advise against it. Mail to and from prisoners in lower security departments shall be controlled if it appears necessary for security reasons. In these cases, the inmate will have to use a language that the staff understands in his correspondence.¹⁷⁰

Inmates may be given permission to engage in electronic communication with text, sound and image if security reasons do not speak against it.¹⁷¹

2.1.2. Visitation rights

Prisoners are entitled to receive visits.¹⁷² The Norwegian Correctional Services will monitor visits in high security departments. In these cases, visitors will be previously checked for criminal records. This control may be omitted if there are no security concerns. Visits in lower security departments shall be controlled if it appears necessary for security reasons.¹⁷³ If safety reasons make it necessary to overhear the conversation, prisoners and visitors will have to talk in a language that the staff understands.¹⁷⁴

The Norwegian Correctional Services may refuse visits if there is reason to believe that they will be misused. If the visit is of great significance for the inmate, and control is sufficient to

¹⁶⁸ Kriminalomsorgen, ‘About the Norwegian Correctional Service’ (2016) <<http://www.kriminalomsorgen.no/information-in-english.265199.no.html>> accessed 22 December 2016

¹⁶⁹ Execution of Sentences Act 2001, s 30(2)

¹⁷⁰ Ibid, s 30(3)

¹⁷¹ Ibid, s 30(7)

¹⁷² Ibid, s 31(1)

¹⁷³ Ibid, s 31(2)

¹⁷⁴ Ibid, s 31(3)

avert the risk of misuse, it shall be controlled and not denied.¹⁷⁵ Visits shall be conducted in specific visiting rooms.¹⁷⁶

2.1.3. Phone calls

Inmates have the right to make phone calls unless otherwise provided by the Law.¹⁷⁷ The conversation may be monitored if it appears necessary for security reasons. In the case of prisoners in high security departments, control may be omitted if security reasons do not speak against it.¹⁷⁸

The conversation can be monitored without prior notification. The parties may be required to lead the conversation in a language that the staff understands. Examination of the caller's identity may be made during the call.¹⁷⁹ Phone calls can be recorded on tape without warning if it is likely that inmates plan to evade execution.¹⁸⁰

2.2. Contact with the outside world: the reality

In Norway, most domestic visits tend to be private individual visits (Children of Prisoners Europe, 2014).¹⁸¹ Both conjugal and family visits are allowed. It is not considered suitable for children to be in prison. Some mothers may serve part of their sentence in special "mother and child houses". These institutions are run by other organizations and are not exclusive to offenders.

The pressure on the correctional system has been increased over the past years by the growing number of foreign nationals in Norwegian prisons. Designing visiting facilities and rehabilitation measures for offenders who will be deported to their home country after serving their sentence can be particularly complicated.¹⁸² Use of prison facilities destined for receiving extended family visits, such as special flats, is usually subject to the fulfilling of certain conditions, for example having taken parental guidance courses. These courses are sometimes offered only in Norwegian. This fact has been found to pose a challenge to foreign inmates.¹⁸³

2.3. Prison example: *Halden fengsel*

¹⁷⁵ Ibid, s 31(4)

¹⁷⁶ Ibid, s 31(7)

¹⁷⁷ Ibid, s 32(1)

¹⁷⁸ Ibid, s 32(2)

¹⁷⁹ Ibid, s 32(3)

¹⁸⁰ Ibid, s 32(5)

¹⁸¹ Children of Prisoners Europe, *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice*, 2nd edition (2014).

¹⁸² Kriminalomsorgen, 'About the Norwegian Correctional Service' (2016) <<http://www.kriminalomsorgen.no/information-in-english.265199.no.html>> accessed 22 December 2016

¹⁸³ Lorraine Atkinson, Sex in Prison, *Criminal Law and Justice Weekly*. Retrieved from <https://www.criminalawandjustice.co.uk/comment/Sex-Prison> on 21 December 2016

Halden is a high-security penitentiary institution. Founded in 2010, it has been repeatedly referred to as “the world’s most humane high-security prison”¹⁸⁴ by the media.¹⁸⁵ Prisoners can receive two visits a week. Their children under 16 years old must be accompanied by an adult during the visit. Children between 16 and 18 years old can visit their fathers without being accompanied as long as they do not have a criminal record. Consent from the child’s closest relatives is required before visits are allowed. All inmates can call for twenty minutes per week. Inmates with children can apply for an extra 10 minutes per week. Foreign speaking inmates can apply to speak in their mother tongue on the phone.¹⁸⁶

Halden is wholly focused on preparing inmates for a life in freedom. Prisoners receive aid in sorting out housing and employment before leaving the prison through the Service Centre. The Service Centre at Halden intends to motivate prisoners to make contact with the various similar services available outside prison. The Service Centre operates programs on parental guidance, ‘Dad in jail’ and stress control.¹⁸⁷ The idea is to provide inmates with children an opportunity to maintain and develop their family relationships by participating in activities together, under the direction of the prison. Participating in “Dad in jail” is one of the criteria to use the chalet-style house for private visits available in prison.

2.4. Concluding remarks

Norwegian Correctional Services make efforts to ensure that the level of contact with the outside world of prisoners is as similar as possible as how it would be if they were in freedom. This may be related to the key position of the principle of normalization in the Norwegian prison system.

On another note, it has been found that foreign prisoners face particular challenges, for example in instances where formation which is required to access visit privileges is only provided in Norwegian or when they have to conduct calls and visits in a language that the staff understands due to security reasons. This barrier to the exercise of certain prison rights becomes a particularly pressing issue when taking into account that foreign inmates currently constitute over a third (33’8 %) of the Norwegian prisons’ population.

3. Spain

¹⁸⁴ William Lee Adams. ‘Norway builds the world’s most humane prison’ *Time* (10th May 2010)

¹⁸⁵ Casey Tolan. ‘Inside the most humane prison in the world, where inmates have flatscreen TVs and cells are like dorms’. *Time* (14th September 2016).

¹⁸⁶ Kriminalomsorgen. *Besøkke Innsatte* Retrieved from <https://haldenfengsel.no/besoke-innsatte/> on 21 December 2016

¹⁸⁷ Kriminalomsorgen. *Halden Fengsel* Retrieved from <http://www.kriminalomsorgen.no/halden-fengsel.5024512-242495.html> on 21 December 2016

Communications between prisoners and the outside world will be subject to arrangements in order to ensure maximum respect to intimacy, without any restrictions other than those needed to preserve safety, effectiveness in the treatment and order within the prison.¹⁸⁸

3.1. Spanish prison law

The General Prison Law of 1976 and the Penitentiary Regulations of 1996 establish the rules regulating the Spanish prison system.

3.1.1. Written communication

There are no limits to the number of letters or written messages an inmate can send or receive. In exceptional cases where the safety or the order of the penitentiary institution comes into play, the number can be limited to two communications per week.¹⁸⁹

When a letter or message is confiscated based on safety reasons, the decision will be notified both to the affected inmate and to the relevant judicial authority.¹⁹⁰

3.1.2. Phone calls

Telephonic communication can be authorized when the prisoner's family lives far away from the institution or when they cannot travel to visit him, or when the inmate has to communicate an important message.¹⁹¹ Phone calls will have a frequency of five per week, as long as the circumstances of the institution allow for it. A prison worker will be present throughout the length of the phone call, which cannot exceed five minutes.¹⁹² Inmates have to pay for their phone calls, unless they are calling their family to inform them of their entry to prison or their transfer to another penitentiary institution.¹⁹³

Inmates cannot receive phone calls from outside the prison. This rule allows for exceptions to be made by the prison warden.¹⁹⁴

3.1.3. Visitation rules

Each prison's Direction Council has the faculty to decide the days in which inmates can receive visitors. According to the Prison Regulations, visits will take place preferably in the weekends.¹⁹⁵ Prisoners are entitled to a minimum of two visits per week each of them lasting at least twenty minutes.¹⁹⁶ Prisoners have the option to accumulate their weekly visitation

¹⁸⁸ Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria 51(1)

¹⁸⁹ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario 46(1)

¹⁹⁰ Ibid 46(5)

¹⁹¹ Ibid 47(1)

¹⁹² Ibid 47(4)

¹⁹³ Ibid 41(3)

¹⁹⁴ Ibid 47(5)

¹⁹⁵ Ibid 42(1)

¹⁹⁶ Ibid 42(2)

time in one day, as long as the circumstances of the penitentiary institution allow for it.¹⁹⁷ They can receive a maximum of four visitors at the same time. Those in the lowest security regime can have as many visits as their work schedule allows.

Visits can be subject to restriction, refusal and suspension.¹⁹⁸ Suspension can be ordered by the Chief of Services when there are well-founded reasons to believe that visitors could be plotting a crime or an action that could cause harm to safety within the institution or that they are spreading false rumors that could cause substantial damage to safety or order within the prison, or due to the visitors' wrong behavior.¹⁹⁹

In addition to the two ordinary visits they can receive per week, following the inmate's petition, the Direction Council will arrange a minimum of a conjugal visit and a visit with family members and close of kin per month.²⁰⁰ These visits will be between one and three hours long, with a possibility to be reduced due to reasons of order or safety within the institution. They can also receive an undefined number of family visits, in which they will receive their partners and their children younger than ten years old.²⁰¹ Every prison will have special facilities for family visits for prisoners that are not entitled to temporary leaves.²⁰² The number of family visits will be determined by the prison's Direction Council.

3.2. Contact with the outside world: the reality

Spanish prisons are scattered throughout the country.²⁰³ The construction of new prisons has allowed more people to serve their sentences in a prison near where they ordinarily live. However, there are still a considerable percentage of inmates who, mostly due to a lack of space in the prison facilities existing within their community, have to move away; increasing the chances for experiences of family and social uprooting, limiting the options for contact with family and reducing their opportunities for reintegration.

It has been found that conditions in the booths used for ordinary visits are not always satisfactory. Structural elements in the facilities are a particularly negative point.²⁰⁴ For example, in some prisons inmate and visitor are separated by a pane of thick glass and talk through a small empty space, often situated not at face level but in the window sill, which poses a significant difficulty to communication due to the lacking hearing conditions. This situation also forces visitor and prisoner to raise their voices in order to be heard, reducing

¹⁹⁷ Ibid 42(3)

¹⁹⁸ Ibid 43(1)

¹⁹⁹ Ibid 44(1)

²⁰⁰ Ibid 45(4)

²⁰¹ Ibid 45(6)

²⁰² Ibid 45(1)

²⁰³ José Cid, The penitentiary system in Spain. The use of imprisonment, living conditions and rehabilitation (2006) *Punishment & Society*, 7(2): 147-166

²⁰⁴ Gobierno de España –Ministerio del Interior Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *The Spanish prison system* (2014).

their possibilities to have an intimate conversation, given that what is said can be heard by anyone nearby.

Conditions in the rooms destined for conjugal visits are sometimes also far from perfect. The CPT's delegation received complaints from prisoners about the lack of hygiene in these facilities.

3.3. Prison example: *Centro Penitenciario Alicante II - Villena*

Alicante II is a high security prison located in the municipality of Villena. The media has referred to it as the Spanish prison 'with more security guarantees for prison workers', as it has independent cell modules.

Similarly to other prisons all over the country, Alicante II has faced serious overcrowding problems. It has 879 places divided in 15 modules; however, it has lodged over 1400 inmates. Eight of the 12 residential modules are for men, two for young inmates, one for women and one for mothers.²⁰⁵

Prisoners can take part in sports, cultural activities and occupational workshops, which take place in a separate building destined to the development of the prisoners' work life. As for other facilities, it has a mother's unit with equipment to take care of children under three years old and a visitation room for family visits. The prison offers special menus for inmates with particular dietary requirements, for example for Muslim prison during Ramadan.²⁰⁶

3.4. Concluding remarks

Effective fulfillment of prisoners' rights in Spain is threatened by overcrowding and by the lack of adequate visitation facilities in some penitentiary institutions.

According to the Penitentiary regulations of 1996, 'the circumstances of the institution' can condition the frequency of phone calls prisoners' can receive and their possibilities to accumulate their weekly visitation time in one day. Although they only come into play in rights that are considered optional for some prisoners (for example, the circumstances of the institution cannot reduce prisoners' visitation time), it is important to point out that these options are of particular relevance for inmates imprisoned in a penitentiary institution far from their home, who may need to call their family or accumulate their time in a day due to travel needs of the visitors, which could have a negative impact on their living conditions in prison. On another note, the breadth of the wording 'circumstances of the institution' could potentially give place to arbitrary decisions.

²⁰⁵ Gobierno de España –Ministerio del Interior Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Centro Penitenciario Alicante II, Villena (Comunidad Valenciana)*

²⁰⁶ Pérez Gil, 'La cárcel de Villena ofrece cada día 80 menús para los musulmanes por el Ramadán' *Diario Información* (2nd July 2016)

Spanish prison law gives prisoners the right to receive ordinary, family and conjugal visits. Conjugal visits are not yet recognized as a right in many European jurisdictions, such as Greece, where there is currently an amendment in the making in order to include them in the General Prison Law. The prison law progressive approach towards visits and its efforts to protect all spheres of inmates' family lives by preserving their contact with the outside world through different types of communications is probably one of the most positively remarkable points of the Spanish prison system.

4. Comparison

Comparing prison systems in Norway and Spain implies comparing two different criminal justice approaches. The penitentiary system in Norway finds its roots in penal exceptionalism, an approach to prison policy with two main characteristics –low imprisonment rates and the preservation of humane conditions in penitentiary institutions.²⁰⁷ This paradigm influenced the current Norwegian Law on Enforcement of Punishment of 2001, and the selection of its main principle –the principle of normalization, according to which life in prison must be as similar to life outside prison as possible. Therefore, the Norwegian Correctional Services focus on preparing inmates for a life outside prison. Every step that prisoners take within prison, including their contact with the outside world for example through visits and phone calls, is seen as a step towards their rehabilitation.²⁰⁸

Prison law in Spain also aims towards preserving similar values and enforcing humane conditions in prison. The intervention principle plays a key role in the Spanish prison system. Training programs and cultural, leisure and sports activities organized in prison are focused not only on the inmates' therapeutic recovery, but primarily on developing their social and employment skills in order to facilitate their reintegration in ordinary life outside prison.²⁰⁹ However, despite their similar goals, the implementation of prison legislation in both countries has brought quite different results in practice.

Prisoners in Norway and Spain have the right to send and receive mail, to receive visits and to make phone calls. In both jurisdictions, these rights are subject to a certain degree of control. In Norway, mail transmission, visits and phone calls of prisoners in high security departments are monitored.²¹⁰ In the case of prisoners in lower security departments, they can be monitored if it is considered necessary based on security reasons. In Spain, these kinds of control measures apply particularly to visits and to written communication. Visits can be

²⁰⁷ John Pratt and Anna Eriksson, Scandinavian exceptionalism in an era of penal excess, *British journal of Criminology*, 48, 119-137.

²⁰⁸ Kriminalomsorgen, 'About the Norwegian Correctional Service' (2016) <<http://www.kriminalomsorgen.no/information-in-english.265199.no.html>> accessed 22 December 2016

²⁰⁹ Gobierno de España –Ministerio del Interior Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *The Spanish prison system* (2014).

²¹⁰ Execution of Sentences Act 2001, s 30

subject to restriction, refusal and suspension based on security reasons.²¹¹ As for written communication, the sending and receiving of written messages can be subject to limitations based on security concerns. Phone calls always need to be authorized and are subject to control through direct supervisor by a prison officer throughout their length. In contrast, in Norway inmates have the right to make phone calls unless otherwise provided by the Law, without need for initial authorization.²¹² The conversation may be monitored only if it appears necessary for security reasons. In the case of prisoners in high security departments, control can be omitted whenever security reasons do not speak against it.²¹³

Inmates in Norwegian higher security prisons are entitled to receive visits two times a week. In Spain, prisoners also have the right to receive two visitors per week. The prison law is particularly familiarly to third degree prisoners (e.g. those on the lowest security level), allowing them to receive as many visits as their work schedule permits in order to prepare them for their imminent life in freedom.²¹⁴ However, the Norwegian Correctional Services may refuse visits if there is reason to believe that they will be misused and it is not possible to establish sufficient control measures.²¹⁵ Something similar happens in Spain, where visits may be denied by the Chief of Services if there are well-founded reasons to believe that visitors could be plotting a crime or an action that could cause harm to safety within the institution.²¹⁶

Both Norway and Spain boast a progressive regulation of visitation, in which both conjugal and family visits are considered prisoners' rights, allowing for protection of all spheres of their family lives. However, exercise of the right to conjugal visits in Spain has been found to be hindered by overcrowding, which can bring a lack of available facilities to be used for this purpose. Another common complaint is the poor hygienic conditions of rooms destined to conjugal visits (cpt). This is in contrast with the situation in Norway, where prisons have separate facilities for each type of visits. In some cases, like high security prison *Halden fengsel*, they also provide for overnight visits.

The situation of imprisoned mothers is significant different in both countries. In Norway, mothers can serve part of their sentence in 'mother and child houses' which are separated from the prison, not exclusive to offenders and supervised by independent bodies with no connection with the respective penitentiary institution. It is not considered suitable for children to be in prison and, therefore, prisons do not have mother's units. In Spain, some

²¹¹ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario 43(1)

²¹² Execution of Sentences Act 2001, s 32(1)

²¹³ Execution of Sentences Act 2001, s 32(2)

²¹⁴ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario 42(1)

²¹⁵ Execution of Sentences Act 2001, s 31(4)

²¹⁶ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario 44(1)

prisons are equipped with mother's units where children under three years can stay with their mothers.

The differences in the rules regulating contact with the outside world and the effectiveness of their implementation can be explained by the contrast between the countries' socioeconomic and political backgrounds. The tradition of social welfarism in Norway has been found to be linked to the less punitive approach to imprisonment by some authors. Social democracy has been present in Spain's political history, where social values are reflected on prison legislation.

Both countries have faced very different economic situations in recent times. Norway was one of the European nations less impacted by the global financial crisis, having been protected by their policy efforts.²¹⁷ In Spain, the outbreak of the crisis in 2008 had an impact on the whole of the welfare system. Recruitment of new prison officers was paralyzed, similarly to what happened with many other categories of civil servants. This situation caused some penitentiary institutions to remain open, but inactive, as they had no prisoners or workers, whilst other prisons suffered serious problems of overcrowding. Maintenance of the empty prisons still constituted a significant expense for the state budget. Some argued that implementing private prisons could partially solve this problem, as they would not require the state to employ and pay the salaries of hundreds of new prison officers and they could take some inmates from the most overcrowded prisons. Private institutions for juvenile offenders are already operating all over the country, with the only requirement that they are run by non-for-profit organizations. However, the idea of adapting this model to prisons for adult offenders remained as a proposal.

Another factor affecting the differences in effectiveness of the application of the rules regulating contact with the outside world could be the different prison rates in these countries. Norway currently has a rate of 74 prisoners per 100,000 of national population in 74 penitentiary institutions, whereas Spain has 129 per 100,000 citizens and 82 prisons. This difference leads to the higher risk of overcrowding in Spanish prisons, which is in fact a reality in many penitentiary institutions and conducts to additional difficulties in ensuring an effective application of the rules regulating contact with the outside world of prisoners.

5. Conclusion

This article aimed to analyze what actions are the Norwegian and the Spanish governments taking in order to maintain family bonds in prison, as well as their motivations behind them.

²¹⁷ Esbati, A. (2010). 'Norway and the global economic crisis –some reflection'. *Transform Network*. Retrieved from http://www.transform-network.net/uploads/tx_news/Norway_and_the_global_economic_crisis_01.pdf

The main tools governments can use in these regards are their prison laws. Both Norway and Spain have taken into account the beneficial aspects of fostering interactions between prisoners and the outside world while they are servicing their sentences in their legislations. Therefore, their penitentiary laws take a humanizing approach towards prison life. In both cases, prisoners are allowed to keep in touch with their families by phone, mail and through regular visits. In the case of mother prisoners, provisions are taking in order to ensure the protection and adequate development of parent-child bonds, even when they cannot live together or see each other every day.

Different approaches towards family life within prison are also influenced by the contrasting political and socioeconomic backgrounds of both countries. In Spain, prison overcrowding has in some cases led to a lack of visitation facilities and a reduction of quality time of interaction with family. In Norway, facilities are enough and rights of prisoners are ensured, however, it has been found that foreign prisoners often encounter particular challenges when trying to effectively exercise their rights to contact with the outside world.

The Norwegian prison system is built upon a tradition of rehabilitation, based on the penal exceptionalism approach –that is, on the principle that punitiveness should be kept to a minimum. The Spanish system is also based on very rehabilitative values. However, during the financial crisis prison policy was far from being the main concern of the Spanish government. This led to situations such as prisons being constructed and not used, while other penitentiary institutions were overcrowded.

Given that the values underlying both systems are undeniable similar, I would conclude that prison policy is not only dependent on what the law stipulates, more so in areas as sensitive as family life, but other factors such as economic, social and political situations also play a crucial role in shaping it.

6. Bibliography

6.1. Norwegian sources

6.1.1. Norwegian Legislation

Execution of Sentences Act 2001

6.1.2. Journal articles

Esbati, A. (2010). 'Norway and the global economic crisis –some reflection?'. Transform Network. Retrieved from http://www.transform-network.net/uploads/tx_news/Norway_and_the_global_economic_crisis_01.pdf

Pratt, J. and Eriksson, A. Scandinavian exceptionalism in an era of penal excess, *British journal of Criminology*, 48

Sharma, P. and Manikutty, S., Strategic Divestments in Family Firms: Role of Family Structure and Community Culture (2005) *Entrepreneurship Theory and Practice*, 29(3)

6.1.3. Institutional sources

Kriminalomsorgen, 'About the Norwegian Correctional Service' (2016) <<http://www.kriminalomsorgen.no/information-in-english.265199.no.html>> accessed 22 December 2016

Kriminalomsorgen. Besøkke Insatte Retrieved from <https://haldenfengsel.no/besoke-innsatte/> on 21 December 2016

Kriminalomsorgen. Halden Fengsel Retrieved from <http://www.kriminalomsorgen.no/halden-fengsel.5024512-242495.html> on 21 December 2016

6.1.4. Newspaper articles

Adams, W.L. 'Norway builds the world's most humane prison' *Time* (10th May 2010)

Tolan, C. 'Inside the most humane prison in the world, where inmates have flatscreen TVs and cells are like dorms'. *Time* (14th September 2016).

6.2. Spanish sources

6.2.1. Spanish legislation

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

6.2.2. Journal articles

Cid, J. The penitentiary system in Spain. The use of imprisonment, living conditions and rehabilitation (2006) *Punishment & Society*, 7(2): 147-166

6.2.3. Institutional sources

Gobierno de España –Ministerio del Interior Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Centro Penitenciario Alicante II, Villena (Comunidad Valenciana)

Gobierno de España –Ministerio del Interior Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. The Spanish prison system (2014).

6.2.4. Newspaper articles

Pérez Gil, 'La cárcel de Villena ofrece cada día 80 menús para los musulmanes por el Ramadán' Diario Información (2nd July 2016)

6.3. General sources

6.3.1. Journal articles

Atkinson, L. Sex in Prison, Criminal Law and Justice Weekly. Retrieved from <https://www.criminallawandjustice.co.uk/comment/Sex-Prison> on 21 December 2016

Johnson, E.I and Waldfogel, J. Parental Incarceration: Recent Trends and Implications for Child Welfare (2002) Social Science Review, 76(3).

Mitchel, M.; Spooner, K.; Jia, D. and Zhang, Y. The effect of prison visitation on reentry success: a meta-analysis (2016) Journal of Criminal Justice, 47.

Sharma, P. and Manikutty, S., Strategic Divestments in Family Firms: Role of Family Structure and Community Culture (2005) Entrepreneurship Theory and Practice, 29(3)

6.3.2. Reports

Children of Prisoners Europe, Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice, 2nd edition (2014)

Gestación por sustitución, visión del panorama actual

LUIS JORGE CONDE MARTÍN

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Resumen

La gestación por sustitución es un fenómeno que ha ido aumentando considerablemente desde los años 80, pero no todas las legislaciones de los diferentes países lo abordan de igual manera, atendiendo a sus propios principios y valores, o incluso sin regular sobre la materia. Aquí se aborda una visión global de la materia, partiendo de su definición, y la forma de contemplarla en diferentes países del Mundo.

Palabras clave: contratos de gestación por sustitución – gestación por sustitución – maternidad subrogada – derechos reproductivos

Abstract

Surrogacy is a phenomenon that has been considerably increasing since the 80's, but each national legislation tackles it in a different way, depending on its own principles and values. Some even avoid facing it. Here, there is an overview of the problem, its definition, and the ways different countries in the World struggle with it.

Key words: Contracts gestation of human life by surrogacy – Surrogacy – Surrogate motherhood – reproductive rights.

Abreviaturas

DGRN Dirección General de los Registros y el Notariado

TS Tribunal Supremo

CC Código Civil

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. ¿Qué Es la Gestación por Sustitución?

La gestación por sustitución o maternidad subrogada, consiste en la situación en la que «una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca».²¹⁸ Esta es la definición que daba el Informe *Warnock* en 1985, pero mucho ha cambiado el panorama social desde entonces. Se podría decir de manera más aproximada que se trata de la práctica por la que una mujer se compromete, con o sin contraprestación económica, a gestar, con el fin de entregar al niño después del parto a la/s persona/s comitentes, renunciando ella a su filiación, pudiendo ser éstos los progenitores biológicos o no, personas individuales o parejas casadas o en unión estable, heterosexuales u homosexuales, variando su aceptación de manera más o menos restrictiva según las propias legislaciones de los diferentes países.

El interés en acudir a ella puede radicar en múltiples y muy diversos motivos, desde una incapacidad natural de concepción por ausencia o malformación del útero, la pérdida recurrente del feto, tratarse de un embarazo de alto riesgo para la salud de la madre, o ser parejas homosexuales masculinas, hasta por más frívolas razones como son repercusiones estéticas o profesionales del embarazo.

Existen diversos tipos de gestación por sustitución, según el objetivo de la propia madre que aporta el vientre, y el factor económico que medie, o según de donde provenga la dotación genética del bebé.

En función de quien sea el sujeto que aporte el material genético, se puede distinguir entre subrogación tradicional o parcial, donde la gestante aporta su propio óvulo, y es inseminada natural o artificialmente con el material genético de uno de los comitentes varón o un donante, siendo por tanto la madre biológica del niño; y subrogación gestacional o plena, cuando la madre gestante se limita a portar el embrión concebido mediante fecundación in vitro, bien a través de los gametos de los comitentes o bien de donantes. La gestante no aporta ningún material biológico, y por tanto no tienen ningún parentesco biológico con el niño.²¹⁹

De la misma manera, se puede diferenciar en función de si hay o no retribución, conociéndose como Subrogación altruista: la gestante actúa por diversos motivos, frecuentemente por solidaridad (siendo la hermana, o un familiar cercano de la comitente, al no poder esta tener un hijo), y no recibe retribución alguna, o solo el resarcimiento de los gastos médicos y otros costes razonables (perdidas de salarios, etc.). Hay países en los que expresamente se excluye esta opción, y sin embargo otros lo exigen como requisito previo.

218 Warnock M. A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology. Oxford: Blackwell; 1985. p. 80-6.

219 ESHRE Task Force on Ethics and Law, 'Human Reproduction *Surrogacy*' (Vol.20, No 10, 2005) 2705.

Subrogación comercial: media en el proceso una contraprestación económica a favor de la gestante y por tanto hay un arrendamiento de servicios, contratando a la gestante en su labor.

2. Breve historia de la gestación por sustitución

A principios de la década de los 80 aparecen las primeras situaciones realmente desarrolladas sobre el fenómeno, al realizarse los primeros contratos de subrogación por *Noel Keane*, que desarrolló sus actividades a través de su centro de infertilidad (*Surrogate Family Service Inc.*), realizando actividades de intermediación en la consecución de la misma, y logrando en 1985 la primera subrogación por sustitución con éxito.²²⁰

Un controvertido caso de maternidad subrogada en 1985 puso el tema en debate en Estados Unidos. Se trata del conocido caso *Baby M*, en el que la mujer gestante, *Mary Beth Whitehead*, de 29 años, de *New Jersey*, firmó un contrato por el que se comprometía a tener un hijo para *William y Elizabeth Stern*. En el contrato se establecía que la Sra. *Whitehead* accedía a que «en el mejor interés del niño, no desarrollaría ni intentaría desarrollar una relación padre-hijo con ningún niño [...] que pudiera concebir [...] y dejaría libremente la custodia a *William Stern*, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño, y renunciaría a todo derecho materno al mencionado niño según este acuerdo». La Sra. *Whitehead* recibiría 10.000 dólares de «compensación por los servicios y los gastos» del Centro de Infertilidad como parte de un total de aproximadamente 25.000 dólares que el Sr. *Stern* accedió a pagar al Centro. Del resto, 5.000 dólares se destinaban a los costes médicos, legales y de seguros de la Sra. *Whitehead* durante el embarazo, y de 7.500 a 10.000 irían a parar al Centro en concepto de minuta.

Después de nacida su hija, la Sra. *Whitehead* y su marido decidieron no entregarla al matrimonio contratante. La madre gestante había sido inseminada con semen del varón de la pareja y los tribunales, después de muchas apelaciones, otorgaron la custodia de la niña al padre biológico, permitiendo a la madre sustituta poder visitarla.²²¹

No obstante, la solución aplicable es fundamentalmente la derivada de la practica judicial, en la que destaca el caso de *Baby M*, en que la gestante se arrepintió y retuvo a la niña una vez nacida. El TS de Nueva Jersey declaró la nulidad del contrato y la ilegalidad de la gestación subrogada en el estado, pero la entregó a favor de los comitentes por ser quienes podrían

²²⁰ Mariano Casado Blanco; María Ibáñez Bernaldez, 'Reflexiones Legales y Éticas en torno a la Maternidad Subrogada' en Revista Española de Medicina Legal, (Elsevier, 2014).

²²¹ Bernal Camargo 'Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia' Revista Republicana (2009).

darle un hogar en mejores condiciones. Posteriormente se reconoció a la gestante su maternidad biológica y un derecho de visitas.²²²

Es a partir de estos momentos cuando se va diseminando y ampliando el fenómeno a los diferentes países del mundo, a medida que van apareciendo los primeros casos, dando lugar a su mayor o menor regulación, hoy en día muy diversas, en función del Estado, y sus principios o valores.

3. ¿Cómo se encuentra regulada en los diferentes países?

Existe gran disparidad en el tratamiento normativo a lo largo de los diferentes estados. Se pueden distinguir cuatro grandes grupos: aquellos que excluyen toda posibilidad de gestación, los que prohíben la modalidad comercial, las que la permiten ampliamente, y aquellos que no la regulan.

3.1. Ilegalidad de todo tipo de gestación por sustitución

3.1.1. Francia

La situación en Francia es de ilegalidad, pero en la práctica se ha dado algún caso.²²³

El Art. 16-7 del *Code Civil* declara la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, y el propio Código Penal francés establece en el artículo 221-12 párrafo III una pena de seis meses de prisión y una multa de 1500€ para los intermediarios: “*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*”²²⁴

No obstante el Tribunal de Apelación de Rennes (S. 21-1-2012) ha permitido la inscripción en el Registro Civil de dos niños gemelos nacidos en 2010 de comitentes franceses y gestantes india, en base al artículo 47 del Cc: no se cuestiona la validez del acuerdo, subrayando su ilegalidad y nulidad, sino que se trata de un problema de atribución de validez a las actas de Registro civil según el derecho indio.

El TS (S 31-5-1991) entendió que la absoluta nulidad del contrato implica que no sirve como base para una adopción. No hay filiación automática, pero no cabe la posibilidad de adopción.

²²² Flavio Cumpiano Alfonso, “¿Bebés a la orden? Consideraciones éticojurídicas de la maternidad subrogada”, en Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Puerto Rico 56 (1) (enero-marzo de 1995), p. 79.

²²³ Francia, *Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994.*

²²⁴ Guitrón Fuentecilla, J. *La genética y el Derecho familiar*. Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, pág. 73.

Cabe destacar por último las conocidas sentencias del TEDH *Menesson c Francia y Labassee c Francia*, donde se declara que el derecho francés viola el convenio europeo de Derechos Humanos.

3.1.2. Italia

En Italia se da la ilegalidad de toda gestación, tanto comercial como altruista e incluso se encuentra penado.²²⁵

En el momento en que se dio el primer caso de gestación por sustitución no había ninguna regulación, estableciendo el Tribunal civil de Roma la validez del contrato de sustitución de maternidad en determinados casos ante el vacío normativo, sobre la base de la motivación altruista (ya que era un caso de gestación por sustitución entre hermanas) y la congelación de embriones. Se consideró la validez de acuerdo acordando al atribución de la filiación. Ha de tenerse en cuenta que este hecho aconteció previa a la vigente ley que la prohíbe.

3.1.3. Alemania

Ilegalidad de toda gestación, penalizando solamente al personal médico.

3.1.4. Quebec

El art 541 del Código Civil de Quebec, establece la absoluta ilegalidad de todos los acuerdos de gestación por sustitución.

3.1.5. Suiza

La ilegalidad se contempla en la propia constitución y la ley federal sobre reproducción medicamente asistida, establece la prohibición y sanciona a los médicos intermedios que intervengan.

3.2. Países en los que se admite parcialmente

Estos países consideran que la gestación subrogada es legal solo en cuanto que no exista retribución, aunque se admite la compensación económica de gastos derivados. Frecuentemente no poseen una normativa específica. Destacan entre otros, Canadá (Excepto la ya revisada Quebec), Brasil, Reino Unido, Australia, Grecia y Colombia.

²²⁵ Italia, Ley n.40, de 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida.

3.2.1. Canadá (Excepto Quebec)

La Ley de Reproducción Humana asistida, en su artículo 6, admite solo la gestación subrogada altruista, de modo que las gestantes tendrán derecho al reembolso de los gastos previamente aprobados, pero cualquier pago en contrario es ilegal.

3.2.2. Brasil

No hay una normativa específica que lo regule directamente, pero sí se encuentran otras alternativas por la vía de la normativa interna del Colectivo Médico y por la vía de la jurisprudencia. En cualquier caso se entiende excluida la modalidad comercial en base al artículo 1994 de la Constitución, que prohíbe la comercialización de “sustancias humanas”.

Hay normas éticas para la utilización de las Técnicas de Reproducción asistida del Consejo Federal de Medicina, que permiten la “donación temporal de útero” con restricciones de no comercialidad, y parentesco entre las “donantes de segundo grado”, que reforzaría el altruismo, (si no, requiere autorización del Consejo Federal de Medicina). Por tanto, observándose estas restricciones hay una plena admisión.

3.3.3. Reino Unido

La Ley de acuerdos de subrogación prohibía este tipo de acuerdos, como respuesta al nacimiento en 1985 del primer bebe nacido en el país por gestación por sustitución comercial, que creó gran polémica.

Posteriormente se modificó la ley de fertilización y embriología humanas de 1990 y la posterior del 2008, que cambiaban esta regulación, contemplando la posibilidad de la gestación subrogada con aplicación altruista, bajo una serie de requisitos: posibilidad de intermediación de entidades sin ánimo de lucro, cuya única actividad sea la realización de acuerdos de gestación subrogada dentro del Reino Unido, que podrán recibir pagos razonables por los costes razonablemente derivados del acto.

Se contempla la extensión del concepto de comitente más allá de las uniones civiles y a convivientes con relación familiar duradera y sin grados de relación prohibidos, pero no para individuos aislados. La Filiación se atribuye por el parto, aun sin vínculo genético, pero se contempla la posibilidad de atribución de la filiación a los comitentes.

La misma ley previamente mencionada contempla que se exige un periodo de reflexión de 6 semanas de la gestante, no pudiendo pronunciarse sobre el hecho de la decisión sobre el niño, y si lo hace será totalmente nula, tras la cual los comitentes podrán solicitar ante los tribunales la transferencia de la filiación por medio de una *parental order*, siempre que los solicitantes:

- Tengan más 18 años, y al menos uno sea el padre biológico.

- Constituyan matrimonio, unión civil o convivencia estable.
- Hagan la solicitud en los seis meses siguientes al nacimiento.
- Uno o ambos deben residir en Reino Unido, Islas del Canal o la Isla de Man.
- La gestante y cualquier otro posible progenitor deben de consentir el acto (por ejemplo el marido de la gestante si está casada, o si intermedian donantes.).
- Que no haya habido intervención de dinero, más allá de los gastos considerados razonables.
- Es irrelevante el que las técnicas de reproducción asistida se hayan aplicado en territorio británico o fuera.

3.2.4. Grecia

Es en el año 2002 cuando se promulga la Ley de Reproducción Humana Médicamente asistida 3089/2002. El art. 1458 del Código Civil, establece la posibilidad de recurrir a la misma con autorización judicial previa, siempre que medie un acuerdo escrito y sin beneficios económicos (se admite la compensación de gastos, incluyendo la pérdida de salario).

Por su parte el Art 1464 establece que la filiación se atribuye a la mujer comitente, no obstante, se permite la impugnación de la maternidad tanto por la comitente como la gestante, en caso de ser hijo biológico suyo, en los 6 meses siguientes al nacimiento. (Con los serios problemas que puede conllevar si se diera el caso de que durante el trascurso del proceso se lleve a cabo una separación matrimonial y uno de los progenitores no quiera al niño, impugnando la maternidad y rechazándola. De la misma manera con la madre biológica.) Pueden acceder tanto parejas matrimoniales, como uniones de hecho con escritura notarial o mujeres solas, excluyéndose a las uniones homosexuales u hombres solos.

El art 13 de la ley 3305/2005 sobre ejecución de la Reproducción Medica Asistida regula con más detalle el procedimiento a seguir y el art 26.8 recoge las penas para quienes no lo sigan.

Hasta 2014, solo podrían acudir las ciudadanas griegas o residentes permanentes, pero ahora ha pasado a ser el único país de la UE con un sistema completo de regulación y práctica de la gestación subrogada estableciendo el Art 17 de la Ley 4272/2014 la posibilidad a las solicitantes y madres subrogadas con residencia permanente fuera de Grecia la gestación subrogada.

3.3. Países con plena admisibilidad

En estos Estados, consideran que la gestación por sustitución es legal, tanto en su forma altruista como la comercial. Destacan entre otros, Ucrania, Georgia, Rusia, India, Israel y algunos estados del EEUU.

3.3.1. Ucrania

Ucrania aparece como uno de los países más importantes en cuanto a gestación por sustitución en el continente europeo, de ahí la importancia de conocer la situación legal del fenómeno. El art 123.2 del Código de Familia de 2002 reconoce su plena validez en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer mediante técnicas de reproducción asistida. Los cónyuges serán los padres del niño desde el momento de la concepción y en el Registro Civil no figurarán los datos de la gestante, y no cabe en absoluto la posibilidad de arrepentimiento de la gestante. Se establece la innecesidad de previa aprobación administrativa para la gestación subrogada, requiriéndose solamente previo consentimiento informado de todas las partes, que debe constar por escrito. Solo se admite de comitentes que sean matrimonio y de comitentes individuales.

3.3.2. Rusia

Se trata de uno de los países con mayor flexibilidad en cuanto al respecto, la amplia admisibilidad lo ha convertido en uno de los principales destinos internacionales para la aplicación de la gestación por sustitución, sumándose que para aplicar las técnicas de reproducción asistida es irrelevante la nacionalidad, gozando los extranjeros de los mismos derechos que los rusos, siendo prácticamente el único requisito la mayoría de edad. No se requiere siquiera un vínculo genético con los comitentes.

Se admite solo a comitentes unidos en vínculo matrimonial, aunque algunas sentencias lo han extendido analógicamente a personas solas o parejas de hecho heterosexuales, aplicando el art 5 del código de familia, obligando a los Registros Civiles a inscribir la paternidad.

La madre de subrogación deberá participar voluntariamente, tener una edad comprendida entre 20-35 años y un hijo propio, sano y buena salud psíquica y somática. En materia de filiación se aplica el código de familia y la ley de actas del estado civil: se requiere consentimiento escrito de los cónyuges comitentes y de la mujer gestante (no son necesarios procedimiento judicial ni una adopción). El nombre de la madre gestante no aparece en el acta, y una vez practicada la inscripción del nacimiento no podrán impugnar la maternidad ni paternidad.

3.3.3. India

Admite con gran flexibilidad y amplitud, lo que, unido a los bajos costes, implica que sea uno de los destinos más frecuentes para el recurso internacional. No obstante, desde 2013 se ha excluido como comitentes a parejas no casadas, parejas homosexuales y personas individuales.

Pese a la flexibilidad, no hay legislación específica sobre la materia, existiendo solo una Guía ética del Consejo indio de Investigación biomédica del 2006 y una Guía de Reglamentación de Reproducción asistida del ministerio de sanidad del 2010. La gestante no puede tener

relación biológica, deberá ser menor de 35 años y haber tenido al menos un hijo, no ser madre de sustitución más de tres veces y contar con el consentimiento de su esposo o tutor, habiendo aportación genética de al menos uno de los comitentes.

Para evitar limbos legales, sobre todo en el caso internacional, la oficina de inmigración exige en el caso de comitentes extranjeros, una carta de la embajada del país de origen que declare el reconocimiento de la subrogación y que se permitirá la entrada al país al recién nacido.

3.3.4. Israel

Se trata del único sistema subrogado por sustitución controlado estatalmente. Desde 1996 se admite, pero muy restrictivamente, y cada contrato debe ser aprobado por una Comisión estatal. La ley de acuerdos sobre la gestación de fetos del año 1996 contempla como requisitos en su art 2

- acuerdo entre los comitentes y la madre subrogada que ha de ser aprobada por la comisión de aprobaciones.
- mayores de 18 años y residentes en Israel.
- la gestante y la comitente deben ser de la misma religión, pero si todas las partes del contrato son no judíos cabe dispensa de la Comisión, previo informe de su miembro religioso. Si es favorable se puede dispensar (mientras no sean judías).
- la gestante debe no estar casada (salvo que la Comisión permita el recurso a una casada si los comitentes no consiguen un contrato con una soltera, tras un tiempo razonable y sin ser pariente de los comitentes).
- el material genético masculino debe ser del comitente y el óvulo no debe pertenecer a la gestante.

3.3.5. EEUU

La situación varía de unos estados a otros. Se prohíbe en Arizona, Michigan, Utah, Nueva York, Washington y otros, mientras se admite en Arkansas (restrictivamente), California, Florida, Nuevo Hampshire o Nueva Jersey.

Los estados que la admiten la aceptan en todas sus modalidades, tanto comerciales como altruistas, aunque algunos solo permiten a matrimonios heterosexuales, siendo el Estado con la legislación más flexible y trámites más sencillos California.

3.4. ¿Cómo se encuentra regulada en España?

En España, el artículo 10 de la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida prohíbe expresamente los contratos de gestación por sustitución, declarando su nulidad. Incluso aparece tipificada como delito en el art. 221 del Código Penal con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria

potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el número 2 del mismo precepto, se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que, como se ha visto previamente, no en todos los lugares del mundo es así. El problema que suscita este asunto es cuando una vez nacidos los niños por esta técnica en países que lo permiten legalmente y regresan sus progenitores a España, quedan en una incertidumbre legal si no son tenidos en cuenta por el legislador. Cabe destacar el caso valenciano, en relación con la paternidad atribuida en California a un matrimonio homosexual español. A través de un contrato de alquiler de útero llegaron a un acuerdo con una mujer californiana, siendo inseminada con el material genético de uno de los integrantes de la pareja y el óvulos de otra donante²²⁶.

Al ir a realizar la inscripción de los recién nacidos en el Consulado de España en los Ángeles, se le denegó la misma inscripción argumentando su negativa por la “categórica prohibición” de la maternidad subrogada en la legislación española. A juicio del Consulado, procedía la inscripción solo a favor de uno de los hombres y, en todo caso, tramitar una adopción por el cónyuge. El Ministerio de Justicia revocó esta decisión estimando un recurso promovido por el matrimonio.

La DGRN puso de relieve que nada impedía en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, siendo un documento público adoptados por una autoridad competente que desempeña funciones equivalentes a las de las autoridades registrales españolas, permitiendo dicho registro.²²⁷

Tras un periplo por diferentes instancias, el TS desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que a su vez desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Instrucción nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Teniendo así su origen en la impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en la que se acordó, en contra de la decisión del Encargado del Registro Consular, la inscripción del nacimiento de los menores mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por la autoridad registral californiana, y donde constaban

²²⁶ Calvo Caravaca A.L., y Carrascosa González J., “*Gestión por Sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009*”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1, no 2, pp. 294-319

²²⁷ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, núm, 243 de 7 de octubre de 2010, pp. 84803-05.

como padres de los menores los recurrentes. Dicha sentencia cuenta con un voto particular firmado por cuatro magistrados, reflejando la diversidad de opinión en cuanto al tema.

Cabe destacar que el TS ha dado a conocer recientemente dos sentencias por las que reconoce ha reconocido a la gestación por sustitución como situación protegida al fin de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento²²⁸

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) puso fin a un conflicto sociojurídico sensible y pendiente como lo es la gestación por sustitución, resolviendo en fecha 26 de junio de 2014 dos casos similares: «Mennesson» y «Labassee» ante el mismo país, Francia.

El Tribunal de Derechos Humanos declaró, en base a su pronunciamiento en dos casos contra el estado Francés, que *“no se puede poner a los niños nacidos por dicho proceso en una situación de incertidumbre jurídica que socave su identidad dentro de la sociedad, y tampoco que resulten perjudicados sus derechos en materia de ayudas familiares, educación o cuestiones sucesorias.”* Así estos han de ser inscritos en el registro nacional correspondiente, y se ha de proceder mediante el certificado emitido por la autoridad extranjera competente a solicitar la inscripción en el Registro Civil español.

A raíz de la mencionada publicación de la DGRN, se contempla pues la inscripción en el Registro Civil de niños frutos de esta técnica siempre que el procedimiento se haya llevado a cabo en un país en el que dicha técnica esté regulada, que uno de los padres sea español y que exista una resolución judicial que garantice, entre otros aspectos, los derechos de la mujer gestante. El control de la legalidad por parte del encargado del registro civil español debe limitarse a comprobar que el documento en cuestión reúna los requisitos necesarios para acceder al mismo:

- Que se trate de un documento público, debidamente traducido y acompañado de la correspondiente legalización o apostilla.
- Que haya sido dictado por la autoridad extranjera con competencias equivalentes a las de los encargados del Registro Civil Español.
- Que vaya precedido de una resolución judicial, dictada por el Tribunal extranjero competente que haya controlado el cumplimiento de los requisitos del contrato con arreglo a la ley del país donde se haya celebrado, así como la protección de los intereses del menor y de la mujer gestante.
- Que no sea contrario al orden público español.

Para cerrar la visión de su regulación por los diferentes países del mundo, y en especial España, cabe mencionar, debido a nuestra integración en la Unión Europea, el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo de 2014, y la política de la Unión

²²⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 4ª). Sentencia núm 953/2016 de 16 de noviembre.

Europea al respecto - A8-0344/2015, que en su punto 114 condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

4. Conclusiones

Como conclusión cabría tener en cuenta el debate planteado en numerosos asuntos sobre el fenómeno de la gestación por sustitución. Se habría de definir quién tendría acceso a la misma, si toda persona al margen de su estado civil u orientación sexual, por diversos motivos o solo ante la imposibilidad radical de tener descendencia. Si debe ser cubierta dentro de las prestaciones del Servicio Público de Salud, y si, de hacerlo, se admitiría la modalidad meramente compensatoria o propiamente comercial. Sería necesario verificar la voluntariedad de la madre gestante, pudiendo exigirse una serie de requisitos previos como una edad mínima, la residencia en España, o el que ya tenga hijos propios.

Las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. La propia Constitución española prohíbe la discriminación por razón de nacimiento y prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección de los hijos y la igualdad de los mismos con independencia de su filiación.²²⁹

Esta regulación tendría como vital pretensión el favorecer la maternidad o paternidad afrontando problemas de infertilidad o respecto de aquellas personas solas o parejas homosexuales que no puedan o tengan grandes dificultades, intolerables a día de hoy, para acceder a una adopción.

Sin esta consideración expresa no se encuentran salvaguardados los derechos del niño ni los de la mujer gestante ni hay un cuadro legal del contrato de gestación. De la misma manera, una falta de regulación puede llevar a un sometimiento de las personas menos favorecidas al servicio de los deseos de procreación de las personas más pudientes (como ya se da en Ucrania, donde un gran número de personas desfavorecidas se prestan a esta práctica por su precaria situación económica). Y por último mencionar la grave situación a la que la falta de

²²⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad de Hombres y Mujeres.

legislación lleva al niño nacido por gestación por sustitución, especialmente debido a la falta de garantías en términos de revocación del consentimiento y consecuencias en caso de incidencias como eventuales malformaciones fetales o interrupción del embarazo. La preocupación ante dicho hecho surge en torno a evitar la conceptualización de la instrumentalización de los seres humanos.

Se debe continuar con un gran debate, tanto en el plano jurídico como en el ético, como expresión necesaria de aquello que la sociedad necesita, y el derecho aún no ha contemplado, o al menos no como se requiere. Mucho camino queda por recorrer, tanto en términos legales como en base a profundos debates morales, en un asunto de gran trascendencia como este. Queda como conducta hipócrita el hecho de que sí se reconozca a los niños nacidos por esta técnica fuera de España y no a las prácticas nacionales prohibidas por ley.

Así se debería regular el convenio de gestación por encargo, considerando la finalidad del derecho de servir al desarrollo del bienestar humano, recogido en el artículo 10.1 de nuestra Constitución, cuyo objetivo es procurar el libre desarrollo de la personalidad, que podría concretarse en el deseo legítimo y digno de protección jurídica de ser progenitor biológico o legal, amparando y facilitando la intención de crear una nueva vida.

6. Bibliografía

6.1. Libros

Warnock M. *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*. Oxford: Blackwell; 1985.

ESHRE Task Force on Ethics and Law, 'Human Reproduction Surrogacy' Vol.20, No 10, 2005.

Casado Blanco M. y Ibáñez Bernaldez M., 'Reflexiones Legales y Éticas en torno a la Maternidad Subrogada' en *Revista Española de Medicina Legal*, Elsevier, 2014.

Bernal Camargo 'Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia' *Revista Republicana* 2009.

Cumpiano A., "¿Bebés a la orden? Consideraciones éticojurídicas de la maternidad subrogada", en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Puerto Rico 56 1995.

Guitrón Fuentecilla, J. 'La genética y el Derecho familiar'. *Rev. Tapia*, Año VII, N 36, oct. 1987.

Calvo Caravaca A.L., y Carrascosa González J., "Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de

los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009". Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1,no 2.

6.2. Legislación

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad de Hombres y Mujeres.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Francia, Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994.

Italia, Ley n.40, de 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida.

Costitución Española, 1978

Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos

Un enfoque global en la protección de Datos Personales en la Unión Europea

ARACELI CASAMAYOR DE BLAS

Universitat Jaume I

Resumen

El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos es ya una realidad inminente. Según lo previsto, entrará en vigor en mayo de 2018 y, como cualquier otro reglamento comunitario, tendrá eficacia directa en todos los Estados Miembros de la Unión Europea.

Se aborda aquí una visión global del nuevo marco legislativo partiendo de la configuración constitucional de este derecho a la protección de datos y de su desarrollo comunitario.

Palabras clave: Protección de Datos, Unión Europea, Globalización, Derechos Fundamentales, TIC, Big Data.

Abstract

Complying with new requirements for the protection of personal data, in an increasingly globalised European framework and digital, the new Regulation European Data Protection is now an imminent reality. As expected, it will enter into force in may 2018 and, as any Community regulation, will have direct efficiency in all the Member States of the European Union.

An overview of the new legislation on the basis of its Fundamental Right definition is dealt with here and the legal challenges it is facing.

Key words: Data Protection, European Union, Globalised world, Fundamental Rights, TIC, Big Data.

Abreviaturas

LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
RGPD UE	Reglamento 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
DPO	Data Protection Officer.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
AGPD	Agencia Española de Protección de Datos.

1. Introducción

En abril de 2016, fue aprobado por el Parlamento Europeo el nuevo Reglamento General de Protección de Datos, por el que quedará derogada la Directiva 95/46/CE²³⁰ y que será de aplicación directa en todos los países miembros de la Unión Europea, sin necesidad de transposición legal y en el plazo de dos años a contar desde su entrada en vigor, esto es, el 25 de mayo de 2018.

En un marco europeo cada vez más globalizado, bajo el que la tecnología ha transformado el ámbito empresarial y los datos personales han adquirido una enorme relevancia, en particular, en el área del Big Data, permitiendo que, tanto las entidades públicas como las empresas privadas estén utilizando datos personales a una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. De igual manera, en el ámbito más privado del día a día de los ciudadanos, las personas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a un nivel mundial.

Podría decirse que los datos personales son el petróleo del Siglo XXI y, por ello, conseguir una sólida protección para los mismos sea probablemente una de las cuestiones jurídicas más complejas, a la vez que ineludible, a las que se enfrenta el Estado Moderno.

Con el RGPD UE se dibuja un marco legal más exigente que el previsto en la vigente Directiva 95/46 y, más próximo al establecido en España desde hace más de diecisiete años con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD).

Este nuevo Reglamento unifica en gran medida el marco legal que actualmente se aplica en este ámbito, añade derechos y obligaciones y modifica la forma de dar cumplimiento a algunos de ellos ya existentes. Además, aborda cuestiones tan novedosas como la creación

²³⁰ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

de perfiles o la seudonimización, el procesamiento de *Cloud Computing* (la popular nube informática) y *Big Data*, e incorpora los principios del análisis de riesgos y la privacidad por diseño y por defecto.

No cabe duda de que nos encontramos ante la reforma de mayor relevancia que se ha adoptado en los últimos años en el ámbito de la protección de datos y la privacidad, cuyo principal objetivo es la aplicación uniforme y coherente del derecho de protección de datos en el territorio de la Unión Europea. A su vez, el nuevo Reglamento pretende cambiar la manera de ver y entender el derecho a la privacidad, pasando a un enfoque preventivo. A partir de ahora, las organizaciones pasan a ser responsables de analizar sus riesgos y diseñar medidas apropiadas a los mismos.

En este sentido, el marco global de la privacidad queda también delimitado por los principios de toda sociedad democrática y respetuosa con los Derechos Fundamentales, como son la libertad de expresión, la transparencia y el acceso a la información.

Es importante destacar que, conforme a su artículo 3, la nueva norma afectará a organizaciones, entidades y empresas que, aunque no estén establecidas en territorio europeo, ofrezcan bienes y servicios en la Unión Europea o monitoricen sus conductas de comportamiento. Lo que implica directamente que, el nuevo RGPD, se aplicará también al tratamiento de datos fuera de la Unión Europea, ampliando significativamente su ámbito de aplicación.

2. Marco jurídico del derecho a la protección de datos

La protección de datos personales es un Derecho Fundamental recogido en el artículo 18.4 de la Constitución española - así como en la inmensa mayoría de las Constituciones europeas - sobre el derecho a la intimidad familiar y personal y el secreto de las comunicaciones, estableciendo que *la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*, límite que se traduce en la potestad de control sobre el uso que se hace de los datos personales.

Este control permite evitar que, a través del tratamiento de nuestros datos, se pueda llegar a disponer de información sobre nosotros que afecte a nuestra intimidad y demás Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1999, de 22 de marzo²³¹ señaló ya que nos encontramos ante un Derecho Fundamental a la protección de datos por el que se garantiza

²³¹ Sentencia 45/1999, de 22 de marzo de 1999 del Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo núm.2460/1996

a la persona el control, uso y destino sobre los mismos. De esta forma, el derecho a la protección de datos se configuraba como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos de los que justificaron su obtención. Sin embargo, con esta primera pronunciación del Alto Tribunal y las que la siguieron, se reconocía el derecho a la protección de datos personales de una manera ciertamente confusa y, no fue hasta mucho más tarde, con la *STC 292/2000, de 30 de noviembre*²³², cuando en una mejor perfilación del mismo, el Tribunal Constitucional consideró este derecho a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente. Consistiendo el mismo en un poder de disposición y de control sobre los datos personales y facultando a los usuarios de decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado, o un particular y dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad.

En el ámbito europeo, el Derecho a la protección de datos está reconocido en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) como sigue:

1. *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*
2. *Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.*
3. *El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.*

De igual manera, en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 286 TCE), se reconoce que *cada persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*

Con la nueva reforma comunitaria dichos artículos se encuentran desarrollados en el RGPD UE, garantizando de este modo un nivel de protección equivalente en todos los Estados miembros.

Actualmente, con la LOPD, España tiene una de las legislaciones más avanzadas de la Unión Europea en materia de protección de datos, es importante recordar que, la Directiva relativa a la protección de datos de 1995 significó un verdadero avance en la protección de los datos personales en la Unión Europea, consagrando dos de las más antiguas ambiciones del proceso de integración comunitaria, por un lado, la protección de los Derechos y libertades fundamentales de las personas, en particular, del Derecho Fundamental a la protección de

²³² Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

datos, y, por otro, la realización del mercado interior, en este caso, la libre circulación de datos personales.

Con la entrada en vigor de este nuevo RGPD, en España, la LOPD seguirá siendo plenamente válida y aplicable en lo que esté fuera del Derecho de la UE, el propio Reglamento hace, además, numerosas remisiones a la legislación nacional de los Estados miembros.

3. Concepto de dato de carácter personal y otros términos asimilados

Antes de profundizar en el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos convendría dilucidar qué es un dato de carácter personal y, sobretodo, en qué consiste este Derecho a la protección de datos personales.

El concepto dato de carácter personal se define legalmente en el artículo 3. a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en el artículo 5.1 f) de su Reglamento como sigue: *cualquier información numérica, alfabética, gráfica, acústica, fotográfica o de cualquier otro tipo que permita identificar a una persona o hacerla identificable.*

El elemento fundamental para determinar qué se trata de un dato de carácter personal es que la información, por sí misma o combinada, como puede ser un nombre, apellidos, estado civil, correo electrónico, etc. permita saber a quién pertenece ese dato o que pudiese averiguarse con facilidad. Bien por estar directamente identificada a través de algún dato, o bien porque pueda llegar a ser identificada por otro medio. Por consiguiente, no es necesario que la persona se encuentre totalmente identificada, sino que basta que resulte identificable.

A su vez, existe una diferenciación entre los diferentes datos de carácter personal, que la Agencia Española de Protección de Datos establece de la siguiente manera:

- a) Datos especialmente protegidos: vida sexual, ideología, salud, etc.
- b) Datos de carácter identificativo: DNI/NIF, firma, huella, dirección, etc.
- c) Datos relativos a las características personales: fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, etc.
- d) Datos relativos a las circunstancias sociales: propiedades, aficiones, etc.
- e) Datos académicos y profesionales.
- f) Datos que aportan información comercial: actividades y negocios, creaciones artísticas, científicas etc.
- g) Datos económicos, financieros y de seguros.

h) Datos relativos a transacciones de bienes y servicios: transacciones financieras, indemnizaciones, etc.

Sentadas estas bases, resultará más sencillo el acercamiento desde un punto de vista técnico al tema que nos aborda.

4. Principales aspectos del nuevo marco normativo

4.1. Nuevos derechos

Con el fin de otorgar una mayor y más efectiva protección a los datos de los ciudadanos en la Unión Europea, el Reglamento incorpora nuevos derechos, tales como el derecho a la limitación del tratamiento o el derecho a la portabilidad de los datos y consolida tradicionales derechos ya regulados anteriormente de manera expresa como son el derecho al olvido, de acceso, rectificación, cancelación y oposición adaptándolos a la más reciente jurisprudencia europea en este ámbito.

4.1.1. Derecho a la portabilidad de datos de un prestador de servicios a otro

Reconocido en el artículo 20 RGPD UE, el derecho a la portabilidad establece que el interesado tendrá derecho a recibir cualesquiera dato personal que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado cuando sea técnicamente posible. Nos referimos aquí a datos tratados mediante medios automatizados.

Únicamente podrán ser portados aquellos que hubieran sido facilitados por el interesado, lo que excluye, en principio, los generados por el propio responsable. Así como tampoco podrá aplicarse tal derecho cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de un proceso realizado en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

Este nuevo derecho aportará para los interesados transparencia y un mayor control sobre sus datos.

4.1.2. Derecho a la limitación del tratamiento

Reconocido en el artículo 18 del RGPD UE, el derecho a la limitación del tratamiento implica que el responsable del tratamiento podrá conservar los datos pero no podrá tratarlos sin el consentimiento del afectado o cuando sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, la protección de los derechos de otra persona física o jurídica, o por razones de interés público.

4.1.3. Derecho al olvido o derecho de supresión

En este caso, no se trata de un nuevo derecho introducido por el RGPD UE, sino de una adaptación del mismo a la jurisprudencia europea más reciente en la materia. Como se sabe, en mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el conocido *Caso Google*²³³ respondiendo a una cuestión prejudicial de interpretación planteada por la Audiencia Nacional, abordó, por primera vez, el tema bajo el prisma de los medios de comunicación, las hemerotecas y ese difícil equilibrio entre dos Derechos Fundamentales: el derecho a la privacidad frente a la libertad de información en relación con la información suministrada por los motores de búsqueda en internet, en concreto con la empresa Google. Fallo en el que, por primera vez, se reconocía el derecho a solicitar, bajo ciertas condiciones, la retirada de datos por parte del buscador.

Este denominado derecho al olvido es la manifestación de los tradicionales derechos de cancelación y oposición aplicados a los buscadores de internet. Con este derecho se reconoce al ciudadano la legitimación para impedir la difusión de información personal a través de internet, cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original fuere legítima, como puede ser en el caso de boletines oficiales o informaciones amparadas por las libertades de información o de expresión.

La legislación española establece que para ejercer los derechos de cancelación y oposición y, por tanto, el derecho al olvido es imprescindible que el ciudadano se dirija en primer lugar a la entidad que está tratando sus datos, en este caso al buscador. Los buscadores mayoritarios, [Google](#), [Yahoo](#) y Bing, han habilitado ya sus propios formularios para recibir las peticiones de ejercicio de estos derechos. Si la entidad no diese respuesta a la petición realizada o el ciudadano considera que la respuesta que recibida no es la adecuada, podría solicitar que la Agencia Española de Protección de Datos [tutele su derecho](#) frente al responsable. En función de las circunstancias de cada caso concreto, la Agencia determinará si lo estima o no. Siendo esta decisión de la Agencia, a su vez, recurrible ante los Tribunales.

4.1.4. Derecho de información en la recogida de datos

Este derecho se concreta en el derecho a obtener una información transparente, leal, lícita y de fácil acceso a los interesados sobre el tratamiento de sus datos, reconocido en el Artículo 5 RGPD UE. Estableciendo a su vez, que en el tratamiento y recogida de datos de carácter personal, será necesario informar previamente a los interesados, a través del medio que se utilice para la recogida, de modo expreso, preciso e inequívoco:

²³³ *Sentencia 13-5-14, asunto C-131/12, Google Spain, S.L., Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* -EDJ 2014/67782-.

- 1) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- 2) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- 3) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- 4) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- 5) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Con el nuevo Reglamento se actualizan los conocidos en España como derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición), estableciéndose que, se deberá adecuar el procedimiento de gestión y atención de estos derechos al RGPD UE como sigue:

4.1.5. Derecho de cancelación

Este derecho de cancelación se reconoce con el fin de que los propios ciudadanos puedan controlar por sí mismos el uso que se hace de sus datos personales y, en particular, el derecho a que éstos se supriman cuando resulten inadecuados o excesivos, sin perjuicio del deber de bloqueo recogido en la LOPD.

De igual manera que el resto de Derechos ARCO, su ejercicio es personalísimo, por lo que sólo podrá solicitarlo la persona interesada, quien deberá dirigirse a la empresa u organismo público que sabe o presume que tiene sus datos, indicando a qué datos se refiere y, aportando al efecto la documentación que lo justifique.

4.1.6. Derecho de oposición

El derecho de oposición es uno de los derechos que la LOPD reconoce a los ciudadanos para que puedan defender su privacidad controlando por sí mismos el uso que se hace de sus datos personales, y en particular, el derecho a que no se lleve a cabo el tratamiento de éstos o se cese en el mismo cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, por la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, y siempre que una Ley no disponga lo contrario.

4.1.7. Derecho de acceso

Este derecho de acceso de los afectados a sus propios datos personales se encuentra reconocido en el artículo 15 RGPD como sigue *el interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.*

Con este derecho de acceso, se pretende, ni más ni menos, lograr un Derecho de acceso más fácil a los datos personales.

4.1.8. Derecho de rectificación

Este derecho se caracteriza porque permite corregir errores, modificar los datos que resulten ser inexactos o incompletos y garantizar la certeza de la información objeto de tratamiento.

Como el resto de derechos ARCO, su ejercicio es personalísimo, por lo que sólo podrá solicitarlo la persona interesada, quien deberá dirigirse a la empresa u organismo público que sabe o presume que tiene sus datos, indicando a qué datos se refiere, la corrección que se solicita y, aportando al efecto la documentación que así lo justifique.

4.2. Un nuevo Reglamento, dos nuevas figuras para la Protección de Datos

Entre las medidas que contempla la nueva normativa comunitaria, respecto del régimen actual, destaca la exigencia de que toda empresa que trate datos personales deberá adaptarse, con el fin de garantizar el cumplimiento de la normativa y en los supuestos establecidos, a una serie de nuevas obligaciones concretadas en dos nuevas figuras, la figura del Delegado de Protección de Datos y una Autoridad de control.

El fundamento de estas nuevas figuras se encuentra en lo que se conoce como responsabilidad activa, que no es otra cosa que la prevención por parte de las organizaciones que tratan datos, estas nuevas exigencias reflejan el carácter preventivo que pretende instaurar el nuevo reglamento. Las empresas deberán adoptar medidas que aseguren razonablemente que están en condiciones de cumplir con los principios, derechos y garantías que el nuevo RGPD establece.

4.2.1. Data Protection Officer

La figura del *Data Protection Officer*, o lo que es lo mismo, un Delegado de Protección de Datos, ha sido objeto de intensos debates sobre su carácter obligatorio o no para todas las entidades e instituciones. Finalmente, el nuevo Reglamento establece que este DPO será un instrumento voluntario, excepto en organizaciones e instituciones públicas y en empresas con más de 250 trabajadores.

En el caso de entidades con menos de 250 empleados, será obligatorio cuando se de alguna de las siguientes circunstancias:

- 1) Que el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial.
- 2) Las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala.

3) Las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

4) El tratamiento de datos relativos a condenas e infracciones penales.

En cuanto a sus funciones, pese a que las entidades podrán determinar y ampliar sus funciones, las mínimas establecidas son las que siguen:

1) Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.

2) Supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento y las auditorías correspondientes.

3) Ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación así como cooperar con la autoridad de control.

4) Actuar como punto de contacto de *la Autoridad de Control* para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto.

4.2.2. Autoridad de Control

La Autoridad de control será el organismo que en cada Estado Miembro regule, supervise y vigile el tratamiento de datos de carácter personal.

El responsable, el encargado del tratamiento y, en su caso, sus representantes cooperarán con la Autoridad de Control que lo solicite en el desempeño de sus funciones y ante este organismo se deberán realizar entre, otras cosas:

1) Consultas previas tras evaluaciones de impacto de alto riesgo.

2) Notificaciones de violaciones de seguridad de datos.

Para las entidades establecidas en varios Estados miembros o que, estando en un solo Estado miembro, realice tratamientos que pudiesen afectar a ciudadanos en varios Estados de la Unión Europea se introduce el concepto de *ventanilla única*, que se traduce en que los empresarios tendrán una única Autoridad de protección de datos como único supervisor en Europa, lo que, por otro lado, se estima representará un considerable ahorro económico para la UE.

A su vez implica también que, a partir de la entrada en vigor del Reglamento, cada Autoridad de protección de datos europea, en lugar de analizar una denuncia o autorizar un tratamiento a nivel nacional, valorará si el supuesto tiene carácter transfronterizo y en cuyo caso dará lugar a un procedimiento de cooperación entre todas las Autoridades afectadas, con el fin de buscar un solución beneficiosa para todas ellas. En caso de discrepancias, el caso será elevado al Comité Europeo de Protección de Datos, un organismo de la Unión integrado por los directores de todas las Autoridades de protección de datos de la UE. Este Comité resolverá la controversia mediante decisiones vinculantes para las Autoridades implicadas.

Por otro lado, este nuevo sistema no supone que los ciudadanos tengan que relacionarse con varias Autoridades o con Autoridades diferentes de la del Estado donde se resida, sino que, de igual manera, la reclamación se planteará ante la propia Autoridad nacional - para los españoles, la Agencia Española de Protección de Datos - que será, también, la responsable de informar al interesado del resultado final de su reclamación o denuncia.

Para las entidades establecidas en varios Estados miembros, la Autoridad de control principal que resultará competente será la del lugar donde el responsable cuente con su establecimiento principal. En caso de grupos de empresa radicadas en la Unión Europea, será la que se corresponda con su sede central de operaciones.

Entre otros supuestos, bajo este nuevo marco legal, la autorización de la Agencia Española de Protección de Datos dejará de ser necesaria para transferir datos a terceros países cuando se usen las cláusulas contractuales tipo adoptadas por la Comisión Europea, una Autoridad de control o normas corporativas vinculantes.

Asimismo, se encuentra prevista la creación de un Consejo Europeo de Protección de Datos, este Consejo, según lo previsto, estará formado por los representantes de cada una de las Autoridades de control independiente y será el encargado de velar por los derechos de los usuarios en esta materia y de preservar la debida protección de sus datos personales.

4.3. Nuevas obligaciones

Con la entrada en vigor del nuevo RGPD UE, se establece un nuevo sistema de recogida de datos, concretado en nuevas formas de información al interesado mediante un sistema armonizado para todos los países de la Unión Europea. Así pues, las cláusulas informativas y políticas de privacidad deberán adaptarse a un nuevo conjunto de deberes informativos para las entidades que traten datos personales, como son, la creación de un Registro de las

actividades de tratamiento, nuevos plazos de conservación de los datos, el derecho a presentar reclamación ante la autoridad de control competente, todo ello en virtud del principio de transparencia.

4.3.1. Registro de las actividades de tratamiento

La creación de un Registro de las actividades de tratamiento será obligatorio para toda empresa que trate datos de carácter personal, tal y como establece el artículo 30 del RGPD; este Registro sistematizará las actividades vinculadas al tratamiento de datos y estará a disposición de las autoridades competentes en caso de que lo soliciten.

A estos efectos, por aplicación del art. 4.2 RGPDUE, se entiende por tratamiento *cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.*

4.3.2. Evaluaciones de impacto (*Privacy Impact Assessments*, PIA)

Esta evaluación de impacto introducida con el artículo 33 del RGPD UE tiene como objetivo minimizar los riesgos que un tratamiento de datos puede plantear para los ciudadanos, será, por tanto, obligatoria cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. Y una única evaluación servirá para abordar operaciones de tratamiento similares que planteen riesgos elevados similares.

El responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales, esta evaluación de impacto podrá ser recomendada, propuesta, dirigida y coordinada por el DPO en aquellos casos en que sea necesario, esto se dará, sí o sí, cuando las empresas traten alguno de los siguientes aspectos:

- 1) Evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar.
- 2) Tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.
- 3) Tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales.

- 4) Observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público.

4.4. Un nuevo régimen sancionador

Bajo este marco, en caso de vulneración de los derechos reconocidos por este RGPD, los interesados y en determinadas condiciones, también las organizaciones de protección de datos, podrán presentar reclamaciones ante una Autoridad de control o interponer recurso en caso de que no se cumplan las normas de protección de datos.

En el supuesto de infracción de la normativa establecida o por incumplimiento de las resoluciones de la autoridad de control, el nuevo Reglamento dispone que los responsables del tratamiento pueden enfrentarse a multas de hasta 20.000.000 de euros y, para la empresas, el 4 % de su facturación anual, lo que supone una significativa elevación de la cuantía de las sanciones. Pudiendo establecerse, a su vez, la prohibición del tratamiento de datos en las empresas que incumplan las nueva normativa comunitaria y la suspensión de las transferencias internacionales de datos.

De igual modo, las empresas, que tienen obligación de comunicar en un plazo de 72 horas los riesgos de seguridad que pudieran sufrir, esto es, los “frecuentes” *ataques informáticos*, de no hacerlo, podrán ser objeto de las *class actions*. Definidas desde los parámetros conceptuales del derecho procesal como demandas colectivas por parte de los usuarios afectados, que podrán ejercitar acciones de defensa, no sólo de sus propios derechos e intereses, sino, además y de forma simultánea, en defensa de los análogos derechos e intereses de un número indeterminado de usuarios no identificados (*class members*).

4.4.1. Derechos Fundamentales, globalización y protección de datos

Como cualquier Derecho Fundamental, el derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto, incondicionado o carente de limitaciones, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad actual y, con arreglo al principio de proporcionalidad mantener el equilibrio con otros Derechos Fundamentales. Por consiguiente, podrá y deberá, en determinadas ocasiones, ceder ante otros valores y bienes constitucionales.

Que los Derechos Fundamentales tienen límites para garantizar otros Derechos y bienes constitucionales es doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo y en todo caso, los límites que se le impongan para garantizar otros derechos y valores constitucionales habrán de respetar su contenido esencial. En este sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional con ocasión de la *STC 17/2013, de 31 de enero*²³⁴, en la que, reiterando

²³⁴ Sentencia 17/2013, de 31 de enero de 2013 sobre Administración y protección de datos.

la fundamentación establecida en la *STC 292/2000, de 30 de noviembre*²³⁵, estableció que si la Ley es la única habilitada por la CE para fijar los límites a los Derechos Fundamentales y, en el caso presente, al derecho a la protección de datos, esos límites no podrán ser distintos a los constitucionalmente previstos que, para el caso, no son otros que los derivados de la coexistencia de este Derecho Fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional.

La gran mayoría de limitaciones de los Derechos Fundamentales nacen de su colisión con otros Derechos o principios igualmente fundamentales y, puesto que por su carácter de normas-principio no es posible establecer una jerarquía entre ellos, el equilibrio ha de alcanzarse mediante la ponderación de los intereses en conflicto en cada caso concreto. En consecuencia, cuando el Derecho a la protección de datos personales entre en conflicto con un principio o Derecho Fundamental será necesario realizar esta identificación de los intereses en conflicto en el caso concreto y efectuar su posterior juicio de razonabilidad.

Es bajo este marco que, la tensión entre libertad y seguridad a la hora de regular el Derecho a la protección de los datos personales constituye uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta el Estado Moderno de nuestros días. El auge de nuevos medios de comunicación, una tecnología cada vez más sofisticada y la cada vez mayor implantación de soluciones de cruzamiento masivo de datos o *Big Data* y los nuevos modelos de mercado, venían exigiendo una legislación de mayor rigor y homóloga para todos los Estados miembros. El desarrollo de la normativa sobre protección de datos ha tenido, en realidad, desde sus inicios una tendencia a globalizarse.

Dentro de este proceso de globalización, las TIC, término que proviene de *tecnologías de la información y comunicación*, han sido determinantes en el propósito de lograr una mayor protección de nuestros datos. Integradas en la mayor parte de sectores, desde las Administraciones Públicas hasta entidades privadas o cualquier hogar. Cuando se habla de redes TIC nos referimos, en síntesis, a la telefonía móvil, las redes de internet, sistemas operativos de ordenadores, la banca online, el correo electrónico, etc.

Es bajo este panorama que la necesidad de una coexistencia de valores y principios en los que debe basarse un marco jurídico europeo, si no quiere renunciar a sus funciones de unidad e integración y al mismo tiempo ser compatible con una regulación firme, homogénea y completa, que proteja los derechos de los ciudadanos en una materia tan delicada como son los datos personales no era tarea fácil. La eterna dualidad entre lo positivo de este nuevo marco global digitalizado y el pretendido desiderátum de una real protección de nuestros datos personales. Al igual que Parménides dividió todas las cosas en positivas y negativas a excepción de una dualidad, nos preguntaríamos aquí, qué es lo positivo y qué es lo negativo

²³⁵ Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

en este nuevo marco digital. Parece ser que, la levedad que nos aporta la tecnología conlleva el peso que supone la pérdida de control de nuestros datos personales. En este contexto, el Derecho Fundamental a la protección de datos debe constituir el punto de equilibrio necesario que garantice nuestra privacidad y control sobre estos datos.

5. Conclusiones

El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos constituye uno de los mayores logros legislativos europeos de los últimos tiempos. Representa el inicio de una nueva etapa en el derecho de privacidad y la protección de datos con efectos a nivel global. Se caracteriza por un enfoque más garantista de los derechos de los ciudadanos, otorgando a los usuarios la facultad de controlar sus datos personales y la capacidad para disponer y decidir sobre los mismos. A su vez, ofrece mejores instrumentos para prevenir posibles infracciones.

En mi opinión, la previsión de un sistema basado en la responsabilidad activa o de prevención, constituye una de las novedades que puede resultar más favorable en la protección de los datos personales. Cuando se trata de un ámbito tan delicado, directamente relacionado con la protección a un Derecho Fundamental, como es la protección de datos personales, actuar sólo tras la infracción resultaba insuficiente.

Parece que en Europa han decidido tomarse la privacidad de nuestros datos personales muy en serio y, a partir del 25 de mayo de 2018, deberán hacerlo también las empresas que gestionen datos personales y sus administradores, que son los responsables últimos, si no quieren ser condenados por el nuevo y elevado régimen sancionador.

Con todo, debemos asentar la idea de que el desarrollo de las nuevas tecnologías va a ser permanente. No hay un punto de llegada. Por ello, este imparable progreso de digitalización que ahora venía exigiendo una legislación de mayor rigor en materia de protección de datos, requerirá, a su vez, una continua e incesante adaptación. La tarea no será fácil, pero sí necesaria.

6. Bibliografía

6.1. Legislación

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012/C 326/01)

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (1995).

Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
2012/C 326/01.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950.

Esclavitud y racismo en las Leyes y la Jurisprudencia de EE.UU.

EDUARD ARIZA UGALDE
Universitat de Barcelona

Resumen: El propósito de este artículo es llevar a cabo a una síntesis histórica de la evolución de las leyes de Estados Unidos en materia racial. A lo largo del recorrido desde la esclavitud hasta la igualdad racial, se examina detenidamente el papel del Legislador y de la Corte Suprema.

Palabras Clave: Estados Unidos, Esclavitud, Racismo, Abolicionismo, Corte Suprema, control constitucional.

Abstract: *The purpose of this article is to carry out a historical synthesis of the evolution of United States laws on racial matters. Along the way from slavery to racial equality, the role of the Legislator and the Supreme Court is carefully examined.*

Keywords: United States, Slavery, Racism, Abolitionism, Supreme Court, constitutional control.

1. Introducción

La historia de la esclavitud en los Estados Unidos reviste una complejidad que se resiste a la síntesis de una explicación sencilla. Como institución la esclavitud ha sido tan universal a las diversas civilizaciones en algún momento de la historia, como el racismo al ser humano. A partir del S. XVI gracias a la consideración de los negros como una especie de híbrido más cercano a la bestia que al hombre *naciones cristianas* pudieron traficar con seres humanos sin interferencias con el derecho canónico y aún menos con reparos morales.

En muchos lugares de los Estado Unidos los esclavos constituyeron más del 20% de la población y tras ser "liberados" sufrieron todo tipo de opresiones algunas de las cuáles aún no se han borrado. En la lucha por la libertad y la igualdad racial la legislación y en especial el control constitucional de las leyes que la judicatura norteamericana ejerce desde el caso *Madbury v. Madison* (1803) a menudo han destacado por collar aún más a los oprimidos.

Ahora, cuando tras la elección presidencial de Donald Trump las agresiones racistas se han multiplicado por todo el país puede ser un buen momento para escribir un sucinto relato de la historia jurídica y legal de la esclavitud y el racismo en los Estados Unidos. Es uno de esos temas en que nunca debería fallarnos la memoria.

2. Política de Equilibrios en un País Joven

La contradicción esquizoide que Estados Unidos sufrió desde sus orígenes respecto al valor de la libertad se plasma en la simbólica paradoja de que el mismo hombre que escribió la *Declaración de Independencia* donde se declara la libertad un *derecho inalienable del ser humano*, Thomas Jefferson, era un acaudalado y despótico propietario de esclavos, especialmente opresivo con su amante negra, Sally, y ajeno al cuidado de los hijos mestizos que esta le dio. Durante la fundación del país, si bien algunas voces septentrionales minoritarias a menudo vinculadas al calvinismo repudiaron la esclavitud, la cuestión se abandonó a las manos de cada Estado. Nadie quería sumar más diferencias a las ya existentes entre las antiguas colonias, muchas de las cuáles ni siquiera veían con buenos ojos la idea de la Federación.

En 1793 Washington sancionó la Ley de Esclavos Fugitivos. Esta contenía una importante demanda de los propietarios de esclavos sureños: todo esclavo fugado debía ser castigado y devuelto a su dueño, sin importar si llegaba a un Estado libre. La ley también preveía castigos para quien ayudara al esclavo en su huída. El segundo Jefe de Estado del país, John Adams, sentía una sincera aversión hacia la esclavitud, si bien no impulsó -o no pudo impulsar- medidas de ningún tipo en su contra.

Los tres presidentes que sucedieron a John Adams: Thomas Jefferson, James Madison y James Monroe, pese a poseer esclavos y ser oriundos de Virginia, un Estado esclavista, nunca defendieron abiertamente la institución. Sus Administraciones tomaron el rumbo de reforzar la noción de la esclavitud como una cuestión interna de cada Estado en que la Federación no debía intervenir. Para limar asperezas entre Estados esclavistas y no esclavistas emprendieron una política de “equilibrios”.

En las postrimerías de su mandato Jefferson materializó dicha línea ideológica mediante la sanción de la Ley 1 de enero de 1808. Casi parodiando a Salomón, Congreso y Presidente prohibieron mediante esta norma la importación de nuevos Estados a EE.UU., si bien no la “exportación” de esclavos a los territorios que se iban poblando a medida que el país crecía hacia el oeste.

Hacia el fin del primer mandato de Monroe, en 1819, los llamados Estados libres, es decir aquellos que no contemplaban en sus leyes la institución de la esclavitud, fueron mayoría respecto a los Estados esclavistas. Esto implicaba que tenían más votos en el Senado. A fin de evitar una escalada de tensión, el Presidente afianzó la política de “equilibrios” impulsando el Compromiso de Missouri en el Congreso.

Este se aprobó definitivamente en 1820 y determinó el régimen de la esclavitud en los territorios de *La Louisiana* comprados por Jefferson a Napoleón Bonaparte en 1803. Téngase en cuenta el territorio de la colonia francesa era mucho más extenso que el del actual Estado de Louisiana. De hecho, en aquel entonces la Nación vio literalmente triplicada su extensión.

Según los términos del Compromiso, el Congreso permitió la incorporación del Estado de Missouri a la Unión como esclavista, a la vez que la esclavitud se prohibía en la mayoría de territorios incorporados por la adquisición de *La Louisiana*, exactamente al norte del paralelo 36° 30'.

En 1822 la Sociedad Americana de Colonización adquirió Liberia del Imperio Británico, lugar al que se propuso enviar a todos los esclavos liberados y afroamericanos en general. Este optimista proyecto que pretendía resolver por arte de magia la cuestión esclavista y la racial llegó a su cumbre con la proclamación de la independencia de aquel país en 1847. No obstante, pocos afroamericanos esclavos, emancipados o nacidos libres sintieron interés en dejar su país para volver a una África que nadie de su familia había pisado por generaciones.

Hay que decir que esta política de "equilibrios" dio muy buenos resultados a Monroe, pues se convirtió en el único Presidente -a excepción de Washington- reelegido sin un candidato opositor, inaugurando así en su segundo mandato la conocida como "*Era of the Good Feelings*".

Su sucesor, John Quincy Adams sentía al igual que su padre una profunda repugnancia por la esclavitud. Aunque las circunstancias de su elección -única junto a la primera de Jefferson en que un Presidente tuvo que ser elegido por la Cámara de Representantes en lugar del Colegio Electoral- y no obtener la reelección ha deslucido su presidencia, Quincy Adams fue una avanzado a su tiempo en cuanto a la concepción de un Administración moderna y más avanzado aún en sus convicciones de que la raza o la etnia no mejoran ni empeoran a un ser humano.

En la cuestión de la esclavitud apenas pudo alterar el *status quo* -el Congreso hasta le impuso un vicepresidente esclavista como Calhoun. De hecho fue en su post presidencia, cuando como congresista por Massachusetts, cargo que ocupó hasta su muerte, se distinguió como abolicionista, siendo uno de los máximos exponentes morales del movimiento, inspirando su figura a Lincoln entre otros. A modo de pequeña digresión no se debe olvidar que fue el único Presidente dispuesto a poner fin al genocidio contra los indios, llegando incluso a reprimir a los colonizadores de Georgia por las armas y hasta reconoció a la nación *cherokee* como Estado independiente para privar de validez en sus territorios a las leyes de Congreso que posibilitaban el saqueo indio.

Todas estas políticas fueron desechas por su sucesor, el popular héroe de guerra Jackson, quien no sólo continuó el saqueo contra los indios sino que era decidido partidario de la esclavitud y el poder de los Estados. También dismanteló cualquier forma de banca estatal, lo que al estallar una grave crisis económica al final de su mandato lastró gravemente al país, agravando como efecto colateral la rivalidad entre las economías de norte y sur.

3. Hacia la Guerra Civil

Entre Jackson y Lincoln se abre un paréntesis de tres décadas en que ningún presidente fue reelegido. Con la excepción de Polk fueron además presidencias muy débiles. En esta época las voces abolicionistas iban consolidándose en el norte en sus inicios en torno a círculos religiosos muy minoritarios, pero capaces de abrir el debate moral.

En 1839 un caso de escasa importancia adquirió un eco considerable. Una fragata negrera española, *La Amistad*, llegó a Estados Unidos. Los negros que transportaba se habían amotinado y tomado el control de la nave.

Inmediatamente se inició un pleito sobre la propiedad de los mismos entre el negrero español, el hombre que quería comprarlos al llegar a EE.UU. y la propia Administración cuyo Secretario de Estado se personó en el proceso para reivindicar que los esclavos fueran devueltos al Reino de España en virtud de un tratado bilateral entre ambos países. Una cuarta parte se personó en el juicio: los abolicionistas quienes demostraron que los supuestos esclavos no habían nacido como tales ni mucho menos en Cuba. Siguiendo una práctica habitual en España y Portugal, habían sido secuestrados en las costas africanas de lo que hoy se corresponde con Sierra Leona. Al no ser esclavos no era posible pleitear por su propiedad; no eran bienes sino personas. Esta última tesis se impuso en la sentencia.

Esto irritó profundamente a los Estados esclavistas. Por primera vez se murmuraron amenazas de secesión y en voz más alta amenazaron al Presidente Van Buren con frustrar su reelección -lo que finalmente ocurrió. Temeroso, el sucesor de Jackson manipuló el proceso judicial forzando la disolución del primer jurado, el cambio de juez y hasta hizo uso de la apelación presidencial ante la Corte Suprema por lo que oficialmente no era sino un *pleito de propiedad*. Esta finalmente -ya con Van Buren fuera de la Casa Blanca- confirmó que los presos de *La Amistad* eran africanos nacidos libres y obligó al gobierno a devolverlos a su país. A propósito, la defensa de los africanos ante el Alto Tribunal la realizó John Quincy Adams.

Bajo la inesperada presidencia Fillmore, quien en su condición de vicepresidente accedió al poder al morir su antecesor Zachary Taylor, se sancionó el Compromiso de 1850 sustanciado en cinco Leyes federales. Sus términos resolvieron la cuestión de la incorporación de Texas a la Unión, como Estado esclavista. También se dejó abierta la puerta a que los territorios de Utah y Nuevo México pudieran incorporarse en un futuro a la Unión como Estados esclavistas. No obstante, tal decisión debía de ser adoptada por los propios Estados al aprobar sus constituciones. Por último se prohibió el comercio de esclavos en el Distrito de Columbia, si bien no la esclavitud en sí misma, muy arraigada en la capital del país.

Ese mismo año se aprobó una nueva Ley de Esclavos Fugitivos que básicamente incrementaba el rigor de la de 1793 aumentando las penas contra los propios esclavos y personas que los ayudaran.

Durante la presidencia del demócrata Pierce dos factores catalizaron las posiciones extremistas que desembocarían en la Guerra de Secesión. Por una parte se agudizó la crisis económica y por otro en 1854 se aprobaba la Ley Kansas-Nebraska que hizo saltar definitivamente por los aires la política de equilibrios.

Aunque pueda parecer un factor aislado, como ya había ocurrido al fin de la presidencia de Jackson y durante la de Van Buren, la mala marcha de la economía incrementó el abolicionismo. Por supuesto no por cuestiones éticas, sino porque frente a un sur que monopolizaba la exportación mundial de algodón gracias a la mano de obra esclava, un norte industrializado clamaba por medidas económicas proteccionistas que aliviasen su dura competencia frente a las fábricas inglesas, mientras que sus vecinos meridionales de lo último que querían oír hablar era de aranceles comerciales.

Este *abolicionismo* mostraba escasa preocupación por los negros como seres humanos a los que muy a menudo despreciaba. Su única preocupación era imponer un modelo económico único en el país a costa de dejar al sur sin su mano de obra. Por desgracia para los más idealistas, el movimiento abolicionista no tardó en aceptar que la integración de tales acólitos en sus filas a fin de lograr su objetivo. En pocos años estos nuevos "abolicionistas" terminaron controlando el movimiento y los llamados "abolicionistas radicales", los comprometidos contra el racismo, se convirtieron en una minoría.

En cuanto a Ley Kansas-Nebraska su aprobación anuló *de facto* el Compromiso de Missouri ya que permitió a estos Estados, pese a sus latitudes, poder incorporarse a la Unión como Estados esclavistas.

En este contexto de tensión creciente se dictó la sentencia *Dred Scott v. Standford* (1857) considerada por la práctica unanimidad de la doctrina como la más aberrante aportación de la Corte Suprema a los anales del derecho estadounidense. De un plumazo, por mayoría de siete magistrados contra dos, el Alto Tribunal rechazó que un esclavo libre adquiriese la libertad por vivir en un Estado donde no existiera la esclavitud, negó así mismo que un negro pudiese adquirir la ciudadanía norteamericana y declaró inconstitucional la Ley federal de 1820 por la que se sustanció el Compromiso de Missouri. En otras palabras, se abría la puerta a legalizar la esclavitud en todos los territorios integrantes de *La Louisiana* y en general del país, según el designio de los Estados.

Las opiniones más benevolentes han querido ver en este fallo un intento de dar seguridad a los Estados del Sur de que *su propiedad* estaba *a salvo*. Si esto es cierto y el Alto Tribunal trató en esta sentencia de serenar las amenazas secesionistas, consiguió todo lo contrario. En el Norte el movimiento abolicionista se generalizó y se consolidó. Como hemos dicho, no es que el americano septentrional sintiera simpatía por los negros, precisamente. Los prejuicios racistas eran universales a todo el país salvo contadísimas excepciones. El conflicto de fondo como expusimos *supra* era sobre todo una cuestión económica.

4. Guerra Civil

En opinión muchos historiadores Buchanan es el peor Presidente de los EE.UU. -en dura pugna con Harding²³⁶. En el predecesor de Lincoln se ha consolidado la imagen del mandatario que nada hizo para frenar la guerra civil. Aunque en su defensa deberíamos aclarar que Buchanan heredó una crisis gestada durante décadas para cuya resolución no disponía de herramientas; sin duda, precipitaron las cosas su pasividad y su torpeza. En su último discurso del Estado de la Nación, cuando ya varios Estados habían abandonado la Unión, el Presidente dijo como si nada que la secesión era ilegal, pero que la Federación carecía de medios para evitarla. Lo que animó a muchos sudistas a alzarse en armas.

Como cuenta Karens Goodwill en su magnífico ensayo *Team of Rivals*, Lincoln nunca soñó en abolir la esclavitud durante su mandato, pese a ser uno de esos pocos abolicionistas que veía en la esclavitud un atentado contra la dignidad humana. Su propósito más bien era volver a una situación como la anterior a la Ley Kansas-Nebraska, de modo que a largo plazo los Estados libres fueran ampliamente mayoritarios en el país y pudieran aprobar una enmienda constitucional que aboliera la ignominiosa institución. Su primer discurso a la nación trató de apaciguar a los Estados sudistas mientras en aquellos se quemaban efigies de su retrato donde se le daba el título de “Primer Presidente de la Confederación de Estados del Norte”.

El mismo año que Lincoln llegaba a la Casa Blanca, los Estados Confederados de América se convirtieron en una realidad. Tras la escisión de Virginia, su capital se movió de Montgomery a Richmond, a pocos kilómetros de Washington. Su Constitución, una copia de la Carta Magna de 1787, apenas difería de esta en consagrar el derecho a la esclavitud, apuntalar la autonomía de los Estados y limitar el mandato presidencial a uno de seis años sin reelección –por cierto, como propuso Jefferson durante el debate constituyente. Su Asamblea Constituyente nombró a Jefferson Davis como Presidente, a la espera de poder convocar elecciones presidenciales cuando terminara su mandato si bien el país no vivió tanto.

En número de bajas como en efectos económicos y sociales de la postguerra, la Guerra de Secesión (1860-1865) es uno de los conflictos civiles más sanguinarios de la historia. En su transcurso Lincoln abolió la esclavitud dos veces. En la primera ocasión lo hizo por medio de sus poderes especiales como Comandante en Jefe en tiempos de guerra tras la batalla decisiva de Gettysburg (1863). Esta forma de emancipación no convencía al Presidente principalmente porque nada garantizaba que el Congreso la revirtiera por medio de una ley o incluso los tribunales le negaran su fuerza ejecutiva condicionando esta a la existencia de “tiempos de guerra”. Por ello luchó hasta la extenuación para lograr que la Cámara de Representantes aprobara la Decimotercera Enmienda que recibió la sanción presidencial el

²³⁶ J. REDONDO RODELAS, *Presidentes de los Estados Unidos*; (1ª Ed. La Esfera de los Libros, 2015) Pág. 215

1 de febrero de 1865. Según sus sucintos términos la esclavitud se abolía en todo el país y se facultaba al Congreso para garantizar su extinción por medio de la legislación apropiada.

Pocas semanas más tarde se producía el magnicidio del Presidente. Su sucesor, sin duda no fue el hombre idóneo para gestionar la reconstrucción del país. Para empezar Johnson no era republicano sino demócrata y de Tennessee, un Estado esclavista. Lincoln le había pedido que formara *ticket* presidencial²³⁷ con él en 1864 para escenificar su sincera vocación de tender la mano a la cada vez más desmoronada Confederación que se rendiría pocos meses más tarde su reelección. Johnson no tenía ningún tipo de formación, sastre de profesión se había alfabetizado a edad avanzada. Pero nada de esto hubiese sido desastroso si el Presidente se hubiese molestado en ocultar su racismo.

5. Luces y sombras raciales de la Reconstrucción

Nada más jurar el cargo Johnson afirmó que mientras él fuera Presidente en América prevalecería el hombre blanco. Mediante el derecho de veto entró en guerra contra el Congreso que, pese a la obstrucción presidencial a menudo lograba levantar ese veto gracias a las apabullantes mayorías republicanas. Hartos de lidiar con Johnson los republicanos terminaron sometiéndole a un *impeachment*²³⁸ en 1868 del que fue absuelto por un sólo voto. Desde entonces el Presidente se volvió algo más dócil.

También en 1868 el Congreso aprobó la 14ª Enmienda que garantizaba los derechos de ciudadanía a toda la población con independencia de su raza, lo que suponía anular la doctrina de la Corte Suprema en la sentencia *Dred Scott v. Stanford* (1857). Un año más tarde, ya con el Presidente Ulysses Grant, general heroico de la Guerra de Secesión, se ratificaba la 15ª Enmienda que prohibía limitar o calificar el sufragio por razón de raza.

Por desgracia Washington D.C. no era el único lugar donde se legislaba. Los Estados del Sur que ya se habían reincorporado a la Unión con todos sus derechos empezaron a aprobar en respuesta a las tres enmiendas constitucionales un importante número de leyes que garantizaba la segregación racial en los espacios públicos, junto con los denominados *Black Codes*, compendios de leyes civiles especiales para negros. En cierto modo así se producía el "cambiarlo todo para no cambiar nada", especialmente en las zonas rurales del sur donde muchos negros no notaron grandes diferencias entre libertad y esclavitud.

²³⁷ Fórmula de candidatura conjunta que incluye el candidato a Presidente y el candidato a Vicepresidente de un partido en los EEUU.

²³⁸ Se trata del procedimiento revocatorio regulado en el art. 1.2 y 3 de la Constitución de los Estados Unidos. De acuerdo con sus términos, el Congreso puede revocar a un alto cargo, incluido el Presidente, mediante una acusación criminal. En el proceso, la Cámara de representantes vota si se admiten o no los cargos de acusación. Por su parte el Senado votará sobre la culpabilidad o inocencia de los mismos, imponiendo en consecuencia el cese de funciones del alto cargo o autorizando la continuidad de las mismas, respectivamente. Aparte de Andrew Johnson, solo Bill Clinton ha sufrido un *impeachment*.

En la clandestinidad surgió el Ku Klux Klan, inicialmente concebido como un club social que no tardaría en convertirse en un grupo criminal racista que perseguía y asesinaba a los negros que cuestionaban la supremacía blanca en el sur.

En este punto la Corte Suprema inició un deslucido camino que limitó las facultades de Congreso para luchar contra la discriminación racial. La sentencia *Slaughter House Cases* (1873) confirma la validez constitucional de la 14ª Enmienda, aunque limitando poderes de la Federación en favor de las facultades de policía de los Estados, mucho menos interesados en la igualdad racial.

El Congreso no se quedó de brazos y en 1875 aprobó la Ley de Derechos Civiles con un contenido casi análogo a la que noventa años más tarde impulsaría el Presidente Kennedy. Esta pretendía anular la legislación racista de los Estados meridionales. Desgraciadamente topó dos peligrosos obstáculos: uno político y otro judicial.

Llegaron con las elecciones presidenciales de 1877 y con ellas el fin del compromiso republicano con la causa racial. Quizás merezcan considerarse las elecciones más polémicas de la historia del país. Por mayoría absoluta el Colegio Electoral otorgó la presidencia al republicano Hayes, pese a que el demócrata Tilden obtuvo mayoría absoluta del voto popular. La victoria de Hayes sólo fue posible gracias a los votos electorales de Carolina del Sur, Florida y Louisiana, únicos Estados del Sur con gobernador republicano. Muchos historiadores consideran que la contrapartida de garantizar estos votos fue la renuncia del Partido Republicano a seguir ahondando en la igualdad racial y a menudo se refieren a este episodio como "El Compromiso de 1877".

Por su parte la Corte Suprema siguió minando el espíritu de la Carta Magna. La sentencia *Civil Right Cases* (1883), en consonancia con la doctrina de *Slaughter House Cases* (1873), desestimó las múltiples apelaciones que ciudadanos negros interponían contra la legislación racial de sus Estados al amparo de la Ley de Derechos Civiles. El Alto Tribunal falló que la 15ª Enmienda no autorizaba al congreso a prohibir la discriminación entre particulares, así pues no podía actuar contra bares, teatros, escuelas o iglesias "sólo para blancos". *De facto*, certificó así la defunción de la Ley de 1875.

Para colmo, la sentencia *Plesy v. Ferguson* (1896) consagró el principio "separados pero iguales". Como declara el jurista norteamericano Cass R. Sunstein con un nefasto "minimalismo burkeniano" la Corte Suprema le espetó a los ciudadanos negros que la segregación no suponía en sí misma *desigualdad racial*, eso era una "percepción de los negros" ya que aunque viviendo por separado ambas razas podían ser iguales. Únicamente el voto particular del juez John Marshall Harlan abogó por una *color-blind Constitution*, afirmando que la segregación en sí misma atentaba contra la igualdad material de las razas. A causa de esta sentencia la segregación sería una realidad integrada en el ordenamiento jurídico de muchos Estados por más de setenta años.

Poco después la sentencia *Williams v. Mississippi* (1898) confirmó la admisibilidad de una ley electoral que condicionaba la posibilidad de inscribirse en el censo a superar una prueba de alfabetización y el pago de una serie de tributos directos. Ambos factores combinados aseguraban que el voto negro se convirtiera en residual. Un fallo posterior, la sentencia *Giles v. Harris* (1903) confirmó una ley similar en Alabama.

6. Fin de la Legislación y la Jurisprudencia Racista

En 1912 el ex Presidente T. Roosevelt aceptó la nominación presidencial del Partido Progresista, escisión del Republicano. Los comicios fueron ganados por el demócrata Wilson, pero no deja de ser interesante que un caballo de batalla de Roosevelt en aquellas elecciones fuera el *recall* judicial, es decir la confirmación judicial en referéndum de las decisiones más polémicas de los tribunales. Y es que no sólo en materia racial, especialmente en derechos laborales y en la defensa de la libre competencia los tribunales se estaban convirtiendo en un freno involucionista a causa de su rigor formalista interpretando las nociones de los derechos "igualdad" y "libertad".

El malestar popular concretado en el *recall* y la proliferación de nuevas doctrinas jurídicas abrieron la Corte Suprema a criterios de igualdad material y no solamente formal. Así en la sentencia *Guinn v United States* (1915) se anuló la denominada "cláusula del abuelo" que varios Estados, entre otros Oklahoma, habían incorporado a sus constituciones. Esta cláusula eximía de pasar la prueba de alfabetización para inscribirse en el censo electoral a quien tuviese un antepasado directo registrado como votante antes del 1 de enero de 1866. Por si quedaba la duda, apenas unos meses después de la 13ª Enmienda, ningún negro se encontraba en el censo.

En la década de los cuarenta empezaron a articularse todo tipo de movimientos sociales que clamaban por hacer de la igualdad racial una realidad, para que la Constitución de los Estados Unidos dejase de sufrir inaplicaciones. Si bien muchos de estos movimientos fueron criminalizados mediante la generalización de algunas escisiones violentas, lo cierto es en su más que amplia mayoría incluso los grupos más radicales como el *Black Panter Party* siempre desarrollaron su lucha por cauces pacíficos.

Esta vez, la Corte Suprema no fue sorda a la ciudadanía. Con la sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) declaró ilegal la segregación escolar, poniendo fin así a la nefasta doctrina de "separados pero iguales".

Una década más tarde, el Congreso aprobaba una nueva Ley de Derechos Civiles de 1964, sancionada por el Presidente Johnson en presencia de entre otros la titánica figura del Dr. Martin Luther King que ese mismo año ganaría el Premio Nobel de la Paz como impulsor de la lucha pacífica por la igualdad racial en su país y que cuatro años más tarde sería asesinado.

Por su parte, la sentencia *Loving v. Virginia* (1967) declaró inconstitucionales toda prohibición de matrimonios mixtos. Por fin bajo la siguiente Administración, el Presidente Nixon impulsó medidas para terminar con los últimos vestigios de discriminación racial en el transporte público empleando a la policía federal, además de abolir las llamadas "universidades negras".

A mediados de la década de los setenta para la raza negra la batalla legislativa y judicial estaba ganada. Quedaba la social. Buena parte del sentimiento popular e incluso académico cerraría ese ciclo con la elección presidencial de Obama en 2009 como primer Presidente afroamericano, sin embargo, la continuidad de agresiones racistas, muchas de ellas vinculadas a la autoridad policial y el jurado popular, o bien el auge de nuevos grupos supremacistas blancos invitan a recordar que la lucha por el derecho a la igualdad material no se extingue en la sociedad por las leyes, sino únicamente cuando el último de los prejuicios desaparece. Y esto no es válido sólo para el racismo.

7. Bibliografía Consultada

- A. TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*; (4 Ed. Editorial Universitas, S.A., 2012)
- A. NAVAS CASTILLO, F. NAVAS CASTILLO, *El Estado Constitucional*; (1ª Ed. Dykinson, S.L., 2009)
- B. BAILYN, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*; (1ª Ed. Tecnos, 2012)
- B. CLINTON, *Mi vida*; (1ª Ed. Plaza&Janés, 2004)
- D. KEARNS GOODWIN, *Team of Rivals*. (1ª Ed. Penguin Books, 2009)
- D. MCCULLOUGH, *John Adams*; (1ª Ed. Simon & Schuster, 2001)
- E. LAMBERT, *El gobierno de los jueces*; (1ª Ed. Tecnos, 2010)
- H. CLINTON, *Historia Viva*; (1ª Ed. Planeta, 2003)
- J. LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano. Segundo tratado sobre el gobierno. Escritos sobre la tolerancia*; (1ª Ed. Gredos, 2015)
- J. REDONDO RODELAS, *Presidentes de los Estados Unidos*; (1ª Ed. La Esfera de los Libros, 2015)
- M. ARAGÓN REYES, *Estudios de Derecho Constitucional*; (3ª Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013)

N. MAQUIAVELO, *El Príncipe. Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*; (1ª Ed. Gredos, 2014)

P. C. NAGEL, *John Quincy Adams*; (1ª Ed. Alfred A. Knopf, 1997)

T. JEFFERSON, *Escritos Políticos: Declaración de Independencia, Autobiografía, Epistolario...*; (1ª Ed. Tecnos, 2014)

Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo Multinivel Derechos Fundamentales*; (1ª Ed. Sanz y Torres, 2011)

Why do I defend the resistance theory?

MANEL ATSERIAS LUQUE²³⁹

Universitat Pompeu Fabra

Abstract

Unlike engagement and convergence postures, the resistance theory has full constitutional legitimacy. American courts (especially the U.S. Supreme Court) should never use and cite the foreign law or foreign judicial decisions to interpret the meaning of the Constitution of the United States. The main reason to defend this assertion is logical: these foreign materials do not have democratic legitimacy. American people have not elected either those lawmakers or judges from other countries. Therefore, their legislation or judgments are irrelevant.

Keywords: resistance theory, constitutional legitimacy, checks and balances, democratic theory, originalist interpretive theory

Resumen

A diferencia de las posturas del compromiso y convergencia, la teoría de la resistencia tiene plena legitimidad constitucional. Los tribunales americanos (especialmente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos) nunca debería utilizar ni citar el derecho extranjero o las resoluciones judiciales extranjeras para interpretar el significado de la Constitución de los Estados Unidos. La razón principal para defender esta afirmación es lógica: estos materiales extranjeros no tienen legitimidad democrática. El pueblo americano no ha elegido a los legisladores ni a los jueces de otros países. Por lo tanto, su legislación o jurisprudencia son irrelevantes.

Palabras clave: teoría de la resistencia, legitimidad constitucional, frenos y contrapesos, teoría democrática, teoría interpretativa originalista.

²³⁹ I want to dedicate this essay to Ms Sonia Hermosilla Díaz, Ms Marta García Gravi, and Ms Aida Ferrer Mitjavila. Thanks to these incredible women, the group ELSA-Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) has been possible. In addition, I also want to inscribe this essay to my parents —Mr Manuel Atserias Gracia and Mrs Marta Beatriz Luque Llaosa—, doctors —Ms Blanca Bueno Julià-Capmany and Ms María del Pino Alonso Ortega—, and my best friend, Mr. Tomás Gabriel Garcia i Micó. All of them are helping me to fight against my disease: Obsessive Compulsive Disorder (OCD).

1. Introduction

One of the most important and exciting questions in the field of comparative constitutional law is whether domestic constitutional courts or supreme courts with judicial review should use and cite the foreign law or foreign court decisions to interpret national constitutions.

This debate has taken place in both US Supreme Court and US Congress, although it is not exclusive to this country. Nonetheless, this essay focuses on analysing this legal question in the context of US legal system, considering that I have studied this topic as from US Supreme Court opinions, legal scholarship, bills, confirmation hearings, and other materials.²⁴⁰

The first section consists of two parts, namely: firstly, it briefly analyses current postures on this topic —resistance, engagement, and convergence— so that the reader can better understand this academic and legal discussion. Secondly, it refers to some important events as of *Roper v. Simmons* opinion in the US.

The second section shows my view about this topic. Unlike professors Victor Ferreres Comella and Vicki C. Jackson, who support engagement posture,²⁴¹ I am a supporter of resistance theory. For this reason, this paper does not intend to be neutral and focuses on exposing the legal (and more precisely, constitutional) foundations of this posture. In particular, I will take into account the democratic theory and originalist interpretation of the US Constitution.

2. The General Framework of this Academic and Legal Discussion in the US

2.1. Brief Mention to the Three Current Postures concerning the Use of Foreign Legal Materials

In accordance with Vicki C. Jackson's book,²⁴² there are three current postures concerning the use of foreign legal materials: resistance, engagement, and convergence.

According to the **resistance theory**, domestic courts interpreting their Constitution must reject foreign legal materials when dealing with constitutional issues. US Supreme Court

²⁴⁰ Bearing in mind that I am very critical with interpretative tools used by the European Court of Human Rights, I consider appropriate to analyse this legal discussion in another context.

²⁴¹ Víctor F. Comella, *Comparative Modesty. A Review of Constitutional Engagement in a Transnational Era*, by Vicki Jackson, *European Constitutional Law Review*, Volume 7, Issue 3 (2011), pp. 517-528. Professor Comella asserts that he is “deeply sympathetic with the engagement model that Jackson has articulated in this book.”

²⁴² Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, 2010.

Chief Justice John G. Roberts and Associate Justice Samuel Alito are supporters of this posture.²⁴³

As per the **engagement posture**, domestic courts may use and cite the transnational law to interpret their Constitution. There is a 'light version', known as **deliberative**, which promotes that judges may consider both foreign law and international law as a permissive source when deciding constitutional issues. There is also a 'hard version', known as **relational**,²⁴⁴ which considers that judges must consider the transnational law materials. In both categories, judges are not required to follow foreign legal precedent. Justices Stephen Breyer and Anthony M. Kennedy defend this posture.

Lastly, the **convergence model** suggests that judges must interpret the national constitution in the light of the transnational law.

2.2. Resistance movement: first reactions after *Roper v. Simmons* opinion

2.1.1. *Roper v. Simmons*

Roper v. Simmons opinion,²⁴⁵ which was delivered by Justice Kennedy and decided on 1 March 2005, generated much controversy in American society. Before explaining its first reactions, it is necessary to summarise this case to understand its constitutional importance.

Simmons planned and committed a capital murder when he was 17. He was tried and sentenced to death. After *Atkins v. Virginia* opinion,²⁴⁶ on which US Supreme Court held that the Constitution prohibits the execution of a mentally retarded person under Eighth²⁴⁷ and Fourteenth²⁴⁸ Amendments, Simmons filed a new petition²⁴⁹ for state postconviction relief before the Missouri Supreme Court. This court held that since *Stanford v. Kentucky*²⁵⁰ "a

²⁴³ The late Associate Justice Antonin Gregory Scalia, who died in February 2016, was also an ardent supporter of this theory.

²⁴⁴ American judges do not follow this posture. Nonetheless, other countries have expressly recognised it in their constitutions. For instance, according to Article 39.1 of the Constitution of the Republic of South Africa (1996), "When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (b) must consider international law, and (c) may consider foreign law.

²⁴⁵ *Roper v. Simmons* (03-633) 543 U.S. 551 (2005)

²⁴⁶ *Atkins v. Virginia* (00-8452) 536 U.S. 304 (2002): "Our independent evaluation of the issue reveals no reason to disagree with the judgment of 'the legislatures that have recently addressed the matter' and concluded that death is not a suitable punishment for a mentally retarded criminal. We are not persuaded that the execution of mentally retarded criminals will measurably advance the deterrent or the retributive purpose of the death penalty. Construing and applying the Eighth Amendment in the light of our 'evolving standards of decency', we therefore conclude that such punishment is excessive and that the Constitution 'places a substantive restriction on the State's power to take the life' of a mentally retarded offender."

²⁴⁷ US Constitution Amendment VIII provides that "[E]xcessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted."

²⁴⁸ Through the Fourteenth Amendment, the Amendment VIII is applicable to the States. The US Supreme Court cited *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 239 (1972) (*per curiam*); *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 666—667 (1962) and *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459, 463 (1947) (plurality opinion) to justify this interpretation.

²⁴⁹ Simmons firstly filed a motion for postconviction relief based on ineffective assistance at trial. This motion was rejected.

²⁵⁰ *Stanford v. Kentucky* (No. 87-5765)

national consensus has developed against the execution of juvenile offenders” and accordingly it set aside Simmons’ death sentence and resentenced him to “life imprisonment without eligibility for probation, parole, or release except by act of the Governor.”

The key question, in this case, was to determine whether it was constitutional under the Eighth and Fourteenth Amendments to the US Constitution to execute a juvenile offender who was older than 15 but younger than 18 when he committed a capital crime.

After analysing whether there was a change of the national consensus in US, bearing in mind American precedents and legislatures on this legal question, US Supreme Court used and cited foreign law to interpret the Eighth Amendment.^{251,252} It held that “[t]he Eighth and Fourteenth Amendments forbid imposition of the death penalty on offenders who were under the age of 18 when their crimes were committed” and it upheld the judgment of the Missouri Supreme Court.

Justice Scalia, with the support of Chief Justice John G. Roberts and Justice Clarence Thomas, formulated a dissenting opinion. He did not agree with Kennedy on the use of foreign law to determine the meaning of Eighth Amendment.²⁵³

2.1.2. Scalia (resistance) v. Breyer (deliberative engagement)

It is very illustrative to read the informal discussion between US Supreme Court Justices Scalia and Breyer on the validity of using the foreign material on constitutional issues,²⁵⁴ which took place at the American University Washington College of Law on 13 January 2005.

²⁵¹ *Roper v. Simmons*: “Yet at least from the time of the Court’s decision in *Trop* [v. Dulles], the Court has referred to the laws of other countries and to international authorities as instructive for its interpretation of the Eighth Amendment’s prohibition of cruel and unusual punishments.” Moreover, US Supreme Court added that “Respondent and his *amici* have submitted, and petitioner does not contest, that only seven countries other than the United States have executed juvenile offenders since 1990: Iran, Pakistan, Saudi Arabia, Yemen, Nigeria, the Democratic Republic of Congo, and China. Since then each of these countries has either abolished capital punishment for juveniles or made public disavowal of the practice. Brief for Respondent 49—50. In sum, it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty.”

²⁵² *Trop v. Dulles* (No. 70) 356 U.S. 86: “The civilized nations of the world are in virtual unanimity that statelessness is not to be imposed as punishment for crime”; *Atkins v. Virginia*: “within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved”; *Thompson v. Oklahoma* (No. 86-6169) 487 U.S. 815: “[w]e have previously recognized the relevance of the views of the international community in determining whether a punishment is cruel and unusual”; *Enmund v. Florida* (No. 81-5321) 458 U.S. 782: “the doctrine of felony murder has been abolished in England and India, severely restricted in Canada and a number of other Commonwealth countries, and is unknown in continental Europe.”; *Coker v. Georgia* (No. 75-5444) 433 U.S. 584: “It is (...) not irrelevant here that out of 60 major nations in the world surveyed in 1965, only 3 retained the death penalty for rape where death did not ensue.”

²⁵³ Scalia’s dissenting opinion (*Roper v. Simmons*): “The Court thus proclaims itself sole arbiter of our Nation’s moral standards—and in the course of discharging that awesome responsibility purports to take guidance from the views of foreign courts and legislatures. Because I do not believe that the meaning of our Eighth Amendment, any more than the meaning of other provisions of our Constitution, should be determined by the subjective views of five Members of this Court and like-minded foreigners, I dissent.”

²⁵⁴ Norman Dorsen, *The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, Oxford University Press and New York University School of Law 2005, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 519-541.

In this conversation, the reader can clearly identify two of three existing postures concerning above mentioned legal question: while Scalia defends resistance theory, Breyer is a supporter of deliberative engagement position.

This conversation was not merely an academic discussion. Behind this, there was a legal debate between US Supreme Court Justices,²⁵⁵ which can be seen in *Roper v. Simmons* opinion.

After Dorsen's first questions,²⁵⁶ Justice Scalia answered with an amusing comment, which clearly symbolized his position on that subject.²⁵⁷ His speech analysed several positive ingredients of resistance theory that I want to emphasize. Firstly, he stressed that American people have its own moral and legal framework.²⁵⁸ He referred to the Federalist Papers to determine the differences between US and European countries.²⁵⁹ Secondly, Scalia highlighted the selective use of foreign law when some American judges decide constitutional issues,²⁶⁰ citing *Lawrence v. Texas*.²⁶¹ Lastly, he asserted that there is a difference between writing and interpreting a Constitution. While the former is appropriate to use foreign law, the latter is not.²⁶²

Breyer also began his speech with a funny comment, which refuted Scalia's first assertion.²⁶³ He explained a personal anecdote that reflected this academic and legal discussion between resistance and engagement supporters.²⁶⁴ He repeated *ad nauseam* that decisions of foreign

²⁵⁵ Marc C. Rahdert, *Comparative constitutional advocacy*, The American University Law Review, 56 Am. U.L. Rev. 553 (2007), pp. 554-665: "As the nation soon learned, Justices Breyer and Scalia's [...] conversation was not purely academic exchange. Behind this discussion (known to them though not yet to us) was the Supreme Court's pending decision in *Roper v. Simmons*."

²⁵⁶ Ibid. at 16. Among all formulated questions from the beginning, maybe the clearest and straightforward question was as follows: "(...) is appropriate for our [American] judges to use and cite to foreign materials in the course of deciding constitutional cases?"

²⁵⁷ Ibid. at 16. "Well, most of those questions should be addressed to Justice Breyer because I do not use foreign law in the interpretation of the United States Constitution."

²⁵⁸ Ibid. at 16. "But we don't have the same moral and legal framework as the rest of the world, and never have."

²⁵⁹ Ibid. at 16. "If you read the Federalist Papers, they are full of statements that make very clear the framers didn't have a whole lot of respect for many of the rules in European countries. Madison, for example, speaks contemptuously of the countries of continental Europe, 'who are afraid to let their people bear arms.'"

²⁶⁰ Ibid. at 16. "When it agrees with what the justices would like the case to say, we use the foreign law, and when it doesn't agree we don't use it."

²⁶¹ *Lawrence et al. v. Texas* (02-102) 539 U.S. 558 (2003)

²⁶² Ibid. at 16. "Why is it that foreign law would be relevant to what an American judge does when he interprets—interprets, not writes—the Constitution? Of course the founders used a lot of foreign law. If you read the Federalist Papers, it's full of discussions of the Swiss system, the German system, etc. It's full of that because comparison with the practices of other countries is very useful in devising a constitution. But why is it useful in interpreting one?"

²⁶³ Ibid. at 16. "I think my law clerk found a case where Justice Scalia referred to foreign law."

²⁶⁴ Ibid. at 16. "The best example arose at a seminar where several professors, a member of Congress, a senator, and another judge and I were discussing the relations among the branches of government. The congressman began to criticize the Supreme Court's use of foreign law in its decisions (...) I said to the congressman, 'If I have a difficult case and a human being called a judge, though of a different country, has had to consider a similar problem, why should I not read what that judge has said? It will not bind me, but I may learn something. The congressman replied, 'Fine, you are right. Read it. Just don't cite it in your opinion.'"

courts do not bind American courts and there was no problem to take into account this foreign material.

2.1.3. Legislative reaction: “Constitution Restoration Act” and “American Justice for American Citizens Act”

Roper v. Simmons was decided on 1 March 2005. Two days after, US Senator Richard C. Shelby and Representative Robert B. Aderholt, among others who support them, introduced a Bill each one to limit the jurisdiction of Federal courts in certain cases and promote federalism, known also as “Constitution Restoration Act of 2005” (henceforth, CRA), in the US Senate²⁶⁵ and the US House of the Representatives.²⁶⁶ In accordance with Section 201 CRA, American courts “may not rely upon” foreign law or foreign court decisions to interpret and apply the US Constitution.²⁶⁷ The purpose of these bills, which were not finally enacted, was “[to protect and preserve] the Constitution of the United States by restricting federal courts from recognizing the laws of foreign jurisdictions and international law as the supreme law of our land.”²⁶⁸

Moreover, in order to dissuade American judges from using and citing foreign legal material, CRA stated that they could be removed upon impeachment and conviction.²⁶⁹

Later, Representative Ronald Ernest “Ron” Paul introduced a Bill to ensure that the courts interpret the Constitution in the manner that the Framers intended, also known as “American Justice for American Citizens Act” (henceforth, AJACA),²⁷⁰ in the US House of

²⁶⁵ S.520 — 109th Congress (2005-2006) U.S. Senate: <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/senate-bill/520/all-info> (last visited on 27 February 2017).

²⁶⁶ H.R.1070 — 109th Congress (2005-2006) the House of the Representatives of the United States: <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-bill/1070/all-info> (last visited on 27 February 2017).

²⁶⁷ Section 201 CRA, called “The interpretation of the Constitution”, stated that “In interpreting and applying the Constitution of the United States, a court of the United States may not rely upon any constitution, law, administrative rule, Executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States.”

²⁶⁸ Judge Rooy More’s statement in an interview: <http://www.waff.com/Global/story.asp?S=1644862> (last visited on December 14, 2015). Although CRA was originally introduced in 2004, the purpose of these bills were the same in 2005.

²⁶⁹ Section 302 CRA, called “Impeachment, conviction, and removal of judges for certain extrajurisdictional activities”, provided that “To the extent that a justice of the Supreme Court of the United States or any judge of any Federal court engages in any activity that exceeds the jurisdiction of the court of that justice or judge, as the case may be, by reason of section 1260 or 1370 of title 28, United States Code, as added by this Act, engaging in that activity shall be deemed to constitute the commission of (1) an offense for which the judge may be removed upon impeachment and conviction; and (2) a breach of the standard of good behaviour required by article III, section 1 of the Constitution.”

²⁷⁰ H.R.1658 — 109th Congress (2005-2006): <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-bill/1658/text?q=%7B%22search%3A%5B%22American+Justice+for+Americans+Citizens+Act%22%5D%7D&resultIndex=6> (last visited on 27 February 2017). In accordance with Section 3 AJACA Bill, “Neither the Supreme Court of the United States nor any lower Federal court shall, in the purported exercise of judicial power to interpret and apply the Constitution of the United States, employ the constitution, laws, administrative rules, executive orders, directives, policies, or judicial decisions of any international organization or foreign state, except for the English constitutional and common law or other sources of law relied upon by the Framers of the Constitution of the United States”.

Representatives on 14 April 2005. The Section 3 AJACA also prohibited American judges from using and applying foreign law and foreign court decisions to interpret the US Constitution. This bill was not either enacted.

2.1.4. Confirmation hearings: Roberts and Alito before the U.S. Senate

In the hearing on the nomination of John G. Roberts JR. to be Chief Justice of the United States,²⁷¹ before the Committee on the Judiciary United States Senate, which took place between 12-15 September 2005, Senator Kyl Jon asked him about the role of foreign law in US Supreme Court decisions.²⁷² Kyl, who defends the democratic theory,²⁷³ referred to two cases (*Roper v. Simmons* and *Knight v. Florida*) to show his concern on this judicial practice.

Roberts used democratic theory to answer Senator Kyl's question.²⁷⁴ Moreover, he showed his concern on using foreign precedent because it enlarges the discretionary power of judges.²⁷⁵

In the hearing on the nomination of Samuel A. Alito, JR. to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States,²⁷⁶ which took place between 9-13 January 2006, Senator Kyl asked the same. Alito said that foreign law is not helpful to interpret the U.S. Constitution.²⁷⁷

²⁷¹ Confirmation hearing on the nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States before the Committee on the Judiciary United States Senate (available in <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>).

²⁷² Ibid. at 33. "What, if anything, is the proper role of foreign law in U.S. Supreme Court decisions? Of course we are not talking about interpreting treaties or foreign contracts, but cases such as those that would involve interpretations of the U.S. Constitution?"

²⁷³ Ibid. at 33. "Our Constitution was drafted by the Nation's Founders, ratified by the States, and amended repeatedly through our constitutional processes that involve both Federal and State legislators. It is an American Constitution, not a European or an African or an Asian one, and its meaning, it seems to me, by definition, cannot be determined by reference to foreign law."

²⁷⁴ Ibid. at 33. "Judicial decisions in this country —judges of course are not accountable to the people, but we are appointed through a process that allows for participation of the electorate, the President who nominates judges is obviously accountable to the people. The Senators who confirm judges are accountable to the people. In that way the role of the judge is consistent with the democratic theory. If we're relying on a decision from a German judge about what our Constitution means, no President accountable to the people appointed that judge, and no Senate accountable to the people confirmed that judge, and yet he's playing a role in shaping a law that binds the people in this country."

²⁷⁵ Ibid. at 33. "The other part of it that would concern me is that relying on foreign precedent doesn't confine judges. It doesn't limit their discretion the way relying on domestic precedent does. Domestic precedent can confine and shape the discretion of the judges. In foreign law you can find anything you want. (...) And that actually expands the discretion of the judge. It allows the judge to incorporate his or her own personal preferences, cloak them with the authority of precedent because they're finding precedent in foreign law, and use that to determine the meaning of the Constitution. I think that's a misuse of precedent, not a correct use of precedent."

²⁷⁶ Confirmation hearing on the nomination of Samuel A. Alito, JR. to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States before the Committee on the Judiciary United States Senate (available in <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-109shrg25429/pdf/CHRG-109shrg25429.pdf>).

²⁷⁷ Ibid. at 38. "I don't think that foreign law is helpful in interpreting the Constitution. (...) As for the protection of individual rights, I think that we should look to our own Constitution and our own precedents. (...) We have our own law, we have our own traditions, we have our own precedents, and we should look to that in interpreting our Constitution."

3. The constitutional legitimacy of the resistance theory: Scalia's originalism and textualism

Unlike engagement and convergence postures, the resistance theory has full constitutional legitimacy. American courts (especially the U.S. Supreme Court) should never use and cite the foreign law or foreign judicial decisions to interpret the meaning of the Constitution of the United States. The main reason to defend this assertion is logical: these foreign materials do not have democratic legitimacy. American people have not elected either those lawmakers or judges from other countries. Therefore, their legislation or judgments are irrelevant.

Although these foreign materials are not binding on American courts (deliberative and relational engagement), the mere fact of citing and using them on judicial decisions violates clearly the principle of separation of powers²⁷⁸ and democratic government.

When some American judge cites and uses the foreign law or foreign court decisions to interpret the US Constitution, it is necessary to ask him or her the following questions: who has voted this foreign law? Who is accountable to the American citizens? Why has he or she cited and used only this specific foreign material (for example, French case-law) and not another when interpreting US Constitution?

Judges should take into account that citing and using foreign material is irrelevant to decide American constitutional issues.²⁷⁹ Furthermore, this judicial practice increases the discretionary power of American judges, which is initially limited by American precedent. This scenario undermines legal certainty, so long as citizens will not be able to know how an American court resolves a specific case. We are probably before the most perverse and sophisticated judicial practice which main purpose is to replace American people's will with the judge view, and this is very dangerous in a democracy.

I agree with Justice Scalia on the distinction between writing and interpreting a Constitution. In order to determine the original meaning of any Constitution, it is necessary to take into account when this legal document was adopted by its framers. As a result of this theory, it is not appropriate to use foreign legal material when American judges decide constitutional issues. It is not only irrelevant, but it can be harmful to American people. If an American judge cites and uses the foreign material, it seems that the Supreme law of this country does not have sufficient "force" or "personality" to offer a legal answer before American legal disputes.

²⁷⁸ I represent checks and balances system with a 'perfect triangle', which reflects that each power controls and is controlled by each other for the purposes of avoiding the abuse of power. In the case of Judicial Branch, US Supreme Court can declare unconstitutional both laws of US Congress and presidential acts. In compensation for this power, judges are nominated by the President and confirmed by the Senate. Moreover, judges can be impeached by US Congress, as well as removing them from office whether impeachment is passed.

²⁷⁹ If they are interested in using and citing foreign materials, he can write books that illustrate comparative constitutional law analysis. I will be delighted to buy them and study them because I also like it.

However, it is important to distinguish between constitutional issues (for example, fundamental or constitutional rights) and other topics, such as foreign investment, which may be regulated by treaties. In this case, taking into account that the American people, through US Congress, have consented to join this international agreement, American judges are authorised to pay attention how parties' courts have decided one particular case under a treaty.

Lastly, I would like to add as follows: Firstly, although some assert that support the resistance theory is provincial and narrow-minded (I am sorry but I cannot share this opinion), it is perfectly compatible to defend this theory and at the same time to be interested in analysing the field of comparative constitutional law. For example, an American judge can study a specific foreign law to participate in an academic debate with other judges or publish a paper establishing the differences between foreign constitutional law and his or her own. But when this judge must decide one case in accordance with his or her Constitution, he or she should never use foreign law or foreign court decisions to interpret it.

Secondly, although conspiracy theories are very entertaining, I do not think they are good enough reasons to support the resistance theory. The Western dominance or international elite, whose purpose is to impose its decisions on other countries (in this case, U.S.), are ridiculous. If someone wants to defend this theory through these reasons, it is better that he or she immediately leaves this academic and legal discussion.

Bibliography

Articles and Books

- Comella, V F. Comparative Modesty. A Review of Constitutional Engagement in a Transnational Era, by Vicki Jackson, *European Constitutional Law Review*, Volume 7, Issue 3 (2011).
- Jackson, V J. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, 2010.
- Dorsen, N. The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer; Oxford University Press and New York University School of Law 2005, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, Number 4, 2005.
- Rahdert, M C. Comparative constitutional advocacy, *The American University Law Review*, 56 Am. U.L. Rev. 553 (2007), pp. 554-665.

Case law

- *Roper v. Simmons* (03-633) 543 U.S. 551 (2005).
- *Atkins v. Virginia* (00-8452) 536 U.S. 304 (2002).
- *Trop v. Dulles* (No. 70) 356 U.S. 86.
- *Thompson v. Oklahoma* (No. 86-6169) 487 U.S. 815.
- *Enmund v. Florida* (No. 81-5321) 458 U.S. 782.
- *Coker v. Georgia* (No. 75-5444) 433 U.S. 584.

Bills

- S.520 — 109th Congress (2005-2006) A bill to limit the jurisdiction of Federal courts in certain cases and promote federalism. [also known as «Constitution Restoration Act of 2005»].
- H.R.1070 — 109th Congress (2005-2006) To limit the jurisdiction of Federal courts in certain cases and promote federalism. [also known «Constitution Restoration Act of 2005»].
- H.R.1658 — 109th Congress (2005-2006) To ensure that the courts interpret the Constitution in the manner that the Framers intended. [also known «American Justice for Americans Citizens Act»].

Other materials

- S.HRG. 109–158 Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, JR. To Be Chief Justice of the United States Hearing before the Committee on the Judiciary United States Senate September 12-15, Serial No. J–109–37.
- S. HRG. 109–277 Confirmation Hearing on the Nomination of Samuel A. Alito, JR. To Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States before the Committee on the Judiciary United States Senate, January 9-13, Serial No. J–109–56.

La cláusula de integración en la contratación internacional

MANUEL DAVID MARTÍN RODRÍGUEZ

Universidad San Pablo CEU

Resumen

En la contratación internacional actual, y cada vez en mayor medida, se nota la influencia del sistema jurídico del *Common law*. Una de las cláusulas más comunes contenidas en los contratos de compraventa internacional es la denominada cláusula de integración. El presente artículo busca analizar sus principales características, los límites existentes para que sea operativa, así como los problemas que plantea su interpretación en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Palabras clave: Contratación internacional, *parol evidence rule*, cláusula de integración, cláusula de no modificación oral, *estoppel*, principios de UNIDROIT, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Abstract

Nowadays and increasingly, the influence of the Common law legal system is noted in the international contracts. One of the most common clauses contained in international sales contracts is the so-called integration clause. This article aims to analyze its main characteristics, the limits to be operational and the problems of its interpretation in relation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

Keywords: International contracts, *parol evidence rule*, merger clause, no oral modification clause, *estoppel*, UNIDROIT principles, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

1. Introducción

La *parol evidence rule* o regla de la prueba del acuerdo es una doctrina aceptada en el sistema jurídico propio de los países anglosajones, el conocido como *Common law*, que tiene como utilidad impedir la consideración de cualquier acuerdo verbal que contradiga lo que por escrito han establecido las partes. Se trata en definitiva de prohibir que el intérprete recurra a circunstancias extrínsecas al contrato cuando existe una declaración de voluntad sin lagunas legales. Aunque esta doctrina es aceptada en el *Common law*, aquellos países que pertenecen a la familia jurídica del conocido como Derecho continental o *Civil law*, como por ejemplo España, no disponen de tal regla ya que se permite al juez acudir tanto al acuerdo suscrito como a cualesquiera otros datos,²⁸⁰ a fin de investigar la voluntad normativa de los contratantes.²⁸¹ En virtud de esto, podemos afirmar que nos encontramos ante una relevante diferencia de planteamientos entre ambos sistemas jurídicos ya que el *Common law* garantiza la seguridad jurídica, mientras que el *Civil law* permite alterar este acuerdo de voluntades entre las partes otorgando más flexibilidad.

La mejor manera de conseguir esta restricción probatoria de la *parol evidence rule* en un contrato escrito es a través de la denominada **cláusula de integración**. El nombre de esta cláusula deriva del hecho de que en virtud de la misma se consideran integrados o incorporados de forma exclusiva y excluyente todos los términos del acuerdo en el contrato sin poder tenerse en cuenta otros factores, es decir se atenderá solamente a lo que se encuentre escrito dentro de las *cuatro esquinas del papel*²⁸² que contiene el contrato. Esta disposición contractual recibe diversos nombres en otros países como cláusula de fusión en Estados Unidos o cláusula de acuerdo completo/de totalidad del acuerdo en Reino Unido, si bien independientemente del nombre que se le quiera otorgar cumple las mismas funciones. Esta cláusula originada en el ordenamiento jurídico estadounidense es considerada en dicho país como imprescindible, teniendo la misma importancia que otras tales como la ley que regirá el contrato o la posible divisibilidad del contrato en el caso de que alguna de las disposiciones contractuales sea declarada nula y suele aparecer en la práctica como una de las últimas disposiciones contractuales.

Como límite a su aplicabilidad debemos referirnos al *estoppel* o doctrina de los actos propios. En virtud de esta teoría mientras se esté ejecutando el contrato la conducta realizada por las partes, o de una parte con la aquiescencia de la otra, puede implicar el reconocimiento o la modificación de obligaciones respecto de su tratamiento en el contrato formal, dejando por tanto inoperativa la cláusula de integración. Por ejemplo si el acuerdo establece que la entrega

²⁸⁰ J. Klotz, *Power Tools for Negotiating International Business Deals*; (1ª edición, Kluwer Law International, 2008) 24.

²⁸¹ M.Serrano Fernández, *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del Derecho Privado*; (Tirant lo blanch. 2012) 161.

²⁸² Traducción de la frase utilizada derecho estadounidense *four corners rule*.

debe ser el miércoles, pero el vendedor hace la entrega el jueves y el comprador no se opone, su conducta modificará el plazo de entrega del acuerdo.²⁸³

Además, es también destacable que con carácter complementario a esta cláusula de integridad se incluya la denominada cláusula de prohibición de modificación oral en virtud de la cual se impone la exigencia de que los futuros cambios que enmienden un contrato se realicen por escrito. De esta forma se pretenden evitar modificaciones del contrato sin que puedan ser plenamente advertidas por las partes involucradas en la transacción,²⁸⁴ si bien no debemos olvidar que es aplicable la teoría de los actos propios o *estoppel*.

Un ejemplo de posible redacción de la cláusula de integración podría ser el siguiente.²⁸⁵

«No existen declaraciones, ni compromisos verbales que no hayan sido incorporados al presente contrato».

A pesar de que esta transcripción pueda parecer tan breve y simple, esta cláusula adquiere una diferente dimensión si se usa en un contrato internacional.

2. Utilización en la práctica comercial internacional

En el ámbito internacional estas cláusulas adquieren cada vez más relevancia²⁸⁶ debido a la abrumadora preponderancia del sistema jurídico del *Common law* frente a todos los demás sistemas jurídicos existentes. A continuación estudiaremos la relación que guarda la cláusula de integración con los dos instrumentos más importantes que conforman el llamado Derecho Uniforme del Comercio Internacional.²⁸⁷ Estos textos serían los Principios de UNIDROIT así como la Convención las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

En primer lugar, nos referiremos a los conocidos como principios de UNIDROIT: los cuales resultan de aplicación en general a contratos mercantiles internacionales. Estos principios son revisados periódicamente²⁸⁸ por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, una agencia especializada de las Naciones Unidas que tiene como misión la unificación del derecho privado. En relación con la cláusula de integración hay que señalar

²⁸³ J. Klotz, *Power Tools for Negotiating International Business Deals*; (1ª edición, Kluwer Law International, 2008) 25.
²⁸⁴ M. del P. Perales Viscasillas, *Las cláusulas de restricción probatoria o merger clauses en los contratos internacionales*, (1998) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/merger.html>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

²⁸⁵ A. Ortega Giménez, *Guía práctica de contratación internacional* (3ª edición actualizada, ESIC Editorial, 2014) 53.

²⁸⁶ *Top Terms in Negotiation of the International Association for Contract and Commercial Management of the year 2012* (2013) <http://negotiatormagazine.com/docs/cummins_201302184.pdf>, acceso 2 de febrero de 2017.

²⁸⁷ M. del P. Perales Viscasillas, *Las cláusulas de restricción probatoria o merger clauses en los contratos internacionales*, (1998) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/merger.html>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

²⁸⁸ Su versión original en inglés data de 1994, siendo su segunda versión realizada en 2004. Su tercera y más reciente versión fue publicada en el año 2010 y puede ser consultada en el siguiente enlace:

<<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

que existe una referencia explícita a ella dentro de sus principios, concretamente en su artículo 2.1.17: «*Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.*».

Respecto a este principio debemos señalar que una cláusula de integración sólo cubre las declaraciones o acuerdos anteriores entre las partes y no excluye los acuerdos informales posteriores entre ellos. Sin embargo, las partes tienen la libertad de extender una forma acordada incluso a futuras enmiendas tal y como señala el artículo 2.1.18 donde se recoge igualmente el *estoppel*: «Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos».²⁸⁹

El segundo texto internacional destacable es que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, firmada en Viena el 11 de abril de 1980, sea aplicable al contrato. Han ratificado este Convenio un total de 85 países,²⁹⁰ pasando por dichos países más de dos tercios del comercio internacional total.²⁹¹ Esta Convención se aplicará automáticamente si bien cabe excluir expresamente su aplicación en virtud de la libertad contractual de las partes tal y como dispone el artículo 6 del propio texto.²⁹² La catedrática Perales Viscasillas señala que si bien la Convención no acoge expresamente una regla de interpretación como la que acabamos de ver en los Principios de UNIDROIT, en el caso de existencia de cláusulas de integración se plantean interesantes problemas a la hora de determinar su significado y alcance.²⁹³

El artículo conflictivo en el tema que tratamos es el 8.3 de dicho texto: «*Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en*

²⁸⁹ *Comments of Unidroit Principles: Chapter 2: Formation and authority of agents* (2013) <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/415-chapter-2-formation-and-authority-of-agents-section-1-formation/895-article-2-1-17-merger-clauses>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

²⁹⁰ Tras la entrada en vigor en Azerbaiyán el 1 de junio de 2017 serán 85 los estados parte. El listado de todos los países que se han adherido hasta el momento a la Convención de Viena, así como las exclusiones que han realizado a la misma, se puede consultar en el siguiente enlace:

<http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>, Acceso el 2 de febrero de 2017. En el caso concreto de España se procedió a suscribir dicha Convención el 30 de enero de 1991 <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-2552>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

²⁹¹ A. Ortega Giménez, *Guía práctica de contratación internacional* (3ª edición actualizada, ESIC Editorial, 2014) 67-68.

²⁹² *Convención las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* <<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

²⁹³ M. del P. Perales Viscasillas, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, (2001) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes».

En este precepto se hace mención a la necesidad de tomar en consideración múltiples aspectos a la hora de interpretar un acuerdo y por tanto debemos plantearnos lo siguiente: ¿Realmente excluye este precepto la aplicación de una cláusula de integración que restringiría la interpretación atendiendo únicamente a lo contenido en el contrato?

En relación con este debate es destacable la opinión número 3 del Consejo Consultivo sobre compraventa internacional de mercaderías; emitida el 23 de octubre de 2004. Gracias a ella se realiza una propuesta de interpretación consistente en la imposibilidad de proceder a la aplicación de la *parol evidence rule*, y todas sus plasmaciones como la cláusula de integración, en aquellos supuestos que sean relativos a la compraventa internacional de mercaderías.²⁹⁴ Complementando a lo anterior el catedrático Sánchez Lorenzo considera que el debate relativo sobre si el artículo 8 de Convención excluye la validez de la cláusulas de integración es en cierto modo infundado: las cláusulas de integración, tienen como efecto esencial excluir del contrato, como “obligaciones”, cualesquiera declaraciones o documentos no contenidos en el acuerdo final, pero de hecho no impide que puedan ser utilizados como elementos de interpretación de las cláusulas integradas en dicho contrato final cuando son ambiguas, sin admitir que puedan ser contradictorios.²⁹⁵

Igualmente hay que señalar que está previsto en el artículo 29.2 de la Convención la doctrina del *estoppel*: «Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos».

3. Conclusiones finales

Como cierre de este análisis es importante no olvidar en ningún momento la posibilidad de que esta cláusula quede limitada por la teoría del *estoppel* ni tampoco el hecho de que las cláusulas de integración tienen su origen en el sistema del *Common law* pudiendo crear conflicto en jurisdicciones que no prevén la *parol evidence rule*.

Además, debido a la cada vez mayor importancia en la contratación internacional de la cláusula de integración se recomienda, como precaución previa al perfeccionamiento del contrato, que se realice una revisión a fondo del contrato para analizar la posible existencia

²⁹⁴ CISG Advisory Council Opinion No. 3 (26 de Julio de 2006) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op3.html>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

²⁹⁵ S. Sánchez Lorenzo, *La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el derecho comparado – Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/9.pdf>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

términos ambiguos o ausentes pero necesarios. Igualmente el comprador debe verificar que todas las promesas realizadas por el vendedor están efectivamente contenidas en el contrato.²⁹⁶

4. Bibliografía

4.1. Normativa y opiniones sobre ella

1. *CISG Advisory Council Opinion No. 3* (26 de Julio de 2006) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op3.html>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.
2. *Comments of Unidroit Principles: Chapter 2: Formation and authority of agents* (2013) <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/415-chapter-2-formation-and-authority-of-agents-section-1-formation/895-article-2-1-17-merger-clauses>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.
3. *Convención las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* <<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.
4. *Principios de UNIDROIT* <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.
5. *Ratificación por parte del Reino de España de la Convención las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-2552>, Acceso el 2 de febrero de 2017.

4.2. Artículos doctrinales y manuales

1. J. Klotz, *Power Tools for Negotiating International Business Deals*; (1ª edición, Kluwer Law International, 2008)
2. A. Ortega Giménez, *Guía práctica de contratación internacional* (3ª edición actualizada, ESIC Editorial, 2014)
3. M. del P. Perales Viscasillas, *Las cláusulas de restricción probatoria o merger clauses en los contratos internacionales*, (1998)

²⁹⁶ J. Klotz, *Power Tools for Negotiating International Business Deals*; (1ª edición, Kluwer Law International, 2008) 24-25.

- <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/merger.html>> , Acceso el 2 de febrero de 2017.
4. M. del P. Perales Viscasillas, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, (2001) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.
 5. S. Sánchez Lorenzo, *La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el derecho comparado – Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/9.pdf>>, Acceso el 2 de febrero de 2017.
 6. M. Serrano Fernández, *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del Derecho Privado*; (Tirant lo blanch. 2012)

La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Jurisprudencia: comparación de las posturas de la Fiscalía General del Estado y del Tribunal Supremo

RAÚL CASTRO CABALLERO

Universidad de Valladolid

Resumen

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una cuestión muy reciente que ha empezado a ser tratada por la jurisprudencia española. El presente artículo intentará ofrecer un análisis de cómo la naturaleza de esta figura ha sido tratada por el Tribunal Supremo español.

Palabras clave: Tribunal, Supremo, responsabilidad penal, persona jurídica

Abstract

The legal person's criminal responsibility is a very recent topic, which have been started to be address by the Spanish jurisprudence. This paper tries to offer an analysis about how the nature of this figure has been analyzed by the Spanish Supreme Court.

Key words: Cour, Supreme, criminal responsibility, legal person

1. Introducción

En el año 2010, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se introdujo dentro del ordenamiento jurídico-penal español la responsabilidad de las personas jurídicas, hecho que al mismo tiempo fue una evidente novedad y un gran avance en la legislación penal nacional por cuanto amplía las posibilidades de persecución de infracciones penales.

Respecto de la necesidad de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en primer lugar la Exposición de Motivos²⁹⁷ de la citada Ley de reforma reconoce que ello deriva de la demanda de diversos instrumentos jurídicos internacionales de dar una respuesta penal a figuras delictivas en las que las personas jurídicas pudieran verse involucradas.

En el presente trabajo se intentará realizar un análisis introductorio de la doctrina jurídica acerca de la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, para posteriormente adentrarse en la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, en comparación con lo defendido por la Fiscalía General del Estado, pudiendo adelantarse que ambos organismos defienden posiciones que si bien son ciertamente parecidas, son totalmente distintas.

2. Una breve introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Lo primero de todo se hace necesario determinar en qué consiste la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consistiendo básicamente en que las personas jurídicas podrán ser declaradas penalmente responsable de determinados tipos delictivos, en virtud de lo establecido en el artículo 31 Bis del Código Penal²⁹⁸.

²⁹⁷ La Exposición de Motivos, en su apartado VII, dice literalmente lo siguiente: “Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea”.

²⁹⁸ Art. 31 Bis CP: En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: **a)** De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; **b)** De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Como puede apreciarse, y cómo ya ha sido señalado por parte de la inmensa mayoría de la doctrina jurídica, el legislador optó por un criterio doble de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas:

- 1- Que el delito haya sido cometido por los administradores o representantes legales de la empresa, en beneficio y por nombre de ésta; o
- 2- Que el delito haya sido cometido en beneficio y por cuenta de la persona jurídica por alguno de sus empleados, si ello ha venido motivado por la ausencia de políticas y medidas destinadas a evitar la comisión de delitos.

Esas medidas y políticas a las que se hace referencia en el apartado anterior son los programas de cumplimiento normativo, más comúnmente denominados “programas de compliance”. La existencia de este tipo de mecanismos de control dentro de la persona jurídica, y siempre que se entiendan como adecuados, tiene como consecuencia el que ante la comisión de delitos por las personas y en las circunstancias antes reseñadas, la persona jurídica no tendrá que responder por ello.

3. La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Tribunal Supremo

El hecho de que se trate de una figura de reciente introducción, y aun a pesar de poder ser considerada un importante avance en la legislación penal española, hace que inevitablemente exista un halo de incertidumbre sobre su naturaleza, siendo necesario el establecimiento de jurisprudencia para dotar de mayor claridad a esta figura. A este respecto es de suma importancia la STS 154/2016, de 29 de febrero. Como primer pronunciamiento importante, esta Sentencia dice que para la determinación del actuar de la persona jurídica (lo que es muy relevante para observar la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas) debe partirse de la constatación de si el delito que se cometa dentro de la empresa ha venido siendo facilitado por la falta de una cultura de cumplimiento (o lo que es lo mismo, la carencia de medidas de control) o si, aun existiendo medidas de control, éstas no son adecuadas para evitar la comisión del delito.

A juicio de la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, la circunstancia de exoneración de responsabilidad estaría muy próxima a la excusa absolutoria²⁹⁹. Sin embargo, la citada STS disiente de esta afirmación, porque la excusa absolutoria indicada por la Fiscalía General del Estado parte de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad por el hecho, excluyéndose su punibilidad; mientras que el Tribunal entiende que la presencia de

²⁹⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (coord.), “Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General”, Editorial Tecnos, Pág. 304: Sobre las excusas absolutorias: “*Son situaciones generalmente vinculadas a la persona del autor, que implican que se considere político-criminalmente inadecuado o innecesario imponer cualquier castigo, y afectan exclusivamente a aquellos respecto de quienes concurre*”.

los adecuados mecanismos de control no implicaría la exoneración de responsabilidad, sino la inexistencia de la misma.

Es decir, según el TS, la exención de responsabilidad por la existencia de adecuados mecanismos de control no actúa como excusa absolutoria, sino que excluye de responsabilidad porque ésta es inexistente. El TS justifica esta afirmación en el hecho de que el núcleo de responsabilidad de la persona jurídica consiste esencialmente en la no adopción de medidas de control adecuadas destinadas a evitar la comisión de delitos en el seno del ente.

En conexión con lo expresado en el párrafo anterior, el TS dice que la figura de la exención de responsabilidad de personas jurídicas tiene como objetivo el evitar daños reputacionales a la empresa. Esta motivación refuerza la tesis de que nos encontramos ante una exclusión de responsabilidad por su inexistencia, porque de otro modo la persona jurídica no tendría que responder del hecho punible, pero no sería suficiente para evitar daños a la reputación de la misma porque de alguna manera podría entenderse que hay responsabilidad aunque no haya tenido que responderse por el delito.

4. Conclusión

Del examen de la figura de la circunstancia de exención de responsabilidad de las personas jurídicas, así como de la comparación de las posturas defendidas por el TS y la FGE, puede concluirse que la postura defendida por el primero en su Sentencia es más acertada, porque si bien es del todo imposible erradicar totalmente la comisión de delitos en el seno de las personas jurídicas, la configuración actual de esta exención hace que ésta actúe cuando dentro de la organización de la misma se han adoptado medidas de control adecuadas para luchar contra la comisión de estos delitos, y que cuando se cometan los delitos por parte de las personas mencionadas en el artículo 31 Bis CP, ello sea debido al incumplimiento de las normas de control establecidas dentro de la empresa.

La razón de esta conclusión tiene un importante componente teórico, ya que como se ha señalado en la cita contenida en la nota a pie de página 3 del presente artículo, y como así ha entendido el TS, la excusa absolutoria en la que la FGE encuadraba esta exención conlleva el hecho de que ante la comisión de un tipo delictivo, no se impone un castigo pero ello no conlleva la inexistencia de responsabilidad.

The English law of involuntary manslaughter in cases where death arises from misuse of drugs is in need of reform.

MICHAEL STEDMAN BERNAL

Universitat Jaume I

Abstract

This article analyses the application of the English law in cases where death arises from misuse of drugs, pointing out that the law in this area is inadequate. This stems from the fact that the rules of causation have been applied inconsistently and also because it is not always clear where a duty to act may be imposed. As a result, it is uncertain to what extent those who were involved with the deceased are responsible for the death and, therefore, liable for involuntary manslaughter. Some proposals for reform are also considered.

Palabras clave: homicidio involuntario; uso indebido de drogas; homicidio involuntario por negligencia grave; deber de actuar; homicidio involuntario por acción antijurídica y peligrosa; causalidad; responsabilidad penal.

Resumen

Este artículo analiza la aplicación de la ley inglesa en los casos en que una persona muere por el inadecuado consumo de drogas, señalando que la ley que regula esta materia es inadecuada. Esto deriva del hecho de que las reglas de causalidad se han aplicado de manera inconsistente y porque no está siempre claro cuando puede imponerse un deber de actuar. Como resultado, no se puede saber con certeza hasta que punto aquellos involucrados con el fallecido son responsables de su muerte y, por consiguiente, culpables de homicidio involuntario. También se consideran algunas propuestas de reforma.

Key words: involuntary manslaughter; drug misuse; gross negligence manslaughter; duty to act; unlawful and dangerous act manslaughter; causation; criminal liability;

1. Introduction

Unlawfully supplying class A drugs such as heroin and its subsequent uncontrolled misuse is associated with the risk of the user possibly suffering an overdose, which could cause

extremely serious health problems or even death. Where death is the result of taking drugs, the question of whether the supplier is liable for involuntary manslaughter arises. There is an obvious causal nexus between the supplier's conduct and the result. However, the fact that the supplier could be regarded as morally responsible for the death is not sufficient to establish criminal liability. In some cases, the rules of causation have been applied inconsistently.³⁰⁰ In others, the defendant was somewhat unpredictably deemed to be under a duty to act.³⁰¹ There is no doubt that the judiciary, being influenced by public and academic opinion, pursues a policy of punishing those involved in drug misuse "even if that means departing from established authority and twisting established legal principles".³⁰² As a result, the law of involuntary manslaughter has become rather tortuous and it is likely that in the future there will be cases where the outcome is unpredictable and might produce injustice. Therefore, there is a need for reform in this area of law. One suggestion, in relation to some of the proposals that have already been made, is discussed with reference to Spanish criminal law.

2. General Overview of the Law

At one point in the past, unlawful and dangerous act manslaughter was applied in cases whereby the supplier's unlawful act of supplying resulted in the victim's overdose and subsequent death, even though the drug was self-administered.³⁰³ However, this situation changed when the House of Lords stated that "the criminal law generally assumed the existence of free will" and "informed adults of sound mind were treated as autonomous beings able to make their own decisions on how to act".³⁰⁴ This meant that, a new intervening act performed by the victim, such as self-administering drugs, would break the chain of causation, since the supplier does not cause the victim to act in that way.³⁰⁵ Nevertheless, this argument only concerns unlawful act manslaughter and liability for gross negligence manslaughter is still a possibility that may arise – as analysed below.

Therefore, unlawful and dangerous act manslaughter is not applied simply for supplying class A drugs or assisting another person to self-administer them, notwithstanding the criminal liability that may arise from supplying the drugs.³⁰⁶ However, this law may be applied in cases where the person who has supplied the drug is also the person who has administered it to

³⁰⁰ R v Dalby [1982] 1 All ER 916; R v Kennedy [1999] Crim LR 65; R v Dias [2002] 2 Cr App R 96; R v Richards [2002] EWCA Crim 3715; R v Rodgers [2003] 1 WLR 1374; R v Finlay [2003] EWCA Crim 3868; R v Kennedy [2005] EWCA Crim 685; R v Kennedy [2007] UKHL 38.

³⁰¹ R v Evans [2009] EWCA Crim 650; R v Sinclair [1998] 148 NLJ; and R v Khan & Khan [1998] Crim LR 830, though the conviction was quashed due to a misdirection.

³⁰² Glenys Williams, "Gross negligence manslaughter and duty of care in drugs cases: R v Evans" [2009] Criminal Law review 9, p. 631.

³⁰³ R v Kennedy [1999] Crim LR 65; R v Kennedy [2005] EWCA Crim 685.

³⁰⁴ R v Kennedy [2007] UKHL 38.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Misuse of Drugs Act 1971, s.4(1).

the victim who then dies. Firstly, administering class A drugs to another person is an action which by itself is considered a criminal offence under statutory law.³⁰⁷ Secondly, if the victim dies, the supplier is potentially liable for unlawful and dangerous act manslaughter, since administering a noxious substance is an objectively dangerous crime and also the cause of death.³⁰⁸ There also remains the possibility of the supplier being liable for unlawful and dangerous act manslaughter in cases where he or she has not administered the drug directly but has acted in concert with the person who has done so, with the result that the victim dies.³⁰⁹ A conviction in such a case would be problematic for the reasons considered below, especially if the supplier's involvement was minor.

The inconsistent and unpredictable way in which the law of involuntary manslaughter has been and may continue to be applied in cases where death arises from the misuse of drugs has created intense debate on whether this law is appropriate, proportionate, and in accordance with general legal principles, or otherwise flawed. Therefore, let us analyse this area of the law and consider its application in different case scenarios in an effort to identify the controversies that may arise and suggest some proposals for reform.

3. Unlawful and Dangerous Act Manslaughter

Unlawful and dangerous act manslaughter consists of the following five elements which have been developed in case law: the unlawful act must be a crime; the unlawful act must be objectively dangerous; the unlawful act must be a positive act as opposed to an omission; and the unlawful act must be the cause of death.³¹⁰ It is also required to prove the same *mens rea* as for the unlawful act but it is not necessary to establish that the defendant foresaw the result of the unlawful act.³¹¹

3.1. Case Scenario

Let us consider the potential criminal liability for unlawful and dangerous act manslaughter of a supplier who, having helped to prepare a heroin injection which is administered to the victim by someone else, is not longer present when the victim begins to show symptoms of overdose and dies.

³⁰⁷ Offences Against the Person Act 1861, s.23.

³⁰⁸ R v Cato [1976] 62 Cr App R 41.

³⁰⁹ Janet Loveless, *Criminal Law: Text, Cases, and Material* (Fourth Edition Oxford University Press 2014), p. 324.

³¹⁰ R v Lamb [1967] 2 QB 981; R v Church [1965] 2 All ER 72; R v Ball [1989] Crim LR 730; R v Lowe [1973] QB 702; R v Goodfellow [1976] 1 ALL ER 260.

³¹¹ DPP v Newbury and Jones [1977] AC 500; Mens rea literally means "guilty mind".

Firstly, administering a noxious substance to another person is an unlawful act which by itself constitutes a criminal offence.³¹² Hence, the counterarguments applied in other cases that self-injection is not an unlawful act or self-injection breaks the chain of causation could not be applied to this case.³¹³ Secondly, adverse effects, risks, and danger of non-medical and uncontrolled heroin use have been sufficiently tested and proved, thus the unlawful act can be considered objectively dangerous.³¹⁴ Thirdly, the assistance provided by the supplier to commit the criminal offence constitutes a positive act: therefore, the supplier can be regarded as a secondary participator in the administration of the drug.³¹⁵ Fourthly, medical evidence must prove that the unlawful act is the cause of death.³¹⁶ If so, the secondary participation in maliciously administering a noxious substance to the victim is an unlawful, objectively dangerous, positive act that caused death. Therefore, notwithstanding the victim's consent and acceptance of the risk, liability for unlawful and dangerous act manslaughter may arise.

This might be controversial because simply performing preparatory acts of heroin injection is only an indirect causative contribution that alone could not cause the victim's death, which could not have occurred but for the actions of the person who actually administered the drug. In addition, it should be taken into account that the onset of overdose symptoms takes place when the supplier is no longer present. Therefore, the supplier is not aware that the situation has become life-threatening to the victim, remaining ignorant of the overdose situation which unfolds beyond his control. However, as the House of Lords held in the case of *DPP v Newbury and Jones*, it is only necessary to prove that the defendant intended to commit the unlawful act; and there is no requirement to prove that the defendant foresaw that the act may cause death, or even harm.³¹⁷

4. Gross Negligence Manslaughter

Gross negligence manslaughter was established in *R v Adomako* and the elements listed below need to be proven to establish that this crime has been committed: the existence of a duty of care owed to the victim; the breach of that duty by the defendant; the breach of that duty must have caused the death of the person to whom the duty was owed; and that the defendant's negligence, in the opinion of the jury, amounts to a criminal offence.³¹⁸ In line

³¹² Offences Against the Person Act 1861, s.23; *R v Lamb* [1967] 2 QB 981.

³¹³ *R v Kennedy* [2007] UKHL 38; *R v Dias* [2002] 2 Cr App R 96; *R v Dalby* [1982] 1 All ER 916.

³¹⁴ *R v Church* [1965] 2 All ER 72; *R v Ball* [1989] Crim LR 730.

³¹⁵ Accessories and Abettors Act 1861, s.8; *R v Lowe* [1973] QB 702.

³¹⁶ *R v Goodfellow* [1976] 1 ALL ER 260.

³¹⁷ [1977] AC 500.

³¹⁸ [1995] 1 AC 171.

with this, let us consider two cases where liability for gross negligence manslaughter may arise.

4.1. First Case Scenario

Taking into account the elements stated above, liability for gross negligence manslaughter can arise where a child, who has self-administered drugs and suffers symptoms of overdose, is ineffectively looked after by his or her parent who does not seek help with the result that the child dies.

The general rule is that there is no liability for a failure to act, except for situations where there is a duty to act imposed by statute, by contract, or by common law. For instance, a parent is automatically responsible for caring for a child as a matter of law.³¹⁹ In this situation, if the child is in serious peril, the parent is expected to take reasonable steps to summon assistance which would “require only minimal action, minimal cost, minimal inconvenient and minimal effort”.³²⁰ It is for the medical evidence to show that the breach of the duty caused death. If so, it would prove that there was enough time for a medical unit to have saved the child’s life had it been called. Lastly, it is for the jury to decide whether the negligence of the parent showed such disregard for the child’s life as to amount to a criminal offence – though it is likely that they would consider it so.³²¹

Under certain circumstances, a duty to act is appropriately and justifiably imposed on those who are in a position to help. English law imposes in various ways a duty to ensure the welfare of children when they are still manifestly dependent on their parents.³²² In modern society, it is widely considered as morally justified to impose this legal obligation.

4.2. Second Case Scenario

Liability for gross negligence manslaughter may also arise where the supplier, after recognising the symptoms of overdose in the victim, does not seek help and the victim eventually dies, even if the drug has been self-administered.³²³ Let us consider the application of this law in this case, since there has been some debate over similar ones.

Firstly, it is for the judge to decide the existence of a duty of care as a matter of law.³²⁴ However, a duty of care can arise from the fact that the supplier, by providing the drug,

³¹⁹ R v Gibbons & Proctor (1918) 13 Cr App Rep 134.

³²⁰ R v Evans [2009] EWCA Crim 650.

³²¹ R v Bateman [1925] 19 Cr App R 8; Andrews v DPP [1937] AC 576; R v Evans [2009] EWCA Crim 650.

³²² Andrew Ashworth, “Manslaughter by omission and the rule of law” [2015] Crim. L.R. 8, p. 563.

³²³ R v Evans [2009] EWCA Crim 650.

³²⁴ R v Evans [2009] EWCA Crim 650.

created a state of affairs which later became life-threatening to the victim.³²⁵ Thus, the existence of a duty of care would probably be established. Secondly, although the breach of the duty must be determined by the jury, they would probably decide that the supplier's actions fell below the standard expected of a reasonable person and reasonable steps to save the victim's life were not taken.³²⁶ Thirdly, assuming that medical evidence shows that the person would not have died had reasonable steps to summon help been taken, then the breach of the duty would be considered the cause of death.³²⁷ And if so, the legal causation test would be satisfied as death would have been the result of the supplier's failure to act.³²⁸ Lastly, it is for the jury to decide whether the supplier's carelessness showed such disregard for the victim's life as to amount to a crime – though they would probably consider it so because the supplier's negligence can be regarded as gross.³²⁹

It is repugnant to our human nature and to our sense of decency that a person who could so easily have called for help simply did not do so; and this is what a person in that situation would be expected to do.³³⁰ However, finding the supplier guilty of gross negligence manslaughter for failing to rectify a dangerous situation that he is partly responsible for creating – especially taking into account that the victim self-administered the drug – seems a disproportionate and morally imposed conviction. In addition, since it is not always clear in which situations a duty to act may be imposed, placing responsibility for manslaughter on a person who could not know that a duty to act existed at the time he or she failed to act, might be questionable considering the principle of legality.³³¹

5. Possible Reforms

In some continental European systems, as opposed to the English system, there is a statutory offence that imposes a penalty for failing to assist those in danger. For instance, a penalty is mandatory in the Spanish Criminal Code on whoever does not assist a person who is unprotected and in manifest danger when able to do so without risk to himself or third parties.³³² In addition, the same penalties shall be incurred by whoever, being unable to

³²⁵ R v Miller [1982] UKHL 6; R v Evans [2009] EWCA Crim 650.

³²⁶ R v Adomako [1995] 1 AC 171; R v Bateman [1925] 19 Cr App R 8.

³²⁷ R v White [1910] 2 KB 124.

³²⁸ R v Dalloway [1847] 2 COX 273.

³²⁹ R v Evans [2009] EWCA Crim 650; R v Bateman [1925] 19 Cr App R 8; Andrews v DPP [1937] AC 576.

³³⁰ Williams, "Gross negligence manslaughter and duty of care in drugs cases: R v Evans" [2009] Crim. L.R. 9, p. 631.

³³¹ Ashworth, "Manslaughter by omission and the rule of law" [2015] Crim. L.R. 8, p. 563.

³³² Organic act 10/1995, dated 23rd November, on the criminal code (BOE num. 281, 24th of November 1995), article 195.1.

provide assistance, does not urgently call for outside help.³³³ This statutory offence could be considered fairer and more proportionate to the wrongfulness of the omission, instead of classifying those that neither helped nor sought help when they were expected to do so as criminals who have committed manslaughter.

Creating such a statutory offence has already been proposed, for instance, by providing a special regime within the framework of the Misuse of Drugs Act that would cater more specifically for the variety of circumstances that may arise.³³⁴ In a more recent proposal, three types of statutory offences are described depending on the seriousness of the omission; one, a version of the failure to protect offence, a serious offence with a long sentence of imprisonment; two, an offence focusing on the failure to take action in a recognised duty-situation, perhaps with a shorter sentence of imprisonment; and three, a broader offence of failing to assist a person in peril which would carry a lighter sentence – an offence that imposes a general duty to act such as the duty imposed in the Spanish Criminal Code.³³⁵

Creating legislation of this type would be an advantage as it would provide certainty on the application of the law, predictable judicial decisions, and more proportional convictions, thus complying with the rule-of-law and the principle of legality. None of these seems likely to be provided by the common law.

6. Conclusion

The common law has failed to solve the current problems relating to liability for manslaughter in cases where death results from drug misuse. In these situations, it is argued that those involved with criminal activity should be morally and legally at fault for the consequences of their conduct.³³⁶ However, the rules of causation – as with omissions – are challenged as being vague and inconsistent: although the rules of causation are based on common sense and policy, it has been argued that “the courts look for the desired result and then search for principles to back it up” – “policy, rather than legal principle, determines the issue”.³³⁷ At the same time, the current law creates uncertainty as to where duty-situations exist, and therefore the person involved may or may not be held liable for involuntary manslaughter for failing to assist the person who died – even though such a conviction could be argued to be disproportionate and contrary to the principle of legality.

³³³ Ibid, article 195.2.

³³⁴ Jonathan Rogers, “Death, drugs and duties” [2009] Arch. News 6, p. 6.

³³⁵ Ashworth, “Manslaughter by omission and the rule of law” [2015] Crim. L.R. 8, p. 563.

³³⁶ Loveless, *Criminal Law: Text, Cases, and Material* (Fourth Edition Oxford University Press 2014), p. 326.

³³⁷ Ibid, 66.

The law should be clear so that judicial decisions are more predictable, particularly in the context of serious criminal offences such as manslaughter. Since there is no relevant legislation available, judges have had no option but to apply the common law making every effort to comply with the rule-of-law standards.³³⁸ Nevertheless, the application of this law has led to an intense discussion on whether it produces injustice. Therefore, the need for urgent reform in this area of the law seems clear.

7. Bibliography

7.1. English sources

7.1.1. Books

Hering J., *Criminal Law: Text, Cases, and Materials* (6th edition, Oxford University Press 2014)

Loveless J., *Criminal Law: Text, Cases, and Material* (Fourth Edition Oxford University Press 2014)

Smith J. C., Laird K., Ormerod D., Hogan B, Smith and Hogan's *Criminal Law* (14th Edition Oxford University Press 2015)

7.1.2. Journals

Ashworth, A., "Manslaughter by omission and the rule of law" [2015] *Criminal Law Review* 8, 563-577.

Baker D., "Omissions liability for homicide offences: reconciling R. V Kennedy with R. V Evans" [2010] *Journal of Criminal Law* 74(4), 310-320

Herring J. and Palser E., "The duty of care in gross negligence manslaughter." [2007] *Criminal Law Review*, 24-40

Ormerod D., "R. v Evans (Gemma) manslaughter – gross negligence – deceased supplied by defendant with heroin which proved fatal" [2009] *Criminal Law Review* 9, 661-665

Ramage S., "Gross negligence manslaughter in heroin addict cases." [2008] *Criminal Lawyer* 184, 1-2

Rogers J., "Death, drugs and duties" [2009] *Archbold News* 6, 6-9

³³⁸ Ashworth, "Manslaughter by omission and the rule of law" [2015] *Crim. L.R.* 8, p. 563.

Sweet & Maxwell, “Manslaughter by providing drugs and failing to summon help.” [2013] Sentencing News, 15-16

Thompson C. and Betts G., “Criminal law: involuntary manslaughter – supplying a Class A drug” [2007] Coventry Law Journal, 12(2), 87-91

Williams G., “Gross negligence manslaughter and duty of care in drugs cases: R v Evans” [2009] Criminal Law Review 9, 631-647

7.1.3. Legislation

Accessories and Abettors Act 1861

Coroners and Justice Act 2009

Criminal Justice Act 2003

Homicide Act 1957

Misuse of Drugs Act 1971

Offences Against the Person Act 1861

7.1.4. Case law

Andrews v DPP [1937] AC 576

DPP v Newbury & Jones [1977] AC 500

R v Adomako [1995] 1 AC 171 (HL)

R v Ball [1989] Crim LR 730

R v Bateman [1925] 19 Cr App R 8

R v Cato [1976] 1 All ER 260

R v Church [1965] 2 All ER 72

R v Dalby [1982] 1 All ER 916

R v Dalloway [1847] 2 COX 273

R v Dias [2002] 2 Cr App R 96

R v Finlay [2003] EWCA Crim 3868

R v Evans [2009] EWCA Crim 650

R v Gibbons & Proctor [1918] 13 Cr App R 134

R v Goodfellow [1986] Crim LR 468

R v Kennedy [1999] Crim LR 65

R v Kennedy [2005] EWCA Crim 685

R v Kennedy [2007] UKHL 38

R v Khan and Khan [1998] Crim LR 830

R v Lamb [1967] 2 QB 981

R v Lowe [1973] 1 All ER 805

R v Miller [1982] UKHL 6

R v Richards [2002] EWCA Crim 3715

R v Rodgers [2003] 1 WLR 1374

R v Sinclair [1998] 148 NLJ

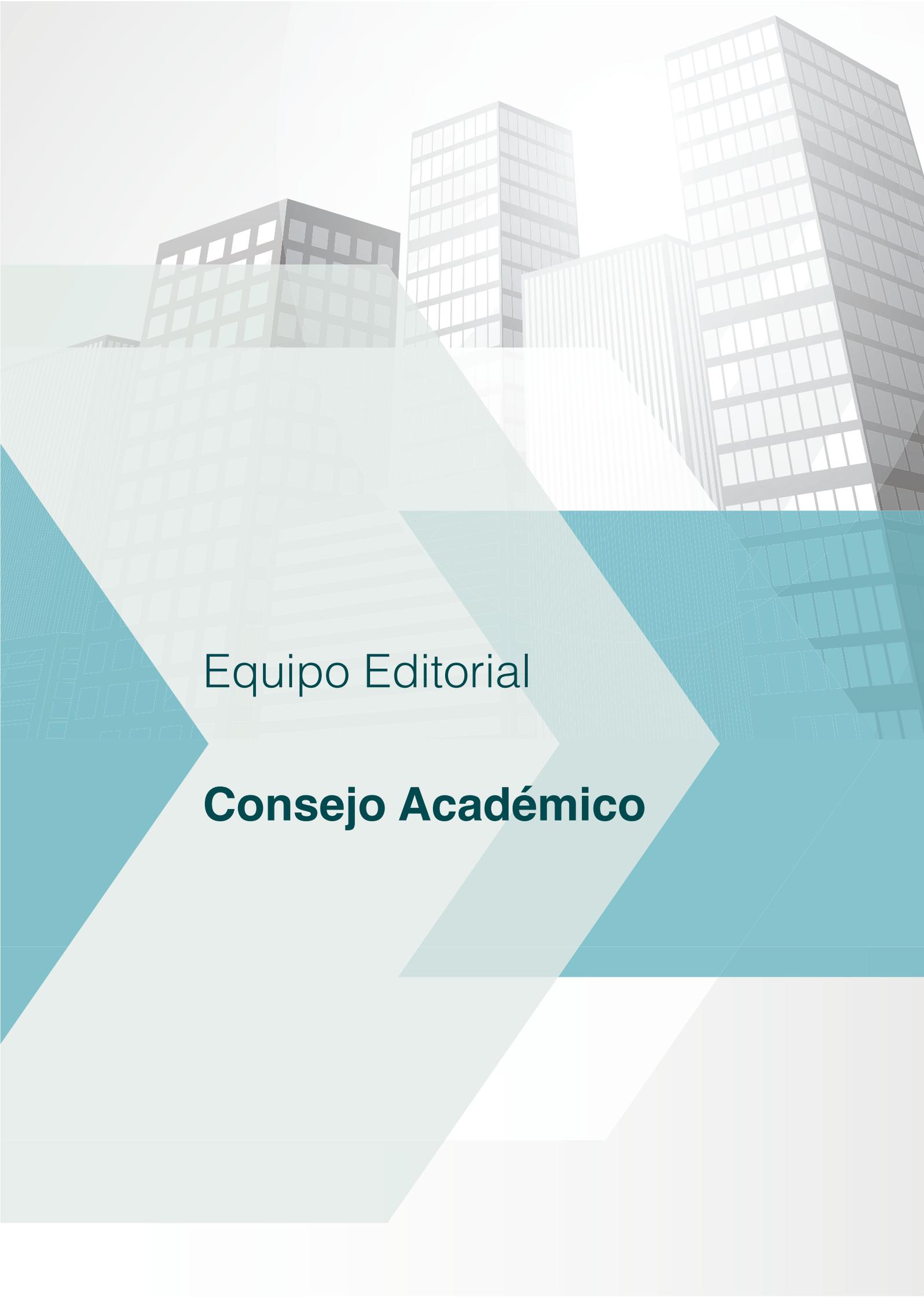
R v Stone & Dobinson [1977] 2 All ER 341

R v White [1910] 2 KB 124

7.2. Spanish sources

7.2.1. Legislation

Organic act 10/1995, dated 23rd November, on the criminal code (BOE num. 281, 24th of November 1995)

The background features a stylized, low-angle view of several modern skyscrapers with grid-like window patterns. The buildings are rendered in shades of gray and white, with some appearing semi-transparent. Large, overlapping geometric shapes in various shades of teal and light gray are layered over the buildings, creating a dynamic, architectural composition. The overall aesthetic is clean and professional.

Equipo Editorial

Consejo Académico

Equipo Editorial

1 Dirección

Araceli Casamayor De Blas
Directora



Natural de Valencia, ha estudiado Derecho en la Universitat Jaume I. Cuenta con varios cursos y seminarios relacionados con el Derecho Penal, Procesal Penal, Derechos Humanos, Civil, Propiedad intelectual y Protección de Datos.

Cuenta con una experiencia profesional de más de dos años en el despacho Vicente Rausell Abogados, destacando su trabajo en el área de Derecho Urbanístico y sus implicaciones en legislación medioambiental. Anteriormente trabajó durante un año en otro despacho multidisciplinar valenciano en las áreas de Derecho Penal y Civil. Todo ello lo compagina con su cargo de Vicepresidenta de Actividades Académicas y STEP en ELSA - UJI.

En un mundo en constante evolución y aprendizaje como es el Derecho ve en ELSA Spain Law Review la herramienta idónea para dar voz a las nuevas generaciones de juristas.

Nacido en Cataluña en 1993, cursa estudios de filología hispánica y derecho de los que espera graduarse este 2017. Tiene intención de especializarse en derecho penal y procesal. Aficionado a la investigación, le gustaría hacer una tesis doctoral.

Ingresó en ELSA UB en marzo de 2015. Ese año fue elegido Secretario General del Grupo Local y Director de la ELSA Spain Law Review. Actualmente ocupa el cargo de Secretario General de ELSA España.



Eduard Ariza Ugalde
Subdirector

Equipo Editorial

Jose Ignacio Herce en sus inicios esta 2ª edición de la ESLR. Es graduado en Derecho y Título Superior en Gobierno de Instituciones por el Centro Universitario Villanueva. Master de Acceso a la Abogacía en esa misma Universidad. Colegiado en el ICAM.

Colabora con la asesoría jurídica de CSI-F Madrid y ha trabajado en despachos como ONTIER, Thomas de Carranza Abogados o Sanchez Gascón & Casquero. Ponente en varios congresos, en campos como la interpretación de las normas y la discrecionalidad de las Administraciones Públicas. En breves comenzará su doctorado.

Compagina todas ello con la Dirección de Derecho & Perspectiva, la colaboración con la APAVT como Delegado Nacional de Juventud y la Secretaría General de ELSA Madrid-CUV, entre otras cosas.



José Ignacio Herce Maza
Dirección

Consejo Editorial — 2



Manuel David Martín Rodríguez
Editor

Manuel posee un Máster en derecho de la empresa por la Universidad de Valladolid, otro en comercio exterior ESIC Business & Marketing School y está terminando un máster en gestión de proyectos en la Universidad CEU San Pablo.

Manuel se considera un apasionado de las actividades académicas. Como miembro del equipo editor de la segunda edición de la ELSA Spain Law Review, piensa que el proyecto es una excelente oportunidad para que los estudiantes de Derecho y jóvenes juristas aumenten sus conocimientos legales y destrezas jurídicas.

Equipo Editorial

Janet Nikova
Editora



Janet es de Plovdiv (Bulgaria) y está estudiando Derecho Inglés y Europeo en Queen Mary, University of London. Actualmente está cursando un año de Erasmus en la UCM.

Janet ha sido miembro de la junta de ELSA Queen Mary durante los últimos 2 años en STEP y Actividades Académicas. También ha participado en la *ELSA Summer Law School on Competition Law*, organizada por Deusto.

Ha realizado prácticas en la Representación Permanente de Bulgaria ante la Unión Europea y en organizaciones benéficas jurídicas en Londres – Bar Pro Bono Unit y Access to Justice Foundation.

Su lengua materna es el búlgaro. También habla inglés, español y está estudiando francés.

Manuel es graduado en Derecho y Ciencias Políticas (E-5) por la Universidad Pontificia de Comillas. Cuenta con un Máster en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Escuela Diplomática y actualmente se encuentra estudiando en el Colegio de Europa (Brujas).

Miembro activo de ELSA desde 2010, ha sido Vicepresidente de Seminarios y Conferencias del grupo local de ICADE y ha participado en eventos nacionales e internacionales.

En 2015 se incorporó al Consejo Editor de ESLR en la cual además publicó dos artículos científicos. Desde entonces, compagina sus labores académicas con las responsabilidades como Editor.

Manuel Delgado Meroño
Editor



Equipo Editorial

Consejo Asesor — 3

Nació en Salamanca en 1991, donde se graduó en Farmacia.

Es diplomado en salud pública por la Escuela Nacional de Sanidad, y actualmente estudia Derecho. Tras varias estancias alrededor de Europa, pasando por París y Reino Unido, y participar en una gran ELSA Summer School de Derecho médico y bioética en Thesalónica, comenzó a realizar el master de Derecho de la Salud del Centro de Estudios Superiores de la Industria Farmacéutica en Madrid, lo que acompaña con su actividad profesional en el sector de la salud.



Luis Jorge Conde Martín
Asesor

ELSA Spain

ELSA (*The European Law Students' Association*) es una asociación internacional, independiente, apolítica y sin ánimo de lucro, dirigida **por** y **para** estudiantes. Está formada por estudiantes y recién graduados interesados en lograr la **excelencia académica y personal** a la vez que desarrollan sus estudios de Derecho.

ELSA fue fundada en 1981 y es, en la actualidad, la asociación independiente de estudiantes de Derecho más grande del mundo, estando representada en más de 300 facultades de Derecho, situadas en 43 países a lo largo y ancho de Europa.

Misión

Contribuir a la educación legal, fomentar el entendimiento mutuo y promover la responsabilidad social entre estudiantes de Derecho y jóvenes juristas.

Visión

Un mundo justo en el que haya respeto por la dignidad humana y la diversidad cultural.

Medios

Proporcionar oportunidades a los estudiantes de Derecho y jóvenes juristas para aprender sobre otras culturas y sistemas legales en un ambiente de diálogo crítico y cooperación científica.

Ayudar a los estudiantes de Derecho y jóvenes juristas a tener una mentalidad internacional y a estar capacitados profesionalmente.

Impulsar a los estudiantes de Derecho y jóvenes juristas a actuar por el bien de la sociedad.

Esta publicación está editada y publicada por uno de sus grupos nacionales **ELSA Spain**, que, desde 1988, es uno de los 43 Grupos Nacionales que conforman la red ELSA.

Eulàlia Roca Grau
Vicepresidenta de Marketing



Nacida en 1993, Eulàlia es estudiante de 4º de Derecho en la Universitat de Barcelona y miembro de la asociación europea de estudiantes de Derecho desde 2015.

En este último año de carrera y antes de empezar el máster de acceso a la abogacía, ha compaginado sus actividades con una pasantía en un bufete mercantil y con su actividad como Vicepresidenta de Marketing en la Junta Nacional de ELSA Spain. Es responsable, junto a Araceli y María, del área de Marketing del Equipo Editorial de la Segunda Edición de la ELSA Spain Law Review.

María está terminando sus estudios de Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Es Vicepresidenta de Actividades Académicas del grupo nacional español de ELSA y participa en la ESLR desde la primera edición; como asesora y editora primero, como coordinadora después.

Interesada en el análisis, en la investigación y en la lógica jurídica, también ha participado en varios grupos de investigación en Derechos Humanos, con el Consejo de Europa, y en Compliance, con la firma americana K&L Gates, tanto como investigadora como coordinadora de los mismos. Todos ellos organizados por ELSA.

En el plano internacional, ha participado en actividades como el simulacro en negociación mercantil internacional entre la UC3M y la Universidad de Creighton (EEUU).



María Varela Suárez
Vicepresidenta de Actividades Académicas



CONSEJO ACADÉMICO



Milagros Álvarez Verdugo

Área del Derecho: Internacional Público y Relaciones Internacionales

Entidad: Universitat de Barcelona

Doctora en Derecho por la Universitat de Barcelona, Milagros también se diplomó en Altos Estudios Jurídicos Europeos por la prestigiosa institución del College of Europe. Desarrolla su carrera académica en el ámbito del Derecho Internacional Público y del Derecho de la Unión Europea. Ha sido profesora visitante en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico (enero-marzo 2004 y 2008) e investigador visitante en Cornell University (año académico 2004-2005), en Harvard University (septiembre a diciembre de 2005) y en el European University Institute de Florencia (julio 2009).

Entre sus líneas de investigación se encuentran las siguientes:

- Relaciones exteriores de la Unión Europea (política exterior y de seguridad común).
- Seguridad internacional (principio de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza y regulación internacional de las armas de destrucción en masa).
- Cooperación internacional en materia de energía nuclear.
- Mercado interior (derecho de la competencia, ciudadanía y libre circulación de trabajadores).



José María Carabante Muntada

Área del Derecho: Filosofía

Entidad: Centro Universitario Villanueva

Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2009).

Junto con la docencia universitaria como profesor de Teoría y Filosofía del Derecho en el Centro Universitario Villanueva, es colaborador de la Agencia de Prensa Acepresa.

Asimismo imparte Filosofía en Bachillerato Fomento-Fundación. Ha sido reconocido por la Aneca en la figura de Ayudante Doctor.

Es autor de numerosos artículos en revistas especializadas que tratan sobre todo de los problemas de fundamentación del Derecho, de Filosofía Política y de otras cuestiones de Filosofía Social. En la actualidad prepara la publicación de un libro sobre la Teoría de la Sociedad de Jürgen Habermas.



Carmen Lázaro Guillamón

Área del Derecho: Romano

Entidad: Universitat Jaume I
Departamento de Derecho Público
Directora Académica de la Oficina de Cooperación
al Desarrollo y Solidaridad

Es Licenciada en Derecho. Doctora en Derecho por la UJI en 2000 y Máster en Mediación por la UNED en 2014. Es también profesora colaboradora de la Universitat Oberta de Catalunya desde 2004 y docente en el programa modular del Máster en Mediación de la UNED.

Sus líneas de investigación se vinculan tanto con el área de conocimiento a la que se encuentra adscrita, esto es, Derecho Romano, tradición romanística y fundamentos del Derecho actual como con la Mediación y otros mecanismos de gestión y resolución de conflictos. En todos estos ámbitos, el número de publicaciones científicas se eleva a más de 50 en revistas nacionales e internacionales, cabe destacar un total de 4 trabajos monográficos de autoría única en editoriales de reconocido prestigio. Igualmente su participación en congresos científicos de carácter internacional es muy numerosa. Estas investigaciones son deudoras de estancias en el Leopold Wenger Institut de la Universidad de München (ha sido becaria DAAD) y como profesora invitada en la Universitat de Barcelona.

Entre los proyectos en los que participa, destaca desde abril de 2015 el de Dirección de la Cátedra de Mediación Policial ciudad de Vila-real de la Universitat Jaume I

Carmen cuenta con varios premios a la Excelencia por sus investigaciones y labor docente.



Soraya Callejo Carrión

Área del Derecho: Procesal Civil

Entidad: Centro Universitario Villanueva

Doctora en Derecho Procesal con la máxima calificación. Premio extraordinario de doctorado 2012/2013 por la UNED. Tesis doctoral sobre “La pretensión de la ejecución hipotecaria” dirigida por el Catedrático D. Vicente Gimeno Sendra y Dña. Corazón Mira Ros.

Abogada en ejercicio desde 1998 en los despachos de abogados Rodríguez Prada y Rozalen & Asociados, así como en el gabinete jurídico del CEF. Directora de la Revista Jurídica Economist & Jurist desde diciembre de 2005 a junio de 2010. Autora de monografías sobre cuestiones de Derecho procesal, entre otras: La revisión de sentencias firmes en la LEC y El Derecho al Honor. El Honor como objeto del proceso civil de amparo especial; y de más de 60 artículos doctrinales publicados en distintas revistas especializadas de ámbito nacional. Entre otros, Vicisitudes del procedimiento hipotecario; la Tutela Privilegiada del crédito a través del juicio monitorio; el requerimiento judicial de pago en el proceso de ejecución de bienes inmuebles hipotecados; las Medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales; las Diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas.

Ha participado como ponente en distintos seminarios jurídicos impartidos en el Centro de Formación de Jueces y Magistrados (Escuela judicial), Instituto de Derecho y Empresa (ISDE) y Centro de Estudios Financieros (CEF). Es profesora de Derecho procesal del Centro Universitario Villanueva.



Sergi Giménez Binder

Área del Derecho: Internacional Privado

Entidad: Universitat de Barcelona

Idiomas: Inglés, Francés, Alemán, Italiano, Castellano y Catalán.

Sergi es licenciado por Universitat de Barcelona (1989). Cursó sus estudios de Máster en Derecho Internacional Privado en la Universidad de Münster, Alemania. Asimismo, es diplomado en Ciencias Empresariales por la Universitat de Barcelona (1999).

Miembro de la Sociedad Aeronáutica Española (2011) con participación activa en su Foro de Juristas. Es coordinador de la relación con L2B Aviation (red legal para la aeronáutica considerado en el primer puesto a nivel mundial por Chambers and Partners y de Europe, ambas reconocidas asociaciones de carácter internacional).

Sergi Giménez posee una extensa trayectoria en el ámbito del Derecho Mercantil y el asesoramiento en Fusiones y Adquisiciones. Lleva más de 10 años asesorando a compañías nacionales e internacionales vinculadas a todo tipo de actividades industriales, y particularmente, al sector aeronáutico y turístico.

Sergi ha participado en diversas Publicaciones y Conferencias en las materias de Derecho Internacional Privado y Mercantil.



Javier Zaldivar Robles

Área del Derecho: Penal

Entidad: Universitat Jaime I
Departamento de Derecho Público

Idiomas: Alemán, Inglés y Valenciano

Natural de Zürich. Licenciado en Derecho por la Universidad Jaime I de Castellón y con másters en Justicia Penal por la Universidad Jaime I, Universitat de Lleida, Universitat Rovira Virigil y Universidad de Alicante. Es doctorando en Derecho Penal por la UJI. Desde 2013 es profesor asociado de Derecho Penal y desde 2014 Coordinador de 4º curso y TFG del Grado de Criminología y Seguridad en la Universitat Jaume I. Asimismo, es profesor de Derecho Penal en el Máster de Abogacía 2012-13 (Universitat Jaume I de Castellón –Colegio Abogados de Castellón). Profesor en el Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias (IVASPE) de Derecho Penal en el curso para oficiales de la policía local, abril 2016.

Junto a la docencia, Javier también ha desarrollado su trayectoria profesional tanto en la abogacía (especialista en penal, civil y mercantil) y en la carrera judicial.

Desde diciembre de 2016 es Secretario General de la Asociación Castellonense de Transportistas de Mercancías por Carretera (ACTM)

Ha sido Asesor de asuntos parlamentarios en la Consellería de Justicia, Función Pública, Reformas democráticas y Libertades públicas (desde julio 2015 a agosto de 2016).

Autor de varias publicaciones sobre Derecho Penal. Ponente en diversas Jornadas y Conferencias sobre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.



Irene Araguàs Galcerà

Área del Derecho: Administrativo

Entidad: Universitat de Barcelona

Irene Araguàs Galcerà es Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, donde también obtuvo la Licenciatura en Derecho y llevó a cabo el Máster en Derecho de la Empresa y los Negocios. Ha sido visiting scholar en la Columbia University Law School (Nueva York).

Su actividad investigadora se ha centrado en el estudio de la transparencia de las Administraciones Públicas, los procedimientos de elaboración de reglamentos y la regulación de los grupos de interés o lobbies. Su tesis doctoral, que obtuvo la máxima calificación académica, ha dado lugar a la publicación “La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria”, editada por Atelier (Barcelona), en 2016. También tiene diversas publicaciones relativas a la Administración electrónica (“La regulación de la Administración electrónica y sus principios rectores”, Revista Catalana de Dret Públic núm. 45, 2012); los colegios profesionales (“Los colegios profesionales como entidades de mediación”, Revista Andaluza de Administración Pública núm. 86, 2013); y los grupos de interés (“La regulación de los lobbies. Hacia la consecución de la transparencia y la rendición de cuentas en la actividad desarrollada por grupos de interés”, Revista Vasca de Administración Pública núm. 106, 2016).

En la actualidad, participa en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad “Regulación y gestión de servicios de interés general y espacios públicos. El reto de las ciudades inteligentes” (IP: Vicenç Agudo Cudolà); y es investigadora del Centro de Innovación y Gestión de las Administraciones Públicas (CIGAP) de la Universidad de Girona. También es Vocal de la Comisión Nacional de Evaluación, Acceso y Selección Documental de la Generalitat de Catalunya.



María Goñi Rodríguez de Almeida

Área del Derecho: Civil

Entidad: Centro Universitario Villanueva

Licenciada en Derecho y Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora agregada de Derecho civil, acreditada como Titular, de la UFV.

Su actividad investigadora se ha centrado asimismo en el Derecho Civil, con especial dedicación al hipotecario, participando en varios proyectos de investigación sobre esta materia, así como en materia de consumo y en el ámbito del Derecho de familia. Su otra gran línea de investigación es la innovación docente en Ciencias Jurídicas.

Autora de diversos libros y numerosos artículos científicos. Premio Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 2005; Accésit Premio del Centro Estudios Financieros 2011, y sexenio de investigación reconocido (2004-2011).

Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española, y colaboradora habitual de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.



Luis Martínez Vázquez de Castro

Área del Derecho: Civil

Entidad: Universitat Jaume I
Catedrático de Derecho Civil (1993)

Luis Martínez Vázquez De Castro es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Jaume I desde el año 1993. Anteriormente, fue profesor de la Universidad Complutense de Madrid, la UNED y la Universidad de Valencia.

Entre los cargos de gestión desempeñados ha sido Decano de la Facultad, Director del Departamento de Derecho Privado, y vocal de varias comisiones universitarias.

Autor de varias monografías, entre otros: Daños medioambientales y derecho al silencio, Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales, El concepto de matrimonio en el Código civil, La cláusula compromisoria en el arbitraje civil, La multipropiedad inmobiliaria, El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado, Pago y transmisión de propiedad, La Propiedad en las Leyes del Suelo.

Y de varios artículos y capítulos de libro relativos a Derecho de la Persona, Obligaciones y Contratos, Derechos Reales, Derecho de Familia y Sucesiones.

Ha dirigido varios proyectos de investigación, y ha sido ponente invitado en varias jornadas y congresos sobre temática diversa.

Es miembro del *European Law Institute* y Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.



Eduardo Díaz Meco-Illescas

Área del Derecho: Procesal

Entidad: Thomas de Carranza Abogados
Director del Departamento de Procesal

Eduardo Díaz-Meco es Abogado en ejercicio, perteneciente al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Director del Área de Procesal de Tomás de Carranza Abogados, y profesor en el Máster de Acceso a la Abogacía del Centro Universitario Villanueva.

Licenciado en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y Máster MBA de Administración, Dirección y Gestión de Empresas por la Universidad Camilo José Cela.

Además de numerosos cursos y seminarios relacionados con la práctica administrativa y contencioso-administrativa, destaca el Máster en Asesoría y Consultoría en Tecnologías de la Información y Comunicaciones en el Real Centro Universitario Escorial María Cristina, o el Máster en Asesoría Jurídico Laboral en el Centro de Estudios Financieros.

También cuenta con importante formación en materia de Gobierno de la Seguridad para el Entorno IT o Seguridad de la Información.



Francisco Javier Zamora Cabot

Área del Derecho: Internacional Privado

Entidad: Universitat Jaume I
Director del Departamento de Derecho Privado

Natural de Barcelona. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, 1973. Dr. Cum Laude, (UCM), 1978.

Professeur Invité, Universidad de París XII (Valde – Marne), 1999. Catedrático de Derecho Internacional Privado desde 1999 en la Universitat Jaume I.

Secretario, luego Director, del Departamento de Dº internacional privado de la UCM (1977-1986); Vicedecano, luego Decano, de la Fac. de CCJJ y EE de la Universidad Jaume I, (1991-1995) y Director del Departamento de Dº Privado de la misma Universidad (2002-2004).

Consejero Legal de la Delegación de España ante la Conferencia de Revisión del Código UNC-TAD sobre Conferencias Marítimas, Ginebra, 1985.

Nombrado Evaluador por la Generalitat de Cataluña al respecto de las Convocatorias de Ayudas a los Grupos Universitarios de Investigación, 2005-

Miembro de la Comisión Académica Asesora del Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos, Mº AA.EE. 2013/14.

Autor de numerosas publicaciones. Ha participado en numerosos Proyectos de investigación y ha sido llamado a formar parte de numerosas comisiones académicas.

eslr

ELSA Spain
Law Review

elsa

The European Law Students' Association

SPAIN