

Actas del III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho

Desde la Facultad de Derecho de la Universidad de León hemos llevado a cabo el “III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho”, en colaboración con la Associação Caruaruense de Ensino Superior (ASCES) de Pernambuco, Brasil, desarrollado dentro del Proyecto “Nuevas estrategias participativas para la resolución prejudicial de conflictos en los Estados compuestos. Estudio comparado Canadá-EEUU-España” (INAP) y dirigido por Tamara Álvarez Robles y Virginia Carvalho Leal.

El evento se celebró los días 20 de octubre de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, en la Facultad de Derecho de la Associação Caruaruense de Ensino Superior (ASCES) de Pernambuco los días 20 y 21.

El Coloquio tendría como principal objetivo promover un diálogo crítico en un ambiente multidisciplinar entre jóvenes investigadores, buscando poner en valor y difundir aquellos proyectos de investigación que los mismos tienen en curso, desarrollándose 44 comunicaciones en la sede de León y 49 en Pernambuco.

Resultado del III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho son los resúmenes de las intervenciones que a continuación se exponen.

ESTRATEGIAS PREVENTIVAS PARA MEJORAR LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES EN CASTILLA Y LEÓN¹

Roberto Fernández Fernández

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

La incidencia de las patologías asociadas a la salud mental tienen, según datos aportados por el INSS, una prevalencia superior en la Comunidad Autónoma de Castilla y León que a nivel nacional, y aún mayor en la provincia de León si comparadas las cifras con las ofrecidas a nivel autonómico. Heterogéneos pueden ser los factores que concurren en esta realidad, pudiendo ser reconducidos a los siguientes fundamentales: una población activa envejecida sumada a un entorno social y económico en decadencia; una prestación del servicio de asistencia sanitaria menos rápido que en otras provincias, al tener unas listas de espera más dilatadas; o en fin, unos procesos de control que no alcanzan su eficiencia óptima y necesitados de mejora.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto LE091U14, titulado “Salud mental de los trabajadores en el tejido empresarial de Castilla y León: estrategias preventivas y tutela reparadora”, financiado por la Junta de Castilla y León.

Ante el panorama descrito, diversas son las estrategias que se pueden seguir a fin de aumentar los niveles de atención a la salud mental de los trabajadores castellano y leoneses, partiendo del dato obvio de que el objetivo final aún se encuentra muy lejos, siendo necesario dar pasos intermedios y provisionales con el fin de acercarse a la meta final, cual es eliminar, o al menos minimizar al máximo, los riesgos vinculados a factores psicosociales. Entre otros muchos, cabe apuntar las siguientes más relevantes:

En primer lugar, conceder en la negociación colectiva castellano y leonesa la importancia que merece la prevención de los riesgos psicosociales, dejando de ser un tema secundario para pasar a convertirse en un problema de primer orden. A tal fin, podrían alcanzarse acuerdos específicos sobre la materia, siguiendo el ejemplo y la trayectoria que ha tenido el tratamiento del acoso sexual, incorporando planes y protocolos tendentes a actuar contra dichos peligros. Eso sí, se pierden por el camino los privilegios anudados a la norma paccionada, pero al menos algo se avanzaría.

En segundo término, fomentar y poner en valor la trascendencia que la participación y colaboración de los trabajadores tiene a fin de detectar y luchar contra los problemas de salud mental de los trabajadores. A tal fin, deben adquirir un protagonismo destacado las campañas de sensibilización y los estudios destinados a realizar mapas de riesgos, sobre todo en aquellas actividades donde la experiencia demuestra que los empleados pueden ser más proclives a desarrollar problemas de salud mental.

En tercer lugar, es menester luchar contra la falta de visibilidad de estas conductas, pues a pesar de la frecuencia del riesgo, las estadísticas muestran el escaso nivel de denuncias sobre acosos y otros comportamientos análogos, constituyendo una gran panoplia los supuestos que quedan ocultos o no es fácilmente demostrable que las conductas son realmente ilícitas.

En fin, es necesario establecer mecanismos que ayuden a acreditar los hechos ilícitos, pues en la práctica judicial los mayores problemas se plantean a la hora de probar la ilegalidad de los acontecimientos y que estos son realmente hostigadores, y no se trata de un simple conflicto entre las partes sin ningún ánimo *nocendi* contra la dignidad.

LA FORMA RELIGIOSA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Gemma Minero Alejandre

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

En España, el sistema matrimonial es de matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración. Además de las formas civiles extraordinarias (artículo 52 CC), el artículo 49.2º CC reconoce la posibilidad de celebrar el matrimonio con efectos civiles en “la forma religiosa legalmente prevista”. La institución del matrimonio ha

sufrido importantes modificaciones operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Entre otros extremos, estas modificaciones se refieren a las formas religiosas de celebración y han entrado en vigor con fecha de 23 de julio de 2015. El artículo 59 CC complementa al artículo 49 CC, aclarando que las formas religiosas que podrán alcanzar eficacia civil serán las previstas por las confesiones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas “en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”. Hasta ahora, la vía del acuerdo estatal era la única para otorgar este reconocimiento, pero a partir de la reforma normativa ha cobrado vigencia la posibilidad de autorización del propio Estado, mediante una ley unilateral. Tal y como se expone en el artículo 60.2 CC, todas las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que pueden llegar a ver reconocidos sus ritos matrimoniales son únicamente aquellas que, estando inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, cuenten además con el reconocimiento administrativo de notorio arraigo en España. Con ello se ha tratado de dar cumplimiento a la necesidad de prestar atención al pluralismo religioso existente en la sociedad española. Hasta la reforma normativa realizada, las únicas formas religiosas de celebración del matrimonio eran las siguientes: canónica, evangélica, israelita e islámica, conforme se reconocía en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992), el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992) y el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992). Tras la entrada en vigor de la modificación normativa de 2015, las confesiones que cumplen con la doble exigencia de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas y el reconocimiento de su notorio arraigo son las siguientes: la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, la Iglesia de los Testigos de Jehová, el Budismo y la Iglesia Ortodoxa. Con todo, la lista de confesiones cuyos ritos de celebración del matrimonio pueden subsumirse en esta categoría es abierta y posiblemente cambiante, regulando el Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, tanto el procedimiento para la concesión de la declaración del notorio arraigo (artículos 3 a 6) como el procedimiento para la pérdida de la condición de notorio arraigo en España (artículos 7 a 10). Del análisis de los criterios enunciados en el artículo 60 CC y de su carácter exclusivamente religioso se desprende la exclusión de las formas de celebración del matrimonio de minorías étnicas con consabido arraigo en España, como es el matrimonio gitano.

ACTUALIDAD DE LA TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO MERCANTIL. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN BANCARIA

Nicolás Bárcena Suárez

*Abogado. Doctorando en Derecho Mercantil
Universidad de Oviedo*

El concepto de transparencia en el ámbito del Derecho Mercantil es el justo término que desarrolla y completa la información suficiente, necesaria y relevante sobre los negocios jurídicos en los que participan los diferentes operadores jurídicos. Este

concepto ha venido a integrar de una manera sustancial nuestro derecho de contratos y resulta muy pródiga la legislación que viene a incorporarlo a nuestro ordenamiento. En el momento presente, el principio de transparencia deviene imprescindible en la práctica actual y la proliferación constante de normativa atinente al mencionado principio no viene sino a refrendar la necesidad perentoria del mismo. No en vano, resulta evidente un considerable aumento de la litigación que versa sobre la falta de transparencia en la contratación, especialmente bancaria, lo cual nos indica la realidad acerca de que, a mayor transparencia, mayor es la seguridad jurídica.

De esta manera, en íntima conexión con la incidencia de este principio, el 15 de Julio del año en curso la Comisión Nacional del Mercado de Valores (En adelante CNMV) publicó la “Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio cumplir o explicar” con el objeto de proporcionar a las sociedades cotizadas una serie de criterios para desarrollar adecuadamente sus obligaciones de gobierno corporativo en sintonía con las recientes reformas de la Ley de Sociedades de Capital. Así, la CNMV, ejercía las novedosas potestades otorgadas en el apartado 3 del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores con expresa cita al Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia.

En relación con la contratación bancaria, la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, preveía en su artículo 48.2 las facultades reglamentarias para la creación de un régimen de transparencia de las operaciones bancarias. Régimen que sería posteriormente desarrollado con largueza en una serie de órdenes ministeriales y circulares del Banco de España que vienen a conformar una galaxia normativa junto con diferentes leyes que bordean o inciden directamente en aspectos de transparencia atinentes a la contratación bancaria, especialmente sobre la información precontractual y durante la vida del contrato de que se trate.

Por todo lo expresado, podemos concluir que la transparencia ha venido para quedarse y sería deseable una sistematización más prudente y ordenada de la legislación acerca de la misma a la vista de su incuestionable importancia.

LA PROTECCIÓN CIVIL DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

Pilar Gutiérrez Santiago

mpguts@unileon.es

Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada como Catedrática, 2009)
Universidad de León (España)

Si bien la muerte implica el fin de la personalidad (art. 32 Código Civil), el legislador español ha previsto que, más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo en aras al respeto debido a la persona fallecida (su fama, prestigio, buen nombre, reputación y estimación personal y social), lo que se traduce en lo que la doctrina jurídica viene denominando, en gráfica expresión, la «protección de la personalidad pretérita».

Aparte de la clásica tutela penal de la memoria de los difuntos, en el plano *civil* la protección de la personalidad ya extinguida se articula, de modo principal, por vía de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, donde se confiere legitimación a ciertos sujetos para la defensa de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras la muerte de quien fuera su titular (arts. 4 y 5). Desde una óptica distinta, y configurados el honor, la intimidad y la propia imagen como derechos fundamentales (art. 18 Constitución Española), a la tutela civil de los mismos se suma –tras una importante evolución de la doctrina constitucional en este punto– la protección reforzada, a través del recurso de amparo, de la «dignidad» de las personas fallecidas (art. 10 Constitución Española).

En otro orden de cosas –y amén de que la Ley Orgánica 2/1984 permita a los herederos del perjudicado aludido en la información difundida ejercitar el oportuno derecho de rectificación, y de que en sede de propiedad intelectual se contemple la defensa *post mortem auctoris* de algunas de las facultades comprendidas en el derecho moral de autor (arts. 15 y 16 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual)–, la legislación española reguladora de la autonomía del paciente posibilita que, con determinados requisitos y limitaciones, terceras personas –ambiguamente concretadas por la norma– accedan a la historia clínica de un fallecido (art. 18.4 Ley 41/2002); posibilidad ésta que se revela como clara excepción legal a la exclusión general de los datos referidos a personas fallecidas del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos personales (art. 1 Ley Orgánica 15/1999 y art. 2.4 Real Decreto 1720/2007), como de forma reiteradísima tiene declarado la Agencia Española de Protección de Datos.

El análisis de las cuestiones que, de forma muy sintética, acaban de esbozarse podría ser estructurado del siguiente modo:

1. La muerte como fin de la personalidad *vs.* la denominada «personalidad pretérita».
 - 1.1. *Excursus* previo sobre los efectos jurídicos del fallecimiento en el orden personal y sobre las disposiciones no patrimoniales de la persona para después de su muerte.
 - 1.2. Notas introductorias sobre el respeto a la memoria de los difuntos, la protección de la «personalidad pretérita» y la proyección particular del llamado «derecho al olvido» respecto de las personas fallecidas.
2. La protección *post mortem* de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.
 - 2.1. Defensa *civil* de los referidos derechos de la personalidad lesionados tras el fallecimiento de su titular.
 - 2.2. Recurso de amparo y tutela *constitucional* de la «dignidad» de las personas fallecidas.
 - 2.3. Breve referencia al derecho de rectificación de la información difundida sobre una persona fallecida.
3. La tutela frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de personas fallecidas.
 - 3.1. La exclusión general de los datos referidos a un fallecido del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la protección de datos personales.
 - 3.2. La posibilidad de acceso a la historia clínica de un fallecido.
4. Derecho moral de autor y protección *post mortem auctoris*.

PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS BANCARIOS ANTES DE MIFID Y DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 2013: LAS CLAVES PARA ENTENDER LA ACTUAL SITUACIÓN

Cristina Fernández San Miguel

fernandezsanmiguel@gmail.com

Abogada. Doctoranda en Derecho mercantil

La protección de los usuarios bancarios está siendo atacada por la injerencia de decisiones de índole política en terrenos propiamente jurídicos. Este obstáculo se añade a la tradicional asimetría que define las relaciones entre una entidad y sus clientes. Ello impide que las instituciones jurídicas se utilicen en su recto sentido y se pierda su eficacia como mecanismo preventivo y reparador de situaciones de abuso.

En el presente escrito se exponen dos situaciones relacionadas con la contratación bancaria que tienen un común razonamiento si las observamos desde su tratamiento anterior a la normativa que ha desarrollado su regulación –en un caso– y a los criterios jurisprudenciales que se han dictado con ocasión de su enjuiciamiento –en el otro–. La existencia de mecanismos jurídicos con anterioridad a dichos hitos, significa que se mantienen y ayudan a entender el sentido de esas nuevas apariciones.

El primer caso se trata de la normativa MIFID, que ha venido a concretar o desarrollar unas obligaciones que ya existían en la LMV. Por lo que el cumplimiento de las nuevas formalidades no debe suplir al cumplimiento de fondo: una verdadera transparencia.

El otro supuesto es el de la irretroactividad de los efectos de la STS de 9 de mayo de 2013: la institución de la nulidad, como mecanismo jurídico, no puede ceder por cuestiones que serían más de política económica.

REIVINDICACIÓN DEL LETRADO ASESOR. EL COMPLIANCE EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Manuel Morales Zapata

Abogado. Profesor asociado Derecho privado y de la empresa (Área Mercantil) en el Master de Abogacía

Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo

El derecho anglosajón y del norte de Europa ha generado una presión de opinión (al menos jurídica) de tal magnitud, que la misma ha desembocado en la Ley Orgánica 5/2010 que ha modificado el Código Penal incorporando el artículo 31 bis, en virtud del cual se determina “la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

Asimismo, la Ley Orgánica 1/2015, a mayores, introduce la necesidad de incorporar a la operativa empresarial un modelo de prevención y/o detección de delitos que presenta, entre otros muchos aspectos, la figura del Compliance Officer, o Encargado de Cumplimiento Normativo.

Pues bien, esta “novedosa” figura garantista, ya existía y existe en nuestro derecho mercantil, denominada Letrado Asesor del Consejo de Administración, sin que la vigente normativa societaria le haya hecho justicia alguna.

La figura del Letrado Asesor, viene siendo regulada por dos normas preconstitucionales, la Ley 39/1975 de 31 de Octubre, sobre Designación de Letrados Asesores del Órgano Administrador de Determinadas Sociedades Mercantiles, y el Real Decreto 2288/1977 de 5 de Agosto que reglamenta la meritada Ley.

La Ley 39/1975 recoge en sus tres escuetos artículos que las empresas obligadas a disponer de Letrado Asesor serán (en resumen) aquellas que no pueden presentar cuentas abreviadas, compeliendo al Letrado Asesor a que no pueda desempeñar su función en más de cinco sociedades; si bien se faculta al Gobierno a que, por Decreto pueda modificar tal limitación, permitiéndose además (art. 3) que la relación Letrado-Empresa pueda ser de carácter mercantil o laboral.

Por último la Disposición Adicional determina que los Colegios de Abogados promoverán la incorporación como ejercientes de los Letrados Asesores y llevarán registros con los datos de los Letrados, fecha de nombramiento y número de registro asignado en tal condición.

Esta escueta regulación, se complementa con el meritado Real Decreto 2288/1977 y en sus cuatro artículos recoge su función de asesoramiento sobre la legalidad en las convocatorias de Juntas Generales, cómo debe aparecer su firma en los acuerdos inscribibles y el hecho de que será preceptivo su asesoramiento en los acuerdos del Órgano de Administración, debiendo constar en las certificaciones de acuerdos inscribibles el nombre del Letrado y el nº de Registro asignado por el Colegio de Abogados.

Pues bien, la figura del Letrado Asesor está plenamente en vigor, al igual que su normativa reguladora, y sin embargo, nos encontramos con que, ni la Ley 19/1989 de 25 de Julio de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil a la CEE, ni la Ley 2/1995 de 23 de Marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, hacen mención ni referencia alguna a la figura del Letrado Asesor, brillando por su ausencia algún comentario a su labor o a su regulación.

Por ello, no deja de resultar cuanto menos paradójico que mostremos una admiración extrema hacia la figura del Compliance Officer u Encargado de Cumplimiento Normativo, la hagamos propia y la incorporemos en nuestro ordenamiento sin dilación ni duda; y sin embargo denostemos la figura del Letrado Asesor, ya existente en nuestra legislación, no se haga referencia alguna al mismo en ninguna de las principales normas societarias y nos olvidemos de que ya existía un Compliance Officer al menos en el ámbito mercantil y societario.

Por todo lo expuesto, ahora más que nunca, es el momento de reivindicar la figura del Letrado Asesor.

EL NUEVO ART. 19 BIS DE LA LEY ORGÁNICA 1/1996 DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR Y SU REPERCUSIÓN PRÁCTICA

Marta Ordás Alonso

Prof.^a. Titular Derecho Civil
Universidad de León (España)

Cuando la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene, por ministerio de la ley, la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

De acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la asunción de la tutela de un niño debe considerarse una medida temporal a suspender tan pronto como la situación se preste, de manera que la directriz, la guía, de las medidas de protección del menor que hayan implicado una separación de su núcleo familiar adoptadas por la entidad pública no es otra que su reinserción en la familia biológica. Retorno que deberá producirse tanto si han cambiado las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo como si, en fase de revisión judicial de la resolución administrativa que lo declaraba, se estima que no había motivos para declarar al menor en desamparo.

Sin embargo, el hecho de que deba procederse al retorno del menor no implica sin más que dicho el retorno del menor con su familia se produzca pues tanto de la doctrina del Tribunal Supremo como de la redacción del nuevo art. 19 bis LOPJM se deriva que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia de origen, si se han mantenido los vínculos y si el retorno al entorno familiar comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

La lectura detenida de los requisitos previamente enunciados para que pueda tener lugar el retorno del menor a su familia biológica pone claramente de manifiesto la dificultad sino imposibilidad de que concurren en la práctica. Máxime cuando, como se deriva del estudio numerosas resoluciones jurisprudenciales, se observa la excesiva ligereza con la que la entidad pública califica el retorno de imposible y obra en consecuencia, precipitando una guarda preadoptiva lo que, con la creación de vinculaciones afectivas con los guardadores y la supresión del régimen de visitas, convertirá el retorno a su familia de origen en, ahora sí, imposible.

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE PARA LOS CONFLICTOS EN UN MARCO DE CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: ARBITRAJE Y MEDIACIÓN INTERNACIONAL²

Gema Vallejo Pérez

Abogada. Profesora asociada Derecho romano
Universidad de León

La mediación y el arbitraje tienen una amplia y dilatada historia en el ámbito internacional, especialmente en la esfera diplomática, en el que ha sido una de las formas tradicionales de resolver cierto tipo de controversias entre los distintos Estados debemos señalar como casos significativos, el Laudo del Rey de España, Alfonso XIII, de 1906 sobre el conflicto fronterizo que enfrentaba a Nicaragua y Honduras, y el último de 2016 que resolvió el Tribunal Arbitral, que enfrentaba a Filipinas y a China, merece recordar el todavía aún pendiente de resolver entre Croacia y Eslovenia de 2009, etc. Estas fórmulas del ámbito interestatal fueron pasando también a ser utilizadas como medio de solución de conflictos entre particulares, en ocasiones patrocinados por determinadas organizaciones internacionales, especialmente en el ámbito económico, comercial o laboral. El arbitraje Internacional surge en algunas ocasiones no como una vía alternativa a la jurisdiccional, sino en la única solución razonable³. En primer lugar, porque en este supuesto no hay una alternativa jurisdiccional que resulte aceptable para ambas partes: ninguna empresa suele estar dispuesta a litigar en el país de su contraria y no resulta lógico acudir a los tribunales de un tercer Estado. Y en segundo lugar, porque, paradójicamente, el laudo arbitral tiene más eficacia internacionalmente que una sentencia jurisdiccional.

En este ámbito comercial, el interés por la mediación ha aumentado considerablemente en los últimos años. Este mayor interés se atribuye en parte a la insatisfacción con el costo, los retrasos y la duración excesiva de los litigios en ciertas jurisdicciones. No obstante, el aumento de interés resulta también de las ventajas de la mediación. Estas ventajas consisten en un procedimiento que permite a las partes el control del procedimiento a que se somete su controversia o conflicto y del resultado de ese procedimiento. En las controversias que se ha utilizado el proceso de la mediación, el grado de satisfacción y aceptación del resultado, suele ser bueno y aceptado por las partes y sí el acuerdo llevado a cabo es duradero en el tiempo, sin duda la mediación ha sido un éxito.

² El presente trabajo que realiza bajo el Proyecto de investigación Nuevas estrategias participativas para la resolución prejudicial de conflictos en los Estados compuestos. Estudio comparado Canadá-EEUU-España” (INAP).

³ Arias Lozano, D. (2013) “El Arbitraje Internacional” Revista Jurídica de Castilla y León, Número 29. Enero de 2013.

LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS «SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS» A LA LUZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2015/2302: REPERCUSIÓN EN LA FIGURA DEL TURISTA TRANSFRONTERIZO

David Carrizo Aguado

*Profesor Ayudante de Derecho internacional privado
Universidad de León*

En la última década el sector turístico ha experimentado un fuerte cambio en la forma de contratar los servicios de viaje. El desarrollo del comercio *on line* y la aparición de las compañías áreas *low cost*, ha conllevado a que los consumidores se abstengan de adquirir paquetes preestablecidos por un *tour operador* y sean ellos mismos quienes diseñen sus propias vacaciones. Las nuevas fórmulas de contratación electrónica no cabe duda que han contribuido a la expansión de las relaciones jurídicas internacionales entre los consumidores y los prestadores de productos vacacionales. La posibilidad que la Red brinda a los consumidores y usuarios de poder buscar ofertas y comparar precios con independencia del lugar en el que esté establecido el comerciante, ha comportado un incremento sin precedentes del comercio virtual transfronterizo.

En este contexto, las TIC's han eliminado las barreras geográficas, de esta forma han permitido aumentar la base de clientes potenciales que hasta ahora no podían contratar los servicios de estas empresas debido al factor distancia. De tal manera, es preciso destacar que si para el turista Internet ha supuesto una fuente inabarcable de información y un nuevo medio de contratación, para el proveedor de servicios turísticos constituye un buen instrumento para conocer las necesidades reales de cada cliente en particular, hasta el punto de poder ofrecer productos totalmente personalizados.

En este escenario, el legislador comunitario ha publicado en el DOUE (L 326/1) la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, cuya pretensión principal es reducir la fragmentación jurídica, reforzar el reconocimiento mutuo y eliminar los obstáculos al comercio transfronterizo. Esta nueva modalidad contractual debe ser incardinada en el seno de los contratos concluidos por consumidores, caracterizados éstos por la restricción de la autonomía de la voluntad en aras de protección al consumidor, pues es la parte contractual más débil. Precisamente el baremo de información que tiene el turista en calidad de consumidor es siempre menor frente al que tiene el empresario, ya que el alto nivel técnico que posee este último hace entrever las serias dificultades a las que se enfrenta el turista extranjero. Por ende, se puede afirmar que la capacidad de negociación que tiene el turista es muy escasa, y por ello está latente la clara desigualdad entre ambas partes contratantes generando una eventual inclusión de clausulado abusivo por parte de las empresas turísticas en las diferentes fórmulas contractuales.

El principal problema que se deriva de la contratación turística *on line* es el relativo a las reglas de competencia judicial internacional. Ello se debe a que al realizarse la contratación vía Internet, lo más habitual será que nos encontremos con dos partes

contratantes pertenecientes a países diferentes, con lo cual se deberá determinar qué país atrae para sí la competencia judicial. También la fijación del Derecho aplicable plantea dilemas, pues en todo caso se deberá evitar que la ley aplicable no sea impuesta por el empresario y ello conlleve la desprotección jurídica del consumidor.

EL ALCANCE DEL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET: ENTELEQUIA O REALIDAD

María Dolores Moreno Marín

Doctora en Derecho
Universidad de Córdoba

El avance en el desarrollo tecnológico abre la posibilidad de nuevos cauces para el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de información consagrados en nuestra Constitución Española, ya que el uso de Internet, por ejemplo, permite que tanto el alcance como la disponibilidad de contenidos e información no tenga límites ni espaciales ni temporales lo que, a su vez, presenta un grave riesgo para otros derechos y libertades de la persona, tales como es el caso del derecho al honor, intimidad, imagen o la protección de datos personales.

Atendiendo a lo anterior, surge la necesidad de preguntarnos si lo que en un determinado momento de nuestras vidas fue divulgado, debe mantenerse publicado de forma permanente o si tenemos algún derecho que nos ampare a su retirada cuando ha transcurrido el tiempo necesario como para que esa información haya dejado de tener relevancia y, sin embargo, su mantenimiento sí puede afectarnos en nuestro ámbito personal, esto es lo que se ha denominado derecho al olvido o derecho a ser olvidado.

Hay que poner de manifiesto el papel que juegan en el acceso a la información los motores de búsqueda como Google. Dichos motores permiten a los usuarios simplemente con teclear “palabras clave” (como pudiera ser el nombre y apellidos de alguien) encontrar de manera sencilla toda la información que de los sitios web indexados hagan referencia a la palabra clave sobre la que el usuario ha realizado la búsqueda, lo que ha sido visto como un ataque al derecho a la protección de datos personales consagrado en el art. 18.4 CE. Sobre esta materia, ha marcado un precedente importante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13 de mayo de 2014, en el que se respalda el derecho al olvido en los buscadores de Internet, al considerar que la actividad que estos realizan debe calificarse de tratamiento de datos personales. No obstante, hay que señalar que este derecho al olvido no es un derecho absoluto, puesto que siempre se llevará a cabo en cada caso concreto una ponderación entre los derechos en conflicto, según criterios de exactitud, relevancia pública y obsolescencia. Asimismo, la fuente de la información quedará intacta y seguirá siendo accesible a través del buscador por cualquier otra palabra o término que no sea el nombre del afectado.

Hoy día en la jurisprudencia de nuestro país surgen divergencias en relación a quién es el verdadero responsable en el tratamiento de los datos de carácter personal en el motor de búsqueda Google, si Google Inc., que es la matriz con sede en California (EEUU), o si es posible dirigir las peticiones de cancelación de datos a Google Spain como filial de la entidad en España. La Sala 3ª del Tribunal Supremo considera que el responsable es Google Inc., mientras que la Sala 1ª opina que su filial española puede ser demandada. En el ámbito europeo, el Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril, relativo a la protección de datos personales recoge en su art. 17 expresamente el derecho al olvido, al que denomina derecho de supresión.

BLOGS JURÍDICOS. A PROPÓSITO DEL BLOG *DERMERULE* DE DERECHO MERCANTIL (ULE)

Elena F Pérez Carrillo

Prof. Ayudante Doctor
Universidad de León

Contenidos. I.- De las fichas “Torre de Marfil” a las entradillas en blogs-Metacolaboración. II.- DerMerUle, Blog. 1.- Estructura. 2.- Buscadores. 3.- Aplicaciones

I.- De las fichas “Torre de Marfil” a las entradillas en blogs-Metacolaboración

Las antiguas fichas de bibliotecas completadas por los investigadores en su mesa de trabajo (notas adicionales, referencias externas etc.) eran accesibles a grupos reducidos o a un solo investigador (“Torre de Marfil”). Con un modelo formal similar, los Blogs facilitan, además, intercambios dentro de los equipos de docencia y con grupos externos (Meta Colaboración) constituyendo un buen instrumento de *Knowledge management*.

II.- DerMerUle_Blog

Existen excelentes ejemplos de Blogs jurídicos que facilitan la docencia y la investigación. Aprendiendo de todos, DerMerUle (<http://blogs.unileon.es/mercantil/>) sistematiza recursos docentes (y de apoyo a investigación); en el marco del Grupo de Innovación Docente (GID- DerMerUle, coordinado desde la cátedra de Derecho Mercantil de la Universidad de León).

1.- Estructura

Junto a sus secciones fijas o pestañas (Boletines oficiales, Legislación, Jurisprudencia, Revistas, etc.) y novedades automatizadas (CNMV, DGRN, FBS, etc); se actualiza con “entradillas” o fichas de novedades (comentarios de sentencias, documentos o bibliografía) enriquecidas con enlaces a otras webs y referencias temáticas.

2.- Consultas y aplicaciones

Las consultas se efectúan principalmente por un buscador bodleano; categorías (asignaturas impartidas desde el Área de Derecho Mercantil); y etiquetas (temáticas).

Se utiliza en el aula, y para elaborar trabajos académicos. También a modo de difusión de novedades del GID y de Grupos de trabajo afines por razón de materia/asignatura. Sus enlaces internos permiten visualizar en dos o tres “clicks” el repositorio existente sobre un asunto de interés para el GID.

LA INFLUENCIA DE LAS TIC'S EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: ESPECIAL ATENCIÓN AL DELITO “Online Child Grooming”

Iván Fernández Rebordinos
Estudiante de Máster en Abogacía
Universidad de León

En las últimas décadas, la utilización de manera generalizada de las tecnologías de la información y la comunicación por los ciudadanos, más comúnmente denominadas como TIC's, y especialmente el uso de éstas por parte los jóvenes y menores de edad, ha dado lugar a una situación preocupante, especialmente en relación a los menores al tratarse de personas más vulnerables, las cuales a través de las TICs pueden convertirse en víctimas, ya que el desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de las redes sociales para realizar contactos interpersonales ha sido aprovechado por delincuentes sexuales para ampliar sus actividades delictivas.

Para prevenir esto, entre otras cosas, se ha desarrollado la ciberseguridad, entendida esta como “*el uso seguro y responsable de la tecnología de la información y la comunicación (TIC), incluyendo Internet, los dispositivos móviles y de comunicación y los instrumentos tecnológicos diseñados para guardar, compartir o recibir información, por ejemplo, los teléfonos móviles, las cámaras digitales, etc.*”.

En los últimos tiempos estamos siendo abrumados con una multitud de términos novedosos cuyo denominador común es el ataque a menores de edad, refiriéndose cada uno de ellos a diferentes conductas (Ciberbullying, Cyberharassment, Sexting,...).

De entre todos, algunos son conocidos y con amplia trayectoria, y sin embargo otros son novedosos y desconocidos para la mayor parte de los ciudadanos. En concreto se analizó en mayor profundidad el delito de *online child grooming*, el cual pese a que la RAE aún no lo ha incluido como término en su diccionario, se puede **definir el “grooming”** como un “nuevo tipo de problema relativo a la **seguridad de los menores en internet**, consistente en que una persona adulta realiza de manera deliberada actos para contactar con un menor a través de las TIC, con el propósito de ganarse su confianza para establecer una relación o actividad sexual.

La incriminación de este fenómeno atiende a lo establecido en el art. 23 del *Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual de 25 de octubre del 2007*⁴, conocido también como Convenio de Lanzarote.

⁴ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, creado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de julio de 2010 y que fue ratificado por España el 1 de diciembre del mismo año.

En España, el legislador, consciente de este problema, introdujo en el año 2010 el delito denominado “**online child grooming**”, que fue tipificado en el artículo 183 bis del Código Penal. Posteriormente, y tras la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que elevó la edad del consentimiento de los 13 a los 16 años, el delito de “grooming” fue trasladado al artículo 183 ter del Código Penal, que es dónde se regula actualmente.

PROBLEMÁTICA DE PRUEBA DE LA RESIDENCIA FISCAL EN EL EXTRANJERO, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL SUPUESTO DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES

Marta González Aparicio

Contratada predoctoral (FPU)

Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de León

La determinación de la residencia fiscal de las personas físicas que obtienen rendimientos del trabajo, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, resulta esencial a fin de establecer el régimen tributario aplicable a las mismas. Esta cuestión cada vez plantea mayores retos, pues en un mundo globalizado como el actual en el que las personas y los capitales se mueven con agilidad, es común la aparición de situaciones en las que un sujeto con residencia fiscal en España modifica su domicilio, independientemente de que tal cambio se produzca por motivos laborales o por la búsqueda de un territorio con condiciones fiscales más beneficiosas –la llamada votación con los pies–, siendo éste último el supuesto más común en el caso de los deportistas profesionales.

El artículo 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF), establece los criterios para determinar la residencia fiscal en territorio español, empleando para ello una vinculación triple: física, económica y familiar. Los dos primeros criterios tienen la consideración de presunciones *iuris et de iure*, de modo que si queda acreditado cualquiera de ellos, la residencia fiscal se considera probada de manera automática. El criterio familiar, más que un criterio en sí se trata de una presunción *iuris tantum* –que admite prueba en contra– a través de la cual es posible inferir que se da la situación exigida bien por el criterio de la permanencia o bien por el criterio de los intereses económicos. La regulación contenida en el artículo 9 de la LIRPF se completa con la cláusula antiabuso del artículo 8.2 de la LIRPF, según la cual en los supuestos en los que se acredite conforme a alguno de los criterios enunciados el cambio de residencia habitual a un territorio que tenga la consideración de paraíso fiscal, se mantendrá la residencia fiscal en territorio español durante el año que se produzca el cambio y los cuatro años posteriores, esto es, durante cinco años desde que se efectúe el cambio. Este cambio de residencia a territorios considerados como paraísos fiscales es precisamente el supuesto más común en la práctica para los deportistas de alto nivel.

La regulación de la residencia fiscal se completa con el Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio,

elaborado por la OCDE con el objetivo ofrecer un marco común en la elaboración de Convenios de Doble Imposición, que se aplicarán en aquellos casos en los que, tras la aplicación de la normativa interna, un sujeto resulte residente fiscal en dos Estados, lo que origina un conflicto de doble residencia fiscal. Este Modelo, que es seguido por España y numerosos países el en mundo expone los criterios específicos en la resolución del conflicto de doble residencia por orden de prelación en su aplicación buscando los puntos conexión fisca o económica prioritariamente.

Por otro lado, merece referencia expresa por la importancia que despliega en la determinación de la residencia fiscal el Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre. Este Real Decreto establece la obligación para las entidades financieras de identificar y comunicar a las Autoridades fiscales la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de cuentas financieras. La atribución a las instituciones financieras de las potestades para la identificación de la residencia fiscal del sujeto pasivo, si bien fundada en la necesidad de un mayor control y la prevención de la evasión y el fraude de capitales, puede resultar criticable, pues supone otorgar a una entidad de carácter privado potestades correspondientes a una Administración pública, además de plantear dudas en relación a la “prueba” de la residencia fiscal del sujeto en el procedimiento establecido para la identificación de tal residencia fiscal en el Real Decreto.

Por último, en materia probatoria el mecanismo previsto por la normativa fiscal es la emisión de certificaciones fiscales por la autoridad competente del territorio que se trate. Si bien tanto la jurisprudencia como la Dirección General de Tributos han mantenido durante largo tiempo una postura estricta, admitiendo únicamente tales certificaciones como medio de prueba de la residencia fiscal, en los últimos años esta situación ha cambiado, pues se ha aceptado que el sujeto se valga de otros medios de prueba, amparándose en el artículo 106.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, que establece el principio de libertad de prueba en materia fiscal.

Toda esta normativa y estos pronunciamientos, contradictorios en muchos casos, han modificado la tradicional determinación de la residencia fiscal, planteando un nuevo panorama que origina, en muchas ocasiones, inseguridad jurídica para el contribuyente.

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ÁREA METROPOLITANA Y SU ACTUALIDAD EN ESPAÑA

Aurora Corbacho Quintela

Doctora en Derecho Público por la Universidad de Vigo

Desde finales del siglo XVIII, en muchos lugares del planeta y como consecuencia de tres factores principalmente: la Revolución Industrial, la demolición de las murallas que rodeaban las ciudades y la invención de los medios mecanizados de locomoción, las hasta entonces comprimidas urbes van a experimentar una expansión que va a dar lugar a la aparición de un nuevo espacio que en el año 1850, en Norteamérica, se vino

a denominar “Área Metropolitana” y la cual la Oficina Federal del Censo en 1910 se referiría en virtud de la relación que se establece entre una ciudad importante y un territorio próximo que de alguna forma depende de ella, fundamentalmente por motivos de residencia y trabajo (lo que se conoce como variable commuting).

La manifestación de esta variable en muchos espacios territoriales de los diferentes países del globo ha llevado a diversas disciplinas a estudiar el fenómeno metropolitano desde sus diferentes perspectivas. En concreto, desde la rama jurídica existe una ingente producción doctrinal que ha estudiado la figura desde una doble acepción, la propiamente fáctica como realidad espacial que es, y como concepto normativo, regulador, como señala Barrero Rodríguez⁵, de las formas de organización y gobierno características de tales espacios.

Con el objetivo de prestar los servicios públicos que demanda su población de una manera más eficaz y eficiente, se ha procedido a institucionalizar dicha entidad en países como Canadá (Communauté Métropolitaine de Montréal), Colombia (Área Metropolitana de Bucaramanga, Área Metropolitana del Valle de Aburrá), India (Mumbai Metropolitan Region Development Authority), Sudáfrica (Greater Johannesburg Metropolitan Area), Alemania (Verband Region Stuttgart), Reino Unido (Greater London Authority), Francia (Métropole de Lyon), Portugal (Área Metropolitana de Lisboa, Área Metropolitana do Porto), entre otros.

En España, la Constitución de 1978 establece en el artículo 141.3º la posibilidad de crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia, y entre ellas, como opina la mayoría de la doctrina y así lo admite la Jurisprudencia, estarían las áreas metropolitanas. Dado que la competencia en materia de ordenación del territorio, en virtud del artículo 148.1.3.^a podrá ser asumida en sus diferentes Estatutos por las Comunidades Autónomas, corresponderá a éstas la decisión en torno a la creación de entidades locales metropolitanas en su ámbito espacial, respetando siempre y en todo caso las disposiciones de la Ley estatal 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, relativas a las áreas metropolitanas (en especial los artículos 3, 4 y 43 de dicha Ley).

Fruto de esta potestad normativa, actualmente en España existen tres Áreas Metropolitanas: una en Cataluña, de carácter territorial, el Área Metropolitana de Barcelona; y dos en la Comunidad Valenciana, ambas de carácter sectorial, la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos, y la Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos. En próximas fechas, dada su realidad social y económica, se espera la constitución del Área Metropolitana de Vigo, creada por la Ley 4/2012, del 12 de abril, como entidad local supramunicipal de carácter territorial.

⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, M. C., *Las Áreas metropolitanas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 59. En este sentido señala la autora que se trata de dos significados profundamente interrelacionados.

RELACIONES JURÍDICO INTERNACIONALES DE FAMILIA: EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA, PRESERVACIÓN-REAGRUPACIÓN FAMILIAR MÉXICO-ESPAÑA

Daniela Mercedes Pérez Martínez

Maestrante, Universidad Autónoma del Estado de México

En el marco internacional, la problemática de los flujos migratorios se centra en la idea principal de la protección de Derechos Humanos, siendo uno de los derechos por antonomasia el –derecho a vivir en familia–. En este sentido, se puede afirmar que la familia constituye un elemento sustancial en la sociedad y que como consecuencia corresponde a los Estados como entes protectores, cumplir lo preceptuado en los diversos tratados internacionales de los que tanto México como España forman parte (Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Derivado de este derecho a vivir en familia se desprende la necesaria protección de la unidad familiar, sin importar la diversificación sobre la que se sustenta (nuclear, ensamblada, monoparental, homoparental); ahora bien, en la mayor parte de las legislaciones actuales solo se aboga por proteger el modelo de familia tradicional nuclear. El término empleado de éste derecho en México es la «preservación de la unidad familiar» y en España es «reagrupación familiar», haciendo precisión a que se emplea éste para mantener un sano y productivo tejido social de las comunidades de extranjeros en el país (Ley de Migración de México) y consiste en que el extranjero que resida legalmente en un país pueda trasladar a su familia consigo.

El marco legal en México se centra en el artículo 4 constitucional, y a partir de la reforma en el año 2011 en la Ley General de Población se crea la Ley de Migración y su Reglamento; sustentando su política migratoria en torno al principio de la unidad familiar, así como en la Ley sobre Refugiados y su Reglamento que dan vida y adecuan de cierta manera las ideas planteadas por el marco internacional.

Por otro lado en España el marco normativo se establece a españoles o nacionales de la Unión Europea dentro de la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, y en el *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*; en lo que atañe a la reagrupación aplicada a familiares de terceros países se encuentra estipulada en la *Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar*, *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, y su norma de desarrollo en el *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

En concordancia con las anteriores normativas, el rescate de la unidad familiar a través del derecho a vivir en familia se ha transformado en un derecho humano válido y reconocido internacionalmente, aunque al parecer la unificación de los criterios, tipologías, estructuras legales y situaciones de carácter material, social y psicológico han prolongado su tiempo, considerando que algunos de estos estándares y obligaciones no han sido aplicados o han rezagado leyes que protejan en sentido amplio la estructura familiar.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROGENITORES EXTRANJEROS DE HIJOS ESPAÑOLES: ANÁLISIS DE LA STJUE DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016, ASUNTO RENDÓN MARÍN

Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez

*Profra. Titular (acreditada para catedrática) de Derecho internacional privado
Universidad de León*

1. En nuestro ordenamiento, algunos hijos de progenitor extranjero por nacer en territorio español gozan de la nacionalidad española. La atribución de ésta en virtud del *ius soli* se regula en el art. 17.1.b), c) y d) Cc, interpretados por la Instrucción DGRN de 28 marzo 2007. En realidad nuestra legislación mantiene el criterio también establece el art. 7 del Convenio de Nueva York de 1989, sobre Derechos del niño.

La mayor dificultad a la hora de averiguar si se obtiene la nacionalidad española por el nacimiento en España del hijo de extranjeros deriva de la necesidad de acreditar el contenido y vigencia de la legislación en los ordenamientos de los progenitores (art. 17.1.c) Cc y art. 281 LEC). Por el momento, son españoles los hijos de los siguientes extranjeros por nacer en España: argentinos, brasileños, caboverdianos, colombianos, costarricenses, cubanos, nacionales de Guinea-Bissau, paraguayos, peruanos, portugueses no inscritos en los registros portugueses y nacionales de Santo Tomé. Desde hace unos años no son españoles por nacer en España por modificaciones en sus normativas internas bolivianos, chilenos, ecuatorianos y uruguayos.

2. Tener la nacionalidad española conlleva ser ciudadano de la UE. En virtud del art. 20 TFUE

“Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. Y, entre los derechos se menciona expresamente, “a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. El ejercicio de este derecho se desarrolló en virtud de la Directiva 2004/38/CE. Los destinatarios de este derecho se concretan en los arts. 1 a 3 del mencionado texto comunitarios. El derecho de esas personas no es absoluto, pues viene limitado por la exigencia del cumplimiento de unos requisitos y por otro lado también se puede limitar (arts. 27 y 28).

Con respecto al derecho a la libre circulación de ascendientes de un nacional de otro país miembro de la UE, el tribunal de Luxemburgo ha dictado varias decisiones y ha

interpretado el concepto de vivir a cargo (*STJCE de 19 de octubre de 2004*, asunto Chen; *STJCE de 9 de enero de 2007*, asunto Jia). También son varios los fallos en los que se trata de analizar los derechos generales que tiene el ascendiente de nacionales del propio Estado que vivan a sus expensas (*STJUE de 8 de marzo 2011*, asunto Ruiz Zambrano; *STJCE de 13 de septiembre 2016*, asunto CS).

3. El caso resuelto por la *STJCE de 13 de septiembre de 2016*. Alfredo Rendón Marín, asunto C-165, de nacionalidad colombiana, con antecedentes penales, ascendiente de un menor de nacionalidad española y de una hija polaca al que se le denegó la renovación de su permiso de residencia. Se elevó cuestión prejudicial mediante el *ATS de 20 de marzo de 2014* –reiterado *ATS de 9 de marzo de 2016*– argumentando la eventual aplicación de la interpretación dada en los asuntos Chen y Ruiz Zambrano. En este último supuesto el TJUE dictaminó que no aplicable la Directiva 2004/38/CE. Ahora bien, si es aplicable el art. 20 TFUE con la finalidad de no obstaculizar los derechos que otorga la ciudadanía, aunque no se haya ejercido la libre circulación.

Diferencias entre el asunto Rendón Marín y el asunto Ruiz Zambrano. Ser ascendiente de un nacional del propio país conlleva la aplicación del art. 20 TFUE; sin embargo, ser ascendiente de un nacional de otro EM de la UE conlleva la aplicación del art. 21 TFUE y de la Directiva 2004/38/CE. Por tanto, se puede gozar del derecho a obtener residencia siempre que el ascendiente cumpla los requisitos para poder gozar de la libre residencia y no se encuentre en los casos de limitación (art. 27 Directiva).

4. En definitiva, el Sr. Rendón Marín como padre de una nacional polaca será beneficiario del RD 240/2007; ello, sin olvidar que como progenitor de un español podrá obtener una autorización de residencia por razones excepcionales prevista en el régimen general de extranjería (LO 4/2000 y RD 557/2011). En todo caso, el recurrente no es un extranjero cualquiera al ser progenitor de un español (*STS de 26 de enero de 2004*). Por ello, cualquier eventual restricción de su derecho a vivir en España para que sus hijos puedan permanecer en la UE debe ser examinada a la luz de la normativa de la UE. Partir de esta sentencia no debería volver a producirse la expulsión automática de ningún extranjero, progenitor de menores de nacionalidad española (STC 186/2013, de 4 de noviembre, y la Decisión TEDH de 17 de marzo de 2015).

LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y EL REFERÉNDUM EN DEMOCRACIA

M^a Nieves Alonso García

Doctoranda en Derecho Constitucional

Universidad de León

La teoría política contemporánea se ha erigido sobre la tensa dialéctica entre dos formas de concebir la participación en democracia. Por una parte, «la democracia directa o de identidad» y por otra, «la democracia representativa». La contraposición entre estas dos técnicas de participación se refleja en la pugna entre Rousseau, quien sostenía que sólo hay ley vinculante si ha sido ratificada por todos y Montesquieu,

quien defendía que la gran ventaja de los representantes frente a los representados es que son capaces de discutir los asuntos.

Nuestra historia constitucional se decantó desde sus inicios por las formas propias de la democracia parlamentaria. No obstante, se implementaron instituciones políticas destinadas a implicar a los ciudadanos en el proceso de deliberación y toma de decisiones de los poderes públicos.

En el ordenamiento jurídico español, los instrumentos de participación directa de los ciudadanos en las decisiones políticas son: *la iniciativa legislativa popular*, prevista en el art. 87.3 CE, *el referéndum consultivo* en relación a decisiones políticas de especial trascendencia, regulado en el art. 92 CE y *el referéndum para la ratificación de la reforma constitucional*, recogido en los arts. 167 y 168 CE.

En cuanto a la iniciativa legislativa popular encuentra su fundamento en el art. 23.1 CE en el cual se establece el derecho fundamental de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos. El procedimiento de tramitación de la iniciativa desvirtúa su origen popular ya que, si fuera admitida a trámite, una vez en el Congreso, puede ser enmendada y aprobada a voluntad del legislador. De este modo, la ley resultante puede ser distinta de la proposición que por iniciativa popular llegó al Congreso. La Comisión Promotora no podrá retirarla si no estuviera conforme con las modificaciones efectuadas. Asimismo, la previsión de este instrumento de participación política de los ciudadanos no garantiza que esa iniciativa suponga el surgimiento de una ley. Por el contrario, la mayoría son rechazadas sin trascender a la sociedad.

En referencia al marco jurídico del referéndum, se constituye con carácter consultivo, en el art. 92 CE. Este referéndum es facultativo y su convocatoria dependerá en exclusiva de la decisión del Presidente del Gobierno. La consecuencia jurídica más importante que se deriva del referéndum es el plus de legitimidad para el sistema político que conlleva la expresión de la voluntad popular. De este modo, permite comprobar la adecuación de las decisiones a adoptar por los poderes públicos con el sentir de la ciudadanía.

En cuanto al referéndum para la ratificación de la reforma constitucional cabe destacar que los arts. 167 y 168 CE establecen un referéndum de carácter facultativo para una reforma ordinaria y un referéndum de carácter obligatorio para el procedimiento agravado de reforma. Hasta nuestros días, la Constitución ha sido reformada en dos ocasiones, la primera de ellas en 1992 en lo relativo al sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión Europea residentes en España y la segunda en 2011 destinada a garantizar el equilibrio presupuestario de las Administraciones Públicas. En ninguno de los procesos se convocó referéndum para ratificar dichas reformas.

A modo de reflexión final, cabría plantearse la viabilidad de la iniciativa popular en una democracia esencialmente representativa. De admitir su viabilidad, ¿redundaría positivamente en la operatividad de esta institución la modificación de su régimen jurídico a fin de facilitar su ejercicio, así como el asesoramiento público al ciudadano sobre su procedimiento a fin de reducir la inadmisión a trámite por su inadecuación material?

Bajo una perspectiva política y constitucional cabría cuestionarse también la viabilidad del referéndum en una democracia esencialmente representativa. El referéndum se concibe, por un lado, como una figura manipulable por la élite política y por otro, como una manifestación del derecho fundamental a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. ¿Supondría un estímulo para el ciudadano al ser consultado directamente sobre las decisiones políticas? ¿Sería posible la desvinculación de su utilización partidista e interesada por parte del Gobierno?

LA DEBILIDAD DE LA DELIBERACIÓN PARLAMENTARIA

Patricia García Majado

Doctoranda en Derecho Constitucional

Becaria del Programa de Formación del Profesorado Universitario

Universidad de Oviedo

El Parlamento es un lugar en el que confluyen posiciones políticas encontradas, en el que se acoge el disenso y se propicia la confrontación de opiniones. De ahí deriva, precisamente, su carácter de institución representativa: de albergar en su seno toda la fragmentación que experimenta el sentir social. Así pues, su labor no es solamente decisoria, sino esencialmente deliberativa, pues lo relevante en democracia no es sólo «quién» decide, sino «cómo» se hace. La legitimidad democrática de las decisiones no proviene únicamente de su adopción de acuerdo con la voluntad mayoritaria, sino de la posibilidad de que exista un proceso previo en el que la voluntad general –y no únicamente aquella– haya conseguido revelarse. Sin embargo, la tendencia del poder político es a sustraerse al debate parlamentario, imponiendo su decisión con el único aval de una votación favorable.

Estas carencias deliberativas se pusieron de manifiesto en uno de los momentos constitucionales más candentes de los últimos tiempos: la reforma del art.135 CE. La tramitación de la misma por los procedimientos de urgencia y lectura única, propició que al debate de la segunda modificación constitucional en España en treinta y tres años se le dedicasen 6 horas y 10 minutos. Sin embargo, no parece que una propuesta de reforma constitucional avalada por dos grupos parlamentarios y con 53 enmiendas, cuyo propósito era el establecimiento de un techo de déficit público y un límite a la capacidad de endeudamiento del Estado, Comunidades Autónomas y Municipios, sea una cuestión cuya *naturaleza o simplicidad de formulación* aconseje tan pronta tramitación y el establecimiento de un plazo de 48h para la presentación de enmiendas.

No obstante, la mala calidad del parlamentarismo se revela con peligrosa cotidianeidad a través de algo que, debiendo ser una excepción en democracia, ha devenido casi una constante: legislar a golpe de decreto-ley. Sin ir demasiado lejos, la X Legislatura, presidida por mayoría absoluta en ambas Cámaras, presenta 76 decretos-leyes, existiendo años, como el 2012, en los que la producción legislativa de urgencia supera holgadamente a la ordinaria. Indudablemente, la crisis económica ha contribuido a disparar estas cifras, pues en semejante contexto parece que todo es extraordinario y urgente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, a través de una jurisprudencia excesivamente deferente sobre el control del presupuesto habilitante,

más que muro de contención frente a estos excesos ha devenido, más bien, cómplice de los mismos.

En definitiva, las insuficiencias deliberativas apuntadas nos invitan a recordar que cuando se producen normas a base de sortear las formas, se olvida la más pura esencia de la democracia. Y es que, tal vez, uno de los retos democráticos de nuestro tiempo consista, precisamente, en conseguir que las normas dejen de ser fruto de la imposición y vuelvan a ser, como Kelsen reivindicaba, el *logro de una transacción*.

EL LENGUAJE JURÍDICO: FACTOR DEL DESAFECTO SOCIAL HACIA EL DERECHO

Pablo Sanz Bayón

Universidad Pontificia Comillas

El problema de la interpretación de las normas y de los contratos, su posible ininteligibilidad y obscuridad, tiene que ver en buena medida con el empleo del lenguaje jurídico. No puede obviarse que abundantes litigios guardan una directa relación con los problemas interpretativos y la falta de claridad en la redacción de los textos jurídicos, pues como reza el adagio latino: “interpretatio cessat in claris”. En consecuencia, no es extraño que el lenguaje jurídico se presente como un factor de desafecto de la sociedad hacia el derecho.

Distintos estudios empíricos apuntan en esa dirección, reflejando que la ciudadanía no entiende, o entiende con dificultad, a los juristas y a los textos jurídicos. En este sentido, podemos referirnos a las quejas recibidas por el servicio de atención al ciudadano del Consejo General del Poder Judicial, o a diversas encuestas realizadas a estudiantes de facultades de Derecho, de práctica jurídica, del Centro de Estudios Jurídicos y de la Escuela Judicial. Los futuros juristas opinan que los profesionales del mundo jurídico se expresan de forma inadecuada. Los estudios constatan la existencia de un conjunto de prácticas asentadas que dificultan la comprensión, así como algunas reiteradas incorrecciones sintácticas y gramaticales en la expresión oral y escrita de los profesionales del derecho⁶.

Además, queda patente que este problema no se circunscribe únicamente a la Administración de Justicia sino que está presente en los propios textos legislativos que emplean los profesionales del derecho para realizar su labor. Así, según el Informe

⁶ Vid. CARRETERO GONZÁLEZ, C., “Reflexiones acerca de la expresión y la comunicación del derecho por los juristas españoles en la actualidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 1, 2015, pág. 241 y nota 23. En este trabajo se da cuenta de la problematicidad que presenta el lenguaje jurídico en la comunicación procesal: “si leemos algunas demandas y otros escritos procesales, comprobaremos el complejísimo, e innecesario, amasijo de palabras que se encuentran, más o menos unidas en frases (...). Muchos abogados no revisan sus escritos; y las primeras redacciones quedan como definitivas: estas suelen presentar dificultades de comprensión y ambigüedades, lo que no resulta deseable, ya que abren la puerta a diferentes interpretaciones” (pág. 236).

de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico del Ministerio de Justicia, de 2011, los barómetros de opinión del CGPJ muestran que un 82% de los ciudadanos considera que el lenguaje jurídico es excesivamente complicado y difícil de entender.

Una de las causas de la ininteligibilidad del lenguaje jurídico se debe a la actitud y modos de la “sociedad jurídica” (los profesionales del derecho)⁷. A este respecto, nos hacemos eco de lo que subraya el Prof. Cazorla Prieto: “(...) el jurista, toma posesión de su singularidad expresiva y tiende a acentuarla como manifestación de su situación profesional distinta e inalcanzable para los que no son de su cuerda profesional. Creen así ciertos juristas que la manera más eficaz de mantener y acrecentar su lenguaje más especializado es diferenciarlo del de los demás, del común, a través de la oscuridad inentendible (...)”⁸.

En definitiva, la sociedad democrática necesita de un derecho que se entienda, accesible, claro, sencillo de interpretar y aplicar, y que no dé lugar a situaciones de inseguridad jurídica. La realización de la justicia (social, material) –objeto y fin del derecho– depende, en última instancia, de ello.

LA DESIGUALDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Lorena Chano Regaña

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

Esta breve disquisición, presentada en unas pocas líneas, es sólo un resumen divulgativo de un trabajo de investigación más profundo presentado en parte en el III Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de León y del Centro Universitario Tabosa de Almedia en Brasil, el pasado 21 de octubre del 2016.

La investigación ofrece un análisis crítico del binomio igualdad-desigualdad en el constitucionalismo contemporáneo con el propósito de clarificar las carencias y problemas del modelo tradicional y de explorar nuevas vías en la consecución de los retos que debe asumir el texto constitucional.

⁷ Sobre las causas del estilo barroco heredado por los juristas generacionalmente se refiere BAYO DELGADO, J., “El lenguaje forense: estructura y estilo”, *Lenguaje forense. Estudios de Derecho Judicial*, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 38, hay que encontrarlas “en la ausencia de puntos y aparte, para evitar la intercalación de palabras, y el sistema de arancel de los antiguos escribanos o secretarios, que reproducían textos dentro de otros textos para aumentar su longitud, y por ende, sus derechos arancelarios (...). La concepción de la sentencia, de ahí su nombre, como una oración única con fallo como verbo principal también ha coadyuvado a modelar ese estilo forense”.

⁸ Vid. CAZORLA PRIETO, L., *El lenguaje jurídico actual*, Madrid, 2007, pág. 3.

El modelo de igualdad articulado en la Constitución Española de 1978 y desarrollado a través del derecho ya no es un modelo sostenible para responder a las demandas sociales. La hegemonía del mercado frente a la sociedad ha deslegitimado el pacto social-democrático y ha acrecentado la brecha entre la igualdad jurídica y la igualdad real, haciéndola cada vez más profunda. Conscientes de la necesidad de reformular el contenido jurídico y material de la igualdad, y del papel preponderante que este principio juega en el debate sobre la reforma constitucional y sobre el proceso constituyente, se ha abordado el estudio de las categorías “igualdad” y “desigualdad” con una metodología jurídico-problemática, explorando las posibilidades que se ofrecen en el actual contexto socio-político.

Esta reflexión consiste en analizar las categorías jurídicas “igualdad” y “desigualdad” desde la perspectiva de un constitucionalismo crítico sentando las bases de un debate bastante interesante sobre el camino que debe seguir el nuevo texto constitucional en torno a la igualdad (dado el carácter que tiene de principio supremo, inspirador del ordenamiento jurídico y base democrática del Estado de derecho). Con el análisis de la paradoja igualdad/desigualdad pretendo un triple objetivo:

1. Reflexionar sobre el contenido semántico de los términos igualdad y desigualdad, descubriendo que el significado de estos términos es múltiple y que ha mutado a lo largo de la historia.
2. Clarificar las carencias y los problemas del modelo tradicional y no sólo del tradicional, sino también del actual, contenido en el texto fundamental.
3. Explorar nuevas vías en la consecución de los retos que debe asumir el texto constitucional.

Con carácter conclusivo, se ha constatado que la desigualdad ya no es un presupuesto fáctico tolerable que el derecho pueda equilibrar mediante la proclamación jurídica de igualdad y los correctivos propios del Estado social; es una preocupación de primer orden en el contexto socio-político actual. En conclusión, habría que reformular el contenido del principio constitucional de la igualdad para dotarlo de contenido material. Para ello no bastaría con la determinación de unos presupuestos objetivos que permitieran la concreción de la norma aplicable al caso concreto, sino que también deberían revisarse los mecanismos destinados a la especificación del sujeto, como elemento primordial de la concreción normativa.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA GLOBALIZACIÓN

Ángel Aday Jiménez Alemán

*Profesor ayudante doctor
Universidade de Vigo*

En la era de la globalización y del derecho global, cosmopolita o transnacional, (aún no hemos alcanzado un consenso sobre el contenido exacto y los límites de estos conceptos), y en necesidad de una auténtica teoría general del derecho (Twining), al menos se han identificado algunas tendencias y consecuencias de este fenómeno. El paradigma de la unidad entre el Estado y el Derecho de Kelsen es cada día más borroso.

Lo mismo sucede con el principio del Estado como último fundamento de validez, como suprema voluntad. La validez del orden jurídico todavía descansa en el poder estatal. Sin embargo, el orden jurídico, así como el poder, reside cada vez más allá de las estrictas fronteras del Estado. Una estructura de gobierno mundial está surgiendo, una fuerza política unida por normas jurídicas, procedimientos y redes multilaterales.

En la ausencia de una auténtica organización política supraestatal como autoridad superior, se pueden identificar muestras del desarrollo de una muy originaria fase de constitución de un ordenamiento jurídico supraestatal compuesto por múltiples órdenes jurídicos. Este ordenamiento jurídico global se basa más en la cooperación que en la soberanía, más en las redes que en la jerarquía, en la pluralidad de actores descentralizados que regulan sectores, en lugar de una única autoridad central. Un derecho fracturado, que fluye, permeable y policéntrico, una suerte de sistematización de la anarquía, un regreso del pluralismo jurídico, que nunca se había terminado de ir, un espacio en el que conviven jurisdicciones territoriales y personales, en el que un cierto grado de conflictividad entre jurisdicciones es inevitable, pudiendo incluso llegar ser positivo. Este derecho global en ciernes, dista de poder ser considerado un ordenamiento jurídico de acuerdo a la conceptualización de Santi Romano. No se fundamenta en una organización política, y es entendido como un conjunto no definido de órdenes jurídicos, algunos de tendencia universal, pero en su mayoría dirigidos hacia sectores concretos, que, desde instancias distintas a las Estatales, regulan relaciones sociales que superan el ámbito propio del Estado-nación.

Son numerosas las cuestiones que nos arroja esta nueva era. ¿Hay lugar para un derecho constitucional global o un constitucionalismo global? Ha costado tres siglos aplicar los principios del constitucionalismo en las fronteras de los Estados. Obviamente podemos discutir sobre el grado del éxito, pero al menos podemos hablar de un éxito. ¿Se puede repetir la misma historia? Frente a las dificultades o incluso la imposibilidad de desarrollar un constitucionalismo político a nivel global, ¿podría ser el constitucionalismo jurídico basado en la *constitutional review* la solución factible para la constitucionalización del derecho global?

LA INCORPORACIÓN DE FORMAS DE REPARACIÓN CONGRUENTES CON LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL CASO COLOMBIANO

Zoraida Lucia Becerra

*Abogada, Máster en Estudios Internacionales y
Candidata de Doctora de la Facultad de Derecho
Universidad Santiago de Compostela*

Los estándares internacionales en materia de reparaciones construidos desde el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son resultado del trabajo de los órganos que fueron creados para cumplir con los mandatos encomendados a la Organización de Naciones Unidas en 1948.

De esta manera, se inician los trabajos que permiten establecer las formas de reparación que han sido reconocidas en el ámbito internacional, desde las relatorías en pro de los derechos humanos, pasando por los órganos políticos hasta los órganos de control con carácter jurídico, tanto de las Naciones Unidas como de la Organización de los Estados Americanos, estableciendo que las víctimas son seres multidimensionales que no solo deben recibir compensaciones económicas, sino también deben ser reparados en todos los niveles en los cuales se pudo causar el daño inmaterial o al proyecto de vida.

En consecuencia, las víctimas deben ser reparadas a partir de un trípode que comprende la búsqueda de la verdad, la impartición de justicia y la posterior reparación de los daños ocasionados como resultado de los hechos constitutivos de la violación a los derechos humanos. En otras palabras, los Estados deben buscar la verdad acerca de los hechos que constituyen violaciones a los derechos humanos, así como, al derecho internacional humanitario, y posteriormente, deben proveer la justicia tanto a las víctimas como a la sociedad en su conjunto, una reparación por el daño causado, y finalmente, una garantía de no repetición de los hechos constitutivos de la vulneración, que debe ser construida a partir de mecanismos de amplio impacto, como las políticas públicas, la memoria colectiva, entre otras.

Durante el año 2005 en Colombia se expidió la Ley de Justicia y Paz, que tenía como finalidad, la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC); es entonces cuando el gobierno de turno decide implementar un modelo de reparación que permitiera resarcir el daño ocasionado a las víctimas. Sin embargo, dicho sistema fue insuficiente, en materia de verdad y justicia, teniendo como resultado, reparaciones inadecuadas o insuficientes con miras a resarcir los daños ocasionados a las víctimas.

Sin embargo, la promulgación de la Ley 1448 de Víctimas y Restitución de Tierras y su implementación a través de la creación de la Unidad de Víctimas del Departamento para la Prosperidad de la Presidencia de la República, y los avances hacia la paz a partir del año 2013 con el inicio de las conversaciones entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC), conllevaron a una reestructuración de los mecanismos de acceso a la reparación, así como las formas de reparación que serían proporcionadas a las víctimas previo y durante el periodo de transición a la paz, y el post-conflicto, con el fin que se produzca, en la medida de lo posible, la restitución de los bienes jurídicos vulnerados. Finalmente, el Gobierno colombiano plantea estrategias y política pública con la que pretende garantizar la no repetición de los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos durante el post-conflicto.

Por ello el sistema reparaciones a víctimas en Colombia, puede ser considerado como un sistema amplio, pues ha incorporado todas las formas de reparación contemplados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, siendo incluyente e innovador cuando es comparado con otras experiencias de transición hacia la paz. Sin embargo, con atrasos en materia de cumplimiento de reparaciones, por la imposibilidad de dar cobertura a todos los programas y los enfoques que pretende cubrir la política pública, y la normativa colombiana frente a las víctimas y sus derechos.

EI DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO

Gregorio Barco Vega

gbarco@davara.com.mx

Abogado especialista en derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Universidad Nacional Autónoma de México

El derecho humano a la protección de datos personales, como su propia denominación lo indica, es un derecho inherente al ser humano directamente engarzado con la dignidad y la libertad de la persona, cuya distinción frente a otro tipo de derechos coetáneos como la intimidad y la privacidad, radica no solamente en una delimitación conceptual, sino en una demarcación ontológica de la cual se derivan el contenido y alcance de este derecho humano que concede a la persona un amplio espectro de protección sobre su información personal.

En el panorama jurídico mexicano, el derecho a la protección de datos personales es más que una simple prerrogativa de la que gozan las personas, es un derecho humano (denominación derivada del artículo 1 constitucional) reconocido de manera específica en el párrafo segundo del artículo décimo sexto constitucional otorgando a las personas la más amplia protección legal sobre sus datos personales con independencia del tipo de tratamiento al que pudieran ser sometidos sus datos personales, ya sea por un sujeto de derecho público o de derecho privado.

En México, la normatividad aplicable se divide en dos sectores específicos; aquella que regula el tratamiento de datos personales en posesión de los entes públicos, y aquella que regula el tratamiento de los datos personales en posesión de los particulares, siendo esta última la normatividad más robusta y desarrollada en México. La Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (“LFPDPPP”) es la norma específica que regula el tratamiento de datos personales entre sujetos de derecho privado, junto con su Reglamento y demás normatividad aplicable, establece una serie de principios (licitud, lealtad, consentimiento, finalidad, información, calidad, proporcionalidad y responsabilidad), deberes (confidencialidad y seguridad) y diversas obligaciones que rigen todo tratamiento de datos personales en el territorio de la República Mexicana, es decir, cualquier sujeto de derecho privado que pretenda dar tratamiento a datos personales, debe observar dichos postulados para que el tratamiento sea lícito, so pena de incurrir en diversas infracciones legales, y cuya actualización pueda dar lugar a la imposición de cuantiosas sanciones pecuniarias que pueden llegar a alcanzar hasta los 320 mil días de salario mínimo vigente.

El derecho a la protección de datos personales es ambivalente, por un lado representa un derecho humano y por el otro una obligación de los particulares y/o administraciones públicas que dan tratamiento a los datos personales.

EL CONTROVERTIDO FUTURO DEL MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS⁹**Carmen Montesinos Padilla***Profesora Visitante de Derecho Constitucional
Universidad de Vigo*

La cuestión de la relación de las empresas y los derechos humanos ha sido una de las más polémicas en los últimos años. Los derechos se han formulado tradicionalmente como límites al poder público. Pero desde la segunda mitad del siglo XX, el incremento de la actividad económica a nivel transnacional y la correlativa expansión mundial del sector privado, han hecho de las empresas verdaderos poderes fácticos. Se han convertido en actores preeminentes de la esfera internacional, permitiendo de este modo cuestionar el monopolio del poder de los Estados soberanos. Y en este contexto han proliferado las iniciativas tendentes a garantizar un proceso de globalización socialmente sostenible. Pero el actual marco regulatorio se define por la ausencia de carácter jurídico vinculante. Nos encontramos así en un contexto de *soft law* integrado, entre otros instrumentos, por estrategias de Responsabilidad Social Corporativa y Planes Nacionales, articulados todos ellos a la luz de los comúnmente conocidos como “Principios Ruggie”. Esta situación ha impulsado una clara asimetría frente a la seguridad jurídica que caracteriza el nuevo Derecho internacional del comercio (*lex mercatoria*) y, con ello, un nuevo debate sobre la conveniencia de la elaboración de un instrumento internacional vinculante para regular la actividad de las empresas transnacionales.

En su 26ª reunión, celebrada en Ginebra el mes de junio del pasado año 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas revivió el debate al crear un grupo de trabajo intergubernamental con el mandato de elaborar un instrumento internacional legalmente vinculante para regular, de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales. Su primera sesión de trabajo (julio 2015) estuvo dedicada a discusiones en torno al contenido, el ámbito, la naturaleza y la forma de un futuro tratado. Las alternativas existentes en cuanto a cada uno de estos aspectos son tan variadas, como complejas en su implementación. Y las reticencias de los distintos actores implicados no son difíciles de adivinar. Se apela a la necesidad de respuestas rápidas y a la previsible oposición de los así denominados países del primer mundo. Pero estos recelos han sido compartidos frente a la articulación de la mayor parte de los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Y la ratificación finalmente se ha producido, ya fuera por mor de un verdadero compromiso con la causa, ya por el miedo a un inconveniente aislamiento en la esfera internacional. En cualquier caso, y sin obviar en modo alguno las complejidades de su articulación, existen buenas razones para apoyar la elaboración de un instrumento internacional vinculante en materia de derechos humanos y empresas. Un tratado

⁹ La intervención que aquí se resume es fruto del trabajo elaborado en el marco del Proyecto “Nuevas formas de protección de los derechos humanos en entornos empresariales globalizados” (DER2015-68299-C2-1-P, MINECO/FEDER, UE).

internacional permitiría consagrar, de una vez por todas, el carácter jurídico vinculante del Derecho internacional de los derechos humanos frente a la actuación de las empresas transnacionales, conseguiría equilibrar las relaciones entre derechos y obligaciones de estas corporaciones y permitiría el acceso de las víctimas de vulneraciones a mecanismos de reparación efectivos.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA HISTORIA DE ESPAÑA

Laura de la Torre Silvan

Máster en Derechos Fundamentales de la UNED

Durante el proceso de aprobación de una Constitución, el único axioma efectivo y verdaderamente operante del Estado constitucional, no puede ser otro que el de la supremacía constitucional pues, en una democracia representativa, la Constitución se entiende como mecanismo de control del poder en la medida en que es, a su vez, el mecanismo de organización de las competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales. Sin embargo, el conflicto acaece presumiblemente desde el momento en que, respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad, se haga necesario introducir modificaciones o reformas en el texto constitucional y así posibilitar la comprensión de los fenómenos políticos derivados del proceso de integración, modificación y reforma del tiempo en el que vivimos.

La técnica de la reforma constitucional aparece como solución a este antagonismo y, a través de ella, se pretende configurar un procedimiento legal previsto para la modificación del texto constitucional, en el cual se especifiquen los trámites y mecanismos necesarios para llevarla a cabo.

En consecuencia, desde el protagonismo del Derecho Constitucional el primer aserto es el estudio cronológico pertinente del Constitucionalismo Histórico Español hasta la actualidad, tanto de las Constituciones propiamente dichas, como de sus proyectos y reformas, tratando de abarcar gran parte de la comparativa con los proyectos constitucionales de otros Estados que hayan podido influenciar en los proyectos constitucionales españoles. De modo que, la investigación realizada permita identificar los principios y las bases teóricas del pensamiento de cada legislador que haya tenido nuestro país y como ha sido llevado el mismo a la práctica; desarrollando las reformas sucedidas en cada periodo, el motivo y características fundamentales de las mismas y la vía por la que se llevó a cabo el proceso de reforma.

Pese a que existan riesgos a la hora de hablar de la reforma constitucional, en los últimos tiempos, en gran parte los medios españoles, se ha manifestado la necesidad de una reforma de la vigente Constitución para abordar cambios de muy distinta naturaleza. Dado que la situación política que estamos atravesando no nos permite vislumbrar hacia dónde pueden dirigirse esos cambios constitucionales que casi todos los partidos están proponiendo realizar, conviene tener presente que la Constitución Española de 1975 ha tenido una ejecutoria admirable en muchos aspectos y ha

contribuido de manera decisiva a una estabilidad política de casi cuatro décadas, con un gran progreso económico para el conjunto de este período.

Sólo cuando se comprende y se admite que la Constitución es la expresión normativa de la voluntad absoluta, soberana e ilimitada del Poder Constituyente del Pueblo o de la Nación, se puede entender la necesidad de preservar ésta frente a la actuación de los operadores jurídicos y políticos del Estado. Porque las Constituciones se modifican, por supuesto, pero lo importante es que estas modificaciones sean elaboradas por la voluntad de trabajar con textos que garanticen derechos y definan competencias, no que proclamen sentimientos o programas políticos.

LOS DECRETA DE LEÓN DE 1188: PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LOS ORÍGENES DEL PARLAMENTARISMO EUROPEO¹⁰

M^a Esther Seijas Villadangos

Profesora Titular de Derecho Constitucional (Acreditada CU)
Universidad de León

“Every subject in its simple elements has its basis in principle and its record in progress. In all this diversity truth demonstrates its harmony”.

History of Democracy. Political progress historically Illustrated from the earliest to the latest periods, Hartford, American Publishing, 1874, p. vi.

El reconocimiento de los *Decreta de León de 1188* como la “más antigua manifestación documental del sistema parlamentario europeo”, realizada por la UNESCO, el 19 de Junio de 2013 y su inclusión en el Registro de la Memoria del Mundo es el punto de partida de esta reflexión sobre los problemas actuales del Parlamentarismo y de la representación democrática.

La presentación trata de formular una reflexión en la que se matice la asignación de ser cuna del parlamentarismo a Inglaterra como algo incuestionable.

- Pollard, A/F., *The Evolution of Parliament*, Las instituciones parlamentarias fueron de modo incomparable “the greatest gift of the English people to the civilizations of the world”.
- Hattersley: *A short history of democracy*, Inglaterra es el país “where representative government first developed”.

Sobre esa tesis se erige una antítesis en la que, de la mano de John Keane, se apuesta por el reconocimiento de los Decreta de 1188 como cuna del Parlamentarismo.

¹⁰ El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto “El origen del parlamentarismo como referente del patrimonio cultural: implicaciones socioeconómicas, jurídicas y culturales” desarrollado por la Universidad de León.

John Keane, “El primer parlamento nació de la desesperación/ the first parliament has born of despair”, *The life and Death of Democracy*, London, 2009.

Las características de las Cortes de 1188, desde una perspectiva formal pueden reconducirse a las siguientes:

- El triángulo de representación estaba formado por nobles, obispos y ciudadanos, lo que por primera vez se produce y puede ser descrito como una “moderna” práctica de representación parlamentaria. Una continuidad de la Curia.
- La referencia singular a las personas descritas como “cives” o “bonni hominess”, hombres buenos, radica en su concurso ante el rey para debatir sobre los asuntos referentes a sus municipios.

Desde un punto de vista material:

- El solemne y expreso compromiso real de observar y contribuir a cumplir con las buenas costumbres que tienen establecidas “por mis antecesores” (Decreto 1). Esto implica un escrupuloso respeto por las leyes establecidas mediante criterios consuetudinarios, a su eficacia. Principio de legalidad.

En conclusión se postula una revisión histórica, con enorme trascendencia para el Derecho Constitucional en el que se predate el origen del parlamentarismo y se potencien los valores apuntados en esos embrionarios orígenes del mismo.

IDENTIDAD NACIONAL COMO ORIGEN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Tamara Álvarez Robles

talvr@unileon.es

PDI en formación, contratada predoctoral Derecho constitucional

Universidad de León

El concepto de identidad nacional es un concepto polémico en cuanto a su utilización por los diferentes sujetos que se consideran tenedores del mismo. Es por ello que conviene diferenciar entre las dos vertientes que se derivan del mismo, la socio-política y la jurídico-política.

La noción socio-política de identidad nacional tiene su fundamento en la amenaza de desaparición que un grupo humano siente frente a la internacionalización. Hablamos pues de identidad cultural en el sentido más amplio del término, esto es, cultura entendida como la expresión o manifestación de la religión, las tradiciones, las lenguas, la costumbre, el folclore, etc. Respecto a la connotación jurídico-política, tiene un símil en el concepto de identidad constitucional, y supondrá el origen más inmediato del principio de subsidiariedad. La identidad nacional es constitucional a la par que política. De ello se deduce una doble consecuencia: el respeto a la estructura y funcionamiento interno del Estado (modelo de Estado, organización territorial,

autonomía, descentralización) y a los derechos fundamentales (constitucionalmente reconocidos), a la par que podría operar como límite al desarrollo de la propia Unión y lo hace en un doble sentido, limitando la integración en cuanto a la cesión de competencias y, subsecuentemente, en cuanto a la limitación del control de los Tribunales Europeos cuando surgen confrontaciones con los Tribunales Constitucionales, límite que no es absoluto sino que depende del reparto competencial, de la soberanía cedida a la Unión, del diálogo entre Tribunales y de la articulación de los principios de subsidiariedad, primacía y supremacía.

El principio de subsidiariedad nacería para dar respuesta a las pretensiones de los Estados miembros de mantener sus competencias y/o soberanía fuera del alcance de la Unión Europea (Comunidad en origen) y para reivindicar sus peculiaridades frente a la armonización y creación de una cultura europea. Nace, por tanto, para dar respuesta a la reivindicación de la identidad nacional, entendida en el sentido más amplio del concepto, y se convertiría en un principio básico y angular de las relaciones entre Unión y Estados. Opera como “Check and Balance”, del poder normativo de la Unión, garantizando no sólo la puesta a disposición de información y la transparencia sino también la participación y el control de los Parlamentos nacionales y del Comité de las Regiones, a la par que legitima la intervención de la Unión en las materias compartidas.

Respecto al principio de subsidiariedad en la fase de iniciativa legislativa europea, cabe plantearse una doble conclusión: la primera vendría a defender que el procedimiento aquí planteado es causa y efecto del origen mismo del principio que nos ocupa siendo necesario su mantenimiento; la segunda, en cambio, se enfrentaría a la primera dado que supondría el cuestionamiento del mantenimiento del propio principio en la actualidad dado que la configuración del procedimiento de consulta y participación por los Estados miembros, e incluso por los ámbitos regionales y locales de éstos, es garantista. De este modo quienes se postulan del lado de la segunda opción mantienen que hemos de hablar de proporcionalidad, pero no de subsidiariedad.

NOTAS CRÍTICAS EN RELACIÓN AL REAL DECRETO 1109/2015, DE 11 DE DICIEMBRE

Cristina Alonso Salgado

*Doctora e Investigadora del Área de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela*

Hace apenas unos meses que ha entrado en vigor el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Uno de los aspectos del Real Decreto que mayor juicio crítico merece es, sin lugar a dudas, la regulación de desarrollo que en relación a la Justicia restaurativa efectúa sobre la señalada Ley 4/2015.

No se pretende desdeñar aspectos positivos tales como, por ejemplo la regulación de las Oficinas de Asistencia como unidades especializadas y servicios públicos para prestar asistencia y/o atención coordinada a las víctimas de delitos en el ámbito jurídico, en el psicológico y en el social, así como para promover las medidas de Justicia restaurativa que sean oportunas. Constituye, con certeza, un elemento de interés, en la línea de tantos otros efectivamente regulados. Con todo, tal y como se anticipaba *supra*, el juicio no puede merecer idéntica valoración en materia de mediación penal y Justicia restaurativa. Las Oficinas de Asistencia deben informar a las víctimas sobre alternativas de resolución de las controversias susceptibles de ser empleadas en el supuesto en cuestión, con aplicación, en su caso, de la mediación penal, así como de otros métodos propios del nuevo paradigma del Derecho penal. Y ello, al menos, en la específica fase de información, así como en la fase de intervención. En esta última se deberá informar a la víctima acerca de la opción representada por la Justicia restaurativa y, en su caso, sobre la aplicación de las medidas de este carácter susceptibles de ser adoptadas. En la fase de información se le ilustrará acerca de los servicios de Justicia restaurativa disponibles cuando resulte legalmente viable.

Lo que ofrece la real medida del impacto de la Justicia restaurativa en el texto es que, más allá de las referidas enunciaciones y la relativa al punto séptimo de la Exposición de Motivos, el Real Decreto únicamente dedica específicamente su artículo 37 a la Justicia restaurativa y a la mediación penal. Y esa limitación en la previsión tiene su correlato lógico en el estrecho margen que para la mediación reserva el señalado artículo. De acuerdo con el mismo, las Oficinas podrán informar, en su caso, a la víctima de las diversas fórmulas de la Justicia restaurativa –cuestión que ya estaba clara a la vista de lo *supra* señalado–, proponer al órgano jurisdiccional la aplicación de la mediación penal si estima que puede resultar beneficioso para la víctima, así como llevar a cabo actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

Además de la justificación ciertamente discutible que de la Justicia restaurativa efectúa el Real Decreto, lo cierto es que lo señalado resulta más que revelador: no se explica lo que por “*actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial*” deba ser entendido; las Oficinas se limitan a informar; y cuando se las habilita para proponer supuestos al órgano jurisdiccional, se circunscribe la posibilidad únicamente a la mediación penal.

A la vista de todo lo que se viene de señalar, resulta evidente que la deliberada tibieza del legislador sitúa las posibilidades de la Justicia restaurativa en un marco más que limitado. Y ello aun cuando la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de la que deriva la Ley 4/2015, no delimitaba tan rigurosamente los espacios para el nuevo paradigma, ni para su buque insignia, la mediación penal.

APUNTES ACERCA DE LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Cristina Alonso Salgado

Como es sabido, en los últimos tiempos la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en diversas ocasiones. Con todo, los obstáculos que aún hoy comporta la superación del *societas delinquere non potest* han generado no pocas dificultades de interpretación en los primeros pronunciamientos del Tribunal al respecto. Y ello resulta más que evidente a la luz –entre otros factores– del limitado margen de composición de la mayoría de la Sentencia número 154/2016, de 29 de febrero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; de lo dispuesto en su Sentencia número 221/2016, de 16 de marzo; de lo concluido en la Circular número 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, etc.

Pues bien, centrando nuestro análisis en la STS 154/2016 cabe destacar que, con base en la nueva regulación del artículo 31 bis del Código Penal, y en relación a los requisitos típicos exigibles, la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta, tras la constatación de la comisión del hecho delictivo por la persona física de la organización –presupuesto inicial–, en la imprescindible articulación y debida aplicación de medidas de fiscalización que prevengan y traten de evitar, en lo que resulte factible, la perpetración de delitos por quienes forman parte de la organización. Ello comporta la exigencia para la acusación de acreditar la inexistencia de las referidas fiscalizaciones.

Con todo, tal y como se anticipaba, el apretado margen de la mayoría exige examinar el voto particular concurrente de la minoría, de conformidad con el que la acusación no viene obligada a acreditar en cada caso que el hecho delictivo ha sido favorecido por la falta de una cultura de respeto al Derecho en la persona jurídica afectada.

Frente a la STS número 154/2016, la STS número 221/2016 dispone que la acusación deberá probar que ese hecho delictivo perpetrado por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual se produjo por la convergencia de un delito corporativo, por una deficiencia de carácter estructural en los medios de prevención que se le exigen a toda persona jurídica.

Pero, como se advertía, la cuestión no resulta ni mucho menos pacífica. Basta añadir a lo hasta ahora explicado, lo concluido en la Circular número 1/2016 de la Fiscalía General del Estado: “La LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1º. Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas

indebidamente controladas por aquellas. No obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones (...) Para que la persona jurídica sea responsable en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, es preciso un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a) (...) Tras la reforma de la LO 1/2015 el “debido control” (...) sigue atribuido a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis 1 y no a la propia persona jurídica, con lo que los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación. Puesto que estos modelos eximen de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones, el objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación (...) La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplan las condiciones y requisitos legales”.

EL BIEN JURÍDICO Y EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Natalia Torres Cadavid

*Investigadora predoctoral del Área de Derecho Penal
Universidad de León*

En la comunicación presentada se toma postura en el debate que existe acerca del bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria, con base en una propuesta interpretativa de la configuración del tipo objetivo previsto en el art. 305 CP, en particular del objeto material y del resultado típico.

Como punto de partida se plantea que el art. 305 CP contiene dos injustos penales perfectamente diferenciables: i) el injusto de *defraudación tributaria* en sentido estricto (en el que se centra el análisis), que está compuesto por las modalidades de defraudación mediante la elusión del pago de tributos, el disfrute indebido de beneficios fiscales y la obtención indebida de devoluciones, que se refiere al objeto material representado en la obligación tributaria principal y en el que el sujeto obligado es el contribuyente. Y ii) el injusto que podría denominarse de *omisión del pagador a cuenta*, que está compuesto por las modalidades de defraudación mediante la elusión del pago de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener y la elusión del pago de ingresos a cuenta de retribuciones en especie, que se refiere al objeto material representado en la obligación tributaria autónoma de realizar pagos a cuenta y en el que el sujeto obligado es el retenedor o el obligado a ingresar a cuenta.

A mi juicio, el resultado típico del injusto de defraudación tributaria (en estricto sentido) consiste en la lesión del objeto material obligación tributaria principal que se

materializa en una recaudación incompleta, incorrecta o defectuosa de la cuota tributaria, y por tanto cuantificable, con el requisito de una cuantía mínima, de naturaleza ciertamente patrimonial. Este resultado típico, no obstante, presupone un resultado anterior: la incorrecta liquidación del tributo; porque es en esta fase cuando se impide conocer a la Hacienda pública el verdadero importe de la prestación pecuniaria exigible, de la cuota tributaria. La plena realización de la obligación tributaria principal solo es posible cuando el deudor, primero, reconoce su deuda liquidándola correctamente (y correcto en el sentido de completo y oportuno), y segundo, la paga; o cuando de un modo coactivo la deuda le es liquidada por la Administración, dependiendo del tributo, y la paga.

En consecuencia, entiendo que en este delito de defraudación tributaria el ataque al bien jurídico (que es aquel que ha de ser lesionado para que el delito se consuma y cuya lesión debe ser abarcada por el dolo del autor, es decir, el bien jurídico inmediato) aparece totalmente expresado "en la incorrecta liquidación y recaudación de la obligación tributaria principal", y entonces, en términos positivos, la definición de bien jurídico podría ser *la correcta (en cuanto completa y oportuna) liquidación y recaudación de la obligación tributaria principal*. Por tanto, el bien jurídico protegido sería de naturaleza patrimonial porque se refiere a los ingresos tributarios, como una tipología de ingresos públicos vinculados a una particular Hacienda Pública, pero no solo eso, porque que si bien la obligación tributaria consiste en una prestación pecuniaria, tiene ciertos atributos, un nacimiento asociado a la capacidad económica (y a un diseño del sistema tributario conforme), una naturaleza de ingresos de naturaleza pública y una afectación a contribuir con los gastos públicos, que la hacen ya, en sí misma, valiosa y digna de protección (penal).

LA LUCHA CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO EN ESPAÑA

Covadonga Mallada Fernández
Profesora Adjunta de la UDIMA

El terrorismo ha adquirido una enorme importancia en los últimos 20 años al convertirse en un fenómeno internacional. Ha pasado de convertirse en un "delito nacional" relacionado con problemas internos de cada Estado (como por ejemplo la RAF en Alemania o ETA en España), pero en los últimos tiempos se ha convertido en un fenómeno transfronterizo, por lo que los Estados deberán crear redes de intercambio de información para perseguir este tipo de delincuencia.

Los trágicos acontecimientos del 11S fueron un hito en el desarrollo de las nuevas legislaciones para combatir este nuevo tipo de terrorismo. Hasta esa fecha, en mayor o menor medida, la lucha contra el terrorismo se había centrado en medidas legislativas nacionales, pero el terrorismo internacional al que se debían enfrentar los Estados desde del 11S (recordemos que toda la trama se ideó por una célula establecida en Hamburgo sin levantar la más mínima sospecha de las autoridades policiales alemanas) es un terrorismo más difícil de localizar, ya que los individuos

que forman parte de estas organizaciones internacionales, como al-Qaeda, pueden encontrarse en cualquier país, integrados totalmente en la sociedad sin levantar sospechas sobre sus intenciones terroristas. Por este motivo, en el nuevo concepto estratégico de la OTAN para la defensa y seguridad aprobado en Lisboa se enumera un listado amplio de amenazas de seguridad a la Alianza, como el terrorismo, la inestabilidad internacional, el blanqueo de capitales o los ataques sobre el espacio cibernético, las líneas de comunicación y las infraestructuras críticas, entre otros. Pasando de este modo a ser, el terrorismo y su financiación una prioridad en la estrategia española de seguridad y defensa.

Hoy en día la financiación del terrorismo no es sólo un problema doméstico de un país sino que es un problema internacional que utiliza los mismos *modus operandi* para llevarse a cabo, por ejemplo, ambos pueden ser perpetrados a través de los paraísos fiscales, entidades financieras, etc. De esta manera, los Estados deben luchar contra este tipo de delitos con las mismas armas.

Los trágicos acontecimientos del 11 de Septiembre fueron el punto crucial en el desarrollo de una nueva legislación para combatir este tipo de delincuencia. La legislación antiterrorista de los Estados en un principio era una legislación doméstica en la cual, el Estado podía identificar fácilmente a los miembros que formaban parte de la organización terrorista al ser cédulas nacionales sitas en el país. En cambio, hoy en día, los países, han tenido que cambiar radicalmente sus políticas antiterroristas ya que el terrorismo al que debe enfrentarse es un terrorismo deslocalizado en el cual es más difícil identificar y localizar a los miembros de estas organizaciones, los cuales pueden encontrarse en cualquier país y estar plenamente integrados en la sociedad sin levantar sospechas sobre sus intenciones terroristas.

Cada Estado tiene una política diferente para luchar contra la financiación del terrorismo ya que las normas de derecho penal de cada país son diferentes e independientes por lo cual lo que es considerado como delito de financiación de terrorismo en un país puede no serlo en otro¹¹. De esa manera, los gobiernos, con el fin de combatir y poner fin a este tipo de delincuencia necesitan establecer acuerdos de cooperación entre ellos y crear una uniformidad en el concepto de estos delitos.

¹¹ Haigner, S.D., Schneider, F. and Wakolbinger, F., "Combating money laundering and the financing of terrorism: A survey". Economics of Security Working Paper 65, Berlin: *Economics of Security*, 2012.
http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.404013.de/diw_econsec0065.pdf (accessed August 5, 2013).

COMPLIANCE PENAL O DÓNDE SE REGULA LA RSC**Eladio Medel Iglesias***Investigador doctoral*

Universidad de Vigo

En los años 70, en el seno de Naciones Unidas, tuvo lugar una discusión sobre la conveniencia o no, de elaborar unas normas internacionales que regulasen específicamente la actividad de las corporaciones transnacionales. Finalmente, se malogró como consecuencia de la presión de las grandes corporaciones y las más prestigiosas escuelas de negocios, que lograron imponer un nuevo discurso que bajo la denominación de Responsabilidad Social Corporativa constituye un nuevo *paradigma de gestión empresarial basado en la autorregulación, la unilateralidad y la no exigibilidad jurídica*.

La OCDE en sus *Principios de Gobierno Corporativo* de 2004 incluyó entre sus recomendaciones un apartado en el que se manifestaba que “las partes interesadas, incluidos los empleados individuales y sus órganos representativos, deberán poder manifestar libremente sus preocupaciones en relación con posibles prácticas ilegales o no éticas al Consejo, y sus derechos no deberán quedar comprometidos por realizar este tipo de manifestaciones”. A tal efecto este texto aconsejaba “el establecimiento de procedimientos y “puertos seguros” para recoger las denuncias relativas a comportamientos ilegales o poco éticos presentadas por los empleados ya sea personalmente o a través de sus órganos representativos, y por terceros que no pertenezcan a la sociedad”, añadiendo que tal previsión “redunda en beneficio de la propia empresa y sus partes interesadas”.

Desde el 1 de julio de 2015 y tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal se establece un espacio muy concreto, *abeiro penal*, para el Denunciante como requisito 4º del art. 31 bis 5 que dice:

«Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos o incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».

Precisamente por eso, hoy a la empresa podemos aconsejarle el uso de una línea ética externa, de la que sus trabajadores y directivos estén informados, y a la que acudan, sobre todo para resolver sus conflictos con dinámicas de transparencia e integridad.

La compliance es un programa efectivo de cumplimiento que provoca la exención de responsabilidad penal empresarial, siempre que el manual de formación (código ético) esté actualizado, lo que a su vez mejorará la organización además de vincular a los asistentes entorno a una idea común, el establecimiento de una cultura de respeto al Derecho (Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-2-2016, nº 154/2016, rec. 10011/2015).

La formación, como implicación y asunción de la compliance penal por parte de la empresa mediante la formación de sus directivos y empleados, supone que la empresa

dará pasos razonables para implantar y dar a conocer el sistema, procurando obtener los conocimientos necesarios sobre aquellos peligros típicamente empresariales.

La línea ética externa como es el caso de www.lineamediacion.org permite monitorizar el comportamiento de la organización, para prever y denunciar posibles irregularidades, tanto desde un punto de vista financiero como no financiero, entra con fuerza como mecanismo de comunicación al servicio de corporaciones, asociaciones, fundaciones, federaciones, ong's; cooperativas, mutuas, entidades financieras o de crédito; sociedades mercantiles privadas: sociedades limitadas, sociedades anónimas, sociedades laborales, sociedades anónimas deportivas; sociedades mercantiles públicas; colegios profesionales, cámaras de comercio, partidos políticos y sindicatos, y cuyas obligaciones en su caso afectan a todos los administradores¹² de las personas jurídicas.

Gestionada por un abogado externo¹³ en la línea ética, empleados o socios e interlocutores de la compañía pueden denunciar o solicitar orientación o mediación acerca de conductas delictivas posibles o efectivas, sin temor a represalias, cumpliendo de este modo, con el derecho de defensa y los deberes de supervisión, vigilancia y control que el código penal exige a las personas jurídicas.

LA NECESARIA REFORMA PENAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo
(UDIMA)

En virtud de la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, se incorporó en el texto punitivo el “autoblanqueo” de capitales, fruto del amplio interés del legislador por neutralizar y erradicar todo tipo de conductas que pudieran tener relación con la actividad blanqueadora. A diferencia de lo que las Directivas Europeas y las Recomendaciones del GAFI indican, dirigidas a los distintos países o Estados destinatarios de las mismas, en España se aprecia una tolerancia cero en materia penal sobre el delito de blanqueo de capitales, invadiendo el ámbito de aplicación del derecho administrativo, e impidiendo que la vía penal se contemple, en puridad, como

¹² Vid. “Guía práctica de prevención del blanqueo de capitales”. García Díez, C., Francisco José López Ruiz, F.J., Mallada Fernández, C. Capítulo II. Sujetos obligados. Página 242.

¹³ Vid. La correspondencia entre abogado y cliente son considerados documentos de la serie B que no pueden ser incorporados al expediente administrativo, de tal manera que una vez detectados en el mismo han de ser destruidos; infringir dicha obligación por parte de la Administración supone la violación no sólo el derecho de confidencialidad, sino también el derecho de propiedad y la libertad profesional. Sobre este asunto se pronunció el TJUE en sentencia de 14 de septiembre 2010, adoptando una posición muy restrictiva en su sentencia “Akzo Nobel chemicals Ltd. y otros”, C-550/07 (DUE6/11/2010), en cuanto a la confidencialidad de las comunicaciones, advertía que las comunicaciones entre un abogado interno y los directivos de una empresa no están protegidas por el secreto profesional y que, por tanto, el *legal privilege* sólo opera cuando se trata de un abogado externo.

una herramienta de intervención mínima y de *ultima ratio*. El autoblanqueo es la máxima prueba de ello, y exige, ateniéndonos al tenor literal del precepto, un concurso de delitos, al requerirse un delito previo para su consumación.

Ciertamente, señala actualmente el artículo 301 que comete delito de blanqueo de capitales *“el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva o cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”*.

El precepto que analizamos se estructura de manera confusa y dificulta la interpretación global del delito en sí, al incluir oscuras y abstractas modalidades delictivas de compleja interpretación. En este sentido, y analizando las distintas modalidades que configuran el tipo delictivo, cabe afirmar que en relación a la adquisición de bienes de origen delictivo, esta implica la incorporación de los mismos en un nuevo patrimonio, entendiéndose del blanqueador, y en relación a las modalidades de la mera posesión y utilización de los bienes de origen delictivo como conductas tipificadas en el tipo del delito, sin tener ninguna finalidad específica añadida, estas manifiestan el interés del legislador por generar una suerte de “cajón de sastre” en esta infracción penal, por la falta de aptitud para dotar de apariencia legítima a los bienes y, por tanto, reintegrarlos al tráfico económico legal. Es por ello que tales actos no constituyen auténticas conductas de blanqueo, sino un aprovechamiento económico de los bienes propiedad del infractor o de un tercero. En este sentido, cuando la posesión y utilización de los bienes supogan una forma de ocultación o encubrimiento para disimular el origen delictivo, facilitando la introducción al tráfico financiero normalizado, adquirirán sustantividad propia a efectos penales, aunque, claro está, para ello ya se encuentra contemplada la cláusula abierta relativa a la “realización de cualquier otro acto” dirigido a ocultar, encubrir o ayudar.

Puede afirmarse, en síntesis, que el autoblanqueo no es compatible con la adquisición, posesión y utilización de los bienes, puesto que tales conductas se integran en la estructura del delito previo. Por su parte, las conductas consistentes en la conversión y transmisión de los bienes, cuando consistan en actos de mero consumo o se destinen a atender necesidades cotidianas o habituales de quien cometió el delito previo, no tendrán relevancia penal alguna. Distinto sería aquellos casos en los que se invirtiesen los beneficios del delito cometido con el ánimo de reintroducir las ganancias en el tráfico económico normalizado. Resulta esencial en el blanqueo y autoblanqueo que el sujeto activo tenga el ánimo o finalidad de dotar una apariencia de licitud a los beneficios obtenidos del delito, y así continuar con las distintas técnicas del proceso de blanqueo de capitales, hasta alcanzar el objetivo final. Es por tal motivo que no puede incriminarse de forma automática y, en todo caso, la figura del autoblanqueo de capitales, debiendo atenderse a las circunstancias específicas del caso concreto. Sería necesario, en definitiva, que se analicen de forma pormenorizada aquellas conductas subsumibles en el autoblanqueo y que agoten la conducta delictiva del delito previo.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN VIOLENCIA DE GÉNERO: UN ESTUDIO EMPÍRICO

María Castro Corredoira
Doctoranda en Derecho Penal
Universidad de Santiago de Compostela

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tienen un papel trascendental en la aplicación del derecho penal, pues tal y como dispone el Código Penal, entre otros, en sus artículos 66 y 68, contribuyen a la individualización de la pena en cada caso concreto.

El presente trabajo tiene por objeto contribuir a aportar ciertas evidencias empíricas acerca de la presencia de circunstancias agravantes en supuestos de violencia de género. Para ello, se ha procedido al examen pormenorizado de 580 expedientes clasificados como violencia de género por la Oficina de la Fiscalía de Santiago de Compostela. Del total de casos analizados, 398 finalizaron con sentencia condenatoria (68,62%). Posteriormente, una vez identificados los supuestos de interés para el objeto del presente estudio, se ha llevado a cabo un análisis exhaustivo de algunas variables relacionadas con el contexto en que se han producido las circunstancias apreciadas, en concreto, la agravante de aprovechamiento de espacio y tiempo del art. 22.2 CP, y la agravante de reincidencia del art. 22.7 CP.

La circunstancia agravante de aprovechamiento de espacio y tiempo únicamente se ha apreciado en un caso donde, existiendo una relación conyugal, el varón aprovechó que la mujer dormía para perpetrar la agresión física.

La agravante de reincidencia, por el contrario, se ha registrado en 27 expedientes, donde se han examinado algunos aspectos de trascendental relevancia para el ámbito que nos atañe. Entre otros, se han identificado los ilícitos penales a los que aparece asociada la imposición de la agravante analizada: delito de maltrato ocasional (16 casos); delito de maltrato habitual (2 casos); delito de amenazas (6 casos); y delito de coacciones (3 casos).

En segundo lugar, a la hora de examinar la relación existente entre el agresor y la víctima en el momento en que se produjo la agresión que motivó la aplicación de la agravante, se ha concluido que, en la mayor parte de los supuestos (40,74%), el varón y la mujer no mantenían una relación sentimental, frente al 33,33% de casos en que existía no solo relación sentimental, sino también convivencia, restando un 25,93% de supuestos en que, a pesar de existir relación sentimental, los sujetos no convivían.

Por último, se ha analizado la presencia de menores en el momento de la agresión (8 casos); el lugar en que esta se produjo (principalmente en la vía pública y en el domicilio de la víctima); y si la agresión se perpetró con uso de armas (5 casos).

PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD Y PROBLEMÁTICA EN LA PRAXIS JUDICIAL

María Victoria Álvarez Buján

victoria.ab@uvigo.es

Investigadora Predoctoral de Derecho Procesal

Universidade de Vigo

Tras un estudio sobre el tema que titula nuestro trabajo podemos reflejar aquí, de modo sintético, algunas de las principales conclusiones alcanzadas. Así, el principio de prueba exigido en el art. 767.1 de la LEC debe ser interpretado en todo caso de forma flexible, es decir, en favor del principio *pro actione* y evitando con ello que tal exigencia pueda llegar a resultar discriminatoria en favor de personas famosas o célebres, cuyas relaciones sentimentales suelen ser conocidas o notorias. Ahora bien, teniendo en cuenta que el requisito de aportar un principio de prueba en este tipo de procesos no se exige en el ámbito de otros ordenamientos jurídicos y que, en todo caso, a la vista de la jurisprudencia, su interpretación debe ser flexible, cabe que nos preguntemos si esta previsión legal es o no un elemento verdaderamente necesario al objeto de impedir que se interpongan demandas infundadas. Ello por cuanto demandas carentes de fundamento pueden presentarse potencialmente en relación a cualquier tipo de procesos y al margen de los requisitos formales que debe revestir un escrito de demanda, no se exige que al mismo se acompañe un principio de prueba, sino que la prueba será propuesta, admitida y practicada en los respectivos momentos procesales oportunos a tal fin. Además, parece que no es la tónica más habitual en la práctica la de presentar demandas de determinación o impugnación de la filiación infundadas o impertinentes.

En lo tocante a la solución contenida en el apartado 4 del mismo precepto si bien parece apropiada en el marco del proceso civil, lo cierto es que la misma queda condicionada, por un lado, a que efectivamente coexistan otras pruebas o indicios que resulten aptos para determinar la relación de filiación y, por otro lado, a que se efectúe una adecuada valoración probatoria por parte del Juez, lo que no resulta siempre tarea sencilla, dependiendo del caso en particular. Un ejemplo de la problemática que entraña dicha previsión en la praxis nos la proporciona la comparación entre dos singulares casos, concretamente el asunto de “El Cordobés” y la causa resuelta por la SAP de Pontevedra núm. 78/2016, de 15 de febrero.

Asimismo, se echa en falta la regulación expresa de determinadas cuestiones relativas a la realización de los análisis genéticos, el aseguramiento de la cadena de custodia —particularmente en lo que respecta al modo de transporte de las muestras biológicas—, los protocolos de actuación seguidos en los distintos laboratorios y, más en concreto, en el caso de que el sujeto pasivo sea un/a menor de edad, supuesto en relación al cual se suscitan notables problemas sobre todo cuando el progenitor masculino acude con el/la menor a un laboratorio privado a fin de efectuar una prueba biológica sin el conocimiento o con la desaprobación de la madre, etc. En definitiva, sería de interés que estos concretos extremos fuesen tratados por el legislador *de lege ferenda* y ello, habida cuenta de la importancia de los intereses que se encuentran afectados en lo que

concierna a esta materia, como son fundamentalmente, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el favorecimiento del descubrimiento de la verdad biológica (art. 39 CE), el interés superior del menor (donde no podemos obviar la problemática relacionada con las pensiones de alimentos), además de cuestiones vinculadas con derechos sucesorios.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA PRESERVACIÓN AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Silvia Regina Siqueira Loureiro Oliveira

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Mato

Grosso/Brasil

Master en Derecho por la Universidad Mackenzie, São Paulo/Brasil

Doctoranda de la Universidad de León/España/ Financiada pela CAPES/Brasil

Para entender mejor la naturaleza jurídica de la Unión Europea, es importantes hablar que ella es una organización internacional constituida por Estados autónomos y soberanos (veinte y ocho Estados), de los cuales recibe competencia para alcanzar los objetivos comunes que ellos quieran attingir; ella no fue y no es un poder originario criado a partir de una constituyente popular, no es un Estado, tampoco tiene como horizonte un Estado federal unificado, con eso, el interese a ser atingido es el bien común a todos.

En los países miembros, detectase que el nivel más grande de protección ambiental es en torno del agua, solo y atmósfera, en los cuales están establecidos por medio de reglamentos. Por supuesto, que en los temas conceptuales del derecho ambiental y de la participación de las comunidades, Europa se presenta como paradigma del desarrollo ambiental con una mirada eco sistémica y biocéntrica, teniendo como tarjeta de visita las disposiciones que se refieren a los derechos de la naturaleza.

La legislación europea usa instrumentos específicos para punir el contaminante del medio ambiente, y también tiene normas que previenen el daño; una de ellas es la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 21/04/2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, que traza un norte a los países miembros, para que internamente cada uno de ellos pueda elaborar normas suficientemente importantes punir e prevenir el daño ambiental.

Otras dos directivas importantes para la protección ambiental europea merecen ser citada: Directiva 1992/43/CEE, de conservación de los espacios naturales y de la fauna y flora silvestre (Directiva de hábitats), y la Directiva 2009/147/CE, de conservación de aves silvestres. (Directiva de aves).

La Directiva de hábitat, en su artículo tercero, dentro del capítulo sobre la conservación de los hábitats naturales y dos hábitats en especies, crea una Red Ecológica (Red Natura 2000), para mejor contribuir con la manutención de la

biodiversidad en todos los Estados miembros. También es establecido disposiciones que regulan medidas de conservación y gestión de los espacios de la Red Natura 2000, que es considerado en Europa y a nivel mundial uno de los espacios más importantes respecto a la relación entre conservación y uso de suelo.

De eso, concluyese que la UE tiene sumado esfuerzos para la protección e recuperación del medio ambiente, tanto con esos instrumentos ahora citados, como en muchos otros ya criados con esos fines.

Sin embargo, apenas la creación de instrumentos jurídicos no es suficiente para la conservación y preservación del medio, sino que el cambio de concientización y aptitudes de las personas, y la voluntad política de los Estados miembros en aplicar internamente las normativas de la Unión Europea.