

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 2, n. 2 (maio-ago. 2021)



Neste número:





REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714
Volume 2, número 2 (maio-ago. 2021)

Fundadores

Professor Mestre Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2021

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 2, n. 2, maio-ago. 2021)

Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Mestre Richardson Xavier Brant e pelo Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica
Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Conselho Editorial

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá -
Escola da Magistratura do Paraná (EMAP),
Curitiba - Paraná, Brasil.

Professora Doutora Alessia Megliacane - Centre
Georg Simmel da Ecole des Hautes Etudes en
Sciences Sociales de Paris - Paris, France.

Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez
- Universidad Europea de Madrid - Madrid,
España.

Professora Doutora Carmen Grau Pineda -
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria -
Las Palmas de Gran Canaria, España.

Professor Doutor Diego Megino Fernández -
Universidad de Burgos - Burgos, España.

Professora Doutora Irene Maria Portela -
Instituto Politécnico do Cávado e do Ave -
Barcelos, Portugal.

Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada
- Universidad de Alcalá - Madrid, España.

Professor Doutor José María Pérez Collados
- Facultat de Dret - Universitat de Girona -
Girona, España.

Professor Doutor Omar Huertas Díaz -
Universidad Nacional de Colombia - Bogotá,
Colombia.

Professora Doutora Paula Quintas -
Universidade Portucalense; Instituto Superior
de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto,
Portugal.

Professora Doutora Rocío Martín Jiménez
- Universidad CEU San Pablo de Madrid -
Madrid, España.

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana -
Roma, Itália.

Organização, padronização e revisão linguística
Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa
Maria Rodrigues Mendes

Ficha Catalográfica

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 2, n.º 2. Montes Claros/MG, Brasil,
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2021.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

Catalogação: Vinícius Silveira de Sousa - Bibliotecário - CRB6/3073

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos
(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):
revista.ultracontinental@gmail.com

SUMMARY

Achoimre
Contents
Crynodeb
Kokkuvõte
Қорытынды
Kopsavilkums
Összefoglalás
Overzicht
Özet
Përmbledhje
Резиме
Резюме
Podsumowanie
Povzetek
РэзюмЭ
Resum
Resumé
Resumen
Rezumat
Sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenvetö
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

APRESENTAÇÃO.....	7
DOUTORADO	
Abbas Poorhashemi Future development of international environmental law: opportunities & challenges.....	18
Błażej Kuźniacki The CJEU caselaw relevant to the general anti-avoidance rule (GAAR) under the anti-tax avoidance directive (ATAD).....	29
Edwin Matutano L'Elasticite du droit "souple" et ses effets sur le droit "normatif".....	46
Esperanza Macarena Sierra Benítez El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico.....	68
George Mousourakis Restorative justice, criminal justice and the community: fostering a collaborative approach to addressing conflict and crime.....	88
José Antonio Tomás Ortiz de la Torre Algunas notas históricas sobre el derecho de gentes como disciplina científica y la Escuela Matritense de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central (1960-1992).....	116
José Renato Nalini ESG no universo jurídico.....	144
Juan Antonio Martos Nuñez Derecho Penal Ambiental Español.....	155
Mark A. Lemley Bryan Casey How to punish a robot.....	172
Miguel Ángel Asturias Análisis de los proyectos legislativos sobre las nuevas normas penales ambientales	193
Moisés Barrio Andrés Sentido y alcance de los derechos digitales.....	206
Nesrin Akin The legal framework of financial reporting and international financial reporting standards (IFRS) application in turkish law.....	235
Pedro Fernández Sánchez Lições do pragmatismo constituinte português para a efetividade de uma constituição organizatória.....	251
Sebastian Justo Cosola Interpretación de los Atributos de la Personalidad y los Derechos Personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	266
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO.....	291

PRESENTATION

Cyflwyniad
Cur i Láthair
Bemutatás
Erindi
Esittely
Ettekanne
Præsentation
Präsentation
Predstavenie
Predstavitev
Presentació
Presentación
Presentatie
Presentation
Présentation
Presentatioun
Presentasjon
Presentazione
Prezantim
Prezentace
Prezentacija
Prezentācija
Prezentacja
Prezentare
Prežentazzjoni
Pristatymas
Sunum
Taisbeanadh
Тұсауқесер
Пароусіаң
Презентација
Презентация
Презентація
Прэзентацыя
Представяне

A Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica fechou o seu primeiro ciclo quando publicou o número correspondente ao primeiro quadrimestre de 2021. Tecnicamente, o atual quadrimestre (maio-agosto) inaugura o “ano 2”. É que a Revista foi criada em maio de 2020 e o seu primeiro número correspondeu ao quadrimestre de maio a agosto (obviamente, de 2020).

Para destacar o fato de já terem sido publicados três números anteriores, a partir desse número haverá um quadro contendo a quantidade de artigos em relação a cada país de origem. O que demonstrará a diversidade de origem dos autores que colaboraram para que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** seja lançada quadromestralmente.

O presente número recebe a identificação como “volume 2, número 2”. E corresponde ao interstício de maio a agosto de 2021.

A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem seções para publicações de Professores com título acadêmico de Doutor; Professores com título acadêmico de Mestre; outros profissionais do Direito que não tenha titulação acadêmica já referida; uma seção própria para os estudos continuados que não se encaixam como artigo jurídico; e uma seção própria para Pareceres, Sentenças e outras produções técnicas dos operadores do Direito. Ainda não foi utilizada, mas há a pretensão de uma seção para “resenhas”.

Mas, na presente edição, há somente uma seção. E, justamente, a mais imponente. São quatorze artigos jurídicos, e todos são de autoria de Professores com título de Doutor. Fato que eleva, e muito, o nível da Revista. Não apenas pela titulação dos autores, mas também, e principalmente, pela qualidade dos textos escritos, e pela variedade de países de origem dos seus autores. É fácil observar, pelas bandeiras dos países que se acham estampadas na capa, que há colaboradores de diversos países e de variados Continentes. O que faz desta, efetivamente, uma Revista Ultracontinental.

A seção “Doutorado”, como dito, é a única do presente exemplar, pois todos os autores são Professores Doutores. Na Revista, os textos estão presentes na ordem alfabética dos nomes dos seus autores. Nesta apresentação, há o nome do país de origem de cada autor, no início da informação.

CANADÁ. Quando se pensa em Direito Internacional, já se pensa, automaticamente, em aplicação de normas em mais de uma nacionalidade. Muito mais ampla é a questão ambiental, que já é, por si só, um fato internacional. Não se pode poluir um local sem impacto no global. Em contrapartida, a

conservação local acaba por influenciar globalmente. Para tratar sobre o tema da lei ambiental internacional, o **Professor Doutor Abbas Poorhashemi** escreveu o artigo científico “Future development of international environmental law: opportunities & challenges”. A abordagem é quanto ao progresso da consciência ecológica em razão internacionalizada, deixando de ser um aparato regional ou até mesmo de poucas entidades ou pessoas naturais mais condecoradoras do tema. O estudo mostra que, mesmo com o acréscimo no cuidado internacional para com o meio ambiente, a poluição e a destruição ambientais cresceram em maior proporção, no mesmo período. O que carrega para a conclusão de que há necessidade de maior dedicação ao assunto. Alguns fenômenos são apontados como problemas que ultrapassam a regionalidade, tornando-se internacionais: “mudanças climáticas, poluição do ar, água e solo, perda de biodiversidade, desmatamento e desertificação”. Tópicos que são apontados como causas de possível controle e diminuição, pela ação humana. Assim, o papel do Direito Ambiental Internacional se fortalece, e se torna necessário tanto ou mais do que alguns outros segmentos do Direito de cunho interno.

POLÔNIA. O **Professor Doutor Błażej Kuźnicki** é daquelas pessoas que têm trâmite nas melhores publicações científicas mundiais, em se tratando de Direito Internacional. No artigo denominado “The CJEU case law relevant to the general anti-avoidance rule (GAAR) under the anti-tax avoidance directive (ATAD)”, o autor coloca o foco no Tribunal de Justiça da União Europeia (ou melhor, Court of Justice of the European Union - CJEU), especialmente em casos que aplicaram interpretação conforme para os casos de abuso de domínio do direito fiscal. E demonstra a aplicação da “General Anti-Avoidance Rule” (GAAR), ou “regra geral antievasão fiscal”. É um estudo profundo, com citação de inúmeras jurisprudências, de diversos estudos especializados e, também, doutrina que explora o tema. Por ser indicação de como o Tribunal Europeu vem decidindo quanto às leis fiscais – aplicáveis em todo o Mercado Comum Europeu ou Zona do Euro –, o artigo serve também para os empresários e os Advogados que atuam com o Direito Tributário na região europeia. Também, para os órgãos que legislam. Fora do âmbito europeu, o interesse tanto pode ser para quem tem envolvimento comercial com o Continente europeu quanto para as empresas e autoridades que podem ter um parâmetro da aplicação ou da interpretação das leis internacionais quanto ao combate à evasão fiscal.

FRANÇA. O **Professor Doutor Edwin Matutano**, notável Advogado que atua na Segunda Instância francesa com frequência, sempre encontra, em suas oportunidades de defesas dos seus clientes, algumas interpretações da Suprema Corte que demonstram adequação das leis francesas às normas internacionais. Do conceito do Direito Internacional Público quanto às Leis mais flexíveis ou interpretáveis conforme à Constituição, houve a adaptação para o Direito Administrativo. O Doutor Edwin Matutano, da Université de Lille, achou por bem escrever o artigo “L’Elasticite du droit ‘souple’ et ses effets sur le droit ‘normatif’” para mostrar quando a norma dura ou normativa (“Hard Law”, em Inglês, ou “Droit Normatif”, em Francês) deve ter sua dureza tornada mais flexível (“Droit Souple” em Francês, ou “Soft Law”, em Inglês), para que a aplicação se dê

conforme a hermenêutica que leva em consideração o tempo, o lugar e os motivos pelos quais a lei (dura) foi feita. Sempre, porém, com respeito à hierarquia das Leis. O estudo mostra decisões do Conselho Constitucional e do Conselho de Estado, e tem fundamento adicional nos artigos científicos publicados nas mais respeitadas Revistas científicas francesas. Sempre mostrando a influência do Direito Internacional nas normas administrativas locais (francesas). Um dos exemplos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que funcionaria “apenas” como uma recomendação de Direito Internacional, sem adesão obrigatória, mas que foi palco para o Pacto Internacional de Nova York (1966), para a Convenção Americana sobre Direito Humanos (1969), além de ter muito da sua íntegra na Constituição da Costa Rica (1949). E, como as leis locais têm como parâmetro os Pactos e Convenções dos quais os países são signatários, acabam ou sendo texto conforme ou recebendo interpretação conforme. A parte suave, flexível (“souple”, em Francês, ou “soft” em Inglês) da lei administrativa francesa acaba tendo como base as regras internacionais não vinculativas, como se fossem “um texto ou um princípio geral atuando como um tela” (un texte ou d'un principe général faisant écran).

ESPAÑA. Em 2018, a **Professora Doutora Esperanza Macarena Sierra Benítez**, da Universidad de Sevilla, publicou um valioso artigo na Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo (v. 6, núm. 1) abordando o que havia de mais moderno em relação ao delegado de proteção de dados (cuja sigla em Inglês é DPO por ser acrônimo de “data protection officer”). À época, a legislação espanhola de proteção de dados acabava de ser lançada. Agora, em razão da evolução e adaptação das leis espanholas às situações envolvendo empresas e o uso dos dados de identificação dos seus clientes, a Professora Doutora Esperanza Macarena Sierra Benítez atualizou o texto exclusivamente para a Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. O tema é de interesse também quanto ao Brasil, uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira está em seus primeiros meses de vigência. Ao descrever as funções desse profissional altamente qualificado, a autora demonstra que esse profissional (DPO ou “responsável pela proteção de dados” até que haja uma nomenclatura distinta) em atuação na indústria com novo modelo, devido à necessidade de conhecimento e qualificação, deveria ter Doutorado (no mínimo, um Mestrado), além da graduação em curso superior, aliado a certificados de que fez cursos referentes à área industrial de alta tecnologia, Inglês fluente e experiência quanto a dados e às tecnologias da inteligência (TI). E, obviamente, Direito. Conclui que reunir todas essas qualidades em único profissional tem dois vieses: se encontrado, o profissional é altamente valorizado; em não sendo possível contratar pessoa com esse nível profissional, admite-se, com perda de qualidade, um profissional menos qualificado, mas com vistas voltadas para os que se dedicam ao contínuo estudo e têm a pretensão de se qualificar segundo os caminhos indicados pelo mercado de ocupações profissionais.

JAPÃO. Em geral, os autores europeus são ultracontinentais. Ou, pelo menos, multinacionais. Um bom exemplo é o **Professor Doutor George**

Mousourakis, que transita da Grécia ao Japão, passando por Alemanha, Bélgica e Itália. Apenas como exemplos. Para elaborar o artigo científico publicado na presente Revista, denominado “Restorative justice, criminal justice and the community: fostering a collaborative approach to addressing conflict and crime”, o autor fez palestra sobre o tema em diversas Universidades, de igualmente diversos países. Por fim, passou para o papel o resultado de tanto estudo e divulgação oral. O texto mostra que, atualmente, além de a denominada “Justiça restaurativa” estar sendo muito mais aplicada na solução dos crimes, também há ampla aplicação na resolução antecipada de conflitos, especialmente nas fases de intermediação pré-processual, nas audiências de custódias e nas mediações. O conceito de punição está cedendo lugar à intermediação para se obter a reconciliação, especialmente em termos civis. Na seara penal, porém, a reparação atinge o conceito de que a própria sociedade é ofendida. Neste ponto, “A essência da justiça restaurativa não é a adoção de uma forma particular de processo em vez de outra; é a adoção de qualquer forma de processo que incorpore valores restauradores e tenha como objetivo atingir objetivos e resultados restauradores.”, como escreveu o qualificado autor do texto. O desenvolvimento do artigo se dá com indicações de caminhos, princípios e de procedimentos que podem incrementar a aplicação da justiça restaurativa nas relações punitivas criminais.

ESPAÑA. A Universidade Complutense de Madrid tem séculos de vida. Não nasceu em Madrid, mas em Alcalá de Henares. Inicialmente, em 1293, o Arcebispo de Toledo, Gonzalo Pérez Gudiel, criou o *Studium General* (como eram denominadas as Universidades da época). Em 1499, atendendo a um pedido do Cardeal Cisneros, o Papa Alexandre VI transformou o *Studium* na *Universitas Complutensis* (*cumplutam*, em latim, significa união de dois rios; e era o nome mais antigo de Alcalá). Em 29-10-1836, um Decreto da Rainha da Espanha transferiu a Instituição, já com muitos cursos, para Madrid, dando-lhe o nome de Universidad Central. A atual denominação, desde 1970, é em substituição ao seu primeiro nome madrileno, Universidade Central. Um dos seus atuais Professores é o **Professor Doutor José Antonio Tomás Ortiz de la Torre**. Leciona Direito Internacional. Por sinal, seu Doutorado também foi na Universidade Complutense de Madrid e foi premiado como aluno de destaque. Para lecionar Direito Internacional Público, e para fazer o seu Doutorado, o Professor Doutor José Antonio Tomás Ortiz de la Torre estudou todos os livros e artigos jurídicos que existem acerca da disciplina. E, decidiu por elaborar um texto daqueles que se mostram capazes de servir como modelo para quaisquer Professores de quaisquer partes do mundo. Com um adjetivo que demonstra modéstia (“Algunas”), o artigo tem o nome de “Algunas notas históricas sobre el derecho de gentes como disciplina científica y la Escuela Matritense de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central (1960-1992)”. Certamente, alguém dirá: o foco ou campo de estudos é entre os anos de 1960 a 1992. Não é bem assim. Uma rápida olhada no texto fará com que se veja que o autor buscou doutrinas publicadas ainda nos anos 1800, além de todo o período dos anos 1900. Considerando que a disciplina então denominada “Direito das Pessoas”, e

hoje dividido em “Direito Internacional Público” e “Direito Internacional Privado” (este ramo, mais novo ainda) passou a constar da grade curricular em 1767, muitos Professores da disciplina, dos primeiros tempos, elaboraram planos de aulas que se transformaram em livros. Livros clássicos, dignos de estudos até os tempos atuais. Há um destaque para o Professor Aguilar Navarro, que começou a lecionar na Universidade Complutense de Madrid em 1960 e atuou até sua morte, em 1992. Por isso, o destaque temporal. Exatamente sobre esse Professor, o autor do artigo relaciona todos os seus livros e praticamente faz uma sua biografia, em notas de rodapé. Mas, não somente o Professor Aguilar Navarro recebe citação ampla. Outros autores de livros têm suas obras destacadas com identificação como título e data da publicação. O artigo em assunto, sem quaisquer dúvidas, serve de exemplo sobre dois pontos: quando alguém se dispõe a escrever um texto jurídico deve ter esse material como modelo ou exemplo; e quando alguém se dispõe a lecionar uma disciplina em uma Universidade, deve ter a coragem de se tornar um estudante minucioso e com uma dedicação inacreditavelmente forte como a do autor em assunto. Um texto, de fato, impressionante. Digno de ser referenciado. O que traz uma honra enorme para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** o privilégio de publicá-lo com exclusividade no Brasil.

BRASIL. O conceito de que somente em levando em consideração as questões ambientais, sociais e de governabilidade (em inglês, “Environmental, Social, Governance”, de onde nasceu a sigla ESG) é tema que parece nascido no presente momento. O Escritor, Magistrado e Jurista brasileiro José Renato Nalini mostra, porém que, embora esteja no melhor momento quanto à sua implantação, foi inicialmente concebido há tempos. Os administradores públicos é que têm condicionantes que atrasam a modernidade. Em um artigo escrito especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, com o título de “ESG no universo jurídico”, o **Professor Doutor José Renato Nalini** começa por demonstrar a importância da utilização do sistema ESG na administração pública como um todo e, depois prova que há mais do que necessidade de que esse sistema chegue e se adentre ao modelo de administração do Poder Judiciário. Um dos comentários do autor é quanto à incapacidade dos administradores públicos de todo o mundo de se adaptarem a um pronto enfrentamento a uma epidemia, causada pelo vírus Covid-19, levando a todos à conclusão de que esse despreparo em nível mundial demonstra que também há um despreparo para resolver questões quanto ao clima e ao meio ambiente. O artigo trata também da lentidão da administração pública em tratar o dinheiro público com maior eficiência. Dentre os pontos, lembra que o processo seletivo para os concursos públicos não somente privilegia como coloca como único requisito o fato de o candidato ter condições de memorizar um infinito número de doutrinas, leis, artigos e de jurisprudências. E deixa de levar em consideração dos processos já empregados pelos recrutadores profissionais que as grandes corporações empresariais utilizam. Fala também o autor da resistência, por parte da Administração Pública, ao trabalho remoto, preferindo utilizar de prédios enormes, com estruturas físicas caras, mas com gasto em prédios que

poderiam ser transformados em eficientes meios tecnológicos e remotos aos quais o administrado poderia ter acesso. E por um custo infinitamente menor; custo que, no fim da fila, é o administrado que paga. No contexto legal, o autor fundamenta seu escrito na Constituição Federal e finca esperança na Resolução CNJ 400, de 16 de junho de 2021, como uma possibilidade de trazer, para o seio do Poder Judiciário, uma política de sustentabilidade capaz de colocar esse Poder em condições de andar mais em direção ao jurisdicionado.

ESPAÑHA. O **Professor Doutor Juan Antonio Martos Nuñez** leciona na Universidade de Sevilla, Espanha. Escreveu para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** o artigo com o título de “Derecho Penal Ambiental Español”. Para mostrar as qualidades do autor, basta lembrar dos inúmeros livros e artigos científicos da sua autoria, o que o torna um respeitado autor no segmento do Direito Ambiental. Sua análise, no presente artigo, envolve uma busca no Código Penal espanhol e na Constituição espanhola quanto às regras que colocam como crime o trato inconsequente para com a natureza. O autor também procura as decisões dos Tribunais Superiores espanhóis quanto às causas que envolvem o meio ambiente. O principal foco da pesquisa, sem dúvidas, é o Código Penal espanhol. Código que foi o suporte para o artigo doutrinário presente. O tema se desenvolve falando da proteção aos animais terrestres, aquáticos e marinhos e da proteção à vegetação. Para tal, serpenteia por meio dos hábitos e ensinamentos que são ou deveriam ser normais no trato para com o meio ambiente. E mostra números preocupantes, demonstradores da evolução na degradação do meio ambiente, no derretimento do gelo no Oceano Ártico (e a projeção de aumento do nível das águas oceânicas até o ano 2050) e o aumento da temperatura média dos últimos trinta anos, com projeção de mais calor nos próximos tempos. Calor que derreterá mais o gelo ártico e antártico e que aumentará o nível dos oceanos, que invadirá as cidades...

ESTADOS UNIDOS. Em 2019, o **Professor Doutor Mark A. Lemley** (Stanford Law School), em conjunto com o **Professor e Pesquisador Bryan Casey** (pesquisador do Center for Automotive Research at Stanford), publicaram, na University of Chicago Law Review, o artigo “Remedies for Robots”. Neste ano, atualizaram o artigo, trazendo novos conceitos e ampliando a sua qualidade que o caracteriza como um ensaio. E é um ensaio porque os capacitados autores não se basearam em outros textos, mas inovaram ao tecer considerações de como a inteligência artificial poderá causar danos, e a quem chegará a punição pelos danos causados. O resultado atualizado é o artigo/ensaio “How to punish a robot”, no qual os autores começam questionando o que acontece quando a inteligência artificial comete um equívoco e esse erro causa um dano a algum usuário, ou a outrem. Em uma época em que automóveis não precisam de condutores/motoristas e que drones fazem entregas cortando ares sem que haja um condutor controlando todo o percurso, há possibilidade de um acidente ou com uma pessoa ou com um patrimônio. E há casos de robôs voadores (aviões que se deslocam sem tripulantes) programados para atacar determinados alvos, além de micro-objetos que, tripulados à distância, são capazes de invadir espaços sem ser percebidos facilmente (há até informação sobre um robô com aparência

de um mosquito, utilizado para retirar sangue de pessoas, como se fosse uma picada de inseto, e voltar à base com a amostra, com o sangue, o qual poderá ser identificado até para fins maléficos ou criminosos). A previsão dos autores de que “À medida que a robótica e os sistemas de inteligência artificial se integram cada vez mais à nossa sociedade, eles farão coisas ruins” é real e digna de um estudo científico. Neste ponto, tanto a doutrina jurídica quanto as leis devem se adaptar para que haja uma punição e uma responsabilidade civil. A questão, discutida no artigo, é a quem punir e quem fará a reparação. O questionamento é quanto a quem produziu o equipamento, quem o programou ou quem o despachou para algum destino ou “missão”, no curso do qual aconteceu o dano. Tema dos mais atuais em vista do emprego cada vez maior da inteligência artificial. E, quanto às perguntas feitas, tema ainda a ser desbravado, sendo que os autores se apresentam como estudiosos no segmento e, portanto, estão aptos a apresentar possíveis soluções.

ARGENTINA. Quem milita na área do magistério, especialmente no segmento do Direito e em Ensino Superior, tem oportunidade de estar sempre atualizado. Oportunidade, porém, não se traduz em efetiva atualização. Há, porém, Professores (daqueles cuja qualificação exigem, em nome da sã consciência, um “p” maiúsculo para a forma de tratamento) que não deixam passar a oportunidade de aprendizado, reciclagem, atualização. É o caso do **Professor Doutor Miguel Ángel Asturias**. Além de estar em sala de aula, o Professor Doutor Miguel Ángel Asturias publica ou atualiza cerca de dois livros por ano. E são obras como o Código de Processo Penal e o Código Penal. Para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o Professor escreveu o artigo denominado “Análisis de los proyectos legislativos sobre las nuevas normas penales ambientales”. E colocou seus conhecimentos de Direito Penal com Direito Ambiental e mostrou todos os caminhos necessários para que os projetos de lei em discussão, na Argentina, em torno de temas ambientais, sejam mais bem aproveitados. Mostra que, considerando que a discussão sobre o meio ambiente está em aberto, deveriam os parlamentares aproveitar e inserir seções ou artigos para contemplar tópicos necessários à preservação da saúde ambiental. O autor demonstra, no texto, a necessidade de levar em consideração que se trata do melhor momento para escrever sobre o “delito de peligro abstracto”, que, aparentemente local, causa dano ao meio ambiente em nível mundial. O tema “penal ambiental” é universal, pois não há dano ao meio ambiente que permaneça fixo no local da sua prática. Ao contrário, afeta a saúde ambiental de todo o mundo. Mais um motivo para que haja a leitura, com máxima atenção, ao artigo em comentário.

ESPAÑA. Depois de escrever mais de uma dezena de livros com o tema dos direitos ligados à internete – Direito Digital – e artigos para diversas revistas especializadas, chegou a hora de o **Professor Doutor Moisés Barrio Andrés** colaborar para com a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. E o faz com o artigo chamado “Sentido y alcance de los derechos digitales”. Os livros do autor em assunto ultrapassam as fronteiras espanholas não somente quanto à distribuição, pois tem livro originariamente publicado em outros países. No

artigo científico em assunto, há afirmações que praticamente causam espanto, para quem se acha meio deslocado em relação ao tema. É que há afirmação de que o envolvimento com a tecnologia embarcada é tamanha que se pode chamar de “dataísmo”, sendo que “data” é referente a “dados” computacionais. A afirmação é de que o dataísmo está se tornando um instrumento de dominação, ou, em termos bastante simples e menos assustador, uma nova religião dos tempos modernos. Em época de notícias falsas, da difusão de superficiais informações que não contêm cultura, e, por outro lado, em época de livros e revistas científicas disponíveis em formatos eletrônicos, bem como em uma era do ensino à distância, a tecnologia embarcada ganha força a cada minuto da vida das pessoas. A importância do Direito Digital ganha espaço a cada momento, pois há que se regrar as comunicações, a tecnologia, o direito à informação como um todo, o direito à informação honesta e não propositadamente deturpada. Há, também, que se preocupar com as fraudes nas programações computacionais como as urnas eletrônicas, as comunicações, as máquinas dos jogos e todos os aparelhos cuja aparência externa é mostrada como se fosse norma mas que, segundo as programações, podem conter fraude eletrônica de alta sofisticação. O artigo científico escrito pelo Professor Doutor Moisés Barrio Andrés contém a análise das leis existentes, na Espanha, sobre o tema, somada à experiência de vários anos de pesquisa científica por parte do especialista.

TURQUIA. Em um mundo globalizado, cada país deve criar legislação que remeta à transparéncia também quanto às atividades privadas. Especialmente, no mundo dos negócios. A prática contábil de elaboração de demonstrativos financeiros segundo os “Padrões Internacionais de Relatórios Financeiros” (IFRS, como sigla de International Financial Reporting Standards) acaba por favorecer o interesse de empresas estrangeiras para investir nessas praças. Investir em montando filiais ou adquirindo empresas locais. Principalmente neste último caso, a transparéncia contábil é fator que permite a análise segundo padrões internacionais e faz com que a visão das grandes empresas multinacionais se volte para as empresas locais. O que traz desenvolvimento, empregos, rendas, etc. Investidores somente têm interesse por empresas comprovadamente saudáveis e, quando aparece algum mais aventureiro – em razão do desconhecimento da seara na qual se adentrará – oferta pouco dinheiro por empresas que, de fato, valeriam mais ou muito mais. Em um artigo que não trata de Contabilidade, mas das Leis turcas aplicáveis à Contabilidade, a **Professora Doutora Nesrin Akin** descreve que, a partir de 2014, o Código Comercial turco sofreu alterações para exigir que as empresas, especialmente as sociedades anônimas, apresentem balanços contábeis segundo os padrões internacionais, e a supervisão de auditorias contábeis de alta confiança. O artigo é denominado “The legal framework of financial reporting and international financial reporting standards (IFRS) application in turkish law” e traz detalhes sobre a questão legal – normas da Contabilidade, normas da Auditoria, Código Comercial, as normas processuais que regem o andamento das ações judiciais – que a Turquia vem aplicando, recentemente e em especial a partir de 2014, para que as sociedades anônimas apresentem balanços e relatórios financeiros

que facilitem a interpretação dos investidores e das auditorias internacionais, o que representa atração para o mercado turco quanto às atividades produtivas e geradoras de tributos, renda e emprego.

PORUTGAL. O **Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez** é autor de diversos e famosos livros. E, como articulista, também tem muitos trabalhos científicos publicados. Especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, ele escreveu o artigo científico com o título de “Lições do pragmatismo constituinte português para a efetividade de uma constituição organizatória”. Faz um estudo histórico do Poder Constituinte português – que dez meses após tomar posse, apresentou a Constituição da República Portuguesa de 1976 já aprovada – e mostra, desde o início, que a instabilidade das seis prévias Constituições portuguesas, com tantas emendas e alterações, desaguou em um texto experto capaz de ultrapassar meio século e se mostrar consistente, como se não requisitasse alterações profundas em tempos atuais. Embora a estabilidade constitucional – depois de várias experiências de modificações constitucionais em razão de regimes totalitários instalados à força – possa demonstrar segurança, o Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez aponta que o trabalho ainda é credor de algum necessário aperfeiçoamento. Muitas vezes, em razão da cultura até então imposta, resultado de experiências frustrantes de implantação de regimes políticos fracassados em outras partes do mundo. Também, pelas influências mundanas existentes naquele início de último quarto de anos do século passado. O estudo mostra que, ao ultrapassar o aniversário de número quarenta, a Constituição portuguesa de 1976 entrou na lista das três únicas Cartas Constitucionais do país que teve tal longevidade. Mas, com a característica maior de que, das três, foi a única democraticamente elaborada, pois teve uma Assembleia Nacional Constituinte eleita, sem fins políticos, e que durou unicamente o tempo para elaborar, escrever e organizar o texto constitucional. Foi, de fato, uma Assembleia Nacional Constituinte, e não um Congresso Constituinte como aconteceu no Brasil, cuja Constituição de 1988 foi escrita pelos mesmos políticos que estavam e que continuam no poder. Em Portugal, a Assembleia Nacional Constituinte foi integrada por juristas.

ARGENTINA. Os juristas argentinos têm uma qualidade, elogiável, ausente em muitos outros dos seus pares, em quase todas as partes do mundo. Eles, os argentinos, têm um grande reconhecimento ao jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, principal articulador do “Código Civil y Comercial de La Nación”. Obviamente, quando foi dito sobre os demais juristas de outros países, a relação seria para com os principais articuladores das suas mais densas legislações codificadas. Quase todos os textos jurídicos argentinos que fazem **referência** ao Código Civil fazem, adicionalmente, **reverência** a Vélez Sarsfield. Por ocasião do seu centenário de nascimento, vários livros foram publicados em seu louvor. O elogiável “Código Civil y Comercial de La Nación” veio a lume logo após o Código de Napoleão (França) e após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), além de conter, em seu corpo, os ideais do Iluminismo – desde o Século XVIII a Europa apresentou o ideal de valorização da razão, o pensamento, com maior liberdade econômica e política em favor do administrado. Desta forma, o Código

Civil argentino contém partes, em favor da pessoa humana, que se mostraram adiantadas para o seu tempo, em comparação com legislações existentes no mundo. Com o objetivo de destacar especificamente a personalidade humana e os direitos intransponíveis que a pessoa humana deve ter, em normas presentes no Código Civil argentino, o **Professor Doutor Sebastian Justo Cosola** escreveu o artigo “Interpretación de los Atributos de la Personalidad y los Derechos Personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Trata-se de um estudo meticuloso, daqueles que fazem com que o leitor venha a folhear o Código Civil e Comercial argentino com outra visão, passando a perceber os tempos à frente da época da sua elaboração em relação aos direitos da pessoa humana, desde a sua concepção, passando pelos direitos do nascituro, do infante, do jovem, do adulto e do idoso. Dentre os direitos personalíssimos, o autor destaca temas como a intimidade; a garantia de preservação do corpo e da necessária autorização para pesquisas que envolvem o corpo humano; a morte digna; a possibilidade de destino do corpo do falecido para fins de pesquisas científicas, etc. E, sobretudo, a indenização à vítima em caso de violação dos seus direitos personalíssimos. O respeitado Professor Doutor Sebastian Justo Cosola, que tem seu nome na capa de muitos livros de aplicação em todo o território argentino, dedicou sérios estudos para fundamentar este artigo. Além dos comentadores do Código e da Constituição argentinas, tomou por fundamento alguns livros clássicos do Direito – notadamente, os Direitos Humanos – e da Filosofia do Direito. E, como resultado, há esse artigo de leitura quase que obrigatória.

Com tantos artigos de qualidade, tem-se a firme convicção de que esse volume 2, número 2 da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** está, se não insuperável, muito próximo da perfeição.

E a esperança é de que o leitor possa desfrutar desse conteúdo. Por isso, a publicação, o tornar público, o tornar **do** público.

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso
Editor

Autoria

Desde sua criação, em maio de 2020, a Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica já publicou (incluindo este número):

Urheberschaft

Seit seiner Gründung im Mai 2020 veröffentlicht das Ultracontinental Journal of Legal Literature ist bereits erschienen (einschließlich dieser Ausgabe):

Authorship

Since its creation in May 2020, the Revista Ultracontinental de Literatura (Ultracontinental Journal of Legal Literature) has published (including this issue):

Paternidad literaria

Desde su creación en mayo de 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica ya ha publicado (incluido este número):

Paternité

Depuis sa création en mai 2020, le Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica a déjà publié (y compris ce numéro):

Paternità

Dalla sua creazione nel maggio 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica há già pubblicato (incluso questo numero):

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Número de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Espanha	12
2.º	Brasil	10
3.º	Argentina	06
4.º	Portugal	04
5.º	México	03
6.º	Colômbia	02
	Japão	02
8.º	Canadá	01
	Estados Unidos	01
	França	01
	Moçambique	01
	Polônia	01
	Suíça	01
	Turquia	01

ОДАРДОТТОР

Céim Dochtúireachta
Ceum Dotaireachd
Ступень Доктара
Daktaro Laipsnis
Diploma de Doctorat
Diplomë Doktorature
Doctoraat
Doctorado
Doctorat
Doctorate Degree
Doktora Derecesi
Doktora Grāds
Doktorat
Doktorát
Doktorgrad
Doktori Fokozat
Doktorikraad
Doktorsexamen
Doktorspróf
Doktortitel
Dottorato
Doutoramento
Gradd Doethuriaeth
Grad ta 'Dottorat
Gradën e Doktoratës
Llicenciat de doctorat
Titulado de Doutoramento
Tohtorin Tutkinto
Доктор Дәрежесі
Докторантурा
Докторат
Докторський Ступінь
Докторска Степен
Докторска диплома
Докторская Степень
Докторлық Дәрежесі
Дідакторико

FUTURE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW: OPPORTUNITIES & CHALLENGES

ABBAS POORHASHEMI¹

ABSTRACT

The primary purpose of International environmental law is to protect the global environment by setting legally binding (Hard Law) and non-binding (Soft Law) rules in terms of content, form, and structure, which the international community has developed during the last decades. However, despite all international efforts to protect the environment, pollution and destruction of the environment continue to increase in many areas and regions. Today's environmental concerns and threats have exceeded the predictions of experts and scientists at the first International Conference on the Environment in Stockholm in 1972. In reality, climate change, air pollution, water and soil, loss of biodiversity, deforestation, and desertification are the main problems facing humanity in today's world. Thus, regardless of global efforts to adopt and enforce international environmental regulations, failure to reduce environmental degradation and pollution indicates the ineffectiveness and effectiveness of international environmental law. In this context, this study, based on a critical approach, wants to demonstrate, on the one hand, the existing capacity for the development of international environmental law and, on the other hand, the legal obstacles faced for global environmental protection.

Keywords: International Environmental Law, Public International Law, Sustainable Development, Future Generations.

¹ Scientific member & President of the Canadian Institute for International Law Expertise (CIFILE), Toronto, Canada. Pós-Doctorat (International Law) of Université du Québec à Montréal; Doctor in Law (International Law and Legal Studies) of Université de Strasbourg; Master in Law (Public International Law) of Université Nancy 2; Master in Political Sciences, International Relation and Political Sciences, of Allameh Tabataba'i University. e-mail: abbas.poorhasemi@gmail.com

1 INTRODUCTION

The term “environmental law” has become widely used in domestic and international legal literature in recent decades. Due to economic growth and increasing technological advances that have caused significant environmental damage, the international community has been forced to take action, individually or collectively, to prevent and control the different kinds of pollution and protect and conserve the environment.

Despite all the global efforts to develop binding and non-binding legal instruments, environmental concerns and threats such as global warming, climate change, desertification, deforestation are not only remaining but have also increased. The ecological problems and dangers of today's world go beyond the predictions of the experts and scientists in Stockholm's first environmental Conference in 1972, which presented as a turning point in international environmental law (GEORGETOWN, 2010).

2 DEFINITION OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Although there are many definitions of “International environmental law,” the description given by Alexander Kiss and Dina Shelton is significant. In their view, international environmental law is the newest branch of public international law, aiming to protect the environment (KISS; SHELTON, 1991). Some also define international environmental law as “a set of rules of international law that aims to prevent environmental pollution and protect the environment.” While the above definitions are positive, they are not exhaustive.

It seems that international environmental law is the collection of non-binding (soft law) and binding (hard law) legal instruments governing the relations between governmental and non-governmental actors for ecological protection (POORHASHEMI, 2020).

3 SOURCES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Based on this definition, international environmental law is contained two types of non-binding (Soft law) and binding (Hard law) sources.

3.1 Non-binding Sources (Soft Law)

Soft law is not binding law, which including statements, resolutions, agendas, action plans, and the rules to guide governments without any sanctions.

However, these sources of law have a significant impact on the development of international environmental law. Most notables are the Stockholm Declaration

of 1972, the UN Charter of Nature, adopted by the United Nations General Assembly in 1982, the Rio Declaration of 1992, the Johannesburg Declaration of 2002, and finally, the Rio + 20 statement of 2012.

The UN General Assembly resolutions and declarations of the United Nations Environmental Programme (UNEP) and its Board of Governments could also be considered as non-binding instruments. These legal instruments, over time, have been recognized by states and International organizations and became acceptable norms and principles of international environmental law.

The core idea of the soft law approach is to identify the issues for the implementation of national law and to encourage states to agree to reform national legislation and commit themselves to resolve international and intergovernmental disputes.

Soft law is a non-binding legal instrument that does not infringe on the state's international responsibility. It gives states more freedom to adopt non-binding documents, and they are more willing to approve such legal instruments.

3.2 Binding Law (Hard Law)

On the other hand, hard law is binding rules and obligations that states are bound to respect. The spirit of governing Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, recent developments of international environmental law, and the international judicial procedures and principles have shown the evolution of the sources of international environmental law.

Article 38 of the Statute of the International Court of Justice describes the judicial decisions and legal doctrines (opinions of legal scholars) as subsidiary sources for the determination of legal rules (KHALATBARI; POORHASHEMI, 2019).

Since 1945, the Statute of the International Court of Justice, Article 38, generally, the sources of Public international law and, in particular, the sources of international environmental law, have developed extensively. However, it has failed to respond to the dynamics of contemporary international law developments.

Some of the sources that were not mentioned in the Statute of the Court could be considered as the new sources of international environmental law. Such sources could include binding resolutions issued by international organizations in environmental matters.

Expansion of international organizations, especially after World War II, and since then, the development of the role of the United Nations and its pillars led to the emergence of new sources of international law. For instance, mandatory resolutions on human rights have also been considered the new international law sources. In international environmental law, the mandatory resolutions issued by the United Nations Security Council and the resolutions issued by the Conference of the Parties (COP) are also could be recognized as hard law.

One of the UN Security Council's most critical environmental Resolutions is Resolution N.^o 687 (Iraqi's invasion of Kuwait). The resolution provides environmental compensation measures (UNITED NATIONS, 2002).

4 BASIC PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

One of the most influential models of the analysis of international environmental law is the analysis and examination of its basic principles and concepts. This model can facilitate the understandings of numerous international environmental treaties. Today, almost all international environmental documents, binding or non-binding, contain or refer to these principles and concepts. In other words, these principles and concepts are the engines of the evolution of environmental law. The other benefit of international environmental principles is their application for all international communities (CHENG, 1953).

The principle of sovereignty is one of the basic principles of Public International Law. However, the concept of sovereignty is not absolute, and it is subject to a general duty not to cause environmental damage (SOTO, 1996). As stated in the 1992 Rio Declaration:

States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction (UNITED NATIONS, 1992).

Aforetime this principle has been part of international environmental law, and there were a number of domestic laws that practiced sovereignty as a principle. The noticeable examples were Iran, France, and ancient Rome. The "principle of sovereignty" became widely known in the 1947 dispute between Canada and the United States over the Trail Smelter case: "Governments should not use their land in such a way as to cause harm to other countries" (UNITED NATIONS, 1941-2006). The sovereignty of states is two-fold; to recognize the sovereignty of states in the use of their natural resources and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other states or areas beyond the limits of national jurisdiction.

International cooperation is another principle of international law, which is the basis of the United Nations Charter². The principle is also one of the features of contemporary international law, which is mandatory and has required by customary international law.

² Charter of the United Nations was signed on 26 June 1945, in San Francisco, at the conclusion of the United Nations Conference on International Organization, and came into force on 24 October 1945. The Statute of the International Court of Justice is an integral part of the Charter. For more information: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>

Due to the transboundary nature of the environment, international environmental law appears to be more prominent because it is an indispensable instrument to protect our environment. It should be reiterated that protecting the environment and dealing with environmental hazards are beyond the power of only one state. Cooperation between states as an international community is required for the adequate protection of the global environment.

The principle of cooperation is based on the rules of *Erga Omnes*. As opposed to public international law, international environmental law is not founded on the principles and rules of mutual relations.

In common law, it is one of the old principles of general international law. Based on this principle, states are obliged to cooperate with each other in all circumstances, in good faith, to protect the environment. It can be argued that the principle of cooperation is based on universal obligations and is rooted in customary international law. Therefore, all states are bound to abide by this obligation according to international law.

Precautionary Principle. This principle imposes a duty on states to avoid environmental harm. Under this new rule, a state may be obligated to take precautionary measures to prevent damage within its jurisdiction (SINGH, 1986). States should take precautionary measures based on international treaties, statutes of organizations, and many other legal instruments. In doing so, global conferences and resolutions of the conferences have also been taken into consideration.

According to this principle, again, what states have to do to take their obligation to avoid harming the environment and give emphasis on precautionary measures (both in domestic and international levels). In order to ensure the applicability of this principle, states should establish authorization procedures, commitments to environmental standards, pathways to access information, use of penalties, and the need to carry out environmental impact assessments (SOTO, 1996).

Principle of notification. This principle is one of the basic principles that could be traced back to the International Court of Justice in 1949 (Corfu Strait case). The International Court of Justice ruled that the Albanian government was obliged to inform the captain of the English ship of the presence of landmines in Albanian territorial waters (CORFU, 1947). This principle is interpreted as if the government were aware of the danger. If it is likely to put other states in a state of emergency, it is obliged to alert other states to that danger. Apart from emergencies, governments should identify the effects of environmental activities within their jurisdiction and notify other governments, even if institutions or non-governmental organizations carry out these activities.

Principle of prevention. According to the experiences, the prevention of environmental hazards is regarded as the “golden rule” for economic and ecological reasons. For example, extinction of plant or animal species, soil erosion, loss of human life, and leakage of pollutants into the sea create irreparable damage, in a way that, even when the damage can be compensated, restoring it to its former state is not possible (POORHASHEMI, 2021).

5 BASIC CONCEPTS OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Just as the basic principles of international environmental law, the concepts also have had a profound impact on the substantive and formative development of this field of law. If we take “basic principles” that are mandatory (both customary and contractual), they are undoubtedly “basic concepts” in the field of soft law.

One of these concepts is sustainable development, which is one of the main goals of formulating and developing international environmental law. Environmental rights, on the other hand, are important tools for sustainable development monitoring and management. Sustainable development means a development process that, while protecting the environment and taking into account the needs of future generations, meets the needs of the present generation. The most well-known definition of sustainable development was presented by the 1987 Brundtland Commission in a report entitled “Our Common Future,” which cited sustainable development as “meeting current needs without forgetting the needs of the next generation”? (UNITED NATIONS, 1987).

The concept of the common heritage of humanity in international law is mentioned in three areas:

- Geographical area (Washington 1959 Convention on the Antarctic);
- Environmental and Human Realm (UNESCO World Declaration on the Human Genome 1997);
- Cultural Heritage (UNESCO 2001 Convention on Underwater Cultural Heritage)

The concept of the rights of future generations, which came from the Stockholm Conference on International Environmental Law, is derived from two principles:

1. human life and human dependence on the earth's natural resources, including the ecological process and as a consequence the integral dependency of all generations on environmental conditions;
2. humans are constantly making changes in the environment. As a result, it has been argued that the people of this generation have a crucial obligation to protect the planet from guaranteeing the rights of future generations.

The concept of Common but Differentiated Responsibilities (CBDR) was mentioned in Principle 7 of the Rio Declaration at the first Rio Earth Summit in 1992. According to this principle, states shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the earth's ecosystem. Because of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. Based on

this concept, the developed countries have the responsibility to bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and the technologies and financial resources they command (UNITED NATIONS, 1992).

6 THE CHARACTERISTICS OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Although international environmental law is one of the subdivisions of Public international law and has been developed following its principles and rules, it has its features. Here are some differences:

A. Diverse sources of international environmental law

Public international law's sources are divided into primary and secondary sources under Article 38 of the International Court of Justice Statute. Vice versa, in international environmental law in addition to the traditional sources mentioned in Article 38, it could be considered some new sources. For instance, mandatory resolutions of international organizations and the United Nations Security Council's resolutions are considered sources.

B. The importance of non-binding sources

Generally, public international law is based on binding rules (hard law) with guarantees and sanctions. However, in international environmental law, the role of non-binding sources has key importance to the development of this branch of law.

In this perspective, a non-binding Declaration of 1972 is the turning point of international environmental law. In fact, due to the absence of enforcement mechanisms, using non-binding rules for environmental protection is significant. For this reason, states prefer to deal with non-binding sources rather than binding ones.

B.1. *Erga Omnes* rules versus *Inter-part* rules

Basically, the rules of *Erga Omnes* are based on the rules of customary and treaty law. Usually, public international law is founded on the *Inter part* and the principle of reciprocity and mutual benefit. In public international law, preference is given to the rules of the inter part, while international environmental law is usually based on *Erga Omnes* rules, the international obligations of states. Therefore, the requirements of these two disciplines are different.

C. The tendency for soft actors

Although states are considered as major actors and subjects in public international law, international environmental law has also recognized the non-governmental actors. Therefore, the role of NGOs in protecting the environment and achieving sustainable development is important. For this reason, various international documents have identified the participation of these actors. For example, the ratification of the 1998 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making, and Access to Courts in Environmental Matters reflecting the tendency of international environmental law, soft law and its actors.

D. Soft responsibility

The international responsibility of states in international environmental law, unlike public international law, is in keeping with the principle of international cooperation with a preventive approach to environmental protection. Thus, alongside classical legal systems based on subjective and objective of responsibility, the tendency for soft responsibility is also evolving. Increasing the scope of treaties to compensate for environmental damage and establishing various mechanisms for environmental compensation through the establishment of funds and promotion of "insurance contract" is seen as a soft liability approach. In this context, international environmental law does not seek to condemn a state for fault or wrongdoing, but rather it tries to establish precautionary measures and stop damages and, finally, to impose compensation for the environmental damage.

E. Convention Mechanism-Framework

The Convention-Framework Mechanism has been established for two reasons in international environmental law: First, states have not yet reached a full political consensus to cooperate with each other in environmental issues. Secondly, states come to agree on their general framework in the convention and formulate future agreements in the form of upcoming protocols.

7 CONCLUSION

Despite the development of international environmental law, there have been different serious obstacles. One of the major obstacles is the unwillingness of states to delegate sovereignty or restrict it to the benefit of environmental organizations. Another limitation facing this field of law is conflicts of interest between developing and developed countries in enforcing international

environmental law and regulations. Despite recognizing the common but differentiated responsibility principle in many sources of international environmental law, the conflict between developed and developing countries is significant in both conventional and institutional aspects (POORHASHEMI; ARGHAND, 2013).

The wide range of environmental issues has also hampered the development of international environmental rules and regulations for each of the environmental sectors and zones. Therefore, in order to consider the effective implementation of international environmental law, there is an urgent need for long-term planning for sustainable development, development of scientific and technical capabilities, transfer and exchange of technology, and recognition of the NGOs' role for global environmental protection.

In addition, insufficient development of human knowledge on environmental issues adds to these limitations. The costly environmental protection and lack of financial resources, especially for developing countries, are other obstacles for international environmental law development.

In response to these needs and requirements, international environmental law could reduce the legal gaps caused by the diversity of environmental legal documents. In addition, one of the pathways to reduce the existing challenges for protecting the global environment is to adopt an "internationalization" approach to environmental protection and apply the basic principles and concepts of international environmental law, as mentioned above.

Therefore, the conceptual and substantive development of international law might be considered as one of the most effective solutions to overcome the constraints and obstacles to international environmental law and, on the other hand, to "internationalize" ecological protection.

The "institutionalization" of international environmental law also may help the effectiveness of contemporary environmental law. The institutionalization of international law means establishing and expanding international organizations and institutions for the effective and efficient protection of the global environment. Also, public participation at national and international levels, including public participation in environmental decision-making processes, the right to information concerning the environment and activities affecting it, and access to justice, are crucial in this matter.

In addition, the criminalizing of environmental degradation as a "crime against humanity" through the recognition of "crime against future generations" could be considered as a sign of progress for the future development of international environmental law.

In the structural dimension, the reform of the United Nations Environment Program, which is currently limited in capacity building, into a "global organization for environmental protection" with the necessary authority and power could be one step forward to the effective role of the international organization for global environmental protection.

REFERENCES

- CORFU Strait case, 1. International Court of Justice (ICJ). May 22, 1947.
- CHENG, Bin. **General principles of law as applied by international courts and tribunals**. London: Stevens & Sons Ltd.; Toronto: Carswell, 1953.
- GEORGETOWN Law Library. International Environmental Law Research Guide. 2010. Available in: <<https://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=273374&p=1824796>>. Retrieved January 07, 2020.
- KHALATBARI, Yalda; POORHASHEMI, Abbas. "Environmental damage": challenges and opportunities in international environmental law. In: **CIFILE Journal of International Law**, Toronto, Ontario, v. 1, n. 1, p. 21-28, 2019.
- KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **International environmental law**. London: Transnational; Graham & Trotman, 1991.
- POORHASHEMI, Abbas. Emergence of "international environmental law": as a new branch of international public law". In: **CIFILE Journal of International Law**, Toronto, Ontario, v. 1, n. 2, p. 33-39, 2020.
- POORHASHEMI, Abbas. Quel développement pour le droit international de l'environnement au 21ème siècle? In: **CIFILE Journal of International Law**, v. 2, n. 3, p. 76-87, 2021.
- POORHASHEMI, Seyed-Abbas; ARGHAND, Bahareh. International environmental law. In: **Nashr Dadgostar**, Tehran, Iran, Dadgostar pub, p. 145-198, 2013.
- SINGH, J. Nagendra. Foreword. In: MUNRO, Robert. **Environmental protection and sustainable development**: legal principles and recommendations. [Berlin]: Springer, 1986. p. XII-XIII.
- SOTO, Max Valverde. General principles of international environment law. In: **ILSA Journal of Int'l & Comparative Law**, v. 3, Iss. 1, Article 10, 1996.
- UNITED NATIONS. **Our common future**: report of the World Commission on Environment and Development (WCED). Oslo: United Nations, 1987.
- UNITED NATIONS. Reports of International Arbitral Awards. **Trail smelter case (United States, Canada) April 16, 1938, and March 11, 1941**. v. III. 1905-1982. Toronto - Washington: Nations Unies - United Nations, 2006.
- UNITED NATIONS. Security Council. Resolution 687. Adopted by the Security Council at its 2.981st meeting, on 3 April 1991. 2002. Available in: <<https://www.un.org/depts/unmovic/documents/687.pdf>>. Retrieved in: January 02, 2020.

UNITED NATIONS. United Nations Environment Programme (UNEP). **Rio declaration of environment and development.** UNEP: Rio de Janeiro, Brazil, 1992.

Submissão em: 21 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 26 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

POORHASHEMI, Abbas. Future development of international environmental law: opportunities & challenges. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 18-28, maio-ago. 2021.

THE CJEU CASE LAW RELEVANT TO THE GENERAL ANTI-AVOIDANCE RULE (GAAR) UNDER THE ANTI-TAX AVOIDANCE DIRECTIVE (ATAD)¹

BŁAŻEJ KUŹNIACKI²

ABSTRACT

This study concentrates on the Court of Justice of the European Union (CJEU) case law in order to reconstruct from it an interpretative guidance for the proper understanding and thus application of general anti-abuse rule included in Article 6 ATAD (the ATAD's GAAR). Although Article 6 aims to harmonises general anti-abuse rule in the domain of tax law among all MSs, its wide scope and its phraseology raises a plethora of issues, in particular in respect of its proper – EU compatible – understanding and thus application. The analysis of the relevant CJEU case law, as undertaken in this paper, will set a scene for the question of compatibility of the ATAD's GAAR with the concept of abuse developed by the CJEU in cases regarding abusive practices of taxpayers. This piece aims to contribute in determining the reasonable understanding of the core elements of the ATAD's GAAR in accordance with the EU primary law, as interpreted by the CJEU. This may provide the readers with a useful interpretative guideline to the ATAD's GAAR, which could be of an assistance not only for tax authorities, but by all stakeholders, including taxpayers, courts, and MSs' legislative bodies.

Keywords: GAAR, ATAD, BEPS, CJEU, tax avoidance, global tax policy, interpretation, proportionality, artificiality.

¹ This is a version of the article by same name published in the University of Bologna Law Review (UBLW), v. 4, n. 2, p. 261-282, 2019.

² Błażej Kuźniacki, PhD (University of Oslo), Post-doctorate research (Singapore Management University), attorney-at-law, Visiting Senior Research Fellow at the Amsterdam Centre for Tax Law, University of Amsterdam. Varsovia (Poland). e-mail: blazej.kuzniacki@pwc.com

1 INTRODUCTION

1.1 General Remarks on the ATAD's GAAR

The general anti-abuse rule included in Article 6 ATAD (the ATAD's GAAR) is a unique EU provision, not least because it is the first provision under the EU law, which generally aims against abuse of tax law³ of Member States (MSs),⁴ but also due to its challenging structure and wording which is supposed to fit all MSs in prevention of abuse of tax law. It reads as follows:

General anti-abuse rule

1. For the purposes of calculating the corporate tax liability, a Member State shall ignore an arrangement or a series of arrangements which, having been put into place for the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of the applicable tax law, are not genuine having regard to all relevant facts and circumstances. An arrangement may comprise more than one step or part.
2. For the purposes of paragraph 1, an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality.

³ More generally, even if one accepts that EU or international law prohibits the abuse of law (abuse of rights), it is still debatable whether or not the concept of "abuse of law" constitutes a general principle of international law or a general principle of EU law. For EU law see De la Feria; Vogenauer (2011); Piantavigna (2009); Saydé (2014). Although some recent CJEU's case law implies that the prohibition of abuse of tax law stems from or is identified with general principle of EU, such implication has a weak doctrinal foundation and seems to be at odds with its settled case law (see *infra* sec. 4). For international public law see Fitzmaurice (1986); Kiss (1992); Crawford (2003); Byers (2002). See, also the Permanent Court of International Justice's judgement of 7 June 1932, *Free Zone of Upper Savoy and Gex case*, PCIJ Reports, Series A/B, n.^o 46, 1032, 167 and International Court of Justice's judgement of 27 August 1952, *United States Nationals in Morocco case*, I.C.J. Reports, 1952, 212.

⁴ Before its entry into force, i.e. 1 January 2019, several GAARs have been contained in partially harmonised areas of direct tax law in order to prevent the abuse of the EU directives. See: Article 1(2)-(4) of the Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different member states (recast), [2011] OJ L 345, p. 8, as amended by Council Directive 2013/13/EU, [2013] OJ L 141, p. 30, Directive 2014/86/EU, [2014] OJ L 219/40, and the Council Directive Council Directive (EU) 2015/121 of 27 January 2015 – hereinafter the Parent-Subsidiary Directive (PSD); Article 5 Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different member states, [2003] OJ L 157, p. 49, as amended by Council Directive 2006/98/EC, [2005] OJ L 157, p. 203, and Council Directive 2013/13/EU, [2013] OJ L 141, p. 30 – hereinafter the Interest-Royalty Directive (IRD); and Article 15(1)(a) of the Council Directive 2009/133/EC of 19 October 2009 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different member states and to the transfer of the registered office of an SE or SCE between member states, [2009] OJ L 310/34, as amended by Council Directive 2013/13/EU, [2013] OJ L 141, p. 30 hereinafter the Merger Directive (MD).

3. Where arrangements or a series thereof are ignored in accordance with paragraph 1, the tax liability shall be calculated in accordance with national law.

The crucial outcome of Article 6 is that it harmonises a general anti-abuse rule in the domain of tax law among all MSs. Hence it has a very wide scope and its phraseology is not too precise, including expressions such as “the main purpose or one of the main purposes”, “defeats the object or purpose of the applicable tax law”, and “not genuine [arrangement]”.

Structurally, Article 6 is composed of three core elements: (i) an arrangement; (ii) a tax advantage; and (iii) abuse. All three must appear for Article 6 to be triggered. The structure of Article 6 is designed so that it initially opens its gate very broadly by setting low thresholds for identifying “an arrangement” and “a tax advantage”, but then narrow it down to what should be considered as “abusive” (cf. to the UK GAAR at BURCHNER; CAPE; HODKIN, 2018, p. 810). However, the abusive part of Article 6 (at least linguistically) does not seem to be narrow enough (or high enough) to be in line with the standard of abuse developed by the CJEU⁵ and to delineate between abusive and non-abusive arrangements with a clarity so much needed to comply with the legal certainty and foreseeability principles. This puts Article 6 at odds with its balancing function, which is clearly articulated in the recital 11 of the preamble to the ATAD (concurring: MORENO; ZORNOZA PÉREZ, 2019, p. 118 and 126-130; WILDE, 2018, p. 308-314):

GAARs should be applied to arrangements that are not genuine; otherwise, the taxpayer should have the right to choose the most tax efficient structure for its commercial affairs.

The approach of the EU Council follows from the essential nature of the GAAR which is to cover and prevent the widest possible range of tax abuse cases. It is also needed to achieve its purpose: to *tackle abusive tax practices that have not yet been dealt with through specifically targeted provisions*, such as transfer pricing or CFC rules.^{6,7} That is to say, the drafters of Article 6 seem to have been motivated by a desire to design a very vague and broad anti-abuse rule, which will function as a deterrent for taxpayers. To a certain extent the drafters seem also to be inclined by a desire to undo what the CJEU had already achieved, i.e. to lower the standard of abuse in tax cases under EU law.

⁵ See *infra* sec. 2-5.

⁶ See recital 11 of the preamble to the ATAD.

⁷ One could argue in accordance with recital 1 of the preamble to the ATAD that the broadest purpose of the GAAR is “the need for ensuring that tax is paid where profits and value are generated”. This is, however, highly debatable and questionable (WILDE, 2018, n. 4, p. 319).

1.2 The Pivotal Importance of Cross-Border Situations for the Relevance of the CJUE's Case Law

Article 6 aims to cover cross border situations (between MSs and between MSs and third countries) and domestic ones. In fact, recital 11 of the preamble to the ATAD emphasises that Article 6 should be applied in cross-border and domestic situations in a uniform manner. This a very important feature of Article, which seeks to prevent the discriminatory application of EU harmonised GAARs by requiring that the scope and results of their application in domestic and cross-border situations do not differ (see ZALASIŃSKI; OLEŚIŃSKA, 2018, p. 620; MORENO, 2016, p. 143 et seq.). Moreover, this feature highlights the fact that the practical impact of Article 6 may be in practice much wider than only international arrangements, since that rule covers the whole spectrum of corporate income tax, and many tax avoidance arrangements (perhaps not as sophisticated as those cross-border) are purely domestic.

This feature of Article 6 should not be seen as a way to circumvent a possible scrutiny of the CJEU because of the lack of discrimination or restriction of cross-border situations compared to domestic situations.⁸ Fundamentally, the ATAD is secondary EU law and given its inferiority to the primary law, all provisions of that Directive must be compatible with EU Treaties and the relevant CJEU case law, in particular in cases regarding abuse of tax law under fundamental freedoms (see *further* sec. D). Indeed, the EU Commission in the proposal of the ATAD pointed out that in “compliance with the *acquis*, the proposed GAAR is designed to reflect the artificiality tests of the CJEU where this is applied within the Union.”

Moreover, as implied by the CJEU case law,⁹ the consequences of evaluating whether domestic provisions are compatible with EU law should be drawn not only from their *formal (ipso iure)* scope of application, but also from their actual (*ipso facto*) scope of application. Because GAARs target tax avoidance, the phenomenon which typically occurs in cross border situations due to difference in levels of taxation on income among countries and disparities existing in their tax systems, there is a risk that GAARs' *actual scope of application* will cover resident taxpayers which are engaged in cross border arrangements more often than resident taxpayers involved in purely domestic arrangements. It means that the GAARs of MSs would not – in the CJEU's eyes – be immune to analysis of their *ipso facto* (indirect) restrictive effect on fundamental freedoms even though there is case law confirming that, *ipso iure*, not treating domestic and foreign investments differently is enough to avoid a restriction. Only if their *actual* application to cross border and domestic situations would be alike, no restriction arises.

⁸ Such attempt was made by the OECD in respect of CFC rules, see OECD (2015, para 22).

⁹ See AG P. Léger's opinion of 20 May 1999, paras 31-48 to *Sandoz* case and the corresponding judgments of the CJEU, C-439/97, 14 October 1999, ECR 1999, p. I-07041, para. 19. See also *Baxter*, 8 July 1999, C-254/97, ECR 1999, p. I-04809, paras 12-13.

This shows that the proper understanding of the relevant CJEU's case law may prove to be invaluable for determining the appropriate implementation and application of the ATAD's GAAR by MSs. This, naturally, pertains to cross border situations, as purely domestic situations are not within the purview of the CJEU. Hence, this study will focus on potential cross-border use of the ATAD's GAAR, although its application reaches not only cross-border, but also domestic arrangements and transactions.

1.3 The Scope and the Purpose of this Study

The CJEU's case law in the field of abuse law (the relevant CJEU's case law) plays a prominent role in an appropriate implementation and application of the ATAD's GAAR. Firstly, it delineates the compatibility range for the ATAD's GAAR with EU fundamental freedoms. Secondly, it helps to understand the key concepts under the ATAD's GAAR, which aim to cover the notion of abuse of tax law. The importance of the CJEU case law for drafting the ATAD's GAAR was duly noticed by the European Commission, which stated in the proposal to the ATAD that "in compliance with the *acquis*, the proposed GAAR is designed to reflect the artificiality tests of the CJEU where this is applied within the Union" (see PROPOSAL, 2016, p. 9).

The analysis of the relevant CJEU case law in sections 2-5 below will set a scene for the question of compatibility of the ATAD's GAAR with the concept of abuse developed by the CJEU in cases regarding abusive practices of taxpayers.¹⁰ The attention is given to the structural elements of the concept of abuse under the CJEU case law and this Court's perception of threshold of abuse concerning the taxpayer's intention to obtain a tax advantage. The analysis will be followed by its synthesis and conclusions in the section 6.

This piece aims to contribute in determining the reasonable understanding of the core elements of the ATAD's GAAR in accordance with the EU primary law, as interpreted by the CJEU. This may provide the readers with a useful interpretative guideline to the ATAD's GAAR, which could be of an assistance not only for tax authorities, but by all stakeholders, including taxpayers, courts, and MSs' legislative bodies.

2 THE ORIGIN OF ABUSE

The CJEU's concept of abuse of law has its origin in 1970 in the judgment in *Van Binsbergen* case. In that case, the CJEU for the first time pointed out that a MS may restrict the fundamental freedom (here: the freedom to provide

¹⁰ The present analysis focuses only on the milestones in the CJEU case law on abuse of law and it does not necessarily follow a chronological order of the judgments. The aim is to succinctly and effectively compose the historical and current state of art in the area of abuse of tax law as developed by the CJEU case law.

services) to prevent the circumvention of domestic rules insofar as EU law does not protect an activity that is “*entirely or principally* directed towards its territory [...] for the purpose of avoiding [its domestic rules]” (the emphasis added by the author).¹¹ This implies that for the CJEU the circumvention of domestic rules in certain circumstances equals an abusive practice that is not protected by EU law. This is in particular pertinent to U-turn schemes. Although U-turn schemes have been usually identified as a source of abusive practices in VAT cases,¹² they have been also identified in blatant tax avoidance cases regarding direct taxation (see KUŽNIACKI, 2017, sec. 3.4.2). This shows that the reasoning of the CJEU used to initiate the concept of the abuse of law in respect of the freedom to provide services was from the very beginning relevant to some types of abuse in the field of tax law. Until 2000, however, no much guidance was given by the CJEU on the way to determine the abuse.

3 THE TWO-PRONGED TEST, THE OBJECTIFIED INTENTION, AND THE ESSENTIAL PURPOSE

The CJEU gave more clarity to the concept of abuse of law in its judgment of 14 December 2000 in the *Emsland-Stärke* case by introducing a two-pronged test in finding the abuse: (i) a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the EU rules, the purpose of those rules has not been achieved; (ii) a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the EU rules by artificially creating the conditions laid down for obtaining it.¹³ This test turned out to be the role model for determining abuse in EU. It became useful for that purpose across all areas

¹¹ See the CJEU, 3 December 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, EU:C:1974:131, para. 13. The quoted findings stemming from this landmark judgment has been used by the CJEU in many other cases regarding the fundamental freedoms, i.e. freedom to provide services (the freedom of establishment, the free movement of goods and the free movement of workers). CJEU, 18 March 1980, C-52/79, *Debauve*, EU:C:1980:83; CJEU, 25 July 1991, C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, EU:C:1991:323; CJEU, 16 December 1992, C-211/91, *Commission v. Belgium*, EU:C:1992:526; CJEU, 3 February 1993, C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie*, EU:C:1993:45; CJEU, 10 September 1996, C-11/95, *Commission v. Belgium*, EU:C:1996:316; CJEU, 10 September 1996, C-222/94, *Commission v. United Kingdom*, EU:C:1996:314; CJEU, 5 June 1997, C-56/96, *VT4*, EU:C:1997:284 and CJEU, 9 July 1997, C-34/95, C-35/95 and C-36/95, *De Agostini and TV-Shop*, EU:C:1997:344. 8 CJEU, 7 February 1979, C-115/78, *Knoors*, EU:C:1979:31; CJEU, 6 October 1981, C-246/80, *Broekmeulen*, EU:C:1981:218; CJEU, 22 September 1983, C-271/82, *Auer*, EU:C:1983:243; CJEU, 19 January 1988, C-292/86, *Gullung*, EU:C:1988:15; CJEU, 27 September 1988, C-81/87, *Daily Mail*, EU:C:1988:456; CJEU, 27 September 1989, C-130/88, *Van de Bijl*, EU:C:1989:349; CJEU, C-61/89, 3 October 1990, *Bouchoucha*, EU:C:1990:343; CJEU, 9 March 1999, C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126 and CJEU, 30 September 2003, C-167/01, *Inspire Art*, EU:C:2003:512. 9 CJEU, 10 January 1985, C-229/83, *Leclerc*, EU:C:1985:1. 10 CJEU, 23 March 1982, C-53/81, *Levin*, EU:C:1982:105; CJEU, 27 March 1985, C-249/83, *Hoeckx*, EU:C:1985:139; CJEU, 3 June 1986, C-139/85, *Kempf*, EU:C:1986:223 and CJEU, 21 June 1988, C-39/86, *Lair*, EU:C:1988:322 and CJEU, 26 February 1991, C-292/89, *Antonissen*, EU:C:1991:80. The case law cited after: Prats et al. (2018, p. 7 at footnotes 7-10).

¹² For that see Weber (2005, p. 196-201 and 206-208).

¹³ See the CJEU, 14 December 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*, EU:C:2000:695, paras 52-53.

of the CJEU's juridical purview and was integrated into several anti-abuse rules in EU secondary law which partly harmonises the area of taxation (see PRATS et al., 2018, p. 8).

The two-pronged test for the first time was applied by the CJEU in tax matters on 21 February 2006 in the *Halifax* case regarding VAT, i.e. fully harmonised area of taxation at the EU level. In this landmark case, the CJEU objectified the second prong of the abuse test by saying that in order to determine the abuse of VAT Directive,¹⁴ it must be "apparent from *a number of objective factors* that the *essential aim* of the transactions concerned is to obtain a tax advantage" (the emphasis added by the author).¹⁵ This finding of the CJEU showed that a determination of taxpayers' tax avoidance intention must not be based on the subjective, but the objective elements of the taxpayers' arrangement (the objectified purpose/intention),¹⁶ and that the *essential* rather than the *sole* purpose to avoid taxation is enough to pass the subjective part of the abusive test in the domain of VAT.

4 THE SOLE, THE ESSENTIAL, THE PREDOMINANT, THE MAIN, AND THE ONE OF THE MAIN PURPOSES' STANDARD OF ABUSE UNDER EU SECONDARY LAW

Historically, the CJEU used the threshold of abuse in line with the standard of sole/essential/predominant/main intention to obtain a tax advantage by a taxpayer under EU directives to identify the abuse of law. Interestingly, it was done so irrespective of the fact that the wording of the anti-abuse rules under the directives reflected the standard of one of the principal/primary intentions/motives. For instance, in the *Kofoed* case of 5 July 2007,¹⁷ the CJEU dealt with the question of abuse which under the analysed MD was coined in respect of the taxpayer's intention part as "principal objective or as one of its principal objectives tax evasion or avoidance".¹⁸ Despite this wording, the CJEU implied in para 38 of its judgement that the abusive practices in light of the MD exists only if transactions were carried out not in the context of normal commercial operations, but *solely for the purpose of wrongfully obtaining advantages provided for by Community [now: EU] law*" [emphasis added by the author].

This passage was repeated by the CJEU in para. 50 of its judgment of 10 November 2011 in the *Foggia* case.¹⁹ Although in para 35 of this judgment, the CJEU implied the lower threshold of abuse than the sole purpose by saying

¹⁴ The Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment, OJ L 145, 13.6.1977, p. 1-40.

¹⁵ See the CJEU (Grand Chamber), 21 February 2006, C-255/02, *Halifax plc*, EU:C:2006:121, para 75.

¹⁶ Cf. AG P. Maduro opinion of 7 April 2005 on *Halifax Plc.*, para 70. See more on the objectified intention in tax avoidance cases in Tran (2008, p. 86); Weber (2013, p. 252).

¹⁷ See the CJEU judgment of 5 July 2007, C-321/05, *Kofoed*, EU:C:2007:408.

¹⁸ Article 11(1)(a) of MD (Directive 90/434).

¹⁹ See the CJEU judgment, 10 November 2011, C-126/10, *Foggia*, EU:C:2011:718.

that “tax considerations, can constitute a valid commercial reason provided, however, that those considerations are not *predominant* in the context of the proposed transaction” (emphasis added by the author), the abuse threshold was still more demanding for the tax authorities than under the MD, i.e. *predominant* purpose according to the CJEU’s interpretation vs *one of the principal purposes* according to the wording of the MD. One can also infer from this juxtaposition that according to the CJEU the phrase „one of the principal purposes” should be understood as „the predominant purpose”. That is to say, the taxpayer’s tax intention cannot be lower than *predominant* to meet the standard of abuse under the EU secondary law.

In more recent *Eqiom* case of 7 September 2017²⁰ and *Deister Holding* and *Juhler Holding* joined cases of 20 December 2017,²¹ the CJEU further clarified that the objective of combating abuse under EU secondary law has the same scope as under EU primary law and therefore must be justified in the same way, i.e. by the need to exclusively target wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, the purpose of which is to unduly obtain a tax advantage.²² Although no explicit reference to the degree of the taxpayer’s intention to obtain a tax advantage was made by the CJEU, the use of the wholly artificial arrangement’s mantra from the *Cadbury Schweppes*²³ implies that the Court had in mind the *sole* purpose rather than the *principal or one of the principal purposes*. This deviation from the wording of the anti-abuse rule under EU secondary law was implicitly justified by the CJEU by saying that the derogation from providing tax advantage under PSD must be interpreted strictly. Otherwise the overarching purpose of this Directive, which is to ensure fiscal neutrality for distribution of profits from subsidiaries to their parent companies, may be frustrated.²⁴

This settled case law of the CJEU indeed provided a far-reaching protection of taxpayers who optimize their taxation, including the use of pure holding companies or pure management companies in the EU with ultimate shareholders in third countries (see more in KUŽNIACKI, 2019, p. 312-323).

In the Danish beneficial ownership cases on 26 February 2019²⁵ the abuse of IRD and PSD, the CJEU seems to compose the concept of abuse under EU secondary law by referring to the *principal objective or one of the principal*

²⁰ The CJEU of 7 September 2017, Case C-6/16, *Eqiom* SAS, ECLI:EU:C:2017:641.

²¹ The CJEU 20 December 2017, Joined Cases C-504/16 & C-613/16, *Deister Holding and Juhler Holding*, ECLI:EU: C:2017:1009.

²² See para 30 and 60 of the *Eqiom* and *Deister Holding and Juhler Holding*, respectively.

²³ See the CJEU, 12 September 2006, Case *Cadbury Schweppes*, EU:C:2006:544. Indeed, the CJEU in *Eqiom* directly referred to the *Cadbury Schweppes* in para. 30 and indirectly did so in the *Deister Holding and Juhler Holding* by referring in para. 60 to para. 30 of the *Eqiom* in the case law cited there, i.e. also *Cadbury Schweppes*.

²⁴ See para. 26 *Eqiom* and paras. 49-50 *Deister Holding and Juhster Holding*. See also CJEU, 25 September 2003, Case C-58/01, *Océ van der Grinten*, ECLI:EU:C:2003:495, para. 86.

²⁵ See CJEU’s judgments of 26 February 2019 in the “Danish Beneficial Ownership Cases”, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, *N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I (C-119/16), Z Denmark ApS*, ECLI:EU:C:2019:134 regarding the abuse under the IRD and C-116/16 and C-117/16, *T Danmark and Y Denmark Aps*, ECLI:EU:C:2019:135, on the abuse of the PSD.

objectives to obtain a tax advantage, i.e. by sticking to the wording of anti-abuse rules under IRD and PSD, rather than to the *sole* or the *essential* or the *predominant* objective of doing so. However, a closer look at the entire sentence of the CJEU in which the abovementioned phrase was used implies that the standard of abuse under EU secondary law does appear to be lowered down at all, or, at most, it was lowered down only in respect of the taxpayer's intention to obtain a tax advantage.

A group of companies may be regarded as being an artificial arrangement where it is *not set up for reasons that reflect economic reality*, its structure is *purely one of form* and its principal objective or one of its principal objectives is to obtain a tax advantage running counter to the aim or purpose of the applicable tax law.²⁶ [the emphasis added by the author]

In this author's opinion, if an arrangement is not set up for reasons that reflect economic reality and its structure is purely one of form, it is inconceivable that only one of its principal objectives is to obtain a tax advantage. The sole, or at least essential/predominant/main objective that outranks all other of its objectives, seems to be associated to such artificial arrangement. Accordingly, the use of the phrase "one of the primary objectives" by the CJEU does not seem to change much (if anything at all) in relation to determining the standard of abuse of EU secondary law.

It is also worth to mention that the CJEU with the Danish Beneficial Ownership cases has introduced the obligation for the tax authorities of MSs to deny a tax advantage in the area of partly harmonised direct taxation by relying on an unwritten, general EU principle to prevent abuse, even in the absence of domestic or agreement-based anti-abuse provisions.²⁷²⁸ Despite a weak doctrinal foundation of this conclusion of the CJEU,²⁹ being at odds with its settled case law,³⁰ which may only be explained on account of the specificities

²⁶ See Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16 regarding IRD, para. 127 and Joined Cases C-116/16 and C-117/16 on PSD, para. 100.

²⁷ In relation to the fully harmonised indirect taxation, see CJEU: 18 December 2014, Joined Cases in *Italmoda*, C-131/13, C-163/13 and C-164/13, EU:C:2014:2455, para.62, 22 November 2017, *Cussens*, C-251/16, EU:C:2017:881, para. 33.

²⁸ See paras. 117-118 of C-115/16 and paras. 89-90. of C-116/16.

²⁹ See Haslehner and Kofler (2019) Cf. Zalasiński (2012, sec. 5). See more generally in Weber (2005); De la Feria and Vogenauer (2011); Dourado (2017).

³⁰ See CJEU, 5 July 2007, Case C-321/05, *Kofoed*, EU:C:2007:408, para. 42, where the CJEU stated that: "the principle of legal certainty precludes directives from being able by themselves to create obligations for individuals. Directives cannot therefore be relied upon per se by the Member State as against individuals". See also the opinion of AG Kokott, who clarified that recourse to "any existing general principle of [EU] law prohibiting the misuse of law" would be barred, as the anti-abuse rule under EU secondary law is a concrete expression of such principle. See Opinion AG Kokott, 8 February 2007, Case C-321/05, *Kofoed*, EU:C:2007:86, para. 67, and Opinion AG Kokott, 16 July 2009, Case C-352/08, *Zwijnenburg*, EU:C:2009:483, para. 62.). "It is clear that no general principle exists in European Union law which might entail an obligation of the member states to combat abusive practices in the field of direct taxation and which would preclude the application of a provision such as that at issue in the main proceedings where the taxable transaction proceeds from such practices and European Union law is not involved", as noted by CJEU, 29 March 2012, C-417/10, *3M Italia*, EU:C:2012:184, para. 32.

of Danish legislation and socio-political after-BEPS pressure, this finding of the Court is of little practical relevance at the present and in the future due to the implementation of ATAD's GAAR by MSs. Since that rule embodies the general principle of prevention of abuse in the area of taxation, MSs will always have in force a written rule to deny a tax advantage. The retrospective effect of that CJEU judgment, in turn, appears to be very doubtful under the principles of rule of law and legal certainty.

5 FROM THE SOLE TO ONE OF THE PRINCIPAL PURPOSES' STANDARD OF ABUSE UNDER EU PRIMARY LAW BETWEEN MSs AND BETWEEN MSs AND THIRD COUNTRIES

After the analysis of cases in the field of indirect taxes fully harmonised under EU secondary law and direct taxes partly harmonized under EU secondary law, it is now wise to turn the attention to CJEU case law in the area of direct taxes, which is not fully or even largely harmonised under EU secondary law. Although the ATAD's GAAR sets the general standard of abuse, thus applying to harmonised and not harmonised areas of taxation, it appears reasonable to argue that the GAARs under Directives (EU secondary law) should trump the ATAD's GAAR. Consequently, CJEU case law analysed below seems to be of outmost relevance and importance in completing the scene for a proper understanding of the abuse standard under the ATAD's GAAR.

The CJEU already in 1986 in *Avoir Fiscal* fully acknowledged that a taxpayer may rely on EU law to choose and enforce the most favourable tax route in their affairs.³¹ Since then such finding constituted a point of departure in the CJEU's reasoning in all tax avoidance cases.³² This is why recital 11 of the preamble to ATAD says that the taxpayer should have the right to choose the most tax efficient structure for its commercial affairs. That is also why simply counteracting a tax avoidance does not amount to abuse of EU primary law.³³ Such abuse, in turn, constitutes only the qualified tax avoidance, i.e. through the use of wholly artificial arrangements intended solely to escape taxation.

The CJEU for the first time coined the phrase "wholly artificial arrangement" in its judgment of 16 July 1998 in *ICI* case³⁴ and since then it was repeated in nearly all cases on tax avoidance,³⁵ including the landmark case *Cadbury Schweppes* of 12 September 2006.³⁶

³¹ See CJEU: 28 January 1986, *Commision vs France (Avoir Fiscal)*, 270/83, EU:C:1986:37, para. 25; 26 October 1999, C-294/97, *Eurowings Luftverkehr*, EU:C:1999:524, para. 44 et seq.; 11 December 2003, Case C-364/01, *Barbier*, ECLI:EU:C:2003:665, para. 71.

³² See, for example, CJEU: 26 October 1999, C-294/97, *Eurowings Luftverkehr*, EU:C:1999:524, para. 44 et seq.; 11 December 2003, Case C-364/01, *Barbier*, ECLI:EU:C:2003:665, para. 71.

³³ See C-39/13, C-40/13 and C-41/13, para. 42 and AG J. Kokott in her opinion delivered on 12 September 2006 in C-231/05, para. 62.

³⁴ C-264/96, EU:C:1998:370, para 26.

³⁵ See, for example, 21 November 2002, C-436/00, *X and Y*, EU:2002:704, para. 61; C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, ECR I-11779, para. 37; *De Lasteyrie du Saillant*, para. 50; and *Marks & Spencer*, para. 57.

³⁶ See CJEU, 12 September 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544, paras. 51, 55, 56, 57, 61, 63, 68, 69, 72, 75, and 76.

In para. 64 of judgement in the *Cadbury Schweppes* case, the CJEU stated the two-pronged test applies to determine the existence a wholly artificial arrangement. In that respect, the references were made to paras. 52-53 of the judgements in the *Emsland-Stärke* and *Halifax* cases,³⁷ even though the terms used in those paras. were “abuse” and “an abusive practice”, not “wholly artificial arrangement”. This implies that the phrase “a wholly artificial arrangement” could be understood as “an abusive practice” in the area of not harmonised direct taxes (see SAYDÉ, 2014, p. 92) (by analogy in the area of harmonised direct taxes).

Also, from the *Cadbury Schweppes* follows that the threshold for abuse in relation to the tax avoidance’s intention is *sole*.

It follows that, in order for a restriction on the freedom of establishment to be justified on the ground of prevention of abusive practices, the specific objective of such a restriction must be to *prevent* conduct involving the creation of *wholly artificial arrangements* which do not reflect economic reality, *with a view to escaping the tax normally due* on the profits generated by activities carried out on national territory.³⁸

[...] the fact that none of the exceptions provided for by the legislation on CFCs applies and that the intention to obtain tax relief prompted the incorporation of the CFC and the conclusion of the transactions between the latter and the resident company does not suffice to conclude that there is a wholly artificial arrangement *intended solely to escape that tax*.³⁹ [the emphasis added by the author].

A contrario, there is no abuse if a taxpayer shifts its *genuine economic activities* to other MS for the sole purpose to avoid taxation (see PRATS et al. 2018. p. 12). That being said, the abuse exists only if: (i) there is no genuine economic activity being conducted by the taxpayer and (iii) their sole purpose is to conduct that non-genuine activity in order to avoid taxation.

The CJEU recognized the abuse in the field of direct taxation in more sophisticated way than by referring to wholly artificial arrangements in cases regarding the free transfer of profits in the form of tax deductible expenses/losses at the choice of a taxpayer.⁴⁰ Arrangements or transactions which trigger transfers of expenses/losses, typically covered by domestic transfer pricing or thin capitalisation rules, can be considered abusive (artificial), even if they are conducted by entities engaged in genuine economic activities, *to the extent that they exceed the arm’s length “compatible” value*.⁴¹ In such cases, however, the

³⁷ C-110/99 and C-255/02 respectively.

³⁸ See *Cadbury Schweppes*, para. 55.

³⁹ See *Cadbury Schweppes*, para. 63.

⁴⁰ See the CJEU: 18 July 2007, *OY AA*, C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439, para. 63; 21 January 2010, *SGI*, C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26, para. 66.

⁴¹ See 13 March 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, ECLI:EU:C:2007:161, para. 92.

taxpayer should have an opportunity to provide a commercial justification for their non-arm's length arrangements or transactions, without being subject to undue administrative constraints.⁴²

The cross border non-arm's length arrangements or transactions, according to the CJEU, may undermine a balanced allocation of the power to impose taxes between the MSs via increasing the taxable base in the low-tax MS and reducing it in the high-tax MS to the extent of the losses/expenses that will be transferred on non-arm's length basis.⁴³ Thus, in such cases, safeguarding the balanced allocation of taxing powers between MSs can be considered a separate autonomous justification.⁴⁴ In other cases, the balanced allocation of taxing powers between MSs may constitute a justification in combination with other reasons, e.g. prevention of tax avoidance or ensuring coherence of tax system. One may therefore observe that MSs have more scope to apply domestic anti-avoidance provisions within the EU for excluding cross-border offsetting of losses with profits than to apply other types of anti-avoidance provisions (cf. WEBER, 2013, p. 320-322; PISTONE, 2015, p. 445-446), i.e. they can prevent abuse beyond wholly artificial arrangements.⁴⁵

The CJUE through the case law discussed above implies that a balanced allocation of the power to impose taxes between MSs would be threatened if tax avoidance via wholly artificial arrangements were to be permitted. In other words, there is a direct causal link between the creation and exploitation of wholly artificial arrangements for the sole purpose of tax avoidance and a risk to the balanced allocation of taxing rights (cf. WEBER, 2013, p. 258). While preventing the former automatically protects the latter, the causal chain does not work in the opposite direction, showing that the CJEU did not consider the need to protect the balanced allocation of taxing powers between Member States as a separate justification to apply anti-avoidance provisions in a restrictive manner. Instead the Court regarded that issue as immanently linked with the need to prevent the use of wholly artificial arrangements to avoid tax, or, to put it differently, that the need to safeguard the balanced allocation of taxing powers between Member States is part of an economic substance analysis.

A subtle economic substance analysis, i.e. assessing a transfer of the profits rather than the entire arrangement, can also be found in the recent *X GmbH* case of 26 February 2019.⁴⁶ In the *X GmbH*, the Court stated that the free

⁴² See CJEU, 31 May 2018, *Hornbach-Baumarkt*, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, para. 49. According to the CJEU, the concept of 'commercial justification' must be interpreted in light of the principle of free competition which, by its nature, rules out acceptance of economic reasons resulting from the position of the shareholder.

⁴³ See C-446/03, paragraph 46; C-231/05, paragraphs 54-56 and C 337/08, paragraphs 32-33. See also Smit (2012, p. 269); Weber (2013, p. 320-322); Pistone (2015, p. 445-446).

⁴⁴ The prevention of double compensation of losses is an autonomous justification for restricting fundamental freedoms since the CJEU judgments of 12 June 2018 in *Bevola* case, C-650/16, ECLI:EU:C:2018:424, paras. 52-53 and in *NN A/S* case of 4 July 2018, C-28/17, ECLI:EU:C:2018:526, paras. 42-48.

⁴⁵ It should be bear in mind, however, that double compensation of losses may not be abusive at all. For instance, a compensation of losses by a foreign PE in its state of location and in the residence state of its head office does not constitute an abusive practice, if stemming from an ordinary course of business of the PE and its head office.

⁴⁶ See CJEU, C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136.

movement of capital between Member States and third countries is intended not to frame the conditions under which companies can establish themselves within the internal market. Therefore:

in the context of the free movement of capital, the concept of ‘wholly artificial arrangement’ cannot necessarily be limited to merely the indications, referred to in paragraphs 67 and 68 of the judgment of 12 September 2006 in *Cadbury Schweppes* case, that the establishment of a company does not reflect economic reality [...].

That concept is also capable of covering, in the context of the free movement of capital, any scheme which has as *its primary objective or one of its primary objectives the artificial transfer of the profits made by way of activities carried out in the territory of a Member State to third countries with a low tax rate*. [the emphasis added by the author].⁴⁷

These findings of the CJEU imply that for the purpose of examining the proportionality of the domestic legislation, which restricts free movement of capital between MSs and third countries, the understanding of the wholly artificial arrangement, reflecting the standard of abuse of EU law in direct taxation cases, amounts to any scheme which has as its primary objective or one of its primary objectives the artificial transfer of the profits made by way of activities carried out in the territory of a MS to third countries with a low tax rate. In this author view, there would be no difference in an intra-EU situation. The main driver for differentiating the approach in determining the standard of abuse may be, however, the differences among the scope and the substantive requirements to be protected under different fundamental freedoms. The freedom of establishment will always triggers the need for scrutinizing premises, people on the ground, physical offices, while the freedom to provide of services or the free movement of capital may require to focus on more subtle constituencies of the arrangements, such as contracts between the companies, transfers of profits between companies (their circularity).

6 SYNTHESIS AND CONCLUSIONS

Since the origin of the concept of abuse under CJEU case law, it was clear that the taxpayers have right to choose the most efficient way to route their tax affairs and that their intention to obtain a tax advantage have to be sole or at least essential/predominant/main to enter under the radar of abuse. Identifying the degree of that intention matters for the second prong of the two-pronged test in finding the abuse. The first prong, in turn, requires a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the EU rules, the purpose of those rules has not been achieved.

⁴⁷ See CJEU, C-135/17, *X GmbH*, para. 84.

As a result of changes in company tax landscapes since *Cadbury Schweppes* and the preceding cases, both societally and politically (especially in the course of post-BEPS), the CJEU nowadays is more prone to deviate from its settled case law in setting the threshold for abuse. Nevertheless, despite moving from the *sole/essential/predominant/principal* intention of a taxpayer to obtain a tax advantage to *one of the main purposes*, the CJEU keeps saying that an abusive (artificial) arrangement is that which is not set up for reasons that reflect economic reality and its structure is purely one of form. In context of tax cases, it is hardly to imagine that such arrangement is designed by a taxpayer for other purpose than to solely or essentially/predominantly/mainly obtain a tax advantage.

Furthermore, the CJEU has never in the area of not harmonised direct tax law cases among MSs stated that the standard for abuse may rely on the threshold lower than the sole intention to obtain tax advantage. In the scope of partly harmonised direct tax law or fully harmonised indirect tax law, this threshold went below to the essential, predominant or main intention, but never lower, except the recent Danish beneficial ownership cases where the phrase “one of the primary objectives” has been used, but, as observed before, it does not change much in that respect. Only in the *X GmbH* case, the CJEU used the phrase “one of the primary objectives” in not harmonised direct tax law, but that case regarded the artificial transfer of the profits from a MS to a low tax third country. Again, it is implausible to consider such transfers are realised by a taxpayer for one of the primary objectives to obtain a tax advantage. Rather they are deliberately designed and conducted to solely or essentially/predominantly/mainly obtain a tax advantage.

To sum up: (i) there is nothing in the CJEU relevant case law implying that one of the main purposes to obtain a tax advantage can constitute a threshold of abuse among MSs in not harmonised area of direct tax law; and (ii) beyond that, i.e. partly harmonised direct tax law or not harmonised direct tax law in situations between MSs and third countries, coining the phrase “one of the principal/primary purposes/objectives” is of little relevance insofar as the phrase “artificial” in respect to an arrangement or transaction has been always used as well. In the reality of corporate tax avoidance, artificial arrangements or transactions are not designed by taxpayers to obtain a tax advantage for other than sole or essential, predominant or main purpose. Furthermore, the CJEU relevant case law implies that different circumstances should be taken into account to decide about the existence of abuse, especially in respect of determining the artificiality of the arrangements or transactions, under different fundamental freedoms, different national legislation, and different types of specific arrangements or transactions.⁴⁸ In particular, the relevant circumstances to be taken into account include the geolocations of arrangements or transactions (within or outside of the EU) and their type and nature (purely passive financial transactions concluded on paper versus active business transactions triggering changes in the physical world).

⁴⁸ Cf. Communication from the Commission, *The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries*, Brussels 10.12.2007, COM (2007) 785 final, p. 5. Cf. also Weber (2016, p. 117); Lenaerts (2015, p. 329); Robert; Tof (2011, p. 436).

The overall analysis of the CJEU relevant case law implies that the phrases “the main purpose” and “one of the main purposes” should be understood alike as “the main purpose”, but more typically as the essential or the predominant purpose. Any lower standard of abuse under the ATAD’s GAAR would make this rule either applicable disproportionately (not only to abusive but also to non-abusive practices) or largely dysfunctional by the lack of compatibility with the second and the third test: It is highly unlikely that the taxpayer’s arrangement is to be artificial enough to defeat the object and purpose of the tax law if only one of its main purposes was to obtain a tax advantage. This guidance, as stemming from the CJEU relevant case law, once followed, may contribute to a reasonable, proportional and EU compatible way of reading and applying the ATAD’s GAAR by tax authorities of MSs.

REFERENCES

- BURCHNER, Anna; CAPE, Jeremy; HODKIN, Matthew. United Kingdom – branch report: anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules. In: **IFA Cashiers**, v. 103A, 2018.
- BYERS, Michael. Abuse of rights: an old principle, a new age. In: **McGill Law Journal: Revue de Droit de McGill**, Montreal, Ed. McGill University, v. 47, p. 389-431, 2002.
- CRAWFORD, James. **Brownlie's principles of public international law**. 6th edition. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- DE LA FERIA; Rita; VOGENAUER, Stefan. (Ed.). **Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU?** Oxford: Hart, 2011.
- DOURADO, Ana Paula (Ed.) **Tax avoidance revisited in the EU BEPS context**. Amsterdam: IBFD, 2017 (*EATLP International Tax Series*, 15).
- FITZMAURICE, Gerald. **The law and procedure of the international court of justice**. v. 1. Cambridge: Grotius, 1986.
- HASLEHNER, Werner; KOFLER, Georg W. Three observations on the Danish Beneficial Ownership Cases. In: Kluwer International Tax Blog, March 13, 2019. Available at: <<http://kluwertaxblog.com/2019/03/13/three-observations-on-the-danish-beneficial-ownership-cases>>.
- KISS, Alexandre. Abuse of rights. In: BERNHARDT, Rudolf. (Ed.). **Encyclopedia of public international law**. v. 1. Amsterdam: North Holland, 1992.
- KUŹNIACKI, Błażej. Tax avoidance through controlled foreign companies under European Union law with specific reference to Poland. In: AVI-YONAH, Reuven S.; BIONDI, Yuri; SUNDER, Shyam (Ed.). **Accounting, economics, and law: a convivium**, Berlin, Ed. Walter de Gruyter GmbH, v. 7, Issue 1, p. 47 et seq., 2017.

KUŹNIACKI, Błażej. **The CJEU as a protector of tax optimization via holding companies.** In: **Intertax**, Oxford (UK), Ed. Kluwer Law International, v. 47, Issue 3, p. 312-323, 2019.

LENAERTS, Koenraad. The concept of ‘abuse of law’ in the case law of the European Court of Justice on direct taxation. In: **Maastricht Journal of European & Comparative Law**, Leuven (Belgium), Ed. Sage, v. 22, n. 3, 2015.

MORENO, Andrés Báez. A pan-european GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU tax avoidance directive combined with the Dzodzi line of cases. In: **British Tax Review**, London, Ed. Sweet & Maxwell, n. 2, p. 143-151, 2016.

MORENO, Andrés Báez; ZORNOZA PÉREZ, J. J. The general anti-abuse rule of the anti-tax avoidance directive. In: ALMUDÍ CID, José Manuel; FERRERAS GUTIÉRREZ, Jorge Alberto; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo Andres. (Ed.). **Combating tax avoidance in the EU:** harmonization and cooperation in direct taxation. Alphen aan den Rijn (Netherlands): Kluwer Law International, 2019.

OECD. **Designing effective controlled foreign company rules:** action 3: final report. Paris: OECD, 5 October 2015.

PIANTAVIGNA, Paolo. Conference report: prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law? 3-4 October 2008. In: **Intertax**, Oxford (UK), Ed. Kluwer Law International, v. 37, n. 3, p. 166-176, 2009.

PISTONE, Pasquale. Public discussion draft BEPS action 3: strengthening CFC rules comments by Prof. Dr Pasquale Pistone. In: Public comments received on discussion draft on Action 3 (Strengthening CFC Rules) of the BEPS action plan: part 2. 5 May 2015. Available at: <<http://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-3-strengthening-cfc-rules-part2.pdf>>.

PRATS, Alfredo Garcia et al. EU report: anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rule. In: **IFA Cashiers**, v. 103A, 2018.

PROPOSAL for a council directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market. Brussels, 28.1.2016 COM(2016) 26 final 2016/0011 (CNS).

ROBERT, Eric; TOF, Driss. The substance requirement and the future of domestic anti-abuse rules within the internal market. In: **European Taxation**, Amsterdam, Ed. Amsterdam Center for Tax Law (ACTL), v. 51, 2011.

SAYDÉ, Alexandre. **Abuse of EU law and regulation of the internal market.** Oxford: Hart, 2014.

SMIT, Daniël. **EU freedoms, non EU-countries and company taxation.** Alphen aan den Rijn (Netherlands): Wolters Kluwer, 2012. (*EUCOTAX Series on European Taxation*).

TRAN, Phuong. Cadbury Schweppes plc v. Commissioners of Inland Revenue: eliminating a harmful tax practice or encouraging multinationals to shop around the bloc. In: **International & Comparative Law Review**, Los Angeles, Ed. Loyola Law School of Los Angeles, v. 30, number 1, p. 77-89, 2008.

WEBER, Dennis. Abuse of law in European tax law: an overview and some recent trends in the direct and indirect tax case law of the CJEU: part 1. In: **European Taxation**, Amsterdam, Ed. Amsterdam Center for Tax Law (ACTL), v. 53, n. 6, p. 313-328, 2013.

WEBER, Dennis. **Tax avoidance and the EC treaty freedoms**: a study of the limitations under european law to the prevention of tax avoidance. The Hague: Kluwer Law International, 2005. (*Eucotax Series on European Taxation*, 11).

WEBER, Dennis. The new common minimum anti-abuse rule in the EU parent-subsidiary directive: background, impact, applicability, purpose and effect. In: **Intertax**, Oxford (UK), Ed. Kluwer Law International, v. 44, n. 2, 2016.

WILDE, Maarten Floris de. Is the ATAD's GAAR a pandora box? In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis (Ed.). **The implementation of anti-BEPS rules in the EU**: a comprehensive study. Amsterdam: IBFD, 2018.

ZALASIŃSKI, Adam. The principle of prevention of (direct tax) abuse: scope and legal nature – remarks on the 3M Italia Case. In: **European Taxation**, Amsterdam, Ed. Amsterdam Center for Tax Law (ACTL), v. 53, n. 9. Published online: 27 July 2012.

ZALASIŃSKI, Adam; OLEŚIŃSKA, Agnieszka. Poland (branch report): anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules. In: **IFA Cashiers**, v. 103A, 2018.

Submissão em: 22 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 25 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

KUŹNIACKI, Błażej. The CJEU case law relevant to the general anti-avoidance rule (GAAR) under the anti-tax avoidance directive (ATAD). In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 29-45, maio-ago. 2021.

L'ELASTICITE DU DROIT "SOUPLE" ET SES EFFETS SUR LE DROIT "NORMATIF"

EDWIN MATUTANO¹

La liaison qui peut être établie entre l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, la "décision" non publiée du ministre des finances en date du 23 septembre 1889 selon laquelle l'Etat est son propre assureur (FRANC-VALLUET, 1978, p. 596; BAHOUGNE, 2014, p. 1.167), un Accord National Interprofessionnel, la "nomenclature Dintilhac" issue du rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels et publié par La Documentation française en juillet 2005², la rédaction d'un exposé des motifs accompagnant le dépôt des projets de loi, une circulaire, un rapport de la Cour des comptes, un avis du Haut conseil des biotechnologies émis en application du I de l'article L. 532-3 du code de l'environnement, apparaît, à première approche, indiscernable.

Toutefois, ce lien est celui qui unit quelques exemples du droit dit "souple" (THIBIERGE 2003, p. 599; LAVERGNE, 2013), notion dont la complexité d'apprehension, en ce qu'elle suppose d'articulation nécessaire avec les sources du droit et la notion de norme, n'a pas fini de susciter des commentaires doctrinaux.

Le rapport du Conseil d'Etat pour 2013, qui lui fut consacré, a constitué, sur ce point, comme un révélateur, surtout en droit public interne. A bien des égards, cette étude du Conseil d'Etat a formé une étape essentielle, dans la reconnaissance du droit souple et au travers des premières conclusions que la nomologie peut en tirer.

Le Conseil d'Etat a ainsi dégagé une définition de ce droit, aux aspects multiples et aux dénominations variées, selon les domaines auxquels il se rapporte.

Par delà cette définition, le juriste éprouve le besoin de répondre à la lancinante question de sa justiciabilité (MELLERAY, 2016, p. 679; DUTHEILLET DE LAMOTHE; ODINET, 2016, p. 717) et partant, de sa situation, de son rang

¹ Docteur en Droit. Avocat à la cour. Enseignant à l'Université de Lille. Adresse électronique: matutano.edwin@orange.fr

² A laquelle le Conseil d'Etat a finalement accepté de se référer, après l'avoir refusé: CE 7 octobre 2013, n.^o 337851, *ministre de la défense c/Hamblin*.

dans la hiérarchie des normes, les deux qualités ayant partie liée, en dépit, en droit administratif, de la catégorie, résiduelle, mais persistante, des "mesures d'ordre intérieur" et de celle, également présentée comme subsistante, des "actes de gouvernement", à l'égard desquelles le juge administratif ne se reconnaît pas compétent pour en apprécier la légalité; de tels actes participent assurément du droit "dur".

En effet, qu'il s'agisse du Conseil d'Etat, par son rapport précité, ou bien ultérieurement, au contentieux³, mais également, du Conseil constitutionnel, à travers certaines de ses décisions, ou qu'il s'agisse encore d'autres sources du droit, à commencer par la loi, tous ont parfois inclus le droit souple au nombre des "normes"⁴. Ce terme symbolise le passage d'un état, sinon neutre, du moins inorganique aux yeux des juristes qui se contentent d'une définition du droit découlant de l'application d'une règle ou d'un principe obligatoire, liant le contentieux et opposable devant le juge, à celui de référence vouée à régir des comportements au sein de la société en son ensemble ou de groupes spécifiques en son sein en vue de faire respecter un ordre donné.

C'est à un tel stade que le droit souple paraît revêtu d'une certaine ambiguïté.

Tant qu'il ne concurrence pas les règles et principes, ayant leur place dans la hiérarchie des normes ou identifiées comme sources du droit, ce qui n'est pas lourd de même sens, mais qui y est parfois assimilé (LASSERRE-KIESOW, 2006, p. 2.279), les esprits enclins aux classifications sont satisfaits.

Dès lors, en revanche, que le droit souple peut être teinté de similitudes troublantes d'avec le droit pourvu d'une plus grande rigueur, les taxinomies paraissent devoir être refondues et les catégories découpées autrement.

Et l'on recherche alors les lignes de partage, à l'intérieur du droit souple et de ses nombreuses composantes, qui permettent d'isoler celles parmi ces dernières qui seraient moins flexibles que les autres, afin de faire de ces lignes de partage des critères opérants.

Dans cette quête, l'analyste peut être tenté de s'attacher aux relations qu'entretiennent le droit souple et le droit "normatif", afin de dégager un ou plusieurs critères décisifs aptes à distinguer ceux des actes du droit souple les plus empreints de certaine roideur de ceux demeurant parfaitement élastiques.

Et de ce point de vue, interrogeant la nature de ces relations et en particulier, le rapport chronologique qui lie les actes relevant du droit souple des normes authentifiées comme telles, il est loisible de s'intéresser à la notion de "para-légalité" (DUBREUIL, 2013, p. 737), entendue comme regroupant les actes nés en marge de la légalité, du droit positif, afin de tenter de percevoir si elle pourrait, en droit, servir d'explication globale aux circonstances tenant à l'apparition et à la diffusion du droit dit souple.

³ CE 21 mars 2016, n.º 368082, n.º 368083, n.º 368084 et n.º 390023 (deux affaires).

⁴ "Il y a identité de fonction entre le droit dur et le droit souple. Tous deux ont pour objet d'influencer le comportement de leur destinataire" (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2014).

Partant, une telle recherche conduit à se demander si le droit souple est subséquent aux règles pleinement identifiées ou bien s'il en constitue, à l'inverse, la préface.

Dans les deux cas, sa normativité potentielle peut brouiller ce que l'on sait de la hiérarchie des normes. A travers cette étude, c'est l'actualité de la loi, au sens le plus large du terme, de la norme, qui se trouve placée à la croisée de chemins dont certains paraissent escarpés, voire vertigineux.

En effet, à l'heure de l'émersion du droit souple, de la reconnaissance et de l'identification de ses diverses catégories, la loi connaît simultanément comme un déclin, dans sa solennité, mais aussi à travers son effectivité.

Cet état des choses conduit à se demander si des actes et instruments issus du droit souple pourraient ne pas engendrer, dans certains cas, une application plus stricte que celle provoquée par l'adoption de la loi, ce qui paraît paradoxal, à première approche. L'inversion des effets qu'une telle observation induit déconcerte les adeptes de la hiérarchie des normes et donne également une nouvelle vigueur aux réflexions sur les sources du droit (BARRAUD, 2016; MELLERAY; COSTA; COMBEAU, 2019, p. 916-940).

Dans cette optique, nous nous proposons, dans un premier mouvement, d'inventorier la notion de "para-légalité", avant que, par un second volet, de mesurer les conséquences que les rapports mutuels entre les actes relevant de cette dernière et la loi ont sur les notions de "légalité" ou de "normativité".

1 LE DROIT SOUPLE, ENSEMBLE D'UNE "PARA-LEGALITE" HETEROGENE

La notion de "para-légalité" ne présente pas, par elle-même, davantage de précision que celle de "droit souple", laquelle est, on le sait, empruntée au droit international public (DUPUY, 1975, p. 132). Aussi n'est-il pas surprenant de constater que des actes, autant que des notions et standards juridiques plus flous en relèvent-ils également et dans les lignes qui suivent, les deux expressions seront employées indifféremment, nonobstant des approches différentes pouvant les sous-tendre.

1.a Les Actes de la "Para-Légalité"

En droit administratif interne, quantité d'actes administratifs pourraient y ressortir: circulaires et instructions, lignes directrices, avis, recommandations, vœux, propositions, préconisations... Car même dépourvus, par principe, de portée décisoire, ce qui les rend inopposables en soi et *a fortiori* devant le juge administratif, il suffit qu'ils contiennent des dispositions exécutoires pour qu'ils soient considérés comme liant le contentieux et comme ayant le caractère de décision administrative.

Et d'ailleurs, l'absence de formalisme du droit administratif se manifeste à travers le régime juridique de deux types d'actes: les mises en demeure et les actes-type, à propos desquels une jurisprudence tout en nuances dessine un tableau en dégradés de leur nature juridique. Ainsi, le Conseil d'Etat assimile les mises en demeure à des actes préparatoires et par conséquent, ne leur reconnaît pas une portée décisive (CE 30 janvier 1987, *Département de la Moselle*, p. 23; CE 15 novembre 1995, *Commune de Franconville la Garenne*, Tables, p. 611); néanmoins, le refus d'une chambre régionale des comptes de mettre en demeure une commune afin qu'elle inscrive à son budget une dépense obligatoire est un acte décisif liant le contentieux (CE 23 mars 1984, *Organisme gestion écoles catholiques de Couëron*, p. 126).

Il s'agit là d'un rappel de leur régime juridique. Ce dernier est connu du spécialiste du droit administratif, l'état du droit devant le plus souvent ses évolutions aux inflexions que lui donne la jurisprudence. Cependant, si l'on s'intéresse au fonctionnement des services administratifs, l'on constate que des circulaires –dont les lointains ancêtres sont, en droit romain, les *mandates*, constitutions impériales adressées par l'empereur aux fonctionnaires et aux gouverneurs des provinces et dans l'Ancien droit, les lettres de sceau plaqué– ou des instructions peuvent tenir lieu de décisions, voire, d'actes "pseudo-légaux" en ce que les agents qui prennent des décisions dans un domaine déterminé ont la conviction de les prendre sur le fondement desdites circulaires et instructions et non en application et en vertu de lois ou de décrets.

Cette réalité de la vie administrative est assez bien connue. Elle s'accorde, au demeurant, avec le régime juridique de ces actes, auxquels, à l'instar des mises en demeure et des actes type précités, le juge administratif peut conférer le caractère de mesures "impératives"⁵, illégales, certes, mais eu égard à l'examen d'un contenu qui peut être normatif, même s'il ne devrait l'être. Et la consécration d'un régime général d'invocabilité (COMBEAU, 2019, p. 927) des circulaires par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 accentue l'imprégnation de leur régime juridique par des raisonnements et des procédures de droit "dur".

Dans le même ordre d'idées, les lignes directrices précitées obéissent à un régime juridique hybride qui démontre leur situation à mi-chemin entre la décision pure et simple et l'acte dépourvu de portée normative⁶.

Et l'on comprend ainsi les hésitations du Conseil d'Etat à leur sujet, emblématiques des remises en cause auxquelles oblige le droit souple (COSTA, 2019, p. 922).

Prolongeant l'analyse, nous nous devons d'indiquer qu'en matière de contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, les vœux émis par les assemblées délibérantes de ces dernières peuvent être déférés au tribunal administratif par le représentant de l'Etat (CE 30 décembre 2009, n.º 308514, *Département du Gers*, mentionné aux Tables du Recueil Lebon), ce qui paraît, à première approche, antinomique avec leur caractère d'acte ne liant pas le contentieux.

⁵ CE 18 décembre 2002, n.º 233618, *Duvignères*.

⁶ CE 19 septembre 2014, *M.A. et Association pour l'enseignement français à l'étranger*, n.º 364385.

Et nous soulignons qu'il est des avis ou des rapports, qui tout en ne cessant pas de présenter ce caractère et cette nature et de n'être considérés autrement par la juridiction administrative, inspirent amplement le texte de décisions prises après qu'ils ont été, respectivement émis et remis⁷. En droit, le schéma processuel d'élaboration de la décision administrative est respecté: traduisant la consultation d'une autorité, ils précèdent l'intervention de la décision, n'ont, par eux-mêmes, pas de portée contraignante et ne sont pas susceptibles de lier le contentieux. Pourtant, leur contenu peut être repris à la virgule près, par des décisions, qui, pour leur part, font grief et s'imposent aux administrés.

A propos de ces avis, il y a lieu de mentionner que lorsqu'ils les retroussent dans la rédaction des décisions qu'ils prennent, les fonctionnaires n'ont pas la conviction et la connaissance de ce qu'ils sont dépourvus de portée décisive; à l'inverse, ils sont fréquemment convaincus de ce que l'avis émis constitue la décision dont ils se contentent de s'inspirer.

A cet égard, les solutions dégagées par le Conseil d'Etat à propos de l'avis émis par une instance consultative qui doit en réalité être regardé comme la décision prise par l'autorité consultante, car cette dernière a repris à son compte les conclusions de l'avis sans toutefois adopter de décision formelle (CE 3 avril 1996, *Syndicat national des personnels administratifs ONF*, Tables, p. 1123, s'agissant du choix du Premier ministre de transférer un établissement public dans une autre ville après l'avis du comité interministériel d'aménagement du territoire, sans subordonner la réalisation effective de ce transfert à l'intervention effective d'une autre décision; CE 29 octobre 2013, n° 346569, A, au sujet de l'avis non conforme émis par le Conseil supérieur de la magistrature sur la nomination d'un magistrat du siège proposée par le ministre de la Justice, qui fait obstacle à ce que le président de la République prononce cette nomination et n'implique pas nécessairement qu'il prenne un décret pour en tirer les conséquences (cf. PAULIAT, 2017, p. 59) ou bien au sujet de recommandations (CE 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, n.º 334936), sont intéressantes.

S'agissant du rescrit fiscal, le pas a été franchi et d'acte du droit "souple", il est devenu une décision munie des effets juridiques qui s'y attachent (GIRARD, 2017, étude 8).

Assurément et dans un autre domaine, les accords conclus entre partenaires sociaux sur le plan national ont également leur place dans ces développements.

Et l'on songe ici, d'abord, aux "accords de Grenelle", qui, en réalité, se résument à un protocole d'accord non signé par les parties (STARCK, 1970, Doctrine, I, p. 2.263), mais qui, pour autant, sont considérés comme présentant une force obligatoire. Ils furent appliqués, lors même qu'ils n'étaient pas signés par ceux les ayant négociés. Et cette application, cette exécution ne trouve pas

⁷ Ainsi des rapports des installations classées remis par les directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement aux préfectures de département aux fins de l'édition d'un arrêté.

son origine dans leur nature contractuelle; ce sont les sources du droit qu'il convient d'interroger afin d'en mieux saisir la raison (STARCK, 1970, Doctrine, I, p. 2.263). Avec leur étude, l'on se trouve confronté à des documents qui paraissent engager au moins autant les protagonistes, les acteurs intervenant dans leur champ que si leur contenu était extrait de textes de loi ou réglementaires.

Les inspirant et guidant leurs actions, ils apparaissent comme des sources aussi sûres que le droit écrit ayant une portée obligatoire.

Dans le même ordre d'idées, l'on peut interroger le statut des Accords Nationaux Interprofessionnels (A.N.I.)⁸. Et l'on peut se demander à leur sujet si, du fait de leur conclusion, ils doivent, non seulement, aiguillonner le Parlement, mais l'encadrer au point que celui-ci ne puisse franchir les limites qu'ils ont pu tracer. Fondés par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel: "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", ils ne doivent pas moins respecter la compétence de la loi prévue par l'article 34 de la Constitution, selon lequel: "La loi détermine les principes fondamentaux: [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale". Assurément, la compétence du Parlement est entière et ne saurait, en droit, être limitée par la conclusion de tels accords. Leur importance politique, syndicale, n'est pas en cause. Et eux-aussi peuvent venir inspirer la rédaction de lois les transposant⁹. Pour autant, il paraît délicat et audacieux de soutenir qu'en droit, leur conclusion obligerait les parlementaires à écrire la loi rigoureusement selon leurs stipulations. Et cependant, telle était la position défendue par le Gouvernement de l'époque lors de l'adoption de la loi n.º 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi qui transposait, fidèlement et sans concession laissée aux parlementaires à cette fin, l'A.N.I. du 11 janvier 2013 cité en note n.º 19.

Et encore, en droit constitutionnel, l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 est un bon exemple de ces actes dont le statut interroge les juristes. Car si, depuis que le Conseil constitutionnel lui a conféré valeur constitutionnelle (CC décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec., p. 116), le doute est levé, la question de savoir s'il était incorporé au "bloc de constitutionnalité" ou s'il n'était qu'un acte mentionné par la Constitution pour la cohérence et l'intelligibilité des dispositions de ses articles 76 et 77, insérés par la loi constitutionnelle n.º 98-610 du 20 juillet 1998, était entière depuis sa conclusion.

Dans cet intervalle, il ne faisait aucun doute qu'à tout le moins, il avait, non seulement inspiré les dispositions de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 précitée, mais avait imprégné et guidé la rédaction de la loi organique n.º 99-209 du 19 mars 1999 et de la loi n.º 99-210 du même jour. L'auteur de ces lignes peut attester de ce que l'accord de Nouméa était omniprésent lors de leur élaboration et que c'est bien, dans l'esprit de leurs rédacteurs, un rapport de

⁸ Voir, sur l'A.N.I. du 11 janvier 2013, le numéro 3 de la Revue du Droit du Travail qui lui est consacré et notamment, dans ce numéro: FREYSSINET, 2013, p. 156.

⁹ Cf. KELLER; LYON-CAEN (1992), qui expliquent qu'il en existe plusieurs sortes: les accords fondateurs, les accords pré-législatifs et les accords d'orientation.

conformité qui liait les dispositions futures de ces deux textes majeurs pour les vingt années suivantes audit accord. Et n'est-ce pas là, la manifestation de l'*opinio juris*, élément déterminant de l'existence de la coutume?

Ce sentiment d'obligation de se conformer à l'accord de Nouméa ne pouvait être assimilé à celui découlant de la portée revêtue par les actes mentionnés par le préambule de la Constitution (Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 16 août 1789, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et Charte de l'environnement de 2004), car l'Accord de Nouméa est cité dans le dispositif même de la Constitution du 4 octobre 1958, ce qui rend malaisée l'analogie avec ces éléments du "bloc de constitutionnalité", tels que le Conseil constitutionnel les a dégagés. De surcroît, la circonstance tenant à ce que l'Accord de Nouméa de 1998 était récent, circonstance qui paraît s'opposer, à première approche, à la formation d'une coutume dans un laps de temps si rapproché, doit être examinée à la lueur des réflexions précitées d'un éminent auteur à propos des "Accords de Grenelle".

Mais il ne s'agit pas exclusivement d'actes. La "para-légalité" ne s'y limite pas.

1.b Les Autres Modalités de la "Para-Legalité"

Moins facilement appréhendables, l'on songe ici à la tradition républicaine, mais aussi aux adages, aux maximes, standards juridiques, toutes sources dont la normativité n'est pas avérée, mais que le juriste ne peut ignorer, puisqu'elles peuvent aboutir à la création d'une norme ou d'un principe ayant une portée obligatoire.

La tradition républicaine (VIMBERT, 1992; VIMBERT, 2014; SAINT-JAMES, 2015, p. 1.307) intéresse ici notre propos et l'illustre, tout comme les standards juridiques, ces "notions-cadres", parfois constitutifs d'objectifs de valeur constitutionnelle, au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, telle la "bonne administration de la justice" (ROBERT, 1995, p. 117; GABARDA, 2006, p. 153; APCCHAIN, 2012, p. 587), "l'ordre public", les "diligences", "l'intérêt de l'enfant", "l'intérêt général", dessinent des formules devenues si familières aux professionnels du droit qu'elles leur semblent contemporaines de son éclosion.

S'agissant de la tradition républicaine, pendant longtemps, il eût été difficile de la faire accéder à quelque degré de normativité, considérant l'obscurité dans laquelle elle demeurait aux yeux des juridictions et de la communauté des juristes.

Ainsi, la tradition consistant à afficher dans les mairies les portraits des présidents de la République ne repose sur aucun texte, pas plus que celle consistant à afficher, généralement dans le bureau du maire, le portrait du président en exercice (MARKUS, 2010, p. 2.347).

Il s'agit sans doute là de comportements conformes à une tradition républicaine qui n'est pas justiciable devant les juridictions administratives en cas d'attitude contraire de la part d'un maire. Dans une réponse à une question

écrite d'un parlementaire, le Gouvernement y a vu une "coutume inspirée de la tradition républicaine"¹⁰.

De même, une réponse du ministre du budget à la question écrite d'un parlementaire – question écrite n.^o 2117 posée par M. Henri Caillavet, sénateur (J. O. Déb. Sénat, 21 mai 1981, p. 701) –, mentionne l'usage des services fiscaux de ne pas engager de contrôle fiscal pendant les campagnes électorales comme constitutif d'une tradition républicaine.

Pourtant, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à la hisser au rang de norme de référence à plusieurs reprises. Ce fut le cas par une décision du 13 mai 2005, n.^o 279259, une autre rendue le 20 mai 2005, sous le n.^o 277837, puis par un avis n.^o 315499 du 16 février 2009, par lequel il se référa aux "valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et par la tradition républicaine", suivis d'une décision rendue en référé (CE ord. réf., n.^o 374508, *ministre de l'intérieur c/ société les productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*). Et l'on se souvient que par un avis du 6 février 1953, il l'avait déjà prise en considération.

Des auteurs ont, par ailleurs, montré que la tradition républicaine n'était pas étrangère au processus de formation des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", dégagés par le Conseil constitutionnel. Monsieur Jean-Marie Woehrling voit de la sorte dans le respect du droit local de cultes, en Alsace et en Moselle, un "élément de la tradition républicaine" (WOERHLING, 2013, p. 532). Certain auteur ne voit en elle autre chose que la coutume constitutionnelle (MOUZET, 2009, p. 1.381).

Et si le Conseil constitutionnel, pour sa part, s'est toujours montré réticent à dégager de la tradition républicaine une norme de référence aux fins de son contrôle, il est symptomatique qu'il ait qualifié l'usage de légistique consistant à faire précéder les projets de loi d'un exposé des motifs de "tradition républicaine", consacrée par la loi organique (CC 9 avril 2009, n.^o 2009-579 DC), rejoignant ainsi la position exprimée par le Conseil d'Etat (CE 20 mai 2005, n.^o 277837 *Op. Cit.*).

Il y a lieu de relever que si la tradition républicaine devait être confondue avec la coutume constitutionnelle, elle serait alors revêtue d'une portée obligatoire, lors même qu'elle ne serait pas écrite, ce qui lui ferait quitter les sphères du "droit mou". Car, la coutume, bien que non explicitement reconnue par le Conseil constitutionnel sous la cinquième République, n'en n'est pas moins une source du droit et que ce soit sous ce vocable ou sous celui de "conventions de la Constitution" (AVRIL, 1997), elle ne saurait être méconnue de tout analyste des institutions françaises actuelles.

Dans un domaine autre, bien que contigu, celui du droit des collectivités territoriales, doit-on signaler que c'est à une coutume qu'il revient d'avoir imposé le droit d'amendement des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales (MATUTANO, 2020, p. 47).

¹⁰ Rép. min. n.^o 20415: JO Sénat 16 févr. 2006, p. 436.

Ce droit, analogue à celui dont disposent les parlementaires en vertu de l'article 44 de la Constitution du 4 octobre 1958, n'est encore, de nos jours, prévu par aucune disposition du code général des collectivités territoriales ou aucun texte de portée générale non codifié et ses limites résultent des règlements intérieurs des assemblées des collectivités territoriales sous le contrôle du juge administratif. Pourtant, il n'en n'est pas moins certain. Et de son exercice, qui découle du pouvoir de délibérer (CAA Paris 12 févr. 1998, *Tavernier*, AJDA 1998, p.724, concl. Lambert; CAA Nancy 4 juin 1998, *Ville de Metz c/ Jean-Louis Masson*, AJDA 1998, p. 941), la jurisprudence a dégagé le pouvoir de déposer des sous-amendements, à l'image de ce que prévoit le droit parlementaire, lorsque des amendements sont examinés (CAA Paris, 12 février 1998, *Tavernier*, *Op. Cit.*).

Le droit des collectivités territoriales offre également l'exemple du procès-verbal des séances des conseils municipaux, dont l'existence et dont le contenu sont le fruit d'usages apparus en marge du code des communes, puis du code général des collectivités territoriales (JANICOT, 2003, p. 1.724).

Et encore, en droit de la fonction publique, les singularités des statuts des fonctionnaires parlementaires trouvent-elles leurs sources dans une tradition paraissant remonter aux débuts de la Révolution et qui serait inhérente à la séparation des pouvoirs, ainsi qu'aux implications, en gestion, de l'autonomie de la ou des chambres représentant la population (JEANNARD, 2011, p. 995).

Les adages juridiques ont aussi leur part dans ce champ si vaste. S'ils ne sont sources du droit (DEUMIER; MAGNON, 2014, p. 3), ils inspirent principes, coutumes et même règles écrites (HOEPFFNER; KLEIN, 2014, p. 201), de sorte qu'ils ne puissent être ignorés des spécialistes de la norme¹¹.

Même si le droit public y est moins réceptif (cf. DEUMIER; MAGNON, 2014, p. 3; PLESSIX, 2014, p. 14), il n'en n'est pas exempt, non seulement dans l'appréciation du fond du droit, mais également à travers les méthodes de raisonnement suivies par le juge (BONNET; ROBLOT-TROIZIER, 2014, p. 29).

L'on songe ainsi à un adage, commun au droit privé et au droit public, en vigueur devant les juridictions de l'ordre judiciaire comme auprès de celles de l'ordre administratif et selon lequel "l'avocat doit être cru sur sa robe". Cet adage a été pris en compte par la jurisprudence et à ce titre, mérite attention (CE Sect., avis, 29 novembre 1991, *Syndicat des commerçants non sédentaires de la Savoie*, n° 129441, p. 414).

Et un autre adage, dont l'invocation ne faiblit pas, peut être mentionné, celui selon lequel "l'Etat est son propre assureur".

Qualifié d'adage (BELRHALI-BERNARD, 2014, p. 1.806), de maxime (PERREAU, 1932, p. 981), de principe (BAHOUGNE, 2014, note n.º 1) ou de règle (FRANC-VALLUET, 1978, note n.º 1), à laquelle même aucune portée juridique n'est consentie (POLI, 1993, p. 271), si l'on le fait remonter à une "décision" du ministre des finances en date du 23 septembre 1889 (cf. *supra*), toutefois,

¹¹ Ils ont été illustrés avec talent dans un ouvrage aussi beau que remarquable: LAINGUI, 2005.

certain auteur trouve son origine dans une circulaire du ministre de l'intérieur aux préfets du 14 juillet 1820 (BAHOUGNE, 2014). Et si nous avons placé le terme "décision" entre guillemets, à propos de l'acte du ministre des finances du 23 septembre 1889, c'est en raison de ce que le même auteur mentionne une "instruction" et non une "décision".

Or, en droit administratif, le régime juridique de l'instruction s'apparente de près à celui d'une circulaire et circulaires et instructions appartiennent bien, ensemble, à la "soft law".

Aussi, cette formule, énoncée, aujourd'hui par les fonctionnaires, comme une véritable "règle", trouve, en toute hypothèse, sa source dans le droit "mou" et la doctrine s'interroge toujours sur sa valeur exacte en droit (CLAMENS, 2000, p. 767). Sa force est telle que la loi seule est de nature à y déroger.

Sans prétendre aucunement à l'exhaustivité, l'on se contente d'évoquer également l'adage "*Pacta sunt servanda*", coutume de droit international général, s'agissant de la force obligatoire revêtue par les traités internationaux, codifiée à l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 portant codification du droit des traités et devenue une norme constitutionnelle française par le biais du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Avec "*Pacta sunt servanda*", toutes les branches du droit sont intéressées, mais sa qualification comme sa valeur juridiques dépendent du contexte dans lequel il est invoqué. Adage (THIBIERGE-GUELFUCCI, 1997, p. 357; CHAZAL¹², 2001, p. 265; ANTIPPAS, 2017, p. 43) principe (PUIG, 2001, p. 749), maxime (ROWAN, 2004, p. 209) ou règle (FORRAY, 2007, p. 661; BERG, 2006, p. 53), pour se limiter à sa réception en droit civil interne, il imprègne les traités et les contrats et soumet ceux-ci, comme les autorités ou les personnes ayant la charge de les exécuter à sa rigueur.

2 LES RAPPORTS ENTRE "PARA-LEGALITE" ET DROIT "NORMATIF"

La question n'est pas tant de savoir si des fragments de la "para-légalité" deviennent applicables, exécutoires, obligatoires et opposables, parce qu'ils sont justiciables du juge administratif, par exemple et viennent grossir les rangs des actes susceptibles de lier le contentieux devant ce juge.

Et au demeurant, l'examen non exhaustif, auquel nous nous sommes livré *supra*, démontre bien que les éléments de la "para-légalité" ne se résument pas, il s'en faut, à la sphère du droit administratif.

Et tant que des éléments issus et produits par cette "para-légalité" ne sont pas énoncés par un texte législatif ou réglementaire, il faut bien s'accommoder de leur présence et les situer dans l'ordonnancement juridique.

¹² qui en rappelle l'origine canonique.

Cela ne doit pas, nous semble-t-il, se résumer à leur assigner, une fois pour toutes et à eux ensemble, appréhendés globalement, un rang précis dans la hiérarchie des normes. Car ce qui dérange les juristes est double: d'une part, ne pas pouvoir les situer dans une catégorie ayant une valeur, un rang donnés et d'autre part, ne pas même être certains de leur influence, de leur puissance, autrement dit, de leur portée juridique précise sur les actes normatifs.

2.a L'Imprécision du Rang de la "Para-Légalité" Dans la Hiérarchie des Normes: une Moindre Gêne?

Il convient de se demander si l'impossibilité qu'il y a à assigner un rang précis dans la hiérarchie des normes à cette "para-légalité" constitutive du droit souple serait à ce point déconcertante.

Et assurément, il ne faut pas tirer de ce constat d'ensemble une règle d'interprétation inversée constitutive d'un syllogisme selon laquelle, par exemple, les circulaires prévaudraient sur les décrets et les lois.

Toute la construction de notre édifice juridique repose sur la légalité et c'est bien en raison de ce qu'elles ne créent pas de règles de droit que les circulaires ne sont pas des actes de droit "dur".

De ce point de vue, il n'y a pas lieu d'insister davantage. Ce qui est plus troublant et partant, qui intéresse l'objet de cette étude, réside, pour demeurer dans l'exemple des circulaires interprétables, dans la manière dont les agents publics en font usage afin de rédiger et d'édicter des décisions administratives individuelles, c'est-à-dire, des actes ayant, en droit une portée décisive, qualité qui n'est pas reconnue auxdites circulaires.

Les agents publics, fréquemment, dans un tel cas de figure, tiennent la circulaire pour la "norme" et la décision en train d'être ébauchée n'est esquissée que selon le modèle issu des termes de la circulaire. La portée obligatoire de la décision, paraît découler directement de la circulaire, même s'il s'agirait d'une erreur de droit que de la considérer ainsi.

Si l'équivoque est possible, c'est en raison de ce que la circulaire est utilisée comme une règle à suivre: c'est à l'aune de ce qu'elle préconise, paraît proscrire ou de ses silences qu'une décision sera instruite de telle ou telle manière et dotée d'un contenu, son dispositif, particulier.

C'est cette caractéristique que nous avons précédemment soulignée à propos d'un acte tout différent, l'Accord de Nouméa, qui, avant même d'avoir été constitutionnalisé, était appréhendé, lui, compris comme commandant, contraignant l'élaboration d'actes aussi éminents dans la hiérarchie des normes qu'une loi organique et une loi ordinaire.

La para-légalité est toute entière soumise au droit "dur". Elle ne saurait lui être contraire et devrait, en ce cas, céder devant lui.

Toutefois, ce raisonnement logique, doit trouver des accommodements en tenant compte de l'influence morale que peuvent avoir les particules de la para-

-légalité, auxquelles la légalité n'a pas, dans tous les cas, assigné une valeur et une portée juridiques particulières.

Il est de surcroît des cas où le temps aidant, la croyance dans une valeur juridique certaine d'un échantillon de la "para-légalité" induit des réactions en chaîne: de cette maxime, tirée d'une simple lettre circulaire d'un ministre à ses agents et selon laquelle "l'Etat est son propre assureur", le Gouvernement conclut dans la nécessité de recourir à la loi pour y "déroger" et lorsqu'elle est affirmée, elle n'autorise l'émission d'aucun argument qui lui soit contraire. C'est bien elle et non une disposition du code de justice administrative ou quelque autre texte, qui est invoquée aux fins de justifier pourquoi l'Etat n'a pas recours au ministère d'un avocat au contentieux.

Ce qui est impressionnant dans ce type d'exemple réside dans le fait que le droit "souple" ne se contente pas d'influencer, il s'applique directement, sans la médiation d'un acte de droit "dur". Il n'est pas "repris", "incorporé" dans un instrument de droit contraignant; il agit, par lui-même.

Les incertitudes qui ne manquent pas de naître de ces questionnements ne paraissent pas, à l'examen, trop inquiétantes.

Lorsque la question de l'opposabilité des éléments constitutifs, si divers, de la "para-légalité", se pose, l'autorité qui doit se prononcer à ce sujet, qu'il s'agisse d'un juge ou du Conseil constitutionnel, voire du Gouvernement, en réponse à des questions de parlementaires, statue. Les mystères se dissipent; les éléments en cause participent, soit du droit "mou", soit du droit "dur". Ils sont revêtus de caractéristiques intelligibles pour les juristes.

Il semble qu'il n'y ait, souvent, d'autre moyen, de vérifier ou de découvrir la nature juridique profonde d'un composant de la "para-légalité".

Car, fréquemment, la source de ce composant est devenue incertaine, les dénominations diverses à propos d'un seul et même en témoignent: "règle", "principe", "adage", "maxime", etc. Et cela peut-être dû, d'ailleurs, dans certains cas, à ce que son contenu matériel ait été incorporé par plusieurs types de sources. Il en est alors résulté un élément dont la croyance dans la force obligatoire est élevée, sinon indubitable, sans que soit identifiée précisément sa nature.

"*Pacta sunt servanda*" est un parfait exemple de cela. Sa reconnaissance dans plusieurs branches du droit (droit international, droit de l'Union européenne, droit civil, droit administratif), l'usage qui en est fait par juridictions et autorités intervenant dans leur champ de compétence respectif, contribuent à lui conférer plusieurs dénominations, voire qualifications juridiques, lui assignant conséquemment une place et un rang distincts selon le contexte de son utilisation.

Un autre adage, bien connu en droit public: "L'ouvrage public mal planté ne se détruit pas" a ainsi cessé d'inspirer la jurisprudence des juridictions administratives (CE Sect., 19 avril 1991, *Ep. Denard, Ep. Martin*).

Et l'on sait qu'il existe des engagements de volonté qui ne sont pas destinés à produire des effets de droit (GHESTIN, 1990, p. 147).

En outre, à rebours, peut-être de la tendance générale observée ces dernières années et dont a rendu compte la jurisprudence administrative, la Cour de cassation a rendu un arrêt par lequel, sans se prononcer sur la valeur juridique d'une recommandation de bonne pratique émise par la Haute autorité de santé et l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux, a été jugé qu'un tel acte ne saurait fonder le refus d'attribution de prestations sociales en s'appuyant sur des considérations étrangères aux conditions d'octroi prévues par la loi, ni ajouter de telles conditions à celles limitativement fixées par la loi (Cass. Civ. 2^{ème}, 8 novembre 2018, n.^o 17-19.556) (TIBERGHIEN, 2019, p. 702).

L'existence du droit "mou", para-légal, ne constituerait donc pas un obstacle au bon fonctionnement du système juridique dans son ensemble, dont l'élément nucléaire serait constitué par le "droit dur", "normatif".

Et apparaît-il également comme un écho lointain, non seulement, à Rome, aux différences marquées entre *ius* et *lex*, mais aux différents types de *lex* (MAGDELAIN, 2009; CORIAT, 1997, cf. Première Partie, chapitre I, Section 2, p. 71-113).

Plus dérangeante pourrait être l'idée selon laquelle ce droit influerait et conséquemment, prévaudrait sur les éléments de ce dernier.

2.b Le Risque de Prévalence de la Para-Légalité sur le Droit "dur": Fantasme ou Réalité?

Si la question mérite d'être soulevée, c'est en premier lieu, en raison de ce que la "para-légalité" ne s'inscrivant pas dans la hiérarchie des normes et ses éléments n'étant pas, au demeurant, toujours, par eux-mêmes, justiciables, leur portée oscillerait entre pure influence et quasi-norme.

Dans les deux cas de figure, l'auteur de la norme, d'un acte de droit écrit ou le contributeur d'une règle coutumière, serviraient cette "para-légalité" et le produit de leur propre intervention pourrait de la sorte en être considéré comme dérivé.

Et il y aurait assurément quelque élément source de perturbation à reconnaître dans des éléments, de surcroît disparates et hétérogènes, qui ne s'inscrivent pas dans la hiérarchie des normes, un pouvoir d'influence, une force produisant des effets jusqu'à dicter le sens d'une règle ou d'une pratique.

De ce point de vue, le régime juridique des circulaires et instructions administratives, précédemment évoqué, présente au moins des garanties. Si les fonctionnaires sont nombreux à appliquer ces textes non normatifs à l'image des normes elles-mêmes, le juge administratif, saisi d'un litige où elles sont invoquées devant lui, précise qu'elles ne sauraient modifier l'ordonnancement juridique et qu'elles ne peuvent, sauf à être illégales, être revêtus d'un caractère "impératif".

Le garde-fou réside dans la position des juridictions, lesquelles rétablissent l'ordre lorsque celui-ci est malmené. Et par l'action de la jurisprudence,

les pratiques des fonctionnaires, même constantes, tendant à considérer circulaires et instructions comme des "lois" véritables et n'hésitant pas, le cas échéant, à en faire prévaloir la lettre sur celle de dispositions législatives ou réglementaires, sont qualifiées d'illégalités et par là-même, renvoyées dans ce champ. L'inférence existe, mais elle est fautive, constitutive d'une illégalité de la part de l'administration et il revient aux juridictions de rétablir les données subséquentes aux liens entre actes normatifs et circulaires en faisant prévaloir actes et principes relevant de la légalité.

Mais, au sein du vaste domaine balayé *supra*, il est des cas plus difficiles, caractérisés par une forme d'*autorictas* concédée à des éléments "para-légaux" qui inspirent fortement la légalité jusqu'à leur imprimer un contenu précis et ce, sans que le pouvoir juridictionnel puisse en circonscrire la portée.

Ainsi peut-on se demander quelle est la source d'inspiration d'une "règle" en vertu de laquelle les décisions relatives à l'administration du personnel – du Conseil économique, social et environnemental -sont prises au nom du bureau et sur proposition du secrétaire général par le président de l'institution, ainsi que le prévoit l'article 23 *bis* alinéa 2 de l'ordonnance n.^o 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social.

En l'occurrence, il ne paraît guère possible d'invoquer l'autonomie parlementaire, principe dont les sources remonteraient à l'Assemblée constituante de 1789, puisque ledit Conseil économique, social et environnemental, assemblée consultative instituée par le titre XI de la Constitution du 4 octobre 1958, n'est pas une chambre parlementaire.

Non seulement, il ne s'agit pas d'un "quatrième pouvoir", ce qui permettrait une analogie avec les assemblées parlementaires ou avec les juridictions de l'ordre judiciaire, mais la nécessaire indépendance dont est revêtue cette assemblée ne suffit pas à expliquer cette situation. Tout comme n'y suffit la circonstance tenant à ce que l'assemblée en question soit mentionnée par la Constitution.

De surcroît, faut-il ajouter que d'autres autorités dont l'indépendance est requise et qui sont mentionnées par la Constitution (le Conseil d'Etat, la Cour des comptes, le Défenseur des droits, le Conseil supérieur de la magistrature) n'en sont pas moins servies par des agents soumis au statut général des fonctionnaires de l'Etat et il est loisible de relever que dans les juridictions –y compris les juridictions judiciaires s'agissant de ceux de leurs agents n'ayant pas la qualité de magistrat– des fonctionnaires de l'Etat relevant du statut général exercent également leurs fonctions.

Et l'on ne poursuivra que quelque peu plus avant la comparaison en soulignant que les agents titulaires qui peuvent exercer leurs fonctions dans les services des autorités administratives indépendantes –autres que le Défenseur des droits précité– sont des fonctionnaires soumis au droit commun.

La raison d'être de ce particularisme dans le droit de la fonction publique paraît difficilement décelable et ses fondements sont incertains, sinon à invoquer le mimétisme vis-à-vis des assemblées du Parlement, nonobstant la différence de nature entre ces dernières et le Conseil économique, social et environnemental.

Dans une matière fort différente, il est loisible de s'interroger sur le "statut" et le rang de ce principe de législation bien connu des spécialistes du droit des Outre-mer, qu'est la spécialité législative.

Avant qu'il ne soit consacré par l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958, il pouvait bien être mentionné dans les statuts de certaines collectivités territoriales ultra-marines, pour autant, sa raison d'être se confondait avec une tradition issue de l'Ancien régime. Ainsi, dans la deuxième moitié du XVII^e siècle, de nombreuses ordonnances royales avaient été prises concernant les colonies, qui venaient déroger aux édits royaux, notamment ceux de mai et d'août 1664 lesquels prescrivaient aux juges, particulièrement des Indes occidentales et orientales, de se conformer à la coutume de la prévôté et vicomté de Paris. Au siècle suivant, le roi, par lettres royales des 26 octobre 1744 et 9 octobre 1746, fit défense aux Conseils souverains d'enregistrer ses décisions générales ou individuelles sans un ordre spécial de sa part ou de la part du secrétaire d'État à la Marine, qui était chargé des colonies; puis, l'ordonnance du 18 mars 1766 formula clairement le principe de la spécialité législative en disposant que "Sa Majesté défend aux Gouverneurs, Intendants et Conseils supérieurs d'exécuter et faire ou souffrir exécuter aucune expédition du Sceau ou du Conseil", principe dont les juridictions suprêmes de chaque ordre de juridiction, ainsi que le juge des conflits, ont, toujours, assuré le maintien.

Peu importe, d'ailleurs, que son champ d'application *ratione loci* ait changé et soit amené à évoluer, en fonction des novations des statuts des collectivités territoriales ultramarines. Ce "principe", antérieur à la République et qui a été expressément énoncé par des textes constitutionnels adoptés par des régimes monarchiques (MICLO, 1982): article 8 du titre VII de la Constitution du 3 septembre 1791; article 73 de la Charte du 4 juin 1814; article 64 de la Charte du 14 août 1830; article 27 de la Constitution du 14 janvier 1852, paraît avoir été contredit par l'article 6 de la Constitution du 22 août 1795, cependant que l'article 109 de la Constitution du 4 novembre 1848 le maintenait à titre provisoire et que l'article 74 de la Constitution de la quatrième République du 27 octobre 1946 ne le reprenait pas¹³, n'en pénètre pas moins le droit "dur", la Constitution comprise, de sorte qu'il paraisse consubstantiel à l'organisation de l'Etat elle-même, en tout cas, tant que l'Etat comportera des possessions ultramarines.

Et dans ce même ordre d'idées, mentionnera-t-on le principe dit de "continuité territoriale", consacré par la loi n.^o 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer et aujourd'hui codifié à l'article L.1803-1 du code des transports, principe dont le statut et les origines étaient assez peu connus avant cette consécration et qui n'en imprégnait pas moins les politiques publiques et dans une certaine mesure, l'application des textes dans les Outre-mer (GRARD, 2018, p. 97). Dans la pratique, ce principe, qui n'était pas revêtu de la qualité de "principe général du droit" par les juridictions administratives et dont la valeur constitutionnelle avait été déniée par le Conseil

¹³ L'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 consacrait pourtant son pendant, le principe de l'identité législative.

constitutionnel (GRARD, 2018, p. 97; RÉPUBLIQUE FRAÇAISE, 2003, p. 389), guidait l'action du ministère chargé de l'outre-mer et avait une valeur de repère, de ligne de conduite.

A travers ces trois exemples, ce qui est édifiant réside, non dans le caractère incertain de l'origine du principe ou de la règle, mais dans l'autorité dont ils semblent revêtus, de sorte qu'ils en viennent à guider le législateur, voire le constituant et à leur assigner de suivre leurs préceptes.

La "para-légalité" produit ses effets les plus impressionnantes en droit lorsque ses manifestations ont une incidence directe, commandent même, la teneur d'une règle, l'énoncé d'un principe.

Cela outrepasse le simple magistère d'influence, dont certains actes de droit "souple" peuvent être revêtus.

Ainsi de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, résolution de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, qui a la nature d'une recommandation en droit international et à ce titre, ne présente pas de caractère obligatoire et contraignant pour les Etats¹⁴, mais qui a influencé des conventions internationales (telle la convention américaine relative aux droits de l'homme adoptée le 2 novembre 1969 ou les Pactes internationaux de New-York du 16 décembre 1966, respectivement relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits civils et politiques), voire des actes de droit interne, comme la Constitution du Costa Rica du 7 novembre 1949.

Si l'influence de la Déclaration sur des traités internationaux et des actes de droit interne de certains Etats est sûre, en droit positif, les règles issues de ces instruments sont celles expressément prévues par les traités et les actes de droit interne en question.

Ce n'est pas la même configuration que celle en vertu de laquelle, c'est la "règle", le "précepte", qui s'applique en tant que tel, guide une interprétation du droit sans médiatisation d'un texte ou d'un principe général faisant écran.

Et partant, la "para-légalité" s'écarte du schéma décrit par le Conseil d'Etat dans son rapport pour 2013 sur le droit "souple". S'essayant à en donner une définition, le rapport du Conseil d'Etat a dégagé trois critères. Il a ainsi relevé, premier critère, que les instruments du droit "souple" ont pour fin d'orienter ou de modifier les comportements, sans pour autant, deuxième critère, créer de droits et d'obligations et troisième critère, tout en présentant un certain degré de structuration et de formalisation (cf. Rapport, *Op. Cit.* note n.º 6, p. 63).

Si l'on confronte cette définition à la présentation matérielle et formelle des éléments de la para-légalité, lesquels ne sont pas tous, nous l'avons examiné, écrits, nombre d'instruments, que le Conseil d'Etat inclut pourtant lui-même dans le droit "souple" (la "tradition républicaine", par exemple, en page 59 du rapport précité) lui paraissent étrangers.

¹⁴ Cf. Cass.crim., 6 octobre 1983, JCP.1983.II.20107, arrêt rendu dans l'affaire *Barbie* et par lequel la Cour de cassation se réfère à ce texte, mais en ce que son contenu se fût enraciné dans la pratique internationale et fût, alors, constitutif de normes coutumières, position qui corrobore celle de la Cour internationale de Justice (CIJ, 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Rec., p. 3).

Aussi semble-t-il préférable d'adopter cette définition du droit "souple", livrée par un éminent président de section du Conseil d'Etat, M. Guy Braibant, lequel faisait observer, à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, dont il fut un des principaux concepteurs, acte de droit "souple" jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du traité de Lisbonne du 7 décembre 2007: "que l'essentiel [...] ce n'est pas [...] qu'il entre dans les textes, mais dans les têtes" (BRAIBANT, 2001, cité par le rapport du Conseil d'Etat pour 2013, p. 98).

Et tel est le sens de ce que l'on veut démontrer. La "para-légalité" peut, dans certains cas, tirer son autorité, non de la valeur et de l'opposabilité de l'instrument qui la véhicule, mais de la force de son contenu.

Les précédents constitués par les "Accords de Grenelle", non conclus et qui en droit, peuvent être analysés comme de simples documents préparatoires, paraissent à ce titre illustratifs.

L'Accord de Nouméa, également, tout comme les A.N.I., dont la conclusion aboutit, nous l'avons précédemment relevé, à faire d'eux des concurrents de la loi, plaçant même le législateur dans une position subordonnée sans qu'aucune disposition constitutionnelle ne l'ait prévue.

En conclusion, la "para-légalité", dont les formes sont très diverses et qui ne se limitent, ni à la sphère du droit international public, non plus qu'à celle des domaines professionnels régis par des instances dotées d'un pouvoir de "régulation", mais qui englobe des instruments et des notions plus anciens en droit interne, paraît entourer le champ du droit "dur" de toutes parts.

Au regard du droit "normatif", elle ne se contente pas de présenter un caractère subsidiaire ou accessoire. Elle n'est pas que supplétive, ce qui serait déjà lui reconnaître un rôle certain, familier des publicistes, à travers les "principes généraux du droit" (JEANNEAU, 1954).

Ce qui est plus complexe réside dans la multiplicité de ses effets, lesquels sont eux-mêmes la résultante de la diversité de ses raisons d'être.

Créée parfois de par la loi, elle peut apparaître en marge de celle-ci et peut même lui préexister, plaçant ainsi la loi dans une position quasi-subordonnée, non pas au regard de l'évaluation qu'implique le strict respect de la hiérarchie des normes, mais de par le sentiment d'obligation à l'appliquer qu'elle paraît entraîner.

Sans doute est-elle, quels que soient les domaines de son intervention, la nécessaire émanation de la pratique et également des courants de pensée qui traversent la société à un moment donné.

La pratique entretient un mouvement dialectique avec le droit "dur", jusqu'à, parfois, venir le tutoyer et s'y agréger, cependant que les courants de pensée, d'opinion, nourrissent les normes et dans certaines hypothèses ultimes, se confondent avec ces dernières.

Les avatars de la “Constitution Grévy”¹⁵ paraissent ainsi avoir de beaux jours devant eux.

BIBLIOGRAPHIE

ANTIPPAS, Jeremy. Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2017.

APCHAIN, Hélène. Retour sur la notion de bonne administration de la justice. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2012.

AVRIL, Pierre. **Les conventions de la constitution**. Paris: P.U.F., 1997. (*Collection Léviathan*).

BAHOUGNE, Louis. Le principe selon lequel “L’Etat est son propre assureur”. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 6, p. 1.167-1.177, 2014.

BARRAUD, Boris. Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit. In: **Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif**, Marseille, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, v. 4, n.º 164, p. 1.499-1.535, 2017.

BELRHALI-BERNARD, Hafida. Pour une étude des réalités de la responsabilité administrative. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2014.

BERG, Oliver. L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2006.

BONNET, Julien; ROBLOT-TROIZIER, Agnés. Les adages et le temps. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2014.

BRAIBANT, Guy. **La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**. Paris: Seuil, 2001. (*Collection Points*).

CHAZAL, Jean-Pascal. De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2001.

¹⁵ Expression servant à décrire le fonctionnement du régime français de la troisième République tel qu'il résulte du discours adressé au Sénat par le Président de la République français nouvellement élu, Jules Grévy, le 6 février 1879 et selon lequel il ne s'opposerait pas à la volonté nationale, renonçant ainsi au droit de dissolution des Chambres et à quelque intervention dans la formation des gouvernements.

CLAMENS, Stéphanie. Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, p. 767-772, octobre 2000.

COMBEAU, Pascal. Le statut de la circulaire administrative fait peau neuve. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n.º 16, p. 927, 6 mai 2019.

CORIAT, Jean-Pierre. **Le prince législateur, la technique législative des sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat**. Rome: Ecole française de Rome, 1997.

COSTA, Delphine. Les ombres portées des lignes directrices. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n.º 16, p. 922, 6 mai 2019.

DEUMIER, Pascale; MAGNON, Xavier. Les adages en droit public. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2014.

DUBREUIL, Charles-André. La para-légalité administrative. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 4, p. 737-740, juillet-août 2013.

DUPUY, René-Jean. Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la soft law: l'élaboration du droit international. In: SFDI (Société Française pour le Droit International), "L'élaboration du droit international public". Colloque de Toulouse, Paris, Pedone, 1975.

DUTHEILLET DE LAMOTHE, Louis; ODINET, Guillaume. Un recours souple pour le droit souple. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2016.

FORRAY, Vincent. Le consensualisme dans la théorie générale du contrat. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2007.

FRANC-VALLUET, François-Pierre. De la règle "L'Etat est son propre assureur". In: **Revue Générale des Assurances Terrestres**, Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 4, 1978.

FREYSSINET, Jacques. Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle? In: **Revue du Droit du Travail**, Paris, Ed. Dalloz, numéro 3, 3 mars 2013.

GABARDA, Olivier. L'intérêt d'une bonne administration de la justice. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Wentworth, tome cent vingt deux, n.º 1, janvier-février 2006.

GHESTIN, Jacques. La notion de contrat. In: **Recueil Dalloz**, Paris, Ed. Dalloz, v. 0, ed. 12, jan. 1990.

GIRARD, Anne-Laure. Le rescrit fiscal et la théorie de l'acte administratif unilatéral. In: **Droit Administratif**, Paris, Ed, LexisNexis, n.º 5, p. 17-22, mai 2017.

GRARD, Loïc. La continuité territoriale entre l'Hexagone et les Outre-mer. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2018.

HOEPFFNER, Hélène; KLEIN, Julie. Les adages communs au droit public et au droit privé. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 5, 2014.

JANICOT, Laetitia. Le droit des élus municipaux à voir leurs interventions mentionnées au procès-verbal. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 32, p. 1.724 e seq., 2003.

JEANNARD, Sébastien. Les mutations du droit de la fonction publique parlementaire. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 5, septembre-octobre 2011.

JEANNEAU, Benoît. **Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative**. Paris: Sirey, 1954.

KELLER, Marianne; LYON-CAEN, Gérard. Sources du droit du travail. In: **Répertoire de Droit du Travail**, Paris, Ed. Dalloz, janvier 1992.

LAINGUI, André. **Adages et maximes du droit**. Paris: LexisNexis, 2005.

LASSERRE-KIESOW, Valérie. L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit. In: **Recueil Dalloz**, Paris, Ed. Dalloz, n. 33/7.262, p. 2.279-2.287, 28 septembre 2006.

LAVERGNE, Benjamin. **Recherche sur la soft law en droit public français**. Toulouse: Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2013.

MAGDELAIN, André. La loi à Rome, histoire d'un concept. In: **Les Belles Lettres**, Paris, 2009. (*Collection Etudes Anciennes*).

MARKUS, J-P. Affaire du portrait de Pétain affiché en mairie: entre tradition républicaine et neutralité des services publics. In: **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales**, Paris, Ed. LexisNexis , n.º 47, 22 novembre 2010.

MATUTANO, Edwin. La nature juridique du droit d'amendement des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales. In: **Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie**, v. 2, n.º 36, 2020.

MELLERAY, Fabrice. Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 4, juillet-août 2016.

- MELLERAY, Fabrice; COSTA, Delphine; COMBEAU, Pascal. Les petites sources du droit administratif. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n.^o 16, p. 916-940, 6 mai 2019.
- MICLO, François. **Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'Unité de la République**. Paris: Economica 1982.
- MOUZET, Pierre. La désuétude en droit constitutionnel. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 5, p. 1.381-1.399, 2009.
- PAULIAT, Hélène. La contribution du droit souple au désordre normatif. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Wentworth, tome cent trent trois, n.^o 1, janvier 2017.
- PERREAU, E-H. De la maxime "L'Etat est son propre assureur". In: **Revue Générale des Assurances Terrestres**, Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932.
- PLESSIX, Benoît. Les adages propres au droit public. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2014.
- POLI, Jean-François. Garantie de l'Etat et expositions temporaires. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 1993.
- PUIG, Pascal. Hiérarchie des normes: du système au principe. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2001.
- RÉPUBLIQUE FRAÇAISE. Conseil Constitutionnel. Décision 2003-474, **DC JORF 167** du 17 juillet 2003.
- RÉPUBLIQUE FRAÇAISE. Conseil d'Etat. **Etude annuelle 2013**: le droit souple. Paris: Conseil d'Etat / La Documentation Française, 2014.
- ROBERT, Jacques. La bonne administration de la justice. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 20 juin 1995.
- ROWAN, Solène. Remedies for breach of contract: a comparative analysis of the protection of performance. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2004.
- SAINT-JAMES, Virginie. La "tradition républicaine" dans la jurisprudence de droit public. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Wentworth, tome cent trent un, n.^o 5, 2015.
- STARCK, Boris. A propos des "accords de Grenelle": réflexions sur une source informelle du droit. In: **La Semaine Juridique**: édition générale, 1970.
- TIBERGHIEN, Frédéric. Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2019.

THIBIERGE, Catherine. Le droit souple: réflexions sur les textures du droit. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2003.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. Libres propos sur la transformation du droit des contrats. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 1997.

VIMBERT, Christophe. **La jurisprudence française et la "tradition républicaine"**. Paris: L'Harmattan, 2014.

VIMBERT, Christophe. **La tradition républicaine en droit public français**. Havre: Presses universitaires de Rouen et du Havre / Paris: LGDJ, 1992.

WOERHLING, Jean-Marie. Le droit local alsacien-mosellan des cultes après les récentes décisions du Conseil constitutionnel. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Wentworth, n. 3, p. 533-565, mai-juin 2013.

Submissão em: 22 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 26 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

MATUTANO, Edwin. L'Elasticite du droit "souple" et ses effets sur le droit "normatif". In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 46-67, maio-ago. 2021.

EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA INDUSTRIA 4.0: FUNCIONES, COMPETENCIAS Y LAS GARANTÍAS ESENCIALES DE SU ESTATUTO JURÍDICO

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ¹

RESUMEN

El nuevo Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas respecto al tratamiento y circulación de datos personales regula la “nueva” figura del delegado de protección de datos (DPO por sus siglas en inglés). Aunque esta figura no es novedosa porque ya se instauró en el Reglamento 45/2001, la diferencia radica en que se instaura tanto en el ámbito del sector público como privado, exigiendo que el DPO tenga unos conocimientos especializados de la legislación y la práctica en materia de protección de datos, y que esté capacitado para ejecutar los cometidos del Reglamento. El nuevo reglamento tiene efectos directos y obliga a todos los Estados miembros a interpretar de forma similar la regulación en torno a la designación, posición y funciones del delegado de protección de datos, y exige que el DPO se designe atendiendo a sus cualidades profesionales y conocimientos especializados en la Industria 4.0. En este trabajo abordaremos además cuestiones laborales relacionadas con las funciones y competencias del delegado de protección de datos cuando se trate de una persona física: la dependencia jurídico-económica (en el caso de ser un trabajador interno) y la dependencia económica con el responsable del tratamiento (en el caso de ser DPO externo).

Palabras clave: Delegado de protección de datos, industria 4.0, dependencia jurídica y dependencia económica.

¹ Profesora contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España). e-mail: emsierra@us.es

THE DATA PROTECTION OFFICER IN INDUSTRY 4.0: FUNCTIONS, COMPETENCES AND THE ESSENTIAL GUARANTEES OF ITS LEGAL STATUS

ABSTRACT

The new Regulation (EU) 2016/679 on the protection of individuals regarding the processing and circulation of personal data regulates the “new” figure of the data protection officer (DPO). Although this job position is not new because it was already established in Regulation 45/2001, the difference now is that it affects both the public and private sector, requiring that the DPO has specialized knowledge of the legislation and practice in data protection matter, and is able to perform the tasks described in the Regulation. The new regulation has direct effects and obliges all Member States to interpret in a similar way matters regarding the designation, position and functions of the data protection officer, and requires that the DPO be designated according to their professional qualities and specialized knowledge in Industry 4.0. In this paper we will also address labor issues related to the functions and powers of the data protection officer when dealing with a natural person: the legal-economic dependence (in the case of an internal worker) and the economic dependence with the person responsible for the treatment (in the case of an external DPO).

Keywords: Data protection officer, industry 4.0, legal and economic dependence.

1 NUEVAS PROFESIONES Y COMPETENCIAS DIGITALES EN LA INDUSTRIA 4.0

La Unión Europea (en adelante UE) cuenta cada vez con un mayor número de graduados en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (19 titulados por cada mil personas de edad comprendida entre 20 y 30 años) y de especialistas en TIC en la población activa (3'5% en 2015 frente al 3'2 % en 2012). No obstante, persisten las lagunas en las competencias digitales dado que casi la mitad de los europeos (44%) no posee todavía capacidades digitales básicas, como usar el correo electrónico, las herramientas de edición, o instalar nuevos dispositivos.

En concreto, actualmente el 45% de los ciudadanos y el 37% de los trabajadores europeos tienen habilidades digitales insuficientes (COMISIÓN EUROPEA, 2017). En España el porcentaje de personas que han adquirido sus habilidades en materia TIC mediante una enseñanza reglada sólo alcanza el 20'5% frente al 27'6% de la Unión Europea, el 32'0% de Francia, el 37'6% de Reino Unido o el 28'5% de Alemania (ESPAÑA, 2016).

Por otro lado, la digitalización de la mayoría de sectores productivos y la Industria 4.0 abarcan mucho más que la tecnología. Las empresas deben estar

preparadas para experimentar cambios radicales debido a diversos factores, entre los que se encuentra la necesidad de contar con competencias nuevas y actualizadas junto con nuevas formas de trabajar (véase UNIÓN EUROPEA, 2016, C 389). En España, según un reciente informe, la transformación digital ha despertado en las organizaciones la necesidad de alcanzar el nivel competitivo imprescindible en términos digitales y de innovación para adecuar el modelo de negocios a los nuevos hábitos de los consumidores y, por consiguiente, en la elaboración de programas de capacitación integral en innovación digital con el objetivo de formar a sus empleados y directivos (IEBS, [s. d.]). Concretamente en el año 2016 el mercado de las Tecnologías de la Información (TI) creció un 3'3%, respecto al año anterior, alcanzando los 23.441 millones de euros. En lo que respecta al empleo en este mismo sector, el dato también es positivo con un aumento en la contratación de un 2'8%.

Con carácter general, los procesos de transformación digital en el ámbito de las empresas han sido los principales responsables del aumento de la actividad TI, y muy especialmente la de los Servicios TI (en concreto, los sectores de finanzas, energía e industria). En materia de empleo en ese mismo año la cifra de empleados directos superó los 200.000. El empleo en el sector TI mantiene sus características de calidad y estabilidad superior al del conjunto del tejido productivo, pero también los desequilibrios en algunos perfiles muy demandados por el sector para los que la oferta de profesionales es insuficiente (AMETIC, 2017).

En España se espera que en el año 2021 la aceleración digital impulsará un 3'6% el PIB, pero para ello serán necesarias actuaciones por parte de las empresas y las administraciones públicas a través de un programa centrado en tres palancas: talento, inversión en tecnología y aceleradores.

En el primer caso es necesario generar talento digital en las universidades y capturarlo en las empresas (nuevas formas de trabajo, aumentar los equipos dedicados a la innovación, etc.) (OECD, 2017)²; en el segundo caso, las líneas de acción se centrarían en digitalizar la relación con el cliente, impulsar la colaboración en la empresa con herramientas digitales e incrementar la inversión en tecnologías como la nube (*cloud*), la analítica avanzada, la inteligencia artificial, IoT, movilidad o *social media*. Y, en el tercer caso, entre los aceleradores que impulsen la digitalización se citan el despliegue de una infraestructura de comunicaciones a la altura de los líderes digitales, la adaptación de la regulación a las nuevas tecnologías, nuevos modelos de negocio y modelos basados en la economía colaborativa, así como la potenciación del uso de plataformas digitales y el fomento de nuevos negocios (AMETIC, 2021).

² Según los indicadores de educación del 2017, los egresados de los campos científicos son los que tienen más posibilidades de conseguir empleo, aunque no en general. En la mayoría de los países de la OCDE los títulos universitarios más populares que ostentan los adultos son en las áreas de negocios, administración o derecho. En promedio, en la OCDE, el 23% de las personas de 25 a 64 años con educación superior tienen un título universitario en una de estas tres disciplinas en comparación, con 5% en ciencias naturales, estadísticas y matemáticas; 4% en tecnologías de la información y la comunicación; y 17% en ingeniería, manufactura y construcción. El interés en las ciencias, la tecnología y las matemáticas crece en los niveles de educación más altos. En 2015 egresó casi el doble del porcentaje de estudiantes de estos campos a nivel de doctorado que a nivel de licenciatura.

Estos datos son importantes porque en la nueva economía, caracterizada por la digitalización del empleo (robotización, inteligencia artificial, impresión 3D, *big data*, etc.), se espera que el 90% de los puestos de trabajo requiera algún tipo de competencia digital (FUNDACIÓN, 2017).

El término *big data* hace referencia “al conjunto de tecnologías, algoritmos y sistemas empleados para recolectar datos a una escala y variedad no alcanzada hasta ahora y a la extracción de información de valor mediante sistemas analíticos avanzados soportados por computación en paralelo” (ACED; HERAS; SÁIZ, 2017, p. 8). Es un término que se puede definir “como un conjunto de tecnologías que permiten el almacenamiento de enormes cantidades de datos procedentes de fuentes no homogéneas en un formato no estructurado, y con un procesamiento con un elevado rendimiento” (SALGUEIRO, 2017, p. 40). El concepto de *big data* “se aplica a toda la información que no puede ser procesada o analizada utilizando herramientas o procesos tradicionales. El desafío consiste en capturar, almacenar, buscar, compartir y agregar valor a los datos poco utilizados o inaccesibles hasta la fecha” (GIL GONZÁLEZ, 2016, p. 18).

Como señala el nuevo reglamento general sobre la protección de datos en la UE (en adelante, Reglamento 2016/679), la rápida evolución tecnológica y la globalización de la economía han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales, pero garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de esos mismos datos.

Estos avances requieren un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la UE, respaldado por una ejecución estricta, dada la importancia de generar la confianza que permite a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior. Las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales. Hay que reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las entidades públicas. En este sentido, la normativa de la UE menciona que el responsable o el encargado del tratamiento deben contar con la ayuda de una persona con conocimientos especializados en Derecho y con experiencia práctica en materia de protección de datos si el tratamiento lo realiza una autoridad pública.

En el sector privado, las actividades principales de un responsable están relacionadas con sus actividades primarias y no están relacionadas con el tratamiento de datos personales como actividades auxiliares. El nivel necesario de conocimientos especializados se debe determinar, en particular, en función de las operaciones de tratamiento de datos personales tratados por el responsable o el encargado. Tales delegados de protección de datos, sean o no empleados del responsable del tratamiento, deben estar en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos de manera independiente³.

³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE 4 de mayo 2016, L 119. Considerandos 6, 7 y 97.

En nuestro trabajo vamos a tratar las funciones y competencias de esta nueva figura: el delegado de protección de datos, designado por el responsable y el encargado de tratamientos de datos, regulada en el nuevo Reglamento 2016/679 de la UE. Esta norma de efecto directo, y que entra en vigor en mayo de 2018, tiene como objetivo principal la modernización de los principios de privacidad en la UE, reconociendo nuevos derechos como el derecho al olvido digital y la portabilidad de datos, así como la superación de la fragmentación de la normativa existente ocasionada por la transposición a las legislaciones nacionales sobre protección de datos de la Directiva de 1995 (DÍAZ DÍAZ, 2016a).

Con ello se persigue reforzar el derecho fundamental a la protección de datos de acuerdo con las nuevas realidades tecnológicas. Sin embargo, “más que novedades introducidas por el Reglamento europeo se debería hablar de en qué forma se consiguen los objetivos perseguidos de uniformizar la normativa europea y reforzar el derecho fundamental a la protección de datos de los ciudadanos.” (DAVARA RODRÍGUEZ, 2017, p. 3). El modelo que se incorpora es un modelo bien distinto

al que estábamos acostumbrados en España: una regulación bastante concreta y clara, con un listado bien definido de obligaciones jurídicas, organizativas y técnicas, así como un compendio taxativo de incumplimientos que nos permitían conocer específicamente las sanciones leves, graves o muy graves. Ahora pasamos a una nueva legislación más centrada en la persona y en que se garanticen resultados para su protección según la naturaleza del tratamiento (JUDEL MELÉNDREZ, 2017, p. 63).

Y a un régimen sancionador importante pero con márgenes muy amplios para su graduación.

2 LA “NUEVA” FIGURA DEL DATA PROTECTION OFFICER (DPO) EN EL REGLAMENTO UE 2016/679

Como ha advertido la doctrina, la figura del DPO no es novedosa ya que se encontraba regulada en el Reglamento 45/2001 que contemplaba la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos⁴. Esta norma obliga a cada institución y organismo comunitario al nombramiento al menos de una persona para que actúe como responsable de la protección de datos, asesorando a los responsables del tratamiento en el ejercicio de sus obligaciones y debiendo velar por que el tratamiento no tenga efectos adversos sobre los derechos y las libertades de los interesados (DAVARA RODRÍGUEZ, 2017, p. 10)⁵. En realidad, la “novedad” de la figura del delegado de

⁴ Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DOCE L8 de 12.1.2001).

⁵ Esta norma se publica en el DOUE L núm. 8 de 12 de enero 2016.

protección de datos es la obligatoriedad de su implantación en todos los Estados Miembros en un ámbito de aplicación más amplio que el de las instituciones y organismos de la UE como viene contemplado en el Reglamento 45/2001 (RECIO GAYO, 2017, p. 3).

En España nuestra normativa de protección de datos no contempló esta posibilidad como sí lo hicieron, por ejemplo, la Húngara y la Alemana puesto que la regulación europea, la derogada Directiva 95/46/CE⁶, no exigía su establecimiento a ninguna organización (GRUPO, 2016)⁷, por lo que en otros países como Holanda o Austria su nombramiento era opcional, y en otros como España no se exigía con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Reglamento UE 2016/679 de 25 de mayo de 2018 (RODRÍGUEZ BALLANO; VIDAL, 2016, p. 1). No obstante, esta figura coincide funcionalmente con lo que la normativa española de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD de 1999) denominó “responsable de seguridad”, definido como la “persona o personas a las que el responsable del fichero ha asignado formalmente la función de coordinar y controlar las medidas de seguridad aplicables” (art. 5.2.i)⁸.

Como señala la doctrina, el problema que planteó esta regulación que desarrolló la LOPD es que no fue acompañada de una definición que incorporase un perfil profesional claro del responsable de seguridad ni las capacidades y las competencias teóricas necesarias o, en su caso, la titulación homologable exigible. La realidad es que no existía una titulación curricularmente homologable al 100% (las más próxima eran las de diversas ramas de informática) y, pese a las solicitudes en ese sentido no se realizó una definición de la figura que incorporase un perfil profesional claro (RALLO LOMBARTE; GARCÍA MAHAMUT, 2015, p. 560). Este dato es importante, porque precisamente la diferencia entre el responsable de seguridad y el DPO es que éste último tiene atribuida sus funciones en exclusividad.

El DPO ya no será, como hasta ahora, la persona que se designaba como Responsable de Seguridad ocurriendo que, sin apenas justificación, se elegía a profesionales sin la adecuada capacitación. El DPO será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a **sus conocimientos especializados de la legislación y las prácticas en materia de protección de datos**, y a su capacidad para ejecutar los cometidos contemplados en el Reglamento (DÍAZ DÍAZ, 2016b, p. 21; LÓPEZ ÁLVAREZ, 2016, p. 47).

⁶ Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE n° L281 de 23 de noviembre de 1995. Esta figura venía contemplada para poder aplicar la simplificación o la omisión a la obligación de notificación de tratamientos o ficheros a la autoridad de control o supervisión.

⁷ La figura apareció en Alemania, en 1977, con la Ley Federal de Protección de Datos.

⁸ RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE 19 enero de 2008, texto consolidado a 8 de marzo de 2012). En el art. 95 se prevé que en el Documento de seguridad deberán designarse uno o varios responsables de seguridad encargados de coordinar y controlar las medidas definidas en el documento de seguridad.

En la actualidad la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), en colaboración con la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) y la participación de un Comité Técnico de Expertos (representantes de sectores, asociaciones profesionales, empresariales, universidades y Administraciones Públicas), ha elaborado el Esquema de Certificación de Delegados de Protección de Datos basado en la norma ISO 17024 (requisitos generales para los organismos que realizan certificación de personas). Este sistema de certificación ofrece seguridad y fiabilidad a los profesionales de la privacidad, las empresas y entidades que incorporen esta figura a sus organizaciones, a través de un mecanismo que permite certificar que los Delegados reúnen la cualificación profesional y los conocimientos requeridos, si bien es cierto que esta certificación no es obligatoria para ejercer como Delegado (AEPD, 2017). Esta obligatoriedad sólo se contempla en los supuestos regulados por el Reglamento, por lo que se debe entender que su implantación será voluntaria para el responsable y el encargado del tratamiento, que son los que designan a los DPO, con el fin de velar por el cumplimiento legal y técnico en las entidades (DÍAZ DÍAZ, 2016a, p. 2).

Como hemos afirmado más arriba el DPO, según el Reglamento 2016/679, debe ejercer sus funciones con exclusividad, por lo que encontramos un elemento diferenciador importante con el responsable de seguridad. La nueva regulación exige que el DPO sea un profesional capacitado y que sea asignado en virtud de sus cualidades profesionales “y, en particular, a sus conocimientos especializados de la legislación y las prácticas en materia de protección de datos, y su capacidad para ejecutar los cometidos contemplados en el Reglamento. [...]”. Por lo que “el DPO no será la persona designada como Responsable de Seguridad sin la adecuada capacitación” (DÍAZ DÍAZ, 2016a, p. 5).

Por este motivo no hay que confundir al Responsable de seguridad con el DPO, dado que supone un reforzamiento de aquél (DÍAZ DÍAZ, 2016a, p. 6). Recientemente se ha presentado en España en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal que recoge la figura del DPO en los mismos términos que el Reglamento (UE) 2016/679, en el sentido de que su designación puede tener carácter obligatorio o voluntario, estar o no integrado en la organización del responsable o encargado y ser tanto una persona física como una persona jurídica⁹. Por último, llama la atención que la única definición del DPO no viene ni contemplada en el Reglamento UE 2016/679 ni el PLOPD, sino en un documento de trabajo sobre la evaluación de impacto relativo a la propuesta de Reglamento que lo define como “una persona responsable en el seno de un responsable o un encargado del tratamiento para supervisar y monitorear de una forma independiente la aplicación interna y el respeto de las normas sobre protección de datos. El DPO puede ser tanto un empleado como un consultor externo” (RECIO GAYO, 2017, p. 3)¹⁰.

A continuación vamos a ver los aspectos relacionados con la designación atendiendo a la regulación del Reglamento UE 2016/679, teniendo en cuenta que existen unas Directrices sobre los DPO adoptadas el 13 de diciembre de 2016 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del Artículo 29 (en

⁹ Exposición de motivos IV Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (BOCG, Serie A, núm. 13-1 de 24 de noviembre de 2017).

¹⁰ Traducción literal de Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, SEC (20129 72 final, Brussels.

adelante GT29) y que tienen como objetivo “aclarar las disposiciones del RGPD con el fin de ayudar a los responsables y encargados del tratamiento a cumplir con la legislación y también ayudar al DPD en el desempeño de su labor”¹¹.

2.1 La Designación del Delegado de Protección de Datos

Como hemos visto, el DPO debe designarse en virtud de sus cualidades profesionales y conocimientos especializados de la legislación y las prácticas en materia de protección de datos. En España esta figura ha levantado muchas expectativas por la oportunidad de empleo de estos profesionales (LÓPEZ ÁLVAREZ, 2016, p. 147), puesto que se espera que sea una de las profesiones más demandadas durante el año 2018 (SARACÍBAR, 2017). La designación del DPO corresponde al responsable y el encargado del tratamiento que deben de hacerlo siempre que: a) el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; b) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala; o c) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales o de datos relativos a condenas e infracciones penales¹².

Algunas de las empresas que necesitarán contratar a un DPO son: colegios profesionales, centros docentes, empresas de seguridad privada, centros sanitarios, compañías de seguros, empresas de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y de la sociedad de la información, entidades financieras, empresas de inversión, distribuidores y comercialización de suministros energéticos, etc. (BLOG DATA, 2017). En concreto, todas aquellas entidades enumeradas en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante PLOPD) de conformidad con lo establecido en el Reglamento UE 2016/679. Debemos tener en cuenta que si la designación no fuera obligatoria “sería igualmente necesaria habida cuenta de la gran complejidad del nuevo escenario”, dado que “las empresas deben asumir la privacidad como piedra angular de sus negocios y adaptarse rápidamente.” (JUDEL MELÉNDREZ, 2017, p. 63).

De todos modos, el propio Reglamento obliga a que exista un DPO en cada empresa u organización que emplee a más de 250 personas, a menos que el tratamiento que realice pueda entrañar un riesgo para los derechos y libertades de los interesados, no sea ocasional, o incluya categorías especiales o datos personales relativos a condenas e infracciones penales¹³.

¹¹ 16/ES WP 243 rev.01 y revisadas por última vez y adoptadas el 5 de abril de 2017, p. 5.

¹² Art. 37.1 en relación con los art. 9.2 a) y 10 del Reglamento (UE) 2016/679. Estas entidades deben cumplir especiales requisitos como, por ejemplo, los relacionados con la información y el consentimiento de los interesados, que deberá ser claramente expreso y por tanto explícito.

¹³ Art. 30.5 Reglamento UE 2016/679 en relación con las obligaciones que corresponden al responsable del tratamiento y, en su caso, su representante en relación con el registro del nombre y los datos de contacto del DPO y, la del encargado y, en su caso, su representante en relación al registro de todas las categorías de actividades de tratamiento efectuadas por cuenta de un responsable que contenga el nombre y los datos de contacto del DPO.

En casos distintos a los anteriores, se podrá designar un DPO o deberá ser designado si así lo exige el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. El DPO podrá actuar por cuenta de estas asociaciones y otros organismos que representen a responsables o encargados (art. 37.4 del Reglamento UE 2016/679)¹⁴. En el supuesto de que el responsable o el encargado del tratamiento sea una autoridad u organismo público es posible designar un único DPO para varias de estas autoridades u organismos, teniendo en cuenta su tamaño y estructura organizativa. Igualmente, en el supuesto de un grupo empresarial también se puede nombrar un único DPO, siempre que sea fácilmente accesible desde cada establecimiento (arts. 37.2 y 3 Reglamento 2016/679).

En este caso, la accesibilidad debe entenderse en un sentido amplio que incluya: a) la accesibilidad física para el propio personal del grupo; y b) la posibilidad de que los interesados contacten con el DPO en su lengua, aun cuando el DPO esté adscrito a un establecimiento en otro Estado Miembro (AEPD, 2021a). Por último, nos quedan por tratar aquellos aspectos de la designación en relación con la cualificación profesional exigida para el desempeño de las funciones que le vienen atribuidas por la norma.

2.2 La Cualificación y las Competencias del Delegado de Protección de Datos

El PLOPD establece que los requisitos en materia de cualificación del DPO, ya sea persona física o jurídica, podrán demostrarse, entre otros medios, a través de mecanismos voluntarios de certificación (AEPD, 2017). La normativa no exige ninguna titulación específica, como la de Graduado en Derecho y/o otra de carácter técnico, porque la designación del candidato se realiza atendiendo a las cualidades profesionales, y en particular a los conocimientos especializados del Derecho, la práctica en materia de protección de datos y a la capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el propio Reglamento 2016/679 (art. 37.5 Regl. 2016/679). Esto implica que

aunque no deba tener una titulación específica, en la medida en que entre las funciones del DPD se incluya el asesoramiento al responsable o encargado en todo lo relativo a la normativa sobre protección de datos, los conocimientos jurídicos en la materia son sin duda necesarios como también contar con conocimientos ajenos a lo estrictamente jurídico, como por ejemplo en materia de tecnología aplicada al tratamiento de datos o en relación con el ámbito de actividad de la organización en la que el DPD desempeña su tarea (AEPD, 2021a, p. 26).

En todo caso, el nivel de conocimientos especializados necesario se debe determinar en función de las operaciones de tratamiento de datos que se realicen y de la protección exigida para los datos personales tratados (Considerando 97

¹⁴ El art. 37.4 delega esta designación también en las asociaciones y otros organismos que representen a categorías de responsables o encargados.

del Reglamento 2017/679). En la Industria 4.0 hay una demanda de perfiles por parte de las empresas que están desarrollando las nuevas tecnologías a las que hicimos referencia más arriba (Inteligencia Artificial, IoT, *Big Data*, etc.). En el primer semestre de 2017 se ha experimentado un incremento del 50% en las ofertas de especialistas en tecnologías aplicadas a la automatización industrial dado el alto nivel de automatización de las “fábricas inteligentes” (MARTÍN, 2017).

En la Industria 4.0 se están demandando unos perfiles profesionales que no se ajustan a la preparación y/o cualificación de los candidatos para cubrir esos puestos necesarios en el mercado laboral digital¹⁵. En el período comprendido entre los años 2015 y 2017 los puestos más solicitados en diferentes áreas han sido: estrategia digital y contenido, *social media*, *big data*, *e-commerce*, ciberseguridad y marketing. Según los expertos, los perfiles más buscados serán

los *Knowledge Workers* capaces de moverse tanto *on line* y *off line* y que fundamentalmente se diferencian de los otros por tener capacidades que los convierten en prácticamente únicos en el mercado laboral, que sean capaces de resolver problemas no rutinarios, innovar y tener pensamiento crítico (FUENTES, 2017, p. 319).

En realidad, en la Industria 4.0 el DPO debería tener las siguientes cualidades profesionales: grado universitario más doctorado o máster, certificaciones reconocidas, alto nivel de inglés, experiencia en protección de datos y conocimientos especializados en derecho y conocimiento TIC (*strong skills*). Y con carácter adicional a las anteriores: pro-actividad, creatividad, assertividad, visión global, capacidad de impacto e influencia, análisis, planificación, formación continua, trabajo en equipo, accesibilidad, transversalidad, empatía y habilidades de comunicación (*soft skills*) (SARACÍBAR, 2017, p. 62).

Lo cierto es que en la actualidad son escasas las universidades y escuelas de negocios que ofrecen programas formativos en Derecho y Tecnología de datos que proporcionen las competencias personales y profesionales adecuadas para el desempeño de los puestos necesarios en la Industria 4.0¹⁶. En lo que respecta al DPO, las Directrices sobre delegados de protección de datos (DPD) del GT29¹⁷, indican que el nivel de conocimiento debe ser acorde con la sensibilidad, complejidad y cantidad de datos que una organización trata. Por lo tanto, debe ser elegido con cuidado, teniendo debidamente en cuenta las cuestiones relativas

¹⁵ Por ejemplo, en materia Seguridad los CSO/Responsables de Ciberseguridad, administradores de seguridad de red, administradores de sistemas de seguridad, arquitectos de seguridad TI, responsables de seguridad y *hacking* ético, expertos en seguridad informática, consultores de seguridad en el análisis de riesgos (con cometidos específicos y competencias parecidas) (FUENTES, 2017, p. 319).

¹⁶ La Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE oferta un programa bilingüe E-3 Analytics, que combina el Grado en Análisis de negocios y el de Derecho y que ofrece la formación para el análisis de datos en la toma de decisiones en cualquier ámbito empresarial.

¹⁷ Adoptadas el 13 de diciembre de 2016. Revisadas por última vez y adoptadas el 5 de abril de 2017 (16/ES WP 243 rev.01).

a la protección de datos que surjan en la organización. En lo que respecta a las cualidades profesionales, un factor importante es que tenga conocimiento sobre legislación y prácticas nacionales y europeas en materia de protección de datos y una profunda comprensión del Reglamento 2016/279, del sector empresarial y de la organización del responsable del tratamiento, y un buen conocimiento de las operaciones de tratamiento y protección de datos del responsable del tratamiento.

La doctrina ha advertido que si se trata de un DPO perteneciente a

organizaciones del sector privado, además del sector de negocio, el DOP debe tener, en particular, un conocimiento profundo del modelo de negocio de la organización cuando se base en el tratamiento de datos personales para facilitar también la innovación y la competitividad de la organización al mismo tiempo que se asegura el derecho fundamental a la protección de datos personales (RECIO GAYO, 2017, p. 6).

En el caso de una autoridad u organismo público, el DPO debe también poseer un conocimiento sólido de las normas y procedimientos administrativos de la organización. En relación con la capacidad para desempeñar las funciones del DPO, las mismas Directrices del GT 29 establecen que aquélla debe interpretarse tanto en referencia a sus cualidades personales y conocimientos (como, por ejemplo, la integridad y un elevado nivel de ética profesional) como a su puesto dentro de la organización. El DPO debe posibilitar el cumplimiento del Reglamento 2016/679.

Como señalan las directrices, el DPO desempeña un papel fundamental en la promoción de una cultura de protección de datos dentro de la organización y contribuye a la aplicación de los elementos esenciales del Reglamento 2016/679, como los principios relativos al tratamiento de datos (capítulo II), los derechos de los interesados (capítulo III), la protección de los datos desde el diseño y por defecto (art. 25), el registro de las actividades de tratamiento (art. 30) y la notificación y comunicación de las violaciones de la seguridad de los datos (arts. 33 y 34).

En cuanto a las competencias y conocimientos específicos las Directrices incluyen: a) conocimientos especializados sobre la legislación y prácticas nacionales y europeas en materia de protección de datos y una profunda comprensión del Reglamento 2016/679; b) compresión de las operaciones de tratamiento que se llevan a cabo; c) comprensión de las tecnologías de la información y de la organización; y d) capacidad para fomentar una cultura de protección de datos dentro de la organización (GRUPO, 2016, p. 12, 13 y 25).

En definitiva, se trata de competencias específicas que hay que sumar a la denominada competencia digital, es decir, “aquella que implica el uso creativo, crítico y seguro de las tecnologías de la información y comunicación para alcanzar los objetivos relacionados con el trabajo, la empleabilidad, el aprendizaje, el uso del tiempo libre, la inclusión y la participación en la sociedad”. En ese sentido se requieren conocimientos relacionados con el lenguaje específico básico (textual, numérico, icónico, etc.) y de las principales aplicaciones informáticas que le

permitan el acceso a las fuentes y el procesamiento de la información, y el conocimiento de los derechos y las libertades que asisten a las personas en el mundo digital. Como también el desarrollo de diversas destrezas relacionadas con el acceso a la información, el procesamiento y uso para la comunicación, la creación de contenidos, la seguridad (ESPAÑA, 2021).

2.3 Funciones del DPO

El PLOPD no contempla la regulación de las funciones del DPO en los mismos términos del art. 39 del Reglamento 2016/679, estableciendo un contenido mínimo de las funciones que corresponden al DPO (información, asesoramiento y supervisión del cumplimiento con el Reglamento así como el papel del propio delegado), art. 39.2 Reglamento 2017/679. Las directrices del GT29 están en relación con las funciones asignadas por el Reglamento: a) supervisión de la observación de Reglamento 2016/679; b) el papel de DPO en una evaluación de impacto relativa a la protección de datos; la cooperación con la autoridad de control y actuación como punto de contacto; c) enfoque basado en el riesgo; y, por último, d) el papel del DPO en el mantenimiento de registros. Como afirma el GT29 se trata de una lista de tareas mínimas de que debe encargarse el DPO, por lo que “nada impide que el responsable o el encargado del tratamiento asigne al DPO la tarea de mantener un registro de las operaciones de tratamiento bajo la responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento”.

A fin de cuentas “el registro debe considerarse una de las herramientas que permiten al DPD realizar sus funciones de supervisión de la observación de las normas y de información y asesoramiento al responsable o al encargado del tratamiento” (GRUPO, 2016, p. 21). Por último, como hemos indicado el PLOPD no enumera este listado mínimo de funciones, sino que se limita a estipular que el DPO “actuará como interlocutor del responsable o encargado del tratamiento ante la Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos” (art. 36.1). Y es que los responsables y encargados del tratamiento deben comunicar a la AEPD o, en su caso a las autoridades autonómicas de protección de datos, las designaciones, nombramientos y ceses de los DPO tanto si su designación es obligada como voluntaria (art. 34.4).

Por último, es de destacar que el responsable y el encargado del tratamiento deben facilitar los recursos necesarios para el desempeño de dichas funciones y el acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento, y para el mantenimiento de sus conocimientos especializados (por ejemplo apoyo activo a la labor del DPO; tiempo suficiente para que cumpla con sus funciones; apoyo financiero, de infraestructura y de personal; comunicación oficial de la designación a todo el personal; acceso necesario a otros servicios como, por ejemplo, recursos humanos y departamento jurídico, TI, seguridad; formación continua y, en función del tamaño y estructura de la organización, puede ser necesario establecer un equipo de DPO (un DP y su personal).

Estas funciones y la necesidad de dotación de recursos son elementos que tenemos que valorar a la hora de abordar las posibles responsabilidades

laborales del DPO, porque como veremos a continuación el delegado no puede ser removido ni sancionado, salvo que incurra en dolo o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones (GRUPO, 2016, p. 15-16). En el caso de que sea despedido como consecuencia del desempeño de sus funciones entendemos que el despido puede declararse nulo, por vulnerar derechos fundamentales como la libertad de expresión y la garantía de indemnidad (DPO, 2016).

2.4 Posición del Delegado de Protección de Datos

El art. 38.1 del Reglamento 2016/769 contempla que “el responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el DPO participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales”. El PLOPD configura la posición del DPO “como interlocutor del responsable o encargado del tratamiento ante la Agencia Española de Protección de Datos y la autoridades autonómicas de protección de datos” (art. 36.1). Como se ha afirmado es una figura que “pivota” entre diferentes departamentos de la empresa como los de Recursos Humanos, Seguridad Corporativa, Legal, Marketing, Comercio electrónico, Financiero o Auditoría (VELÁZQUEZ, 2017, p. 58).

La posición del DPO ha sido tratada en una de las Directrices del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 (en adelante GT29) donde se hace hincapié en que es fundamental que el DPO, o su equipo, participen desde la etapa más temprana posible en todas las cuestiones relativas a la protección de los datos. El GT29 introduce una

directriz transcendental, que es la relativa a que, para facilitar el objetivo de cumplimiento (“compliance”) con el Reglamento y asegurar la aproximación de la privacidad desde el diseño, las organizaciones deben incorporar como parte de su gobernanza el procedimiento relativo a informar y consulta al DPO (RECIO GAYO, 2017, p. 7).

El G29 ofrece unos ejemplos de medidas que deben asegurar la participación del DPO, y finalmente recomienda que el responsable o el encargado elaboren unas directrices o programas sobre la protección de datos que determinen cuándo debe consultarse al DPO (GRUPO, 2016, p. 15).

Por otro lado, el PLOPD establece que en el ejercicio de sus funciones el DPO tendrá acceso a los datos personales y procesos de tratamiento, no pudiendo oponer a este acceso el responsable o el encargado del tratamiento la existencia de cualquier deber de confidencialidad o secreto (art. 36.3). En este sentido, si el DPO aprecia la existencia de una vulneración relevante en materia de protección de datos debe comunicarlo inmediatamente a los órganos de administración y dirección del responsable o el encargado del tratamiento (art. 36.4). Por último, nos queda por tratar otra series de garantías esenciales en relación con el desempeño de sus funciones de “manera independiente” y la prohibición de destitución y sanción por el desempeño de las mismas (art. 38.3).

3 LAS GARANTÍAS ESENCIALES DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL DPO, EN ESPECIAL LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

El DPO puede formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o puede desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios (art. 37.6 Reglamento 2016/679). El Reglamento contempla que para que el Delegado participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales contará con el respaldo del responsable y del encargado del tratamiento de datos, que garantizarán que el Delegado no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de sus funciones ni sea destituido o sancionado por desempeñarlas, por lo que rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado¹⁸. En el ejercicio de sus funciones estará obligado a mantener el secreto o la confidencialidad en lo que respecta al desempeño de sus funciones, de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros (art. 38 Reglamento UE).

Como afirma el PLOPD la figura del DPO podrá estar o no integrado en la organización del responsable o del encargado y ser tanto persona física como una persona jurídica¹⁹. En este sentido se ha afirmado que en el caso de las pequeñas empresas que necesiten designar el DPO o cuyo negocio no esté basado en los datos, el cargo puede ser externo. Por el contrario en las empresas multinacionales, en muchos casos va a suceder que el DPO radique en el país en que tengan su sede. Incluso hay quien afirma que es mejor que se trate de una persona que esté situada dentro de la empresa, pero sin responsabilidad en la gestión presupuestaria de la misma (FERNÁNDEZ, 2017, p. 4).

Estas recomendaciones no están en consonancia con la realidad de la Industria 4.0, puesto que en España en el año 2016 el 59'16% de las empresas utilizaba proveedores externos para dar servicios de seguridad y protección de datos. Entre los porcentajes más bajos se encontraban, por ejemplo, las empresas cuya seguridad y protección de datos fue realizada principalmente por empleados propios (25'93%) (INE, 2016).

Como hemos afirmado más arriba, el DPO debe ejercer sus funciones con independencia, siendo obligada su designación tanto en el sector público como privado siempre que se cumplan los requisitos del Reglamento y de la norma nacional. En el ámbito de las Administraciones Públicas la implantación del DPO va a requerir²⁰: 1) conocer y revisar la normativa administrativa y técnica aplicable; 2) revisar el régimen competencial; y 3) decidir la organización administrativa del DPO.

¹⁸ En AEPD (2021, p. 13), los encargados tienen obligaciones propias establecidas por el Reglamento 2016/379 como, por ejemplo, la designación del DPO en los casos contemplados en el art. 37 que no se circunscriben al ámbito del contrato que los une al responsable, y que pueden ser supervisadas separadamente por las autoridades de protección de datos.

¹⁹ Exposición de Motivos IV, Proyecto de Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (BOCG, núm. 13-1 de 24 de noviembre de 2017).

²⁰ Hay que tener en cuenta que si el tratamiento lo lleva a cabo una autoridad u organismo público con independencia el tipo de datos que se traten la designación es obligatoria.

En este último punto incluye decidir si se comparte un DPO entre varios organismos o no²¹, si se cubre con personal propio o con personal contratado externo, revisar el régimen de la función pública (si debe ser un funcionario o personal laboral a tiempo completo o a tiempo parcial); si se crea un puesto de trabajo o una unidad administrativa, revisar el régimen de provisión de la plaza (por concurso o por designación descartándose la libre designación para evitar posteriores conflictos), el carácter preceptivo o facultativo de sus informes y el carácter vinculante o no de los mismos y la conveniencia de dotarle de un seguro de responsabilidad civil (FERNÁNDEZ, 2017, p. 5).

En todo caso, si el DPO es una persona física -bien como un trabajador interno o como trabajador externo- en ambos casos hay una dependencia económica con el responsable o el encargado del tratamiento.

Y, como es obvio, tratándose de un trabajador con un contrato de trabajo la dependencia es de tipo jurídico-económica (DAVARA RODRÍGUEZ, 2017, p. 10; DAVARA RODRÍGUEZ, 2013, p. 2). Si se trata de un DPO externo su función puede ejercerse sobre la base de un contrato de servicios suscrito con una persona física o una organización (GRUPO, 2016, p. 25). Si la función del DPO la ejerce un proveedor de servicios externo, las directrices del GT24 afirman que

un grupo de personas que trabaje para dicha entidad podrá desempeñar efectivamente las funciones de DPD como equipo, bajo la responsabilidad de un contacto principal designado como persona “a cargo” del “cliente”. En ese caso, es fundamental que cada miembro de la organización que ejerza las funciones de DPD cumpla todos los requisitos aplicables del RGPD (GRUPO, 2016, p. 25).

En definitiva, toda persona física o jurídica, empleado en plantilla o mediante contrato de servicio, que informa y asesora al Responsable, al Encargado y a otros empleados sobre las obligaciones del RGPD y supervisa su cumplimiento, cooperando y actuando como punto de contacto con las Autoridades de Control (AEPD, 2021b, p. 2). Una de las características de la implantación de un DPO en las organizaciones es la creación de este nuevo puesto con unas funciones y peculiaridades inherentes al sujeto realizadas con independencia del vínculo o título jurídico que tenga con su empleadora: a) total autonomía en el ejercicio de sus funciones; b) necesidad de que se relacione con el nivel superior de la dirección; c) obligación de que el responsable o el encargado faciliten al DPO todos los recursos necesarios para desarrollar su actividad. No obstante, “ya esté integrado o forme parte de la empresa o Administración pública o ya sea un profesional jurídico-técnico externo [...] en todo caso va a tener una enorme responsabilidad, como es prevenir y evitar las conductas que pueden terminar con una sanción administrativa tan desproporcionada” (10 o 20 millones de euros) y “todo ello *al margen de la responsabilidad civil* pertinente que se superpondría a esta sanción administrativa”.

²¹ Las directrices del GT 24 sobre los delegados de protección de datos (DPD) afirman que se podrán designar para varias autoridades u organismos públicos, teniendo en cuenta su estructura organizativa y tamaño (GRUPO, 2016, p. 24).

En materia de responsabilidad laboral, cuando el DPO sea persona física integrada en una organización del responsable o encargado del tratamiento, el DPO no podrá ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio. Y, por lo tanto, el despido podría tener la consideración de un despido nulo en parecidos términos a lo contemplado en art. 68.1 c) ET cuando el despido o sanción se base en la acción del trabajador- DPO en el ejercicio de sus funciones y la sanción se conecte con el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la garantía de indemnidad²².

4 CONCLUSIONES

El DPO no es una figura propiamente novedosa, aunque se presenta como novedad en el Reglamento UE 2016/679. La novedad radica precisamente en la designación obligatoria de un DPO por el responsable y encargado del tratamiento en los casos tasados en el propio Reglamento, y su carácter voluntario en el resto. El Reglamento general de protección de datos ofrece un marco que permite reforzar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, puesto que es de aplicación directa y, por lo tanto, de regulación uniforme en los Estados miembros de la UE. Es una norma que además actualiza la protección de datos atendiendo al impacto de la evolución tecnológica y de la globalización y los retos que ello supone para la protección de los datos personales de los trabajadores y de los ciudadanos en el marco de la Industria 4.0, donde las personas físicas deben tener el control de sus propios datos.

Por lo tanto, la novedad del Reglamento es la implantación de un DPO en las organizaciones con la creación de un nuevo puesto con unas funciones y peculiaridades inherentes al sujeto que las lleva a cabo con independencia del vínculo o título jurídico que tenga con la persona que lo contrata: a) total autonomía en el ejercicio de sus funciones; b) necesidad de que se relacione con el nivel superior de la dirección; y c) obligación de que el responsable o el encargado faciliten al DPO todos los recursos necesarios para desarrollar su actividad.

Como garantía adicional cabe señalar la no responsabilidad personal del incumplimiento de los requisitos de protección de datos. La responsabilidad recae sobre el responsable o el encargado del tratamiento que es el que está obligado a garantizar y ser capaz de demostrar que el tratamiento se realiza de conformidad con el Reglamento 2016/679 porque, como han indicado las directrices del GT 29 conforme a la regulación reglamentaria, el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos es responsabilidad del responsable del tratamiento. En este sentido, otra de las garantías que contempla el Reglamento 2016/679 es que el DPO no será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones.

²² Durán López y Sáez Lara, 2006, p. 10 se dice “la garantía frente al despido prohíbe el despido-sanción de las funciones representativas, pero no prohíbe el despido fundado en actuaciones del representante protagonizadas en el desarrollo de su actividad sindical en la empresa”.

En definitiva, una garantía adicional que ataña al DPO como persona física que esté integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento, puesto que no puede ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por el desempeño de sus funciones, salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio. Por lo tanto, el despido que se produzca en el ejercicio de sus funciones debe entenderse nulo de pleno derecho (garantía de indemnidad) salvo que, como en el caso de los representantes de los trabajadores, se trate de un despido disciplinario conforme a lo previsto en el art. 54 del ET.

BIBLIOGRAFÍA

ACED, Emilio; HERAS, M. Rosario; SÁIZ, Carlos Alberto (Coord.). **Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos de big data.** Madrid: AEPD y ISMS, 2017.

AEPD. Agencia Española de Protección de Datos. Esquema de certificación de delegados de protección de datos de la Agencia Española de Protección de Datos (Esquema AEPD-DPD). Redactado por la Unidad de Evaluación y Estudios Tecnológicos de la Agencia Española de Protección de Datos. 2 de octubre de 2017. Versión 1.1.

AEPD. Agencia Española de Protección de Datos. Guía del reglamento general de protección de datos para responsables de tratamiento. Madrid, AEPD, 2021a. Disponible en: <<https://www.aepd.es/es/documento/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf-0>>.

AEPD. Agencia Española de Protección de Datos. Guía para el cumplimiento del deber de informar. Madrid, AEPD, 2021b. Disponible en: <<https://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/modeloclausulainformativa.pdf>>.

AMETIC. Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los Contenidos Digitales. Accenture Strategy para Mobile World Capital Barcelona. Economía digital: una oportunidad para España. Disponible en: <<http://ametic.es/es/prensa/la-aceleraci%C3%B3n-digital-impulsar%C3%A9-un-36-el-pib-en-2021>>.

AMETIC. Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los Contenidos Digitales. El mercado de las tecnologías de la información en España creció un 3'3% en 2016. (Comunicado de prensa 27 de marzo de 2017).

BLOG DATA: consultoría especializada en protección de datos y seguridad de la información. ¿Qué es un DPO y quién puede contratarlo? 4 de octubre de 2017. Disponible en: <<https://www.datax.es/blog-actualidad-proteccion-datos/es/dpo-quien-contratarlo/>>.

COMISIÓN EUROPEA. ¿Cuál es el grado de digitalización de su país? Europa mejora, pero todavía tiene que cerrar la brecha digital. Bruselas, 3 de marzo de 2017. Disponibile en: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-347_es.htm>.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Delegado de protección de datos en las entidades locales. En: **El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal**, Madrid, Ed. Walters Kluwer (La Ley), núm. 3, p. 312-318, 2013.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. El delegado de protección de datos en los ficheros y/o tratamientos de la administración en consonancia con el reglamento europeo de protección de datos. En: **Actualidad Administrativa**, Madrid, Ed. Walters Kluwer (La Ley), núm. 1, 2017.

DÍAZ DÍAZ, Efrén. El “Data Protection Officer” (DPO) en el nuevo reglamento general de protección de datos. En: El Derecho.com, Madrid, Ed, Lefebvre-El Derecho, 25 de abril de 2016a. Disponible en: <http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/privacidad/Protection-Officer-DPO-Reglamento-Proteccion-Datos-UE_11_945055002.html>.

DÍAZ DÍAZ, Efrén. El nuevo reglamento de protección de datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones. En: **Revista Aranzadi Doctrinal**, Navarra, Ed. Aranzadi, núm. 6, parte estudio, BIB, p. 155-190, 2016b.

DPO. DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS. Ayuda Ley de Protección de Datos. 2016. Disponible en: <https://ayudaleyproteccióndatos.es/2016/06/27/delegado-protección-datos/#Es_responsable_el_DPO_del_incumplimiento_de_la_normativa>.

DURÁN LÓPEZ, Federico; SÁEZ LARA, Carmen. Representación y participación de los trabajadores en la empresa. En: CASAS BAAMONDE, María Emilia; CRUZ VILLALÓN, Jesús; DURÁN LÓPEZ, Federido (Coord.). **Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la constitución española**: estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Madrid: La Ley, 2006. p. 293-317.

ESPAÑA. Ministerio de Educación y cultura. 2021. Disponible en: <<https://www.mecd.gob.es/educacion/mc/lomce/el-curriculo/curriculo-primaria-eso-bachillerato/competencias-clave/competencias-clave/digital.html>>.

ESPAÑA. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Informe Anual 2016 de la Agenda Digital para España, julio 2016. Disponibne en: <<http://www.agendadigital.gob.es/Seguimiento/Informesanuales/Informes/2016/Informe-anual-ADpE-2016.pdf>>.

FERNÁNDEZ, C. B. El DPO es un cargo complejo que requiere difíciles competencias. En: Diario La Ley, 2 de noviembre de 2017. Disponible en: <<http://diariolaleylaley.es/home/NE0001445022/20171102/El-DPO-es-un-cargo-complejo-que-requiere-dificiles-competencias>>.

FUENTES, Paula. Perfiles más demandados en la actualidad. En: GIL-CASARES, Marta; FUENTES, Paula. **Digitalización, empleo y futuro**. Madrid: Wolters Kluwer, 2017.

FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA FORMACIÓN EN EL EMPLEO. Competencias digitales para el futuro de Europa. Madrid, 9 de febrero 2017. Disponible en: <<https://blog.fundae.es/2017/02/09/competencias-digitales-para-el-futuro-de-europa/>>.

GIL GONZÁLEZ, Elena. **Big data, privacidad y protección de datos**. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, Agencia Estatal Boletín del Estado, 2016.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (16/EN GT 243). Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD). Adoptado el 13 de diciembre de 2016.

IEBS Business School. Transformación digital en las empresas. Disponible en: <<http://static.iebschool.com/17/pdf/estudio-transformacion-digital-IEBS.pdf>>. Madrid, [s. d].

INE. Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Uso de TIC y Comercio Electrónico en las empresas. 2016. Disponible en: <<https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t09/e02/a2015-2016/&file=01004.px>>.

JUDEL MELÉNDREZ, Marcos María. La formación, clave para el DPD. En: **Red Seguridad: Revista Especializada en Seguridad Informática, Protección de Datos y Comunicaciones**, Madrid, Ed. Bormart, núm. 76, p. 63, 2017.

LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. **Protección de datos personales**: adaptaciones necesarias al nuevo reglamento europeo. Madrid: Francis Lefebvre-El Derecho, 2016.

MARTÍN, O. Se dispara la demanda de perfiles en la Industria 4.0. En: **RRHHDigital**, Madrid, Ed. Siglo 21, 24 de noviembre de 2017.

OECD. ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Multilingual summaries: education at a glance 2017: OECD indicators: resumen en español. Disponible en: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/7da6001b-es.=1510594243&id=id&accname=guest&checksum=8F3A95B5F6F74DA83AD0F8511BD3C0CD>>.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD COMILLAS. Doble grado en análisis de negocios/busines analytics, y derecho (E-3 analytics). 2021. Disponible en: <<http://www.comillas.edu/es/grados/doble-grado-en-business-analytics-economics-and-finance-y-derecho-e-3>>.

RALLO LOMBARTE, Artemi; GARCÍA MAHAMUT, Rosario (Coord.). **Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

RECIO GAYO, Miguel. Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad (“accountability”). En: **Diario La Ley**, Ed. La ley, núm. 2, 2017.

RODRÍGUEZ BALLANO, Susana; VIDAL, María. Habemus nuevo reglamento general de protección de datos. En: **Actualidad Jurídica Aranzadi**, Navarra, Ed. Aranzadi, núm. 919, parte Comentario, BIB, 2016.

SALGUEIRO, José Manuel. Big data: ¿amenaza u oportunidad para la gestión de la seguridad? En: **Red Seguridad: Revista Especializada en Seguridad Informática, Protección de Datos y Comunicaciones**, Madrid, Ed. Borrmart, núm. 78, p. 40-41, 2017.

SARACÍBAR, Esmeralda. Una profesión en alza. En: **Red Seguridad: Revista Especializada en Seguridad Informática, Protección de Datos y Comunicaciones**, Madrid, Ed. Borrmart, núm. 76, 2017.

UNIÓN EUROPEA. Comité Económico y Social Europeo. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Industria 4.0 y transformación digital: camino a seguir”. [COM(2016) 180 final], **Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)**, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 21 de octubre 2016.

VELÁZQUEZ, Rafael. El delegado de protección de datos en el entorno de la empresa. En: **Red Seguridad: Revista Especializada en Seguridad Informática, Protección de Datos y Comunicaciones**, Madrid, Ed. Borrmart, núm. 76, p. 58-60, 2017.

Submissão em: 26 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 28 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 68-87, maio-ago. 2021.

RESTORATIVE JUSTICE, CRIMINAL JUSTICE AND THE COMMUNITY: FOSTERING A COLLABORATIVE APPROACH TO ADDRESSING CONFLICT AND CRIME

GEORGE MOUSOURAKIS¹

ABSTRACT

Over the past few decades, a novel approach to crime and conflict resolution has been gaining ground around the world. Known as 'restorative justice', it revolves around the notions that crime is primarily a violation of human relationships; that the chief aim of the justice process should be to reconcile those most directly affected by the offending behaviour while addressing the injuries they suffered; and that the resolution of crime-related conflicts demands a positive effort on the part of victims and offenders and the assumption of responsibility by the community. Restorative justice is both a way of thinking about crime and a process for responding to the problems that crime poses for contemporary societies. The essence of restorative justice is not the adoption of a particular form of process rather than another; it is the adoption of any form of process embodying restorative values and aiming to achieve restorative goals and outcomes. This paper outlines the broad philosophy of restorative justice, comments on the differences between restorative justice and other prevailing conceptions of justice, and identifies the constitutive elements necessary for a restorative justice practice. The paper then considers contemporary restorative justice practices, presenting information on guiding principles, procedures and goals and identifying some concerns that need to be addressed in the development and implementation of such practices.

¹ Professor, Hiroshima University, School of Law & Graduate School of Humanities and Social Sciences, Japan; Fellow, Max Planck Institute, Germany. This article is based on a series of lectures delivered by the author at the Catholic University of Brussels/Catholic University of Louven, Belgium, and the University of Parma, Italy. I would like to thank Professor Mark Van Hoecke and Professor Alberto Cadoppi for their advice and support during my stay at their institutions. Many thanks also go to Professor N. Yoshinaka of Hiroshima University for his helpful comments and suggestions. e-mail: gmousourakis@hotmail.com

RESTORATIVE JUSTICE: PHILOSOPHY, GUIDING PRINCIPLES AND GOALS

Restorative justice may be described as a victim-centered response to crime that provides opportunities for those most directly affected by the crime – the victim, the offender, their families and the community – to be directly involved in responding to the harm caused by the offence (ROACH, 2000, p. 249). According to a well-known definition by Marshall, “restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.” (MARSHALL, 1996, p. 37).² The UN also recently adopted its own and rather all-encompassing definition of restorative justice as “any process in which the victim and the offender and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator.” (UNODC, 2006, p. 7). Restorative justice is generally viewed as a way of humanizing justice, of bringing victims and offenders together in ways that provide opportunity for victims to receive explanation and reparation and for offenders to be accountable to the victim and the community. It draws on a philosophy that gives priority to reconciliation over punishment, to healing for victims over vengeance against offenders, to community and wholeness over alienation, to forgiveness and mercy over negativity and harshness. This shift in thinking away from retributive or punitive justice is also referred to as community justice.³

Restorative justice is both a new and an old concept. While the modern articulation has emerged in the past forty years,⁴ the underlying philosophy and ethos played a central role in ancient Greek, Roman and Asian civilizations, which all recognized the importance of compensation for the victims of wrongdoing (BRAITHWAITE, 1999, p. 1 ff).⁵ Furthermore, restorative justice was prominent among various indigenous cultures across the world, such as Native American,

² A similar approach to restorative justice is adopted by Zehr. According to this author, restorative justice is “a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offence and to collectively identify and address harms, needs and obligations, in order to heal and put things as right as possible.” (ZEHR, 2002, p. 37).

³ According to Braithwaite, the aims and core values of restorative justice are about healing, moral learning, community participation and caring, dialogue, forgiveness, responsibility and making amends. Braithwaite (1999, p. 5). In a later work, this author cites the following emerging standards for restorative justice: (a) remorse over injustice; (b) apology; (c) censure of the act; (d) forgiveness of the person; and (e) mercy. (BRAITHWAITE, 2002a, p. 570).

⁴ The term ‘restorative justice’ was coined by Albert Eglash in a 1977 article. See Eglash (1977, p. 91-92).

⁵ As Zehr has remarked, “it is difficult to realize that the paradigm which we consider so natural, so logical (i.e. the one pertaining to the traditional Western criminal justice system), has in fact governed our understanding of crime and justice for only a few centuries. We have not always done it like this. [...] Instead, community justice has governed understandings throughout most of our history. [...] For most of our history in the West, non-judicial, non-legal dispute resolution techniques have dominated. People traditionally have been very reluctant to call in the state, even when the state claimed a role. In fact, a great deal of stigma was attached to going to the state and asking it to prosecute. For centuries the state’s role in prosecution was quite minimal. Instead it was considered the business of the community to solve its own disputes.” Zehr (1985, p. 6-7). And see Weitekamp (1999); Johnstone (2002, p. 36 ff).

Canadian Aboriginal/First Nation, Australian Aborigine, New Zealand/Aotearoa Maori and African indigenous people. Indigenous justice systems gave special attention to the needs of the victims of crime, and reconciliation and restitution were considered crucial to right the wrong caused by the offending behavior. Such systems allowed the victim, the offender, the families concerned and members of the community to actively participate in the reconciliation process.⁶ The recent rediscovery of such practices in different parts of the world has stimulated and informed the development of restorative programmes and enriched criminal justice philosophy. Western countries re-discovered restorative justice in the 1974 with the establishment of an experimental victim-offender reconciliation programme in Kitchener, Ontario, Canada (see PEACHEY, 1989),⁷ and by the end of the 1990s most Western countries had embraced restorative justice programmes.⁸

Restorative justice revolves around the recognition that crime is a violation of the relationships that bind community members together and aims to restore the wellbeing of the victim, the offender and the community through a consensus approach based on dialogue and mutual respect (ZEHR, 1990, p. 181; and see ROACH, 2000, p. 256).⁹ Its hallmark is collaboration among all parties affected by criminal wrongdoing. It is thus said to restore the deliberative control of justice by citizens by transforming those concerned from passive spectators in an impersonal process to active participants. It prevents the closed shop of the legal expert and, by infusing non-legal moral values into the justice system, constitutes a constraint on legalism, arbitrariness and bureaucracy.¹⁰

⁶ It should be noted, however, that reconciliation was not always sought in cases where disputes involved comparative strangers.

⁷ The first victim-offender mediation program in the United States was introduced in Elkart, Indiana, in 1978, and was modeled on the program developed in Kitchener.

⁸ In 1999 a resolution was adopted by the United Nations Economic and Social Council encouraging member states to make use of the restorative justice approach in appropriate cases. The same resolution invited the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice to consider formulating a set of guidelines on the development and implementation of restorative justice programs. At the Tenth UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, held at Vienna in May 2000, restorative justice and the issue of fairness to both victims and offenders were discussed at great length. The Congress endorsed a declaration encouraging governments to develop and expand restorative justice programs. Following the conclusion of the Congress proceedings, the UN's Commission on Crime Prevention and Criminal Justice adopted a resolution inviting Member States to comment on "Preliminary Draft Elements of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters". The relevant proposal was subsequently approved by the UN Economic and Social Council.

⁹ According to Kay Pranis (2002, p. 25), "restorative justice has at its core the concept of mutual responsibility and interdependence. Individuals are responsible for their impact on others and on the larger whole of which they are a part [...]. The importance of relationships is at the centre of restorative approaches – not just the relationship between a victim and an offender, but all the relationships connected to the victim and offender in the web of life."

¹⁰ Contemporary justice systems set a great premium on legal certainty: the knowledge that there is a fair process for applying a general rule to a particular case. Special emphasis is placed on professionalism and the professional skills of experts who, working in the system continually, are a guarantee of legal certainty. On this view, lay participation in the administration of justice is anomalous since it disturbs the basis for objectivity and predictability. Here we can see the contradiction in a liberal democratic society underpinned by the rule of law: in order that the main moral imperative of that society, namely the government of laws and not men, flourish, another important value, that of participation, must be sacrificed. One can see this in the tension between efficiency and democracy where efficiency, as relating to reliability, constancy and predictability, is continually subverted by the demands of democratic, and therefore inefficient participation. Restorative justice practices have the potential for managing this tension by providing for a degree of lay participation within the framework of the rule of law.

Restorative justice aspires to achieve the following outcomes: (a) to attend fully to the material, emotional and social needs of the victim and those individuals personally related to him or her who may have been affected; (b) to provide the victim the opportunity to view the offender as a person rather than as a faceless criminal; (c) to allow all parties affected by an offence the opportunity to contribute to the decision-making about what needs to be done; (d) to enable offenders to fully appreciate the nature and consequences of their actions and to give them the opportunity to make amends for the harm caused; (e) to denounce the offending behavior and prevent re-offending by integrating the offender into the community; (f) to create communities that would support the rehabilitation of offenders and victims and would actively contribute to the prevention of anti-social behavior through positive interventions; and, (g) to provide a means of avoiding the escalation of legal justice and the associated costs. Restorative justice focuses on the harms suffered rather than the laws broken; shows a balanced concern for the victim and the offender; works towards assisting victims through empowerment and making amends; supports the offender and simultaneously encourages him or her to understand, accept and carry out his or her commitments to repair the harm. The victim's involvement is essential in defining the harm and how it might be repaired,¹¹ while offenders must be held accountable for their actions by accepting responsibility for their behavior and making reparation. Reparation can be made in a variety of ways, such as a verbal or written apology,¹² financial compensation or work carried out for the victim or the community (e.g. work at a school, old age home or hospital).

The growing interest in restorative justice in recent years and the related movement for justice reform reflect a dissatisfaction with mainstream justice processes and a reaction to what is perceived as a failure of these processes to significantly reduce crime, as well as to meet the needs of the individuals and communities affected by it. The mainstream justice system, with its emphasis on established norms of legal rationality and procedural formalism, leaves little room for victims, offenders and the communities concerned to actively participate in the justice process and the impersonality of the proceedings tends to dehumanise both the wrongful act and its consequences. In this setting, the offender often fails to realise the actual impact of his or her conduct, and the victim remains just that, a victim, knowing only that the offender serves whatever sentence was imposed on him or her. Furthermore, the restoration of social equality, that is relationships of equal respect, dignity and concern, cannot be achieved when priority is given to stigmatic punishment, for such

¹¹ One of the main criticisms that proponents of restorative justice level against the conventional criminal justice system is that it ignores the needs of the victims of crime. As Cayley puts it, "modern criminal justice has stressed the aggrandizement and edification of the state, rather than the satisfaction of victims." (CAYLEY, p. 1998, p. 217). On this issue consider also van Dijk (1988, p. 124).

¹² According to Retzinger and Scheff, apology and forgiveness pertain to "symbolic reparation", a vital element of the restorative process. As they point out "Without [apology and forgiveness] the path towards settlement is strewn with impediments, whatever settlement is reached does not decrease the tension level [...] and leaves the participants with a feeling of arbitrariness and dissatisfaction. Thus, it is crucially important to give symbolic reparation at least parity with material settlement [...]. Symbolic reparation is the vital element that differentiates [restorative justice] conferences from all other forms of crime control." (RETZINGER; SCHEFF, 1996, p. 317).

punishment is inherently isolating, removing the offender from the relationship and thereby precluding relationship altogether, let alone equality of relationship. The restoration of social equality can best be achieved by practices capable of promoting the reintegration of the offender in the community through a process to which the offender, the victim and other parties concerned submit voluntarily. Willingness to participate and truth telling are essential elements of any restorative justice process – participation cannot be the result of fear, coercion or manipulation brought to bear on either the offender or the victim. In this respect, allowing the parties to play a role in setting the ground rules governing the process is of particular importance, as it offers the parties a feeling of empowerment and strengthens their commitment to the restorative justice process, its objectives and outcomes.¹³

Whilst according to the traditional criminal justice theory responsibility for crime control lies with the state and state-run institutions, restorative justice seeks to transfer such responsibility to the particular community concerned. Restorative justice proponents assert that the community is in a better position to effectively deal with the problems caused by the offending behavior, having regard to the needs of the individuals involved as well as cultural and circumstantial requirements.¹⁴ Restorative justice entails a relocation of authority in responses to crime away from the state since from this viewpoint the state no longer has a monopoly over decision-making, the principal decision makers being the parties themselves. The state's role is restricted to providing information, delivering services and supplying resources (see on this MORRIS, 2002, p. 597). Furthermore, an important feature of restorative justice is a shift away from the retributive paradigm pervading the traditional criminal justice system.¹⁵ Rather

¹³ According to Mark Chupp (1989, p. 63), the process of setting ground rules is “a vital part of establishing an atmosphere and state that will be conducive to open communication and reconciliation.”.

¹⁴ A definition of community may be based on geography, relationship, interest, or it may refer to society as a whole. As Paul McCold explains, “there are many different levels of community, as there are different levels of disputes. Each offender and each victim are members of several communities and informal organizations – personal communities – family, friends, neighbourhood and school organizations, churches and community organizations. We are all members of our local community, municipal subdivision, metropolitan area, state, federal and societal level ‘communities’. Ultimately we are all members of the human community.” (McCOLD 1995, p. 7). Each of these types of community is affected by crime in different ways and it is possible for each to play a part in a restorative justice process, depending on what is required in the particular case. Whilst the type of restorative justice program at work and the different ways in which communities may be affected by criminal wrongdoing leave room for various forms of community involvement, one can make the generalization that communities are harmed when the safety of their members is threatened (VAN NESS; STRONG, 1997, p. 120).

¹⁵ In this connection, reference should be made to the long-established distinction between theories of justice which hold that the punishment of the offender is required for its own sake and theories offering instrumental or consequentialist justifications for punishment revolving around the notions of general and individual deterrence and rehabilitation. Commentators recognize that deterrence and rehabilitation are desirable goals but maintain that such goals cannot be attained through punishment (or through punishment alone). Being unable to justify the practice of punishment on these grounds, criminal justice theorists have sought to defend punishment by employing the idea of just deserts as a basis of retributivism. Retributivism claims that it is morally right to punish wrongdoers because that is what they deserve, irrespective of whether acts of punishment can protect people from criminal wrongdoing. The shift from instrumentalist or consequentialist justifications of punishment to retributive ones is motivated also by the desire to avoid the injustices occurring in the name of deterrence and

than merely ensuring that the offender pays his or her debt to society through punishment, the chief priority of restorative justice is to ensure that the offender is held accountable for his or her actions and repairs the harm, both material and symbolic, he or she has caused.¹⁶ In this context, accountability means understanding what one did and then taking responsibility for it.¹⁷ According to Johnstone,

instead of isolating offenders and seeking to deter them through threats of punishment, [we should aim to] hold the offender accountable, subject them to the disapproval of those who care about them, establish circles of support and accountability around them and attempt to restore repentant offenders to full membership of the community (JOHNSTONE, 2002, p. 161).

The above statement highlights a further feature of restorative justice, namely the desire to rehabilitate the offender with a view to preventing recidivism and returning the offender to the community. The reintegration of the offender is facilitated by the participation of the community in the restorative justice process and the removal of barriers to active involvement of offenders in the community life. Furthermore, reintegration into the community is an important need of crime victims, as often the very fact of being a victim can lead to further victimization by society.¹⁸

In this connection some reference should be made to the notion of 'reintegrative shaming', an idea that has played an important part in the restorative justice movement. According to John Braithwaite, the type of social shaming that is generated and perpetuated by the traditional criminal justice system

rehabilitation, e.g. when offenders are kept in prison indefinitely or for extended periods of time for relatively minor offences contrary to the principle of proportionality. The latter principle is closely connected to the idea of just deserts and requires a correspondence between the relative seriousness of the offence and the relative severity of the punishment imposed on the offender. The perception of retributive justice as being concerned with some abstract 'evening of scores' appears to be too simplistic, however. At its basis, retributive justice is concerned with social equality – with making the offender and the victim equal by giving the offender his or her just deserts. The philosophical justification for retribution is essentially social and the state's power to punish derives from the idea of the social contract to which citizens notionally subscribe (the so-called 'contractarian thesis'). For a critical look at the retributivist perspective see Braithwaite and Pettit (1990).

¹⁶ Although stigmatic punishment is incompatible with restorative justice, a restorative outcome might involve some form of suffering for the wrongdoer – e.g. he or she might be required to work off the damage he or she caused, give up certain activities or compensate the victim for the injury he or she sustained. However, such suffering is not imposed on the wrongdoer from without but is the result of a negotiated settlement between all the parties concerned.

¹⁷ As John Braithwaite has remarked, "retributivists are obsessed with passive responsibility because their priority is to be just in the way they hurt wrongdoers. The shift in the balance towards active responsibility occurs because the priority of the restorativist is to be just in the way they heal." (BRAITHWAITE, 2002b, p. 129). Consider also Graef (2000); Walgrave (2001).

¹⁸ Victims often share the offenders' experience of being stigmatized and isolated. This can happen when a victim's experience is disregarded or explained away as being the result of the victim's own acts or omissions. As Daniel Van Ness Ness (1986, p. 28) explains, "because we are afraid of crime, we sometimes have trouble dealing with victims. They remind us of our own vulnerability, in the same way that someone with a terminal disease reminds us of our mortality. So we ignore them, we shun them, we blame them. The victim becomes invisible".

through its formal processes and punitive measures entails the stigmatisation of the offender. Such stigmatization tends to create outcasts who reject community values and consequently makes recidivism and crimes rates worse. As the offender's role in society is undermined by stigmatisation, deviance for him or her then becomes a way of life that is difficult to change and is rationalized as a defensive lifestyle within the deviant subculture.¹⁹ The challenge for the restorative justice approach is to develop ways of responding to offenders that would counter the naturally occurring stigmatizing processes and provide mechanisms for the reintegration of offenders into community life. As Braithwaite has remarked, communities characterized by high levels of cohesion and low delinquency rates make substantial use of practices in which young people who violate social norms are 'shamed' and then 'reintegrated' into the community. A reintegrative process grounded on restorative justice would normally begin with a confrontation that empathetically involves the offender, affirms norms and engages family and community input and support. Then, community forgiveness of the offender occurs through a process of earned redemption as the offender makes amends to those he or she has harmed. Successful reintegration presupposes that the disapproval of the offending behavior is accompanied by the re-affirmation of the offender's status in the community as a good and respected person. Of particular importance is whether the procedure adopted succeeds in invoking feelings of genuine remorse in the offender. In this respect, choosing the right participants to be present in supporting roles is of paramount importance. If the process is to have a reintegrative effect the offender must be made powerfully aware of the disapproval of his or her wrongful conduct by persons for whom he or she maintains maximum respect. In the words of Braithwaite,

the discussion of the consequences of the crime for victims (or consequences for the offender's family) structures shame into the [restorative justice] conference; the support of those who enjoy the strongest relationships of love or respect with the offender structures reintegration into the ritual. It is not the shame of police or judges or newspapers that is most able to get through to us; it is shame in the eyes of those we respect and trust (BRAITHWAITE, 2002b, p. 74).²⁰

¹⁹ In the words of Gerry Johnstone, "by segregating and ostracising offenders we render them more rather than less of a threat to us. We drive them into criminal subcultures where they become more and more like alien enemies of the community. We lose whatever chance we have of influencing them to behave better and to subject themselves to various forms of supervision and control." (JOHNSTONE, 2002, p. 13). This approach draws support from the so-called 'labeling theories' in criminology. Labeling theories focus on the way other people react to offending behaviour and the subsequent effects of those reactions that create or contribute to deviance. It is submitted that when it becomes known that a person has engaged in deviant acts, he or she is then segregated from society and thus labeled, for example, 'thief', 'abuser', 'fraudster' and the like. Once a person has been singled out as a deviant, the label attached can become the dominant label or 'master status', which is seen as more important than all the other aspects of the person. This process of segregation creates 'outsiders', who are outcast from society, and then begin to associate with other individuals who have also been cast out. When more and more people begin to think of these individuals as deviants, they respond to them as such; thus the deviant reacts to such a response by continuing to engage in the behaviour society now expects from them. The labeling theories draw on the general sociological perspective known as 'symbolic interaction theory.' According to the latter theory, reality is to a large extent defined by shared social symbols: when enough people agree that a certain idea is true then it 'becomes' true and is understood as real. On the labeling perspective see, e.g.: Becker (1963); Lemert (1967); Gove (1980).

²⁰ For a closer look on the issue of reintegrative shaming see also Braithwaite (1989); Braithwaite (1993); Masters and Roberts (2000, p. 145).

Restorative justice processes can be applied in a variety of contexts at a formal or informal level. Formal restorative justice processes are usually initiated by criminal justice organs, while informal restorative justice processes are initiated by community groups and organizations.²¹ At a formal level, the criminal justice system can employ restorative justice during the pre-trial phase, during the pre-sentencing process as a condition of the sentence, or in pre-release programmes.²² At an informal level, restorative justice can be utilized to resolve a variety of conflicts and disputes such as, for example, neighbourhood conflicts, family conflicts and conflicts arising from bullying in schools. Although guided by common underlying principles, restorative justice programmes vary considerably from country to country and region to region, depending on local cultural norms, needs and customs. Examples include victim-offender mediation; family group conferencing; sentencing circles; peace-making circles; healing circles; victim intervention programmes; victim panels; and community reparative boards.²³ Most countries have developed standards and ethical guidelines for restorative justice practitioners, which address aspects

²¹ Restorative justice may be described as embracing a spectrum of practices ranging from serving as a complement to the traditional criminal justice system to being an alternative, community-based, dispute resolution system.

²² A number of scholars draw attention to the connection between restorative justice and what is referred to as 'therapeutic jurisprudence'. The therapeutic jurisprudence movement emerged as a reaction to a legal approach to mental health issues that focused solely on the rights of patients involved in legal proceedings, paying little attention to important larger considerations concerning their therapeutic needs. The following two questions were raised: (a) how could law and the legal process impact upon the emotional and psychological wellbeing of mental health patients? (b) How would consideration of patients' emotional and psychological wellbeing improve the law's functioning when addressing issues such as interrogation, involuntary commitment and treatment regimes? From this mental health focus, therapeutic jurisprudence has expanded in scope to encompass a broad range of therapeutic concerns in the domains of both civil and criminal law. But therapeutic jurisprudence is not limited to consideration of the effects of law on victims and offenders. Scholarship from the perspective of professionals involved in the justice process, especially judges and lawyers, is also emerging. Particular attention is paid to the question of how legal practice could be transformed through application of a therapeutic jurisprudence approach to lawyering and court practice. The emergent therapeutic jurisprudence literature, then, considers the individual-level as well as the system-level factors in the legal process and includes multiple perspectives. For a closer look on the development of therapeutic jurisprudence see Wexler (1992); Winick (1997); Winick and Wexler (2003).

²³ McCold distinguishes between mediation models (including community mediation, victim offender reconciliation and victim offender mediation programmes), child welfare conferencing models (including social welfare family group conferences and family group decision-making programmes), community justice conferencing models (including youth justice and police conferences) and circle models (including peace, sentencing and healing circles). See McCold (1999, p. 1). Umbreit has expressed the view that, notwithstanding the wide diversity of restorative justice programs, these programmes share many common elements. According to this author, the term 'restorative justice conferencing' may be used as an umbrella term to cover all forms of direct restorative communication between victims of crime and offenders that are facilitated by one or more impartial third parties. He has observed, further, that all the diverse models have strengths and weaknesses and that a multi-method approach to the matter will allow one to build on the strengths of the various models while minimizing the limitations. See Umbreit (2001, p. 33). It is important to note here that restorative justice is also relevant to programmes that do not involve direct contact between victims and offenders but employ shuttle conferencing as the preferred method. The latter method is considered very useful in some cases involving sexual offences where a face-to-face encounter may put the victim at the risk of further emotional harm.

such as the education and training of practitioners; the conduct of the restorative justice process; the victims' and offenders' safety and freedom of thought and choice; the impartiality and neutrality of practitioners; confidentiality and the disclosure and exchange of information; expert advice and assistance; how to detect and avoid manipulative or intimidating negotiating techniques; costs and fees; media policy; informed negotiations and dialogue, especially when different cultural and racial groups are involved; the screening of cases; and follow-up procedures and quality control through programme assessment and evaluation.

Examples of Restorative Justice Practices

Victim-Offender Mediation

Although practices associated with the idea of restorative justice can be found in many indigenous as well as pre-industrial Western justice traditions,²⁴ the term 'restorative justice' is currently understood as referring to programs implemented since the mid-1970s, based on mediated meetings between victims and offenders and aiming at reparation and reconciliation. Reference should be made in this connection to the victim-offender reconciliation programs – also referred to in some communities as 'victim-offender mediation programs' or 'victim-offender dialog programs'.²⁵ These programs seek to mediate between victims and offenders with a view to providing an opportunity for the offender and the victim to develop a mutually acceptable plan on how to deal with the harm caused by the offence.²⁶ During the relevant process victims and offenders come together in a safe, controlled setting and engage in a mediated discussion of the crime and the circumstances in which it was committed. With the assistance of the mediator the victim describes the physical, emotional and financial impact of the crime, asks questions about the crime and the offender and helps develop a plan for restoring losses.²⁷ The offender is given the opportunity to learn about the impact of the crime on the victim, describe what happened from his point of

²⁴ As Zehr remarks, "It is difficult to realize that the paradigm which we consider so natural, so logical (i.e. the one pertaining to the traditional criminal justice system), has in fact governed our understanding of crime and justice for only a few centuries. We have not always done it like this. [...] Instead, community justice has governed understandings throughout most of our history. [...] For most of our history in the West, non-judicial, non-legal dispute resolution techniques have dominated. People traditionally have been very reluctant to call in the state, even when the state claimed a role. In fact, a great deal of stigma was attached to going to the state and asking it to prosecute. For centuries the state's role in prosecution was quite minimal. Instead it was considered the business of the community to solve its own disputes." (ZEHR, 1985, p. 6-7). And see Weitekamp (1999); Johnstone (2002, p. 36 ff).

²⁵ These were first introduced in Kitchener, Ontario, in 1974. See Peachey (1989). The first victim-offender mediation program in the United States was introduced in Elkart, Indiana, in 1978, and was modelled on the program developed in Kitchener.

²⁶ For a closer look see Umbreit et al (1994); on the development and effectiveness of victim-offender mediation programs see Umbreit, Coates and Vos (2001).

²⁷ The role of the mediator is not to impose his interpretation or solution upon the parties, but to encourage them to tell their stories, express their feelings and work together towards an agreement about what the offender can do to address the harm he caused.

view and take direct responsibility for his conduct. Paying close attention to the needs of the victim is of vital importance here, and the mediator is expected to do everything possible to ensure that the victim will not be harmed in any way during the process. Moreover, both the victim's and the offender's participation must be voluntary – the parties should never be coerced into taking part in the process – and cases should be carefully screened regarding the readiness of the parties to participate. Furthermore, it is important that the parties are given choices, whenever possible, about procedural matters, such as when and where the mediation session will take place, who will be present and who will speak first.

Cases may be referred to victim-offender mediation programs by judges, probation officers, prosecutors, victim or defence lawyers and law enforcement agents. In some programs cases are referred as a diversion from prosecution, on the understanding that any agreement reached during the mediation process is to be successfully implemented; in other programs, cases are referred after the offender has been found guilty by the court, with the mediation being a condition of probation or other disposition, if the victim has agreed to participate. Mediation can take place at any time during the criminal justice process, or outside the system altogether, but only after the offender's guilt has been established as a result of a conviction or an admission of responsibility by the offender. In many countries, such as the US, Canada, England, Belgium and the Netherlands, victim-offender meetings are held in prison, usually after sentencing (even when mediation will have no effect on the sentence imposed). In some countries, moreover, meetings are organized which involve groups of unrelated victims and offenders.²⁸

In most countries victim-offender mediation programs have been incorporated into the justice process and are run by police and other law enforcement agents (e.g. the Thames Valley project in England, the Leuven mediation project in Belgium) or probation officers (e.g. in Austria and the Czech Republic). The great majority of cases involve offences of a less serious nature, such as property offences committed by young people, although the number of cases involving serious and violent crimes committed by both juveniles and adults is increasing. It should be noted that in some European countries the mediation process does not always involve a direct meeting between the victim and the offender. Instead, the mediator meets separately with each party, conducting shuttle negotiation, until an agreement on the appropriate form of restitution is reached. Although this form of mediation satisfies some restorative principles, it usually achieves less than a direct meeting between the parties can accomplish.

Conferencing

Many restorative justice scholars have drawn attention to issues concerning the nature and extent of the community's role in a restorative justice process.

²⁸ This is done, for example, with sexual assault victims and offenders in Canada and England.

In this respect, a practice that has attracted much attention is conferencing. Conferencing is essentially an extension of the victim-offender mediation process involving not only offenders and victims but also their wider communities of care, such as their respective families and other community members who may be able to play a part in the reconciliation process. It aims to involve the young offender, the victim and their families in a decision-making process with the objective of reaching a group-consensus on a just outcome. At the same time, it seeks to increase the offender's awareness of the human impact of his or her wrongful behaviour and to allow both offender and victim to reconnect to key community support systems. Conferencing is being used or experimented on in many countries, and there are now several versions of conferencing found in New Zealand, Australia, Asia, Southern Africa, North America and Europe. The way in which conferencing operates in different countries varies considerably.²⁹ The relevant process has been implemented in schools, police departments, probation agencies, community mediation programs, residential programs and neighbourhood groups. In general, however, conferencing is most often relied upon as a diversion from the court process for juvenile offenders or used after adjudication to address unresolved matters or to determine appropriate forms of restitution. Cases dealt with through conferencing involve a variety of offences, including property and drug offences, minor assaults, vandalism and, in a number of countries, domestic violence. A brief overview of restorative justice conferencing as it operates in New Zealand would be instructive at this point.

The turning-point in the recognition of restorative justice in New Zealand was the enactment of the Children, Young Persons and their Families Act 1989 (CYPFA). Although modern restorative justice theory was at an early stage of development when the 1989 legislation was enacted, it is obvious that the core restorative values of participation, negotiation, repair, healing and the reintegration of those affected have supplied the foundations of the new youth justice system. The CYPFA, which was developed in part as a response to indigenous Maori people's demands for a system of justice more sensitive to their traditional cultural values,³⁰ introduced significant changes in the way issues of juvenile justice and family welfare were addressed. Under the new statutory regime, primary responsibility for decisions concerning child abuse and neglect and youth offending is placed with extended families, which are given support in their role through services and other appropriate aid to respond to needs. The key element in the decision-making process is the family group conference, which includes all those directly concerned together with representatives of the responsible state agencies, i.e. child welfare for care and protection cases and the police in the case of offending.

²⁹ Conferences are referred to by a number of different names, such as Family Group Conferences, Community Action Conferences and Community Accountability Conferences.

³⁰ In Maori communities restorative justice practices were traditionally employed as a means of resolving problems caused by the violation of the customary norms governing community life. In these practices the emphasis was on reaching consensus through the involvement of the whole community and the desired outcome was the restoration of harmony through reconciliation. Members of Maori communities expressed dissatisfaction with the mainstream criminal justice system, especially with the system's response to juvenile offending, and this is understandable given that historically Maori justice was based on the notion that responsibility is collective and that redress is due not just to the victim but also to the victim's family. They insisted that families should play a part in decisions affecting young persons and were opposed to the removal of young offenders from their homes and communities.

A family group conference may be convened by a youth justice coordinator following a referral by the police or the Youth Court in three situations: (a) where a young person has allegedly committed an offence and has not been arrested, but the police are contemplating criminal proceedings (this is the most common trigger for a conference); (b) where a young person has been arrested and charged in the Youth Court, and he or she has not denied guilt; and (c) where the Court has issued an initial finding of guilt.³¹ When convening a conference, the youth justice coordinator is expected to consult with the families and individuals concerned as to the time, place and date of the conference, as well as the procedure to be followed. The coordinator is expected to implement the wishes of the parties, so far as this is practicable and consistent with the principles of the CYPFA. The CYPFA sets out the categories of persons who are entitled to attend a youth justice family group conference. These include: (a) the child or young person in respect of whom the conference is held; (b) every parent, guardian or other person who has care of that child or young person, or a member of the family or family group of that child or young person; (c) the youth justice coordinator;³² (d) the informant in the proceedings for the offence or alleged offence to which the conference relates (usually a representative of the Police Youth Aid Section or some other law enforcement agency); (e) any victim of the offence or alleged offence to which the conference relates, or a representative of that victim; (f) the victim's support group (members of his or her family or family group, or any other persons); (g) any legal counsel, barrister or solicitor representing the child or young person;³³ (h) a social worker; and (i) a probation officer, if the young person is subject to a community-based sentence.³⁴ It must be remembered that attendance at a conference is voluntary; it is sufficient compliance under the CYPFA that the individuals concerned had the opportunity to attend the conference through a proper invitation.³⁵

Occasionally, if it is appropriate, the family group conference proceedings are opened by a community elder or pastor with a greeting or prayer. The youth

³¹ It should be noted, that a court might direct that a conference be convened at any stage of hearing a proceeding if it appears that such a conference is necessary or desirable.

³² The CYPFA requires that youth justice coordinators be appointed on the basis that they have the appropriate personality, training and experience to perform their statutory responsibilities. They are expected to have organizational skills and the personal qualities necessary to interact with people from different cultural and socio-economic backgrounds.

³³ Although the counsel's principal responsibility is to protect the young person's legal rights, it is recognized that the restorative focus of the family group conference process and the clear statutory objectives that direct its operation should guide the counsel away from zealous adversarial representation. The counsel can play an important role in enhancing the well-being of his or her client by supplying information about the conference process and the emotional challenges that the latter may encounter. Consider on this Braithwaite and Mugford (1994).

³⁴ For the family group conference to accomplish its restorative aims, it is essential that the professionals participating in it take a 'back-seat' role. When families lack the knowledge or confidence to deal with the issues at hand, there is actually a danger that the professionals may assume control over the decision-making process. The intervention by professionals (whether direct or indirect, conscious or inadvertent) may prevent the attainment of empowerment by the young person, the victim and their respective families.

³⁵ If people entitled to appear at the meeting are unable to do so and wish to have their views considered, they must notify the youth justice coordinator of their unavailability. Thereupon, the coordinator has a legal duty to ascertain their views and ensure that these are communicated to the conference.

justice coordinator will then introduce those present or ask them to introduce themselves. Next, the youth justice coordinator will inform the participants of the matters that have brought the young person to the attention of the law enforcement authorities, explain the purpose of the conference and advise the participants on the decisions and recommendations that can be devised and the methods for their implementation. The law enforcement officer will then supply the conference with detailed information about the alleged offending. The conference must ascertain whether the young person admits the offence, unless the conference has been convened after the charge was proved at court. No decisions, plans or recommendations can be formulated if the young person does not admit the offence or if the conference cannot ascertain an admission of guilt; should this be the case, the matter must be transferred back to the referring agency. No pressure should be exerted on the young person to admit the offence. After the young person has admitted responsibility for the offence, the victim or his or her representative will be invited to speak about the personal impact of the offender's misconduct. Next, all the participants will discuss the causes, circumstances and effects of the young person's wrongdoing and share their views about how to set matters right. At this stage, the coordinator will clarify the procedures that will apply if the young person's family makes a recommendation that the conference as a whole is prepared to accept and the consequences that will ensue if an agreed decision proves impossible. The young offender, his or her family and other support persons will then deliberate privately with a view to formulating a plan. When the family has finished its deliberations, the young person and his or her support group will rejoin the conference and put forward their recommendations. These recommendations will then be presented to the victim, his or her support group and the law enforcement agent. The consensus of opinion is that any decisions made at a family group conference are binding only if they are unanimous and supported by all those participants entitled to attend and who actually participated in the conference.

The conference has the flexibility to make any decision or recommendation it chooses but, in particular, it can recommend that: (a) any proceedings commenced against the young person should progress or be discontinued; (b) a formal police caution should be issued; (c) an application for a declaration that the young person requires care or protection should be initiated; (d) appropriate penalties should be imposed on the young person; and (e) the young person should make reparation to any victim. Although the CYPFA explicitly refers to the above five recommendations, they are not intended to limit the discretion of the conference. For instance, the conference could recommend that the young offender should write a letter of apology to the victim;³⁶ perform community service; or be placed under appropriate supervision. Where the young person has been detained in custody pending the determination of the charge, the conference can make a recommendation regarding custody; where proceedings in relation to a charge

³⁶ It is important that any apology is personal and sincere, and expresses the true feelings of the person making the apology. A guide to the preparation of an apology letter is helpful but it is important that apology letters do not become formalized. The aim is to elicit a sincere expression of regret for the young person's behaviour and to demonstrate an understanding of the effect of the offending on the victim or victims. The Youth Court Judge may ask a young person to read out the apology letter and, if the letter is inadequate, the Judge may direct that it be rewritten.

have commenced, it can recommend to the court whether the court or an alternative body should deal with the young person. Where the court has issued an initial finding of guilt, the conference can recommend how the young person should be treated. The CYPFA makes no provision for an appeal against the decision, recommendation or plan formulated by a family group conference. Any participant who is dissatisfied with a proposed decision, recommendation or plan can refuse to agree and this will prevent the achievement of a binding decision.

The intended effect of family group conferencing on a young offender is guided by the statutory principles enacted by the CYPFA. These principles support both accountability and welfare goals within the youth justice context.³⁷ An emphasis on accountability enhances a young person's development by encouraging him or her to critically evaluate their behaviour, assume responsibility for his or her life and achieve cognitive self-change. Identifying and addressing the needs of juveniles is a key objective of the restorative justice approach, and this is achieved in the family group conferencing process largely through the participation of the young offender and his or her family in the formulation of the conference plan. Furthermore, the participation and empowerment of young offenders are important elements for the success of a reintegrative shaming ceremony – a process recognized as capable of engendering positive and rehabilitative results. The dynamics of the family group conference are extremely relevant from a reintegrative shaming perspective: as Braithwaite points out, the family unit is the ideal forum to realize the potential of reintegrative shaming (BRAITHWAITE, 1989, p. 55-56). The centrality of the family is linked to the fact that families often exhibit the essential features of communitarianism and interdependency.

These features invoke personal obligations that provide the essential foundations for cognitive self-change. The role of the family is also related to the observation that the family is most likely to exist as the key social unit that takes responsibility for reintegrating the young offender. Reintegration is achieved in the family group conference process through the formulation of a plan aimed at healing the injury caused by the offending behaviour as well as dealing with the underlying causes of that behaviour. By agreeing to the plan, the young person is thought to disassociate himself or herself from the shamed behaviour. Furthermore, the victim's involvement in the process is said to empower the victim in his or her search for healing.³⁸ The commonly cited benefits of victim participation include having one's views heard; meeting with the offender to express one's anger and emotions directly; assessing the offender's attitude; and understanding why the offence occurred. Research suggests that the provision of information to victims about both the procedure and the range of emotions they may experience can enhance their well-being (consider, e.g., MORRIS; MAXWELL, 2001, p. 278).

³⁷ Section 4 (f) of the CYPFA stipulates that: "The object of this Act is to promote the well-being of children, young persons, and their families and family groups by [...] (f) ensuring that where children or young persons commit offences, (i) they are held accountable, and encouraged to accept responsibility, for their behaviour; and (ii) they are dealt with in a way that acknowledges their needs and that will give them the opportunity to develop in responsible, beneficial, and socially acceptable ways."

³⁸ As Howard Zehr points out, healing is best achieved when victims are involved in the process with a view to satisfying their need for an experience of justice. See Zehr (1990, p. 191).

Finally, the CYPFA is explicit in its intent to empower and strengthen the family by vesting with the family the responsibility to respond to their young members' offending. The restorative potential of the family's increased role lies not only in its responsibility to deal with the offending, but most importantly in the legislature's objective to strengthen the family as a valuable institution in its own right. The family group conference process presents an opportunity for the family to understand the nature and causes of the offending behaviour and to seek ways to help the young person. The wider family may learn about problems within the nuclear family that are related to the offending and possibly assist in tackling those weaknesses. The process may also initiate better family functioning through communication, co-operation, supervision and proper exercise of authority (see HASSALL, 1996, p. 31-32). Moreover, when people from outside the family, such teachers and community elders, are invited to the conference, the process may contribute to the empowerment and well-being of the wider community by enhancing understanding of social realities, reducing stereotypes and fostering bonds of solidarity and cooperation (consider CUNHA, 1999, p. 283 at 339).

A number of research studies have confirmed that, in general, the outcomes of conferences are largely restorative: the majority of the individuals involved participate in the process and subscribe to the decisions reached, which are for the most part concerned with the reparation of the harm and the reintegration of offenders. These studies have also identified several key factors that are associated with crime prevention and positive life outcomes. These include the equitable and respectful treatment of all; the absence of stigmatic or disintegrative shaming; the understanding of the nature and aims of the process by the participants; and the young offender feeling remorseful, forgiven and supported. The studies also found that the costs of restorative justice conferencing are significantly lower than those of the formal sentencing process.³⁹

Circle Sentencing

Circle sentencing has its roots in the traditional sanctioning and healing practices of aboriginal peoples in Canada and American Indians in the United States. The first sentencing circles were set up by supportive judges and community justice committees in the early 1990s in the Yukon Territory, Canada, and other northern Canadian communities (see CAYLEY, 1998, p. 182). In the mid-1990s the use of sentencing circles spread to the United States with the introduction of a pilot project in Minnesota. Circle sentencing is a community-based process conducted in partnership with the criminal justice system. Its aim is to develop an appropriate sentencing plan by taking into account the needs of all the parties involved in or affected by a crime, as well as those of the broader community. The focus of the process is again on reconciliation and the restoration of peace, rather than on retribution and deterrence, although sanctions can play a part if they are deemed necessary for achieving the goal of restoration. Circle sentencing has been used in cases involving a variety of crimes committed by both juvenile and

³⁹ For a more detailed account of the New Zealand approach to family group conferencing see Mousourakis (2015); (2010); (2007).

adult offenders. Of course not all cases can be dealt with through circle sentencing. Community concerns, the expectations of the victim and his family, the victim's and the offender's willingness to participate and the dedication of the parties' support groups are all key factors in determining whether a case is suitable for the circle process (see STUART, 1994, p. 13; LaPRAIRIE, 1995, 78 f.; LILLES, 2001, p. 161-179).

A sentencing circle is constructed as an open court. Within the 'circle', crime victims, offenders, family and friends of both, justice and social service personnel, and interested community members talk about the crime and assess its impact freely and openly with a view to arriving at a consensus for a sentencing plan that would address the concerns of all interested parties. The objective, in other words, is to allow the best information to emerge from all the participants in the process so that a solution can be identified that would assist in healing all affected parties and prevent future crimes. In addition to offender's undertaking to make amends, the relevant plan may incorporate commitments by the justice system, the community and the families concerned.

It is important to note here that circle sentencing usually involves a procedure that includes more than one step (application by the offender to participate in the circle process, a healing circle for the victim, a healing circle for the offender, a sentencing circle to reach an agreement on a sentencing plan and subsequent circles to monitor and assess the progress of the offender). The elements of the circle process vary from one community to another depending upon local needs and culture. They also evolve over time based on the community's changing needs, knowledge and experience. The successful implementation of a circle sentencing process presupposes adequate cooperation between the formal criminal justice system and the broader community – between criminal justice professionals and community members. Moreover, participants must be skilful in applying consensus-building techniques and implementation procedures must be flexible and adaptable to the requirements of the individual case. A brief overview of the circle sentencing process as it operates in Canada is offered below.

In Canada circle sentencing is employed largely in cases involving offences of a serious nature or where the circumstances of the offender warrant such intervention.⁴⁰ It is utilized by judges as an alternative to hearing formal sentencing submissions from defence attorneys and the prosecution. It is therefore required that the offender must enter a plea of guilty in the opening stage of the process accepting full responsibility for the offence.⁴¹ Usually between 15 and 50 members of the community concerned are in attendance. Seats are arranged in a circle and the procedure is chaired either by a judge or a respected community member (sometimes referred to as 'keeper of the circle'). After the participants introduce themselves, the charges are read and the prosecution and defence lawyers deliver short opening remarks on the case. The community members then present their views. Unlike a regular court-based sentencing process, which focuses on the offence and the offender, discussions embrace

⁴⁰ Circle sentencing has been used for both adult and juvenile offenders, but primarily for offenders belonging to Aboriginal communities.

⁴¹ It is important to note that circle sentencing is not another form of diversion; rather, it is part of the established judicial process and results in convictions for offenders.

a variety of topics including: the prevalence of the offence in question and similar crimes in the community; the root causes of such crimes; the impact of such crimes on victims generally, as well as on the families and communities concerned; the impact of the particular crime under consideration on the victim and his or her family; what can be done within the community to prevent this type of offending behaviour; what steps need to be taken to heal the offender, the victim, their respective families and the community; and the requirements of an appropriate sentencing.

Throughout the process the victim and his or her support group are active and equal participants in the discussions, which usually take from two to ten hours spread out over two separate hearings. At the end of the first hearing the offender is given a set of goals and is asked to adopt a plan reasonable to the situation. Several weeks or months later, the circle will reconvene to evaluate the offender's performance and introduce any necessary changes to the plan. At this stage, the judge will determine the final sentence taking into account the recommendations of the circle.

Other Applications of Restorative Justice

Besides offering an alternative to ordinary criminal justice processing, restorative justice practices are also being relied upon in dealing with a variety of social problems, such as domestic violence, child neglect and school bullying. Evidence suggests that restorative justice programs designed to confront problems of this nature can produce a multiplicity of beneficial outcomes, including enhanced family unity, better parenting, reduced drinking problems and decreased family violence. Moreover, programs combining mediation between victim and offender with meetings of students, teachers and parents to discuss the prevention of violent behaviour in schools are producing promising results (consider RIGBY, 1996). These programs have proven more effective than simple mediation (through which children resolve individual disputes as they arise) for they view bullying incidents as providing an opportunity for the whole school community to express its disapproval of the offending behaviour (see GOTTFREDSON, 1997). The knowledge acquired from the application of restorative justice techniques in the fields of justice and education has facilitated the adaptation of restorative interventions in conflicts arising in the workplace as well.⁴²

Furthermore, restorative justice methods have been used in a number of countries as a means of resolving conflicts between citizens and their governments.⁴³ Reference should be made in this connection to the truth and reconciliation commissions of South and Central America, which have contributed

⁴² Restorative justice techniques have been adopted as a means of resolving often complex conflicts inside corporations, factories and other work settings. See on this McDonald and Moore (2001).

⁴³ For example, Fresno, California has employed dispute resolution techniques to deal with allegations of abuse of power by police. A similar program is being developed by Thames Valley police to deal with citizen complaints against the police misconduct.

greatly to the resolution of conflicts generated by civil war and government abuses. Another example is offered by the South African Truth and Reconciliation Commission, which has been described as an expression of restorative justice in addressing the injustices committed during the apartheid period. The Commission adopted the view that while the testimonies of the perpetrators of human rights abuses were central to the proceedings, more important was the fact that victims were given the opportunity to speak openly about their loss and suffering and to ask questions of offenders. The public hearings of the Commission exposed the South African public to this different approach to the nature and function of justice. Besides serving political needs, this type of justice returned power to victims and their families, demanded accountability from offenders and sought to provide some level of reparation to those who had suffered.⁴⁴

International Recognition of Restorative Justice

As a result of the growing interest in restorative justice around the world, restorative justice has in recent years attracted a great deal of attention at an international level. Indeed the UN has long emphasised the increasingly important role of the restorative justice approach in addressing the problems associated with crime. As noted in its Handbook on Justice for Victims,

The framework for restorative justice involves the offender, the victim, and the entire community in efforts to create a balanced approach that is offender-directed and, at the same time, victim-centred. Victim compensation has become a key feature of restorative justice in many developed countries but could well be revived in developing countries, where it has largely been abandoned with the introduction of alien justice systems (UNODCCP, 1999, p. 42-43).

In 1999 a resolution was adopted by the United Nation's Economic and Social Council encouraging member states to make use of the restorative justice approach in appropriate cases. The same resolution invited the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice to consider formulating a set of guidelines on the development and implementation of restorative justice programs. Moreover, at the Tenth UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, which took place in Vienna in May 2000, restorative justice and the issue of fairness to both victims and offenders were discussed at great length.

⁴⁴ The following statement from the report of the TRC reflects clearly the Commission's approach: "Given the magnitude of this exercise, the Commission's quest for truth should be viewed as a contribution to a much longer-term goal and vision. Its purpose in attempting to uncover the past had nothing to do with vengeance; it had to do, rather, with helping victims to become more visible and more valuable citizens through the public recognition and official acknowledgement of their experiences [...] In addition, by bringing the darker side of the past to the fore, those responsible for violations of human rights could also be held accountable for their actions. In the process, they were given the opportunity to acknowledge their responsibility to contribute to the creation of a new South African society." (TRC Report, Volume 1, paras 27-28).

The Congress endorsed a declaration encouraging governments to develop and expand restorative justice programs. Following the conclusion of the Congress proceedings, the UN's Commission on Crime Prevention and Criminal Justice adopted a resolution inviting Member States to comment on "Preliminary Draft Elements of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters". The relevant proposal was subsequently approved by the UN Economic and Social Council.

At a European level, the increasing impact of the restorative justice approach is reflected in a number of recent developments, such as the recommendation on the use of mediation in criminal matters adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in 2000. In the same year, the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice was created with the support of the European Union for the purpose of facilitating cooperation between restorative justice experts – scholars, practitioners and policy makers – throughout Europe and promoting international and comparative research in restorative justice. In April 2003 the European Parliament endorsed a proposed European Network of National Contact Points for Restorative Justice.⁴⁵ To be developed in consultation with the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, the network is intended to improve the flow of information and exchange of knowledge about restorative justice throughout Europe, promote research on the topic of restorative justice, identify and develop areas for training and evaluation and organize conferences, seminars and other activities to promote restorative justice.

Finally, reference should also be made here to the Rome Statute for an International Criminal Court which contains a number of provisions arguably based on restorative justice principles. Thus to help victims and witnesses deal with the judicial process the Statute provides for the creation of a victim and witness unit which will provide counseling and other assistance to victims and witnesses and advise the prosecutor and the Court on matters relating to the protection of their rights. It is stated, also, that the Court should take appropriate measures to protect the privacy, dignity and physical and psychological well-being and the security of victims and witnesses. Moreover, the Statute includes a mandate to establish principles relating to restitution, compensation and other reparation to victims, and a mandate to establish a trust fund for the benefit of victims of crime and their families.⁴⁶

⁴⁵ The proposal lists several international documents as furnishing a basis for establishing this network. Of particular importance is the Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings. Article 10 of the decision invited Member States to promote the use of mediation as a response to crime. Article 17 set March 2006 as the deadline for Member States to have enacted legislation for the purpose of implementing article 10. The Network is expected to involve up to three contact points for each Member State, including at least one representative from the national authorities responsible for restorative justice.

⁴⁶ It should be noted here, however, that certain measures of a restorative nature were considered and ruled out, such as the recognition of restitution as a form of sanction that might be imposed by the Court in appropriate cases.

Assessing the Effectiveness of Restorative Justice Programs

The growing interest in the restorative justice approach in recent years is so far outpacing empirical research in assessing its effectiveness. Nevertheless, a dynamic research community is emerging whose members recognise that the future of restorative justice will ultimately be determined by how effective restorative justice programs are found to be as compared to conventional criminal justice processing. Comparing restorative justice with mainstream criminal justice processing in reference to types of offences and offenders and considering their respective effectiveness in terms of crime prevention is, of course, important. However, relying on recidivism as the sole measure of success of the restorative justice approach cannot give us the full picture as regards its potential. Besides the issue of recidivism, it is important to consider the other potential benefits of restorative justice programs to victims, offenders and communities. Although a great deal of work still remains to be done, a picture is beginning to emerge about the value that key participants place on the restorative justice approach. Of particular interest is the data collected regarding satisfaction with outcomes from Family Group Conferences.

The evidence emerging from a number of studies on conferencing programs suggests that victims are in general satisfied with the relevant process and its outcomes.⁴⁷ Community members who have participated in such programs in support roles have also expressed high levels of satisfaction with the restorative process (see, e.g., BURFORD; PENNELL, 1998; McCOLD; WACHTEL, 1998). Victims are very appreciative of the opportunity a conference presents for them to express their point of view, describe the way in which their lives were affected by crime and take part in the resolution of the problems they experience. They also appreciate the emotional and material reparation which can be directly transacted with the offenders in the conference setting. At the same time, however, there is evidence that the level of engagement expected of a victim taking part in a conference, especially the requirement that he deal face-to-face with the offender, involves the risk of further emotional harm.⁴⁸

⁴⁷ Similarly, in evaluations of the reactions of victims who had taken part in restorative justice programs using mediation in the US, Canada and England, researchers found higher levels of satisfaction, as compared with victims in unmediated cases. See Umbreit (1992). See also Braithwaite (1999, p. 20-26).

⁴⁸ According to a number of studies carried out in New Zealand and Australia around a third of victims report feeling worse after the conference See, e.g., Maxwell and Morris (1993); (1998). And see Strang and Sherman (1997). The results of the study carried out in New Zealand showed that 49% of victims were satisfied with Family Group Conference outcomes, whilst 31% were not satisfied at all. Of those who expressed dissatisfaction, most said that they felt worse as a result of attending the conference. It is worth noting here that the relatively low levels of satisfaction expressed by victims (as compared with those expressed by offenders) are somewhat bemusing when viewed in light of the fact that 95% of the Family Group Conferences in the study were recorded as having concluded with an 'agreed' outcome. Surprisingly, this issue has not been addressed at any length in the literature, although this inconsistency might be taken to indicate that, in practice, the role of victims in Family Group Conferencing is not as important as it appears to be in theory and that the relevant process does not entirely achieve the restorative justice aim of restoring victims. Having said this it cannot be forgotten, however, that nearly 50% of victims did express satisfaction with the outcomes of Family Group Conferencing and this is an improvement on levels of satisfaction expressed by victims following regular court proceedings and sentencing.

Now, with respect to offenders, evidence from a number of studies suggests that participation in restorative justice programs, especially conferencing, leads to desistance from further wrongdoing and a possible decrease in recidivism (consider BRAITHWAITE, 1999; and see MAXWELL; MORRIS, 1999; and see POLLARD, 2000, p. 17; MORRIS; GELSTHORPE, 2000, 21 f.). The relative success of these programs in preventing re-offending has much to do with the fact that offenders are more likely to respond positively to their justice experience when they perceive the relevant process to be equitable and fair.⁴⁹ And there is clear evidence that offenders view conferencing as more procedurally fair than mainstream criminal procedure, despite the formal rules governing the latter and the absence of any rules beyond common courtesy in conferencing (see, e.g., UMBREIT, 1992; SHERMAN et al, 1998).⁵⁰

Concluding Remarks

Over the past decade restorative justice has been embraced in several countries around the world as a remedy for the shortcomings of mainstream criminal justice processing. The benefits which restorative justice entails for victims, offenders and the communities affected by crime may be sufficient in their own right to justify program development on this basis.

One should not lose sight of the fact, however, that restorative justice is in many respects an incomplete model of justice and that important issues remain, which are not addressed, or satisfactorily dealt with, by current restorative justice practices. Reference should be made, in this connection, to the problem of inconsistency of outcomes and the fear that the restorative justice approach may deprive offenders of important rights relating to due process. In relation to the latter concern, commentators have remarked that as a restorative justice practice becomes more complex through the introduction of 'due process' requirements and those involved in it become increasingly specialised, it runs the risk of giving rise to a new criminal justice 'industry' which could be as rule-bound and bureaucratic as the mainstream system (see LaPRAIRIE, 1995).

It has been asserted, moreover, that restorative justice programs do not pay sufficient attention to the larger profile of conflict that envelops episodes of crime and delinquency and thus they fail to address the 'big picture' of crime. As one scholar has remarked, "overly focusing on the process of saving individual victims and offenders could divert attention from the root causes in society that continuously produce a never ending supply of victims and offenders." (McCOLD, 1995). A further problem is that in some cases there appears to be a marked imbalance between the gravity of the offence and the obligation imposed on the offender as a result of a restorative justice agreement which, according to some critics, is 'like a slap on the wrist' of the offender.

⁴⁹ A position supported by psychological research in the field of procedural justice. For a closer look see Tyler (1990).

⁵⁰ Studies on conferencing in New Zealand have shown that 84% of young offenders and 85% of parents were satisfied with Family Group Conferencing and its outcomes. See Maxwell and Morris (1998).

There is also a fear that many offenders do not feel genuine remorse for their wrongful actions, seeking only to gain the advantages which participation in a restorative justice program entails. Commentators remark that restorative justice programs tend to pay more attention to the needs of offenders than those of the victims of crime. It is noted that some victims find it difficult to cope with what takes place in a restorative justice meeting and the range of emotions which they are likely to experience there. They may, therefore, leave the meeting feeling unsupported or, even worse, revictimised. Many of these shortcomings, however, are likely to be the result of a defective practice or of differences in the circumstances or dispositions of particular individuals, rather than the result of some inherent defect in the restorative justice approach itself.

With respect to the application of restorative justice questions have been raised regarding the formulation of criteria for determining which cases should be dealt with through conferencing, the effectiveness of shame and reintegration strategies (see WHITE, 1994, ch 10), the protection of the privacy of those participating in a restorative justice program and the status of the information provided by the participants.⁵¹ Problems in the application of restorative justice are caused by the inadequacy of preparation prior to a conference resulting in insufficient rapport between the parties, and by the lack of neutrality of officials and conference coordinators encouraging the stigmatisation of offenders and making their reintegration difficult.

Moreover, criminologists have been wrestling with the question of whether restorative justice techniques should be limited to juvenile offenders and offences of a less serious nature or expanded to include serious adult offending. Connected with this is the broader question of the potential of such techniques among serious and persistent adult offenders in reducing recidivism and rates of imprisonment generally.

The judiciary will no doubt have a major role to play if conferencing or other restorative justice practices are to become mainstream practices for use beyond juveniles and beyond the less serious end of offending behaviours.⁵² Scholars and justice experts have also been working on the issues of adequate training of conference coordinators and the introduction of procedural guarantees to protect offenders and victims from the perils of informal justice and to ensure that the whole process and outcome is fair, equitable and capable of being complied with.

These considerations have to be balanced, however, against the risks of denying innovation and of creating an alternative criminal justice system as rule-bound and inflexible as the mainstream one. In this respect it is crucial that participants attend conferences voluntarily, that responsibility is assumed prior to considering conferencing as an option and that outcomes of conferences are based on genuine agreement between the parties concerned.

⁵¹ Such as, for example, a confession by the offender of a separate crime.

⁵² New Zealand practice provides a useful model for how this could be achieved because of the role of the judiciary both in ordering that a conference be held in certain cases and in ratifying conference outcomes in such cases – a role recently confirmed by the New Zealand legislature. Under s. 8 of the Sentencing Act 2002 ‘In sentencing or otherwise dealing with an offender the court [...] must take into account any outcomes of restorative justice processes that have occurred, or that the court is satisfied are likely to occur, in relation to the particular case.’

Some proponents of restorative justice recommend that restorative justice programs should be independent of mainstream criminal justice because their objectives and guiding principles are different (see, e.g., MARSHALL, 1990; see also MARSHALL; MERRY, 1990). Others look for ways in which forms of restorative justice might be combined with current criminal justice practices so that the latter could be informed and influenced by restorative principles (see, e.g., WALGRAVE; AERTSEN, 1996). But most hope that, provided that the evaluative research continues to show encouraging results, restorative justice programs will become a mainstream alternative to traditional criminal justice processing.

This is not likely to happen, however, unless restorative justice is shown to have the capacity to prevent crime. Proving that capacity depends upon the testing and implementation of restorative justice programs, and this presupposes government agency cooperation, adequate resourcing and, of course, public support. A general improvement of the justice system through the employment of restorative justice techniques is not an over-optimistic expectation. Restorative justice programs are operating in several countries around the world today and the potential that restorative justice offers both for enabling deliberative democracy and for providing a credible alternative to traditional criminal justice processing has already been shown to be worth pursuing.

REFERENCES

- BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: studies in the sociology of deviance. New York: Free Press, 1963.
- BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- BRAITHWAITE, John. Juvenile offending: beyond theory and practice. In: ATKINSON, Lynn; GERULL, Sally-Anne (Ed.). National Conference on Juvenile Justice. **Conference Proceedings**, Canberra, Ed. Australian Institute of Criminology, n. 22, p. 35-42, 1993.
- BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2002b.
- BRAITHWAITE, John. Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic accounts. In: TONRY, Michael (Ed.). **Crime and Justice, a Review of Research**, Chicago (IL), Ed. University of Chicago Press, v. 25, p. 1-127, 1999.
- BRAITHWAITE, John. Setting standards for restorative justice. In: **British Journal of Criminology**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 42, n. 3, p. 563-577, 2002a.
- BRAITHWAITE, John; MUGFORD, Stephen. Conditions of successful reintegration ceremonies: dealing with juvenile offenders. In: **British Journal of Criminology**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 32, n. 2, p. 140-171, 1994.

- BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. **Not just deserts:** a republican theory of criminal justice. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- BURFORD, Gale; PENNELL, Joan. **Family group decision making project:** outcome report volume I. St. John's (NF): Memorial University of Newfoundland, 1998.
- CAYLEY, David. **The expanding prison:** the crisis in crime and punishment and the search for alternatives. Cleveland (OH): Pilgrim, 1998.
- CHUPP, Mark. Reconciliation procedures and rationale. In: WRIGHT, Mart; GALAWAY, Burt (Ed.). **Mediation and criminal justice:** victims, offenders and community. London: Sage, 1989. p. 56-68.
- CUNHA, Jennifer Michelle. Family group conferences: healing the wounds of juvenile property crime in New Zealand and the United States. In: **Emory International Law Review**, n. 13, p. 283-343, 1999.
- EGLASH, Albert. Beyond restitution: creative restitution. In: HUDSON, Joe; GALAWAY, Burt (Ed.). **Restitution in criminal justice.** Lexington (Mass.): Lexington, 1977. p. 91-100.
- GOTTFREDSON, Denise C. School-based crime prevention. In: SHERMAN, Lawrence W. et al. (Ed.). **Preventing crime:** what works, what doesn't work and what's promising: a report to the United States Congress. Washington (DC): National Institute of Justice, US Department of Justice, 1997. p. 5.1-5.74.
- GOVE, Walter R. **The labelling of deviance:** evaluating a perspective. Beverly Hills (CA): Sage, 1980.
- GRAEF, Roger. **Why restorative justice?:** repairing the harm caused by crime. London: Calouste Gulbenkian, 2000.
- HASSALL, Ian. Origin and development of family group conferences. In: HUDSON, Joe et al. (Ed.). **Family group conferences:** perspectives on policy and practice. Monsey (NY): Willow Tree, 1996. p. 17-36.
- JOHNSTONE, Gerry. **Restorative justice:** ideas, values, debates. Portland (OR): Willan, 2002.
- LaPRAIRIE, Carol. Altering course: new directions in criminal justice and corrections: sentencing circles and family group conferences. In: **Australian and New Zealand Journal of Criminology: Special Issue: Crime, Criminology and Public Policy**, p. 78-99, 1995.
- LEMERT, Edwin M. **Human deviance, social problems and social control.** Englewood Cliffs (NJ): Prentice Hall, 1967.
- LILLES, Heino. Circle sentencing: part of the restorative justice continuum. In: MORRIS, Allison Margaret; MAXWELL, Gabrielle M. (Ed.). **Restorative justice for juveniles:** conferencing, mediation and circles. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2001. p. 161-179.

MARSHALL, Tony Francis. The evolution of restorative justice in Britain. In: **European Journal on Criminal Policy and Research**, v. 4, n. 4, p. 21-43, 1996.

MARSHALL, Tony Francis. Results of research from british experiments in restorative justice. In: GALAWAY, Burt; HUDSON, Joe (Ed.). **Criminal justice, restitution and reconciliation**. Monsey (NY): Criminal Justice, 1990. p. 83-107.

MARSHALL, Tony Francis; MERRY, Susan. **Crime and accountability**: victim/offender mediation in practice. London: HMSO, 1990.

MASTERS, Guy; ROBERTS, Ann Warber. Family group conferencing for victims, offenders and communities. In: LIEBMANN, Marian (Ed.). **Mediation in context**. London: Jessica Kingsley, 2000. p. 140-154.

MAXWELL, Gabrielle M.; MORRIS, Allison Margaret. Family, victims and culture: youth justice in New Zealand. Wellington (NZ): Social Policy Agency and Institute of Criminology, Victoria University of Wellington, 1993.

MAXWELL, Gabrielle M.; MORRIS, Allison Margaret. Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study. In: **Western Criminology Review**, v. 1, n. 1, p. 1-17, 1998.

MAXWELL, Gabrielle M.; MORRIS, Allison Margaret. **Understanding reoffending**: final report to Social Policy Agency and the Ministry of Justice. Wellington (NZ): Institute of Criminology, 1999.

McCOLD, Paul. **Restorative justice practice**: the state of the field. Pipersville (PA): Community Service, 1999.

McCOLD, Paul. Restorative justice: the role of the community. Paper presented to the Academy of Criminal Justice Sciences Annual Conference, Boston, 1995, March. Available at: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTA1>. Accessed 18 February 2020.

McCOLD, Paul; WACHTEL, Benjamin. **Restorative policing experiment**: the bethlehem pennsylvania police family group conferencing project. Pipersville (PA): Community Service, 1998.

McDONALD, John; MOORE, David. Community conferencing as a special case of conflict transformation. In: STRANG, Heather; BRAITHWAITE, John (Ed.). **Restorative justice and civil society**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 130-148.

MORRIS, Allison Margaret; GELSTHORPE, Loraine R. Something old, something borrowed, something blue, but something new? a comment on the prospects for restorative justice under the Crime and Disorder Act 1998. In: **Criminal Law Review**, London, Ed. Sweet & Maxwell, p. 18-30, January 2000.

MORRIS, Allison Margaret; MAXWELL, Gabrielle M. Implementing restorative justice: what works? In: MORRIS, Allison; MAXWELL, Gabrielle M.(Ed.).

Restorative justice for juveniles: conferencing, mediation and circles. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2001 p. 268-281.

MORRIS, Allison Margaret. Critiquing the critics: a brief response to critics of restorative justice. In: **British Journal of Criminology**, Oxford, Ed. Oxford Universidad Press, v. 42, n. 3, p. 596-615, 2002.

MOUSOURAKIS, George. Family conferencing for young offenders: some lesson from New Zealand. In: **Journal of Law and Politics**, Ontario, Canada, Ed. Canadian Center of Science and Education (CCSE), v. 40, n. 1, p. 38-68, 2007.

MOUSOURAKIS, George. Restorative justice conferencing in New Zealand: theoretical foundations and practical implications. In: **Nomos**, v. 27, p. 43-66, 2010.

MOUSOURAKIS, George. Restorative justice, indigenous custom and justice reform in New Zealand. In: **South Pacific Studies**, Kagoshima, Ed. Kagoshima University Research Center, v. 36, n. 1, p. 1-31, 2015.

PEACHEY, Dean E. The Kitchener experiment. In: WRIGHT, Martin; GALAWAY, Burt (Ed.). **Mediation and criminal justice**: victims, offenders and community. London: Sage, 1989. p. 14-26.

POLLARD, Charles. Victims and the criminal justice system: a new vision. In: **Criminal Law Review**, London, Ed. Sweet & Maxwell, p. 5-17, January 2000.

PRANIS, Kay. Restorative values and confronting family violence. In: STRANG, Heather; BRAITHWAITE, John (Ed.). **Restorative justice and family violence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 23-41.

RETZINGER, Suzanne M.; SCHEFF, Thomas J. Strategy for community conferences: emotions and the social bonds. In: GALAWAY, Burt; HUDSON, Joe (Ed.). **Restorative justice**: international perspectives. Monsey, NY: Criminal Justice, 1996. p. 315-336.

RIGBY, Ken. **Bullying in schools and what to do about it**. Melbourne: Australian Council for Educational Research, 1996.

ROACH, Kent. Changing punishment at the turn of the century: restorative justice on the rise. In: **Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice**, Toronto (Canada), Ed. University of Toronto Press, v. 2, n. 3, p. 249-80, 2000.

SHERMAN, Lawrence W. et al. **Experiments in restorative policing**: a progress report on the Canberra Reintegrative Shaming Experiments (RISE) to the National Police Research Unit. Canberra, ACT: Australian National University, 1998.

STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. The victim's perspective. Paper 2, Canberra Reintegrative Shaming Experiments (RISE). Canberra, ACT: Australian National University, 1997.

STUART, Barry. Sentencing circles: purpose and impact. In: **National Canadian Bar Association**, Ottawa, Canada, 1994.

TYLER, Tom R. **Why people obey the law**. New Haven: Yale University Press, 1990.

UMBREIT, Mark S. Mediating victim-offender conflict: from single site to multi-site analysis in the US. In: MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe (Ed.).

Restorative justice on trial: pitfalls and potentials of victim-offender mediation - international research perspectives. Dordrecht & Boston: Kluwer Academic, 1992. p. 431-444.

UMBREIT, Mark S. **Restorative justice conferencing:** guidelines for victim sensitive practice. Florida Atlantic University: Community Justice Institute, 2001.

UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B; VOS, Betty. Victim impact of meeting with young offenders: two decades of victim offender mediation practice and research. In: MORRIS, Allison Margaret; MAXWELL, Gabrielle M. (Ed.).

Restorative justice for juveniles: conferencing, mediation and circles. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2001. p. 121-142.

UMBREIT, Mark S. et al. **Victim meets offender:** the impact of restorative justice and mediation. Monsey (NY): Criminal Justice, 1994.

UNODC - UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Handbook on restorative justice programmes**. New York: United Nations, 2006 (Criminal Justice Handbook Series).

UNODCCP - UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION. **Handbook on justice for victims:** on the use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. New York: Centre for International Crime Prevention, 1999.

VAN DIJK, Jan J. M. Ideological trends within the victims movement: an international perspective. In: MAGUIRE, Mike; POINTING, John (Ed.). **Victims of crime: a new deal?** Milton Keynes: Open University Press, 1988. p. 115-126.

VAN NESS, Daniel W. **Crime and its victims:** what we can do. Downers Grove (IL): Intervarsity, 1986.

VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring justice**. Cincinnati: Anderson, 1997.

WALGRAVE, Lode. On restoration and punishment: favourable similarities and fortunate differences. In: MORRIS, Allison Margaret; MAXWELL, Gabrielle M. (Ed.). **Restorative justice for juveniles:** conferencing, mediation and circles. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2001. p. 17-37.

WALGRAVE, Lode; AERTSEN, Ivo. Reintegrative shaming and restorative justice: interchangeable, complimentary or different? In: **European Journal**

on **Criminal Policy and Research**, Amsterdam, Ed. Kleger, v. 4, n. 4, p. 67-85, 1996.

WEITEKAMP, Elmar G. M. The history of restorative justice. In: BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode (Ed.). **Restorative juvenile justice**: repairing the harm of youth crime. Monsey, NY: Criminal Justice, 1999. p. 75-102.

WEXLER, David B. Putting mental health into mental health law: therapeutic jurisprudence. In: **Law and Human Behavior**, Washington (DC), Ed. American Psychology-Law Society (APA) Division 41, v. 16, n. 1, p. 27-38, 1992.

WHITE, Rob. Shame and reintegration strategies: Individuals, state power and social interests. In: ALDER, Christine; WUNDERSITZ, Joy (Ed.). **Family conferencing and juvenile justice**: the way forward or misplaced optimism. Canberra, ACT: Australian Institute of Criminology, 1994.

WINICK, Bruce J. The jurisprudence of therapeutic jurisprudence. In: **Psychology, Public Policy and Law**, Washington (DC), Ed. American Psychological Association, v. 3, n. 1, p. 184-206, 1997.

WINICK, Bruce J.; WEXLER, David B. **Judging in a therapeutic key**: therapeutic jurisprudence and the Courts. Durham (NC): Carolina Academic, 2003.

ZEHR, Howard. **Changing lenses**: a new focus for crime and justice. Scottdale (PA): Herald, 1990.

ZEHR, Howard. **Retributive justice, restorative justice**: new perspectives on crime and justice – occasional papers series, 4. Kitchener, Ontario: Mennonite Central Committee, Canada Victim Offender Ministries, 1985. p. 1-15.

ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice**. Intercourse (PA): Good Books, 2002.

Submissão em: 18 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 27 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

MOUSOURAKIS, George. Restorative justice, criminal justice and the community: fostering a collaborative approach to addressing conflict and crime. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 88-115, maio-ago. 2021.

ALGUNAS NOTAS HISTÓRICAS SOBRE EL DERECHO DE GENTES COMO DISCIPLINA CIENTÍFICA Y LA ESCUELA MATRITENSE DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL (1960-1992)¹

JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE²

RESUMEN

El autor lleva a cabo en este artículo un trabajo de síntesis de la historia de la Universidad Central, hoy Complutense de Madrid, así como de la trayectoria del Derecho de Gentes, o Derecho internacional público, desde su introducción como disciplina científica en las Universidades españolas desde 1767, para seguidamente ocuparse con detenimiento de la incorporación como nueva disciplina del Derecho internacional privado, primero en el curso de doctorado en 1866, y después, a partir de 1883, de estudio obligatorio en la licenciatura en Derecho. Las páginas finalizan exponiendo lo que fue la escuela matritense de Derecho internacional privado en la Universidad Central que se formó en torno a la ilustre figura del profesor y decano doctor Aguilar Navarro desde su llegada en 1960 a dicha Universidad hasta su muerte en 1992, incluyéndose la relación de sus miembros con las fechas de incorporación, así como las publicaciones colectivas nacidas de dicha escuela con sede en el entonces Departamento de Derecho internacional privado de la referida Universidad madrileña.

¹ Gracias a los Anales de la Real Academia de Doctores de España, que se publicó este artículo en el volumen 5, número 1, 2020, páginas 115-138, y esta reimpresión cuenta con la autorización de los Anales y de su autor.

² Doctor en Derecho cum laude por la Universidad Complutense de Madrid y premio "Blasco Ramírez" del doctorado. Académico de número y Presidente de la Sección 3^a (Derecho) de la Real Academia de Doctores de España. Profesor supernumerario de Derecho internacional público y privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y exSecretario General de dicha Universidad. Académico de número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y representante de la misma ante la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. ExSecretario General de la International Law Association (rama española). Miembro supernumerario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Miembro del equipo jurídico español ante el Tribunal Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Bélgica c. España). Miembro honorario de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho internacional. Delegado del Rector de la Universidad Complutense en el Colegio Universitario de Segovia (1984-2007). Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. e-mail: j.a.tomasortiz@gmail.com

Palabras Clave: Derecho de Gentes, Profesor Aguilar Navarro, Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad Central, Escuela Matritense de Derecho internacional privado

SOME HISTORICAL NOTES ON LAW OF NATIONS AS A SCIENTIFIC DISCIPLINE AND THE MADRID SCHOOL OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW AT THE UNIVERSIDAD CENTRAL (1960-1992)

ABSTRACT

The author carries out in this article a work of synthesis of the history of the Universidad Central, today Complutense of Madrid, as well as the trajectory of Law of nations, or public international Law, since its introduction as a scientific discipline in the spanish Universities since 1767. This is followed by a detailed examination of the incorporation as a new discipline of private international Law, first in the doctoral course in 1866, and then, from 1883, of compulsory study in the Law Degree. The pages end by exposing what was the Madrid school of private international Law at the Universidad Central which was formed around the illustrious figure of Professor and Dean Doctor Aguilar Navarro since his arrival in 1960 at that University until his death in 1992, including the list of its members with the dates of incorporation, as well as the collective publications born from that school based in the then Department of Private International Law of the afore mentioned Madrid University.

Keywords: Law of nations, Professor Aguilar Navarro, Department of Private International Law of the University, the Madrid school of private international Law

**Se fue muriendo todo pero ellos no murieron...
Se murió la esperanza y siguieron viviendo...
José Hierro**

***In memoriam profesor Mariano Aguilar
Navarro y compañeras y compañeros de su
escuela que ya no están con nosotros***

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL: BREVE SÍNTESIS

A diferencia de ciertas capitales de provincia, y de otras ciudades españolas, que, después de la división territorial de España hecha por Javier de Burgos en 1833, no gozaron de la condición de capitalinas, e incluso de algunas ciudades del Nuevo Mundo, que contaban con Universidades cuya historia se remontaba siglos.³ Madrid, la capital del reino desde que así lo decidiera Felipe II el 8 de mayo de 1561, cuando nace el siglo XIX sorprendentemente carecía de Universidad. Hubo que esperar a que en 1822, con la reunión de los Reales Estudios de San Isidro y el Real Museo de Ciencias Naturales de Madrid, a los que más tarde se unió la Universidad de Alcalá, el Colegio de Cirugía de San Carlos y el Colegio de Farmacéuticos de San Fernando, se produjese la fundación de la Universidad de Madrid, y ello fue debido a que la Comisión de Instrucción Pública, desarrollando la Constitución de 1812, redactó un informe conocido como “Informe Quintana”, publicado el 9 de septiembre de 1813, en el que se planteaba la necesidad de que Madrid contase con una Universidad. En consecuencia, el Reglamento General de Instrucción Pública, de 21 de junio de 1821, determinó que: “se establecerá en la capital del reino una universidad central en que se den los estudios con la extensión necesaria para el completo conocimiento de las ciencias”. Este es, pues, el origen de la que sería la primera Universidad de Madrid, es decir, como expresa el citado Reglamento, la Universidad Central, que se fundó el 7 de noviembre de 1822, pronunciando el discurso de inauguración don José Manuel Quintana que ocupaba entonces la presidencia de la Dirección general de Estudios.⁴

³ Sin ánimo de exhaustividad pueden contabilizarse más de cuarenta Universidades fundadas en España, y en sus territorios ultramarinos, desde principios del siglo XIII hasta casi finales del primer tercio del siglo XVIII. Así, las de Palencia (1208-1264), reino de Castilla, en adelante RC; Salamanca (1218), reino de León; Valladolid (1241), corona de Castilla, en adelante CC; Murcia (1272), CC, reino de Murcia; Alcalá (1293-1836), CC; Lérida (1300-1717), corona de Aragón, en adelante CA; Perpiñán (1350-1794), CA; Sertoriana de Huesca (1354-1845), CA; Gerona (1446-1717), CA; Barcelona (1450), CA; Zaragoza (1474), CA; Palma de Mallorca (1485), CA; Toledo (1485-1845), CC; San Antonio de Castilla Porta Coeli (1489-1836), CC; Santiago de Compostela (1495), CC; Valencia (1499), CA; Sevilla (1505), CC; Sahagún (1534-), CA; Granada (1531), CC; Baeza (1538-1824), CC; Gandia (1548-1772), CA; Oñate (1540-), CC; Osuna (1548/49-), CC; Santa Catalina (1550-1841), CC; Nacional Mayor de San Marcos (1551), CC; Nacional Autónoma de México (1553), CC; Tortosa (1551-), CA; Orihuela (1552-1807), CC; Almagro (1574-1835), CC; Estella (1565-), CC; Ávila (1576-), CC; El Escorial (1587-), CC; Vich (1599-1717), CA; Oviedo (1608), CC; Santo Tomás, Manila, Filipinas (1611), CC; Nacional de Córdoba, Argentina (1613), CC; Solsona (1614-1717), CA; Pamplona (1619-), CC; San Felipe (1622), CC, que es antecedente de la Universidad de Chile (1843); Mayor Real Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca (Bolivia) (1624), CC; La Laguna (1701), CC; Cervera (1714/17), CC; Central de Venezuela (1721), CC; La Habana (1728), CC; Buenos Aires, Argentina (1821), CC; Universidad Ateneo de Manila, Filipinas (1821) CC.

⁴ Sobre la Universidad Central, vid. Fernández de los Ríos (1876, p. 525-530), quien señala también que: “Acaba de fundarse (la Academia de Estudios superiores) abriendo sus cursos de *Derecho político comparado*, *Derecho público eclesiástico*, *Lógica*, *Historia general del Derecho*, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, etc. Estas materias están a cargo de profesores de grande y legítima reputación. Las clases son de lección alterna; el curso comienza el 15 de Noviembre y termina el 15 de Mayo. La Academia se ha establecido en el local del *Ateneo Mercantil*, calle de la Bolsa” (p. 530-531).

Poco después, al producirse la invasión de los Cien Mil Hijos de San Luis, en el mes abril de 1823, la Universidad Central fue clausurada. Tras el fallecimiento del rey Fernando VII se volvió a impulsar nuevamente la creación de la Universidad madrileña promulgándose el Real Decreto, de 8 de octubre de 1836, en el que se señalaba la necesidad de elaborar un informe que estudiase y se manifestase sobre la conveniencia de trasladar a Madrid la Universidad de Alcalá, es decir, la Universidad de *Complutum* cuyo origen está en el Estudio General que había creado, el 20 de mayo de 1293, el rey Sancho IV, y cuya verdadera fundación tuvo lugar en 1499 por el Regente de España, Francisco Jiménez (o Giménez) de Cisneros.⁵

Pocos días después de la publicación del citado Real Decreto, y no sin notable oposición, se dictó por el Ministerio de Gobernación la Real Orden, de 29 de octubre de 1836, estableciendo la reapertura de la Universidad Central y el traslado de la de Alcalá a la capital del reino, un traslado que inicialmente solamente afectó a las facultades de Leyes y Cánones que fueron agrupadas en una nueva entidad denominada Escuela Provisional de Jurisprudencia. Se reabrió, pues, la Universidad en noviembre de 1836 contando la Facultad de Leyes en ese curso académico (1836-1837) con doscientos seis alumnos matriculados, número notablemente superior al que con anterioridad se había registrado en la Universidad alcalaína. Nuevamente volvieron a reunirse los Reales Estudios de San Isidro, el Real Museo de Ciencias Naturales de Madrid y la Universidad de Alcalá, con ubicación primeramente en los Reales Estudios de San Isidro, en el edificio sito en la madrileña calle de los Estudios, contiguo a la Colegiata de San Isidro templo que siempre ha sido considerado por los madrileños la “catedral de San Isidro”. El edificio de la calle de los Estudios se convertiría más tarde en el Instituto de Enseñanza Media San Isidro condición que mantiene en la actualidad. Y en él funcionó la Facultad de Leyes hasta que en 1837 se produjo el traslado al convento de las Salesas Nuevas sito en la calle Ancha de San Bernardo. Cinco años después, el 10 de mayo de 1842, en virtud de la Real Orden de 5 de abril del mismo año, bajo el Gobierno del Regente Espartero, la Universidad pasó a la antigua Casa del Noviciado de los jesuitas, también sita en la misma calle, cuyo edificio fue demolido en parte, y sobre cuyo solar se elevó el edificio que actualmente existe, señalado hoy con el número 49 y conocido como el “viejo caserón de San Bernardo”.⁶

Hasta 1850 la Universidad Central se denominó “Universidad Literaria de Madrid”⁷ recuperando a partir de ese año el título de “Central”. En 1857 la Escuela de Jurisprudencia ya se convirtió en Facultad de Derecho, que en 1900 recibió la denominación de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. En ese “viejo caserón de San Bernardo” se ubicó, pues, la Facultad de Derecho y allí permanecería durante ciento catorce años hasta que el Gobierno, tras graves

⁵ Nacido en Torrelaguna en 1496 y fallecido en Roa en 1517, perteneció a la Orden Franciscana y fue cardenal, arzobispo de Toledo, primado de España y el tercer inquisidor general de Castilla.

⁶ Vid. Répide (1971, p. 612-613), quien señala que la primera instalación de la Universidad de Alcalá, ya trasladada a Madrid, estuvo “en el Seminario de Nobles, que luego fue Hospital Militar, y se hallaba en la calle de la Princesa” (p. 613).

⁷ Sobre la Universidad Literaria de Madrid y Estudios de San Isidro, hasta 1847, vid. también Madoz, 1847, p. 806-812 (Universidad), 813 (Estudios de San Isidro) y 827-828 (Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación).

sucesos acaecidos en 1956 a consecuencia de la oposición estudiantil al régimen franquista, decidió construir un nuevo edificio en la Ciudad Universitaria cuyas obras, durante el verano del citado año, siendo decano de la Facultad el profesor Juan Iglesias Santos, se desarrollaron sin interrupción a tres turnos de ocho horas diarias de trabajo, con lo que el nuevo edificio de la Facultad, que siguió el modelo de la Facultad de Filosofía y Letras situado enfrente, pudo inaugurarse en octubre del citado año 1956, inauguración que fue simultánea a la del curso académico 1956-1957, en un acto que tuvo lugar en el Aula Magna bajo la presidencia del entonces ministro de Educación Nacional, el mercantilista y profesor de la Facultad, Jesús Rubio García-Mina, correspondiéndole pronunciar la lección de apertura del curso, ya que el turno se respetó escrupulosamente, a un geólogo, el eminentе paleontólogo profesor Bermudo Meléndez Meléndez.⁸

2 VISIÓN HISTÓRICA DEL “DERECHO INTERNACIONAL” COMO DISCIPLINA CIENTÍFICA UNIVERSITARIA

El *Ius Gentium*, “Derecho de gentes”, o “Derecho internacional” desde que en 1780 el filósofo inglés Jeremías Bentham (1748-1832) – Impreso originalmente en 1780, la primera publicación tuvo lugar en 1789 - utilizara por vez primera esta expresión (*International Law*) cuya denominación moderna es propiamente “Derecho internacional público”, fue la primera de las dos ramas del Derecho internacional que, como disciplina científica, se introdujo en la Universidad española aunque con más de un siglo de retraso respecto a otros países de Europa, pues en Alemania la fundación de la cátedra de “Derecho natural y de gentes”, en la Universidad de Heidelberg, que fue desempeñada por el “naturalista” Samuel Puffendorf (1632-1694), se remonta a 1661, ya que, en efecto, hay que esperar a que en 1767 la propuesta de Gregorio Mayans y Síscar incluya en el cuarto curso de la Facultad de Jurisprudencia la asignatura de “Derecho natural y de gentes”, señalando como libro de texto los *Elementa iuris naturae et Gentium*, aparecido en 1737, de Johann Gottlieb Heineccio (1681-1741). Dos años después, en 1769, Pablo de Olavide elabora su plan de estudios para la Universidad de Sevilla en el que el “Derecho natural y de gentes” se incluía como asignatura en el primer curso. Sin embargo hay que esperar a que Carlos III, por Real Decreto de 19 de enero de 1770, cree en los Reales Estudios de San Isidro de Madrid, la primera cátedra española de “Derecho natural y de gentes” que, tras la correspondiente oposición, ocupó el castellonense Joaquín Marín y Mendoza (1725-1782) (vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1970, p. 122-130) el cual publicó en Madrid, en 1776, *Elementa iuris naturae et Gentium, castigationibus ex Catholicorum doctrina*, una adaptación de la citada obra de Heineccio expurgada, cuya segunda edición matritense vio la luz en 1789.⁹

⁸ El discurso versó sobre el tema: *Historia de los vertebrados en los tiempos geológicos*. Una evolución histórica de la Facultad de Derecho de la actual Universidad Complutense de Madrid puede verse en Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco (2001, p. 9-67), donde expone los primeros pasos y su marco jurídico, el siglo XVII, las transformaciones dieciochescas, las reformas y traslados entre 1801 y 1856, su consolidación y prestigio, así como la Facultad y la Institución Libre de Enseñanza, finalizando con unas palabras epilogales.

⁹ Sobre Marín y Mendoza vid. el excelente estudio introductorio de Salvador Rus Rufino a la edición de la *Historia del Derecho Natural y de Gentes*, Valencia, 1999, p. 9-87.

En la Universidad de Valencia el plan del rector Vicente Blasco García, de 20 de marzo de 1787, mantuvo el “Derecho natural y de gentes”, con el texto de Juan Bautista Almici (1717-1793) en el que adapta el libro *De iure naturae et gentium* de Samuel Puffendorf. Y en 1793 en el plan de estudios elaborado para la Universidad de Zaragoza la asignatura se mantiene con la denominación de “Elementos de Derecho natural y de gentes”, con el citado texto de Heineccio adaptado por Marín y Mendoza. Pero la vida de esta disciplina no va a resultar fácil pues, en efecto, Carlos IV por Real Orden de 31 de julio de 1794 dispuso su supresión, una prohibición que se vio reafirmada por la Real Cédula de 12 de julio de 1807, que contiene el plan de estudios debido a José Antonio Caballero, situación que se mantuvo en el Real Decreto de 4 de mayo de 1814. Tras el proyecto de Real Decreto de 6 de agosto de 1820 se vuelve a reintroducir dicha enseñanza y así quedó establecido en el Reglamento General de Instrucción Pública, aprobado por el Real Decreto de 29 de junio de 1821, que la ubicó en la tercera enseñanza como asignatura denominada “Instituciones de Derecho natural y de gentes”, con la obra del diplomático francés Joseph-Mathias Gérard de Rayneval (1736-1812) como texto de estudio.

Nuevamente, con el plan de Tadeo Calomar de contenido en el Real Decreto de 14 de octubre de 1824, la disciplina vuelve a suprimirse y así continuará hasta su nueva reintroducción con el título de “Derecho natural y de gentes”, esta vez en el primer curso, por el Real Decreto de 20 de octubre de 1836 momento desde el cual ya no desaparecerá más en los planes de estudio para la Facultad de Derecho.

Por Disposición de 8 de octubre de 1841 se publicó la lista de obras que podían servir de texto para el estudio de la asignatura, figurando en ella las de Heineccio (anotada por Garrido), Felice, Rayneval, Burlamaqui, Perreau y Vattel, esta última ya aconsejada por Jovellanos, en 1789, en su *Plan de educación de la Nobleza*. El Real Decreto de 1 de octubre de 1842 mantuvo la disciplina del “Derecho natural y de gentes” en el curso noveno correspondiente al doctorado, y después por el Real Decreto de 28 de agosto de 1850, que contiene el plan de Manuel Seijas Lozano, la asignatura, para obtener el grado de doctor, aparece por vez primera con el título, que ya no perderá nunca, de “Derecho internacional”.

Hasta ese año, pues, el “Derecho natural” y el “Derecho de gentes” fueron materias que permanecieron unidas desde la posición que adoptó Hugo Grocio en el siglo XVII que, al tiempo que reconoció la existencia de muchas reglas consuetudinarias sobre la conducta internacional de los Estados las separó de aquellas que entendió “derivadas del Derecho natural”, distinguiendo, por consiguiente, entre el *Ius Gentium*, el Derecho consuetudinario internacional, y *Ius Naturae*, referente a las relaciones internacionales interestatales que después recibió la denominación de “Derecho natural internacional” (vid. OPPENHEIM, 1961, p. 95).

En el Reglamento de ejecución del citado plan, contenido en el Real Decreto de 10 de septiembre de 1851 el “Derecho internacional” fue asignatura correspondiente al octavo curso y común a las secciones de Derecho civil, Derecho canónico y Derecho administrativo para la obtención del grado de doctor, según establece el Real Decreto de 11 de septiembre de 1858 que contiene el plan del marqués de Corvera (Rafael de Bustos y Castilla), una situación que se prolongó

con el Real Decreto de 23 de diciembre de 1864, y tras esta larga historia de la disciplina, aquí sintetizada en estas líneas, por fin en 1866 aparece por vez primera junto a ella una nueva, limitada al doctorado, denominada “Derecho internacional privado”, rótulo que se ha mantenido desde entonces (vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1985, p. 459-467).

La aludida simbiosis entre el Derecho internacional y el Derecho natural se percibe, por ejemplo, en algunas obras italianas del siglo XIX así cuando Pasquale Fiore se refiere a los *Elementi di diritto internazionale*, de Giuseppe Carnazza Amari, dice de éste autor que demuestra “sólidos estudios sobre filosofía del derecho” (FIORE, 1894, p. 164.); incluso podría decirse que en el siglo XX se *personificó*, ya que en la escuela de Viena el profesor Alfred Verdross (1890-1980), y en España los profesores Antonio de Luna García (1901-1967) y Antonio Truyol y Serra (1913-2003) acumularon la doble condición de profesores de Derecho natural y Filosofía del Derecho así como de Derecho internacional público,¹⁰ lo que corrobora el que ambas disciplinas se hayan considerado siempre como *afines*.

3 LA INCORPORACIÓN DE UNA NUEVA DISCIPLINA: EL “DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”

Habría que comenzar recordando que en Europa, a fines del siglo XIX, ya se consideraba que el estudio del Derecho internacional privado, para la formación del jurista, era algo indispensable. Así escribía en 1890 el holandés Josephus Daniel Jitta que: “La enseñanza del Derecho internacional privado que, no hace muchos años, era un objeto de lujo que pocas Universidades se permitían, ha llegado a ser casi general en la actualidad” (JITTA, [190?], p. 491), y el IX Congreso de Abogados Austriacos, por poner otro ejemplo, que se celebró en Viena en 1891, votó una resolución, el 5 de octubre, en la que se pedía que en las Universidades austriacas se dictasen conferencias de Derecho internacional privado, y en la que proponía al Gobierno la introducción de esta disciplina como materia obligatoria y objeto de examen en todas las Facultades de Derecho (MEILI, 1892, p. 4). En España el *Derecho internacional privado* figuró por vez primera en 1866 en los estudios del doctorado, los cuales solamente podían cursarse entonces en la Universidad Central, por cierto ya con esa denominación que es la que había sugerido Joseph Story en 1836, y después popularizaría la obra del abogado francés, de origen alemán, Jean Jacques Foelix, publicada en París en 1843 (FOELIX; DEMANGEAT, 1847, p. XXXIII-612).

En efecto, en el plan de estudios de Manuel Orovio y Echagüe, contenido en el Real Decreto de 9 de octubre de 1866, su artículo 9 dispone para el curso

¹⁰ Antonio de Luna García, de Derecho natural y Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada, y después de Derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la entonces Universidad Central; Antonio Truyol y Serra, de Derecho natural y Filosofía del Derecho en la Universidad de Murcia, y más tarde de Derecho internacional público en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la citada Universidad Central, actual Complutense de Madrid.

de doctorado una asignatura, común a todas las secciones, denominada “Derecho internacional público y privado” para la que se fija una “lección alterna” (ESPAÑA, 1866, p. 701).¹¹

Esta situación no varía con las reformas que se introducen por el Real Decreto de 13 de agosto de 1880 que contiene el plan de estudios de Fermín Lasala y Collado, pero se introduce una importante novedad poco después por el Real Decreto de 2 de septiembre de 1883 que en su artículo 6 dispuso que: “Todas las asignaturas del período de la licenciatura serán de lección diaria, excepto las del Derecho internacional público y *Derecho internacional privado*, que serán alternas y estarán explicadas por un mismo profesor” (ESPAÑA, 1884, p. 452).

El Derecho internacional privado, pues, dejaba de ser asignatura exclusiva del doctorado para pasar a ser obligatoria en la licenciatura. A partir de esta disposición comienzan a funcionar las cátedras de Derecho internacional público “y de Derecho internacional privado, por vez primera, en las Universidades de Barcelona, Oviedo, Santiago de Compostela, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza”, según García Arias (1949, p. 497) lo que también afirmó antes Joaquín Fernández Prida al escribir que “en España hay cátedra de Derecho internacional privado en todas las Facultades de Derecho, en virtud a lo dispuesto en el R. D. de 2 de septiembre de 1883.” (FERNÁNDEZ PRIDA, 1896, p. 191, en nota).

La enseñanza del Derecho internacional privado figuraba en el séptimo grupo, sin embargo con el plan de estudios de Alejandro Pidal y Mon, contenido en el Real Decreto de 14 de agosto de 1884, pasó al sexto grupo de la licenciatura (vid. García Arias, Luis: *op. cit.*, p. 498) Una vez establecida la enseñanza obligatoria del Derecho internacional privado como nueva asignatura, los primeros catedráticos que fueron de ambas disciplinas por oposición (Derecho internacional público y privado) fueron Joaquín Fernández Prida en la Universidad de Sevilla, Manuel Torres Campos en la de Granada y Adolfo Morís Fernández-Vallín en la de Santiago de Compostela.

Llegado el siglo XX el Real Decreto de 2 de agosto de 1900 reformó el plan de estudios de la Facultad de Derecho, sin que para nada afectase a la situación del Derecho internacional privado. Más tarde, en el Real Decreto de 7 de octubre

¹¹ Ambas disciplinas, a las que se unía la de Filosofía del Derecho, se explicaban en el doctorado por el mismo profesor lo que motivaba las quejas de Gómez de la Serna quien ya propugnaba que el Derecho internacional privado fuese asignatura obligatoria en la licenciatura escribiendo al respecto que: “Pero esto no nos satisface, porque a nuestro modo de entender debe ser asignatura que preceda al grado de licenciado, pues que lo consideramos como indispensable hoy para el ejercicio de la abogacía y para el desempeño de cargos judiciales: no debe limitarse su enseñanza a la Universidad Central, sino extenderse a todas. Y aun en la Universidad Central difícilmente llegará nunca a esta asignatura el Catedrático de derecho internacional, porque no sirve aglomerar muchas asignaturas en un año si éstas han de ser, ya que no estudiadas profundamente, al menos recorridas aunque sea con brevedad. ¿Cómo un Catedrático en un solo curso y en días alternados, es decir, en unas ochenta lecciones aproximadamente, como antes dije, ha de explicar la Filosofía del Derecho, Derecho internacional público y Derecho internacional privado? ¿Cuándo le llegará su turno a éste último? ¿Y cuántas lecciones podrá dedicarse a él? Lo que es imposible no debe prescribirse: la ley debe siempre evitar el escollo de que por necesidad tenga que ser violada”, vid. Gómez de la Serna, 1864, p. 269.

de 1921 se alude solamente, en su artículo 3, para la Facultad de Derecho, al *Derecho internacional*, pero nada se dice con respecto al Derecho internacional privado. Nuevamente los estudios universitarios volvieron a ser reformados por el Real Decreto-Ley de 19 de mayo de 1928, figurando, en su artículo 5 el Derecho internacional privado como disciplina fundamental, y en la Real Orden de 1 de agosto del mismo año, entre las asignaturas de “quinto año”, el Derecho internacional privado figuraba en primer lugar con “clase alterna”.

El Real Decreto de 25 de septiembre de 1930, estableció estudios obligatorios para la Facultad de Derecho y, en su artículo 12, párrafo primero, califica a la asignatura de Derecho internacional privado como fundamental, añadiéndose en el párrafo cuarto que la Facultad podrá proponer la creación de la Sección de Derecho público y Ciencias Sociales en la que serán obligatorios “los cursillos elementales y preliminares de [...] Derecho internacional privado” (vid. ARANZADI, 1930). Después, proclamada ya la II República Española, el Decreto de 13 de mayo de 1931 derogó los planes de enseñanza que estaban vigentes en la Universidad disponiendo en su artículo 2 que: “Queda restablecida para el próximo curso la legalidad anterior a la Dictadura” (vid. ARANZADI, 1931a). Para el curso académico 1931-1932 se fijó, por Decreto de 11 de septiembre de 1931, un plan de estudios provisional para la Facultad de Derecho, que en su artículo único determinaba que la asignatura de Derecho internacional privado estaría en quinto curso y se le dedicarían “tres horas semanales” (vid. ARANZADI, 1931b).

Es en ese curso académico 1931-1932 cuando se produce la división de la enseñanza del Derecho internacional público y Derecho internacional privado, pero únicamente para la Universidad Central, con lo cual en la Facultad de Derecho de Madrid ambas disciplinas pasan a ser enseñadas cada una de ellas por dos profesores, uno que explicará Derecho internacional público y otro Derecho internacional privado. En efecto, la Orden de 10 de febrero de 1932, del Ministerio de Instrucción Pública, para la Facultad de Derecho madrileña, determinaba: “Que la Cátedra de Derecho internacional público y privado, actualmente vacante en la expresada Facultad, se divide en dos, una de Derecho internacional público y otra de Derecho internacional privado” (vid. ARANZADI, 1932), lo que no escapaba a la crítica pues si, por un lado, los problemas de Derecho internacional privado no pueden solucionarse sin contar con la ayuda del Derecho internacional público, como advertía John Westlake (1914, p. 297), o como antes había escrito Antoine Pillet “un maestro del Derecho de gentes puede, en rigor, descuidar el Derecho internacional privado; un maestro de este último no puede desconocer el Derecho de gentes” (PILLET, 1892, p. 309 y ss.) por otro, se alzaba algún inconveniente como puso de relieve Ludwig von Bar (1915) al escribir que:

Pero a semejante tratamiento comprehensivo del derecho internacional privado y penal y del derecho público internacional se opone la dificultad de que el derecho internacional privado (comprendido el derecho procesal civil y penal) es ya de por sí una materia vastísima y entonces como sistema el lugar que le puede ser destinado es demasiado estrecho para su entidad; otra dificultad consiste también en el hecho de que no todos los juristas que son autoridad en el campo del derecho público internacional

poseen el necesario conocimiento privatístico para el tratamiento del derecho internacional privado y la práctica necesaria para bien tratar las cuestiones de derecho privado.¹²

No obstante, el experimento no carecía de sentido y la prueba está en que esa división se extendió, cuarenta y siete años más tarde, a todas las Universidades de España, pero aunque la decisión estuviese basada en un criterio científico lo cierto es que la cuestión también estaba impregnada de ciertos tintes políticos. En efecto, la cátedra vacante lo estaba porque el 22 de marzo de 1931 su titular José de Yanguas Messía (Linares, Jaén, 25 de febrero de 1890-Madrid, 30 de junio de 1974) pidió la excedencia voluntaria con la intención de quedar al margen de molestias y persecuciones que, sin duda, se iban a producir contra su persona, habida cuenta de sus opiniones y actuaciones políticas. Así, el internacionalista jienense comenzó su exilio voluntario en París, y efectivamente circunstancias que corroborasen sus temores las había: Yanguas estaba políticamente adscrito a la derecha monárquica, ostentaba un título nobiliario, el de vizconde de Santa Clara de Avedillo y, además, había desempeñado la cartera ministerial de Estado entre 1925 y 1927, es decir, durante el período de la dictadura de Primo de Rivera, así como el cargo de Presidente de la Asamblea Nacional Consultiva, de 1927 a 1929.

Dividida, pues, en dos la cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, y convocadas las preceptivas oposiciones para cubrir esas nuevas plazas vacantes, una vez celebradas resultaron elegidos para la cátedra de Derecho internacional público Antonio de Luna García¹³ (Granada, 30 de abril de 1901-Madrid, 8 de mayo de 1967), en diciembre de 1932, que ya era catedrático en La Laguna, desde fines de 1928, de Elementos de Derecho natural. En 1931 se trasladó a la Universidad de Salamanca a la cátedra de Filosofía del Derecho de donde, por permuta con Wenceslao González Oliveros, pasó a la Universidad de Granada donde permaneció apenas tres meses ya que en diciembre de 1932 pasó a la cátedra de Derecho internacional público de la Universidad Central.¹⁴

¹² La traducción del párrafo es mía.

¹³ Como ocurriera con el profesor Yanguas, el profesor De Luna fue también separado de esta cátedra por el Gobierno republicano en la que fue repuesto tras la guerra civil. Al igual que sucedió con el internacionalista de Linares, de quien dice José Manuel Cuenca Toribio que: "Tampoco su pluma fue muy asidua visitadora de las imprentas [...]", (vid. CUENCA TORIBIO, 1984, p. 262) lo mismo puede decirse del profesor De Luna García que tampoco las frecuentó, pero sí puede señalarse alguna publicación de interés como, aparte de su tesis doctoral *Il valore della consuetudine come fonte del diritto* (defendida en la Universidad de Bolonia en 1925), *Nacionalismo e internacionalismo en la doctrina católica* (1934), algunas conferencias publicadas en la Revista de Derecho Privado y en la Revista de Estudios Políticos, así como el prólogo y las notas a la compilación de Manuel Raventós y Noguer-Ignacio de Oyarzábal Velarde: *Colección de Textos Internacionales*, t. I, Bosch, Barcelona, 1936, y *Fundamentación del Derecho Internacional*, ponencia presentada en el Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (1951), t. I, Madrid, 1952, p. 428-470. Al profesor De Luna se le han atribuido escritos que ninguna relación tienen con el Derecho Internacional ni con la Filosofía del Derecho, de los que en realidad es autor un funcionario de la Administración de Justicia, coetáneo suyo, que casualmente se llamaba Antonio Luna García.

¹⁴ Sobre él vid. Castro y Bravo, 1997, p. 1685-1688.

Para la cátedra de Derecho internacional privado fue designado Federico de Castro y Bravo (Sevilla, 21 de octubre de 1903-Madrid, 19 de abril de 1983) que ya era catedrático de Derecho civil habiendo pasado por las universidades de La Laguna, Salamanca y Sevilla,¹⁵ cuya obra, por cierto, sobre Derecho internacional privado, considerando su extraordinaria personalidad en el campo del Derecho civil, no ha sido, a mi parecer, tenida en cuenta por la doctrina internacionalista patria, tal vez porque su paso por el Derecho internacional estuvo limitado al breve paréntesis que se abre con la II República Española (vid. PUYOL MONTERO, 2019; PUYOL MONTERO, 2013) y se cierra con el fin de la guerra civil, tras la cual volvió a su primera especialidad: el Derecho civil, cuya docencia hubo de abandonar temporalmente entre 1970 y 1979 período en el que De Castro fue juez titular del Tribunal Internacional de Justicia.¹⁶

¹⁵ Las publicaciones del profesor De Castro sobre Derecho internacional privado han sido recopiladas en la citada obra *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, vol. 1, 2003 y vol. 2, 1997. Seguidamente se relacionan indicando el volumen en que está recogida cada una: *¿Debe adherirse España al código Bustamante?*, vol. 1, p. 275-280; *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta*, en Anuario de Derecho civil, vol. 11, núm. 4, 1958, p. 1003-1040 y *Estudios*, vol. 1, p. 809-844; *La constitución española y el derecho internacional privado*, vol. 1, p. 125-140; *La cuestión de las calificaciones en el Derecho internacional privado*, vol. 1, p. 185-248; *La relación jurídica de derecho internacional privado*, vol. 1, p. 249-274; *De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al código de Bustamante*, vol. 1, p. 299-300; *El convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930*, vol. 1, p. 301-368; *La adquisición por vecindad de la nacionalidad española*, vol. 1, p. 409-434; *La doble nacionalidad*, vol. 1, p. 449-472; *La legislación sobre nacionalidad y el sentido nacional*, vol. 1, p. 435-448; *Las reglas sobre el derecho internacional privado en el proyecto de código civil de las islas Filipinas*, vol. 1, p. 531-540; *La ciudadanía común*, vol. 1, p. 541-544; *La doble nacionalidad. Ponencia para el Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, vol. 1, p. 595-622; *La séptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. El proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales*, vol. 1, p. 623-666; *El matrimonio de los hijos (con motivo del Concordato con la Santa Sede)*, vol. 1, p. 693-716; *Los estudios históricos sobre la nacionalidad. Apostillas y comentarios*, vol. 1, p. 743-756; *Los proyectos de convenios para suprimir o reducir la apatridia. Observaciones y comentarios*, vol. 1, p. 845-854; *Les usages dans le Projet de Loi Uniforme sur la vente internationale*, vol. 1, p. 907-920; *La nationalité, la double nationalité et la supranationalité*, vol. 2, p. 965-1044 (se trata del curso que impartió en la Academia de Derecho internacional de La Haya); *La nacionalidad egipcia. Ley de 18 de septiembre de 1950*, vol. 2, p. 1373-1384; *La ley de divorcio y el Derecho internacional privado. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1933*, vol. 2, p. 1545-1554; E. M. Meijers, vol. 2, p. 1679-1682; *Don José Castán y el derecho comparado y el internacional*, vol. 2, p. 1693-1696.

¹⁶ El único juez titular de nacionalidad española hasta hoyen el citado Tribunal. En el Tribunal Permanente de Justicia Internacional que tuvo su sede también en La Haya, durante la vida de la Sociedad de Naciones, hubo otro juez titular español: el que fuera catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Oviedo, Rafael Altamira y Crevea. Durante el período en el que De Castro ejerció la función jurisdiccional el Tribunal Internacional de Justicia, aparte de algunas providencias y acuerdos sobre medidas provisionales, emitió siete sentencias y tres opiniones consultivas. Las sentencias fueron en los siguientes procesos: Caso referente a la apelación relativa a la jurisdicción del Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, de 18 de agosto de 1972; Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido contra Islandia) (competencia del Tribunal), de 2 de febrero de 1973; Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido contra Islandia) (fondo del asunto), de 25 de julio de 1974; Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (República Federal de Alemania contra Islandia) (fondo del asunto), de 25 de julio de 1974; Caso relativo a los ensayos nucleares (Australia contra Francia), de 20 de diciembre de 1974; Caso relativo a los ensayos nucleares (Nueva Zelanda contra Francia), de 20 de diciembre de 1974; y Caso relativo a la plataforma continental del mar Egeo (competencia del Tribunal), de 19 de diciembre de 1978. Las opiniones consultivas fueron sobre: Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, de 21 de junio de 1971; Petición de revisión del fallo núm. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, de 12 de julio de 1973; y Caso relativo al Sahara Occidental, de 16 de octubre de 1975.

Terminada la contienda fraticida el Decreto de 7 de julio de 1944 ordena la Facultad de Derecho, manteniéndose la unidad de las enseñanzas del Derecho internacional público y privado en todas las Universidades, excepto en la de Madrid, y su artículo 22, para el período de la licenciatura determina: “Cuatrimestre noveno [...] Derecho internacional privado (Parte general), tres horas semanales: [...] Cuatrimestre décimo [...] Derecho internacional privado (Parte especial), tres horas semanales” (vid. ARANZADI, 1944), insistiendo su artículo 57 que en las Facultades de Derecho, salvo la de Madrid, habrá catedráticos: “Uno de Derecho internacional público y privado”, en tanto que el artículo 58 señala que en la de Madrid habrá: “Uno de Derecho internacional público” y “Uno de Derecho internacional privado”.

Debe recordarse que Yanguas Messía llegó a ocupar nuevamente la cátedra de Derecho internacional privado en 1934, pero por poco tiempo ya que sería desposeído de la misma por el Gobierno republicano el 18 de agosto de 1936, es decir, un mes después de haber estallado la guerra civil, y es ya finalizada ésta cuando es definitivamente repuesto en ella; dado que en Madrid había dos cátedras, hubo de elegir inclinándose por la de Derecho internacional privado con lo que Federico de Castro pasó a ocupar una cátedra de Derecho civil (Parte General) en segundo curso de la licenciatura, creada expresamente para él, razón por la cual no turnaba con sus compañeros (Antonio Hernández Gil, Alfonso García-Valdecasasy García-Valdecasas, y Blas Pérez González) en el resto de las materias de Derecho civil que se impartían en los cursos tercero, cuarto y quinto, esto es: Derecho de obligaciones y contratos; Derechos reales y Derecho hipotecario; Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

El Decreto de 11 de agosto de 1953 vino a establecer un nuevo plan de estudios para la carrera de Derecho recogiendo, en su artículo 10, dentro de la licenciatura, la asignatura de Derecho internacional privado, a impartir en quinto curso con tres horas semanales de docencia (vid. ARANZADI, 1953).

Este plan alcanza a la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, tal como se denominó tras su fundación, que en quinto curso mantenía tres grupos especializados y optativos, refiriéndose el artículo 18 a la especialidad de “Estudios Internacionales”, en el que figuraba en primer lugar la asignatura de Derecho internacional privado, que después desapareció con el plan de estudios para esa Facultad, denominada ya en ese momento de Ciencias Políticas y Sociología, contenido en la Orden de 31 de julio de 1974.¹⁷

Poco después de establecido el plan de 1953 se declararon equivalencias entre los estudios de Derecho internacional privado en las Facultades de Derecho de las Universidades españolas y la Universidad Nacional de Trujillo (Perú), por Orden de 12 de diciembre de 1955, y con los de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica del Perú por Orden de 30 de diciembre de 1955. La importancia de las dos ramas del Derecho internacional se pone de relieve al determinar el artículo 10 de la Orden de 6 de octubre de 1959,

¹⁷ Boletín Oficial del Estado de 12 de septiembre de 1974. Mientras existió la asignatura de Derecho internacional privado en esa Facultad, dentro de la especialidad de “Estudios Internacionales”, la materia estuvo impartida sucesivamente por los profesores, encargados de curso, Enrique Pecourt García, Julio Diego González Campos y José Antonio Tomás Ortiz de la Torre con quien colaboró asiduamente la profesora ayudante María Pilar Martínez de Baroja y Ruiz de Ojeda.

relativa a la “Cátedra Consulado del Mar”, creada en la Universidad de Barcelona, y adscrita a la Facultad de Derecho, por Orden de 31 de octubre de 1958, que de la Junta de Patronato formarán parte “los Catedráticos de Derecho internacional público y privado”.¹⁸

Aunque la vigencia del plan de estudios de 1953 fue confirmado por Resolución de 23 de julio de 1974, sin embargo por Orden de 13 de agosto de 1965 ya se había creado un plan experimental para las Facultades de Derecho de las Universidades de Sevilla y Valencia en el que el Derecho internacional privado figuraba como disciplina de especialización en quinto curso. Después, la Resolución de 11 de enero de 1968¹⁹ aprobaba para la de Valencia el plan de estudios de los cursos cuarto y quinto de la licenciatura, figurando en este último curso, dentro del Grupo C (Derecho Privado), la disciplina: “Derecho internacional privado: Dos horas semanales-cuatrimestral”, determinándose en la misma norma la convalidación del Derecho internacional privado del plan especial por la misma asignatura del citado plan general de 1953.

La Orden de 18 de septiembre de 1971²⁰ aprobó, provisionalmente, para la recién creada Universidad Autónoma de Madrid, un plan para la Facultad de Derecho incluyendo, en el segundo curso la asignatura de Instituciones de Derecho Internacional Público y Privado, con cinco horas semanales de docencia de las que dos habrían de ser de enseñanzas prácticas. Después, la Orden de 8 de febrero de 1975 aprobaba el plan de los cursos cuarto y quinto de la Facultad de Derecho de esa nueva Universidad, y situaba en la especialidad de Derecho privado la disciplina de Derecho internacional privado, en el cuarto curso, con cuatro horas semanales de docencia.

Con la Ley de 17 de julio de 1967 el sistema existente de cátedras independientes tomó un rumbo nuevo, pues, en efecto, conforme a lo en ella dispuesto el Decreto de 1 de junio de 1967 creó los Departamentos en todas las Facultades, y en las de Derecho la disciplina de Derecho internacional privado fue integrada en el Departamento de Derecho Político y Derecho Internacional que agrupó las tres citadas asignaturas “y otras disciplinas afines”, según determinaba el artículo 1-4), pero conforme al artículo 2 era posible modificar la estructura y así: “[...] f) La disciplina de Derecho internacional privado podrá segregarse del Departamento Cuatro e incorporarse al Seis”, o sea, al de Derecho Civil y Derecho Mercantil.²¹

Meses más tarde el Decreto de 7 de marzo de 1968 creó un Departamento de Derecho Administrativo, Derecho Internacional y Derecho Político “en el que se integrarán las tres cátedras de Derecho Administrativo, la de Derecho Internacional Público y la de Derecho Internacional Privado”,²² pero este Departamento quedó disuelto casi tres años después pasando el Derecho internacional privado a constituirse en Departamento único, y en este sentido el Decreto de 3 de diciembre de 1970, en su artículo 1-3, crea el “Departamento de Derecho internacional privado, que estará constituido por la cátedra de igual denominación”.²³

¹⁸ Boletín Oficial del Estado del 19 de noviembre de 1959.

¹⁹ Boletín Oficial del Estado del 30 de enero de 1968.

²⁰ Boletín Oficial del Estado del 29 de octubre de 1971.

²¹ Decreto núm. 1242/67, Boletín Oficial del Estado, del 19 de junio de 1967.

²² Decreto núm. 508/68, Boletín Oficial del Estado, del 18 de marzo de 1968.

²³ Decreto núm. 3615/70, Boletín Oficial del Estado, del 22 de diciembre de 1970.

Por lo que respecta a otras Universidades el Decreto de 23 de julio de 1971 creó los Departamentos de la Facultad de Derecho de San Sebastián, dependiente entonces de la Universidad vallisoletana, y el Derecho internacional privado formó parte del mismo Departamento en el que estaban adscritos el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, en tanto que el Derecho internacional público se incardinó en el Departamento del que formaban parte el Derecho Político y la Filosofía del Derecho.²⁴

Es a partir de 1963 cuando comienza a hacerse patente en los internacionalistas españoles la conveniencia de separar las disciplinas de Derecho internacional público y Derecho internacional privado en todas las Universidades, siguiendo el modelo que el Gobierno de la II República Española había adoptado para la Universidad Central. En efecto, en el citado año tuvo lugar en Oviedo una reunión de profesores de Derecho internacional, celebrada para conmemorar el centenario del nacimiento del ilustre internacionalista asturiano Aniceto Sela Sampil,²⁵ y en dicha sesión se aprobó una Resolución, el 2 de noviembre de 1963, en la que se recomendaba el “desdoblamiento gradual de las cátedras de Derecho internacional público y privado, insistiendo en el ensayo que se hizo en la Universidad de Madrid hace treinta años habida cuenta [...] de que las orientaciones modernas del Derecho internacional privado aconsejan su estudio sobre una amplia base de Derecho comparado” (vid. PÉREZ MONTERO, 1964, p. 602-604).

Idea en la que se insistió en la reunión que se celebró los días 21 y 22 de abril de 1976 en Madrid, y en la que ya se creó una comisión para estudiar la cuestión del desdoblamiento dirigiéndose al efecto un escrito al ministro de Educación y Ciencia en tal sentido, petición que fue reiterada, nuevamente por escrito al citado ministro, en la reunión celebrada en Valladolid los días 23 a 25 de mayo de 1977, en el que se volvía a manifestar el deseo y necesidad de que se procediese al referido desdoblamiento de las cátedras de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado (vid. MARÍN LÓPEZ, 1980, p. 171 y ss).

Consecuencia de esto fue la Orden de 9 de enero de 1979 en la que se dispone que

la diversidad existente en cuanto a método y contenido entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado motivaron el que en las Jornadas de profesores de Derecho Internacional de las Universidades españolas celebradas en el año 1976 se plantease la necesidad de que las actuales cátedras de “Derecho internacional público y privado” fuesen desdobladas, y en este sentido se expresaron la mayoría de los profesores universitarios de esta materia, petición que fue aprobada al término de dichas jornadas.

²⁴ Decreto núm. 2230/71, Boletín Oficial del Estado, del 23 de septiembre de 1971.

²⁵ Lamentablemente los profesores reunidos se olvidaron de conmemorar el centenario del nacimiento de otro gran internacionalista asturiano, nacido también en 1863, en este caso en la capital del Principado: Joaquín Fernández Prida quien, si bien no fue catedrático, como lo fue Aniceto Sela, en la Universidad de Oviedo, sí fue profesor en la misma antes de acceder a la cátedra de Derecho internacional público y privado de la Universidad de Sevilla, vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Un internacionalista asturiano: don Joaquín Fernández Prida (1863-1942)*, discurso de ingreso como Académico de Número de la hoy Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, leído por su autor en sesión pública celebrada en Oviedo en el Salón de Plenos del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Palacio de Valdecarzana-Heredia), el 25 de abril de 1991, en Revista Jurídica de Asturias, número 15, Oviedo, 1992, p. 3-106 (de la separata).

En dicha Orden se dice que: “solicitados los oportunos informes de las Juntas de las Facultades de Derecho y de los Rectorados de las Universidades respectivas, todos los recibidos han sido unánimes en cuanto al desdoblamiento mencionado” y, por consiguiente, añade que:

Teniendo en cuenta que en la mayoría de las Universidades europeas están divididas esas enseñanzas y el antecedente de este desdoblamiento efectuado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, así como que es una antigua y fundada aspiración de los Profesores españoles y de acuerdo con las necesidades de la enseñanza, parece oportuno al proceder a una reestructuración de las expresadas cátedras, de conformidad con el favorable informe emitido por el Pleno de la Junta Nacional de Universidades y el dictamen, también favorable, del Consejo Nacional de Educación [...].²⁶

La Orden de 21 de noviembre de 1979 aclaraba la del 9 de enero anterior en cuanto a la aplicación de aquélla a profesores agregados al margen de la opción que pudiesen hacer, que fuesen catedráticos por acceso, los cuales “podrán participar en lo sucesivo en los concursos de traslados a cátedras que se anuncien, tanto a ‘Derecho Internacional Público y Privado’, a ‘Derecho Internacional Público’ o a ‘Derecho Internacional Privado’, así como poder ser vocales en los Tribunales relativos a las mencionadas cátedras.”.²⁷

Se alcanzaba así la separación, o desdoblamiento, de ambas disciplinas científicas que la doctrina española había venido propugnando y que en Europa, especialmente en la doctrina italiana, contaba ya en ese momento con una larga trayectoria. En efecto, a principios del siglo XX ya Scipione Gemma reclamó la autonomía total para el Derecho internacional privado (GEMMA, 1909), una aspiración que se mantuvo tal como revela en sus escritos Dionisio Anzilotti, para quien la separación de las enseñanzas del Derecho internacional público y del Derecho internacional privado “que en otros países –dice–, como Holanda, Suiza, Francia y en alguna de las Universidades americanas, es ya un hecho cumplido, se puede creer que acabará por imponerse en cualquier parte”, añadiendo que el reparto de la disciplina en varios cursos “debe tener por efecto primero e inmediato la separación de la que se habla.” (ANZILOTTI, 1960, p. 75-76; vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1985, p. 467). Una separación que en España tardaría en llegar, nada más y nada menos, que noventa y seis años.

4 LA ESCUELA MATRITENSE DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL (1960-1992)

Si desde 1883 los catedráticos de Derecho internacional público tuvieron que aceptar obligatoriamente la carga docente del Derecho internacional privado,

²⁶ Boletín Oficial del Estado, del 27 de febrero de 1979, p. 5.165-5.166, y ARANZADI, 1979a.

²⁷ Boletín Oficial del Estado, del 29 de diciembre de 1979, y ARANZADI, 1979b.

es claro que en ese caso se encontró, primero Pedro López Sánchez²⁸ que, si en 1866 era decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, en 1877 ya era catedrático de la asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Central, y después, en 1898, Rafael Conde y Luque²⁹ cuando ocupó la cátedra de Derecho internacional en dicha Universidad de la que fue rector en 1903. Por otra parte en la citada Universidad existía la cátedra del doctorado, dedicada a la *Historia y examen crítico de los más importantes Tratados de España con otras potencias*, de la que tomó posesión el 13 de julio de 1898 el catedrático Joaquín Fernández Prida, que hasta ese momento lo era de las dos disciplinas (Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado) en la Universidad de Valladolid³⁰, por cierto posesión que no fue pacífica ya que también pretendió ocuparla Melchor Salvá, un catedrático de Economía Política de la Universidad de Valencia cuyas argumentaciones fueron desestimadas³¹.

Tras la jubilación de Fernández Prida, en 1933, le sucede ese año Fernando María Castiella y Maiz, que se encargó de esa cátedra, y durante los períodos de “excedencia especial” de éste la cátedra de Estudios Superiores de Derecho Internacional estuvo a cargo de diversos profesores como Antonio Oriol Urquijo e Ignacio Uriarte Borafull (1939), Antonio de Luna García (1941), José María Moro Martín-Montalvo (1943), Fernando Rodríguez-Porrero y Chávarri (1944), José María García Escudero y Miguel Sánchez Herrero (1946), José Luis Azcárraga Bustamante y Luis García Arias (1948); más tarde, entre 1966 y 1969 se encargó Enrique Pecourt García. En 1918 accedió a la cátedra de Derecho internacional público y privado de la Universidad de Valladolid José de Yanguas Messía³² (Linares, Jaén, 25 de febrero de 1890-Madrid, 30 de junio de 1974) que después pasó a la homónima de la Universidad Central, con las vicisitudes que respecto a ésta ya se han referido hasta su reposición tras la guerra civil. Su jubilación tuvo lugar en 1960 y desde 1941 a 1958 estuvieron adscritos a la especialidad de Derecho internacional privado Mariano Aguilar Navarro y Miguel Arjona Colomo (1941)³³; Jesús Gutiérrez Gassis, José Luis Fernández Martí y Carlos Luis Yanguas Gómez (1942); Salvador García de Pruneda Ledesma y José Luis Messía Jiménez (1943); Manuel Riera Claville (1944); Luis Yanguas

²⁸ Autor de *Elementos de Derecho internacional público precedidos de una introducción a su estudio bajo los dos aspectos de su desarrollo histórico o positivo y de su teoría*, Imprenta de la Revista de Legislación, t. I, Madrid, 1866, y t. II, Madrid, 1877.

²⁹ Nacido el 4 de febrero de 1835 en Córdoba, donde murió el 4 de septiembre de 1922.

³⁰ Sobre su enseñanza del Derecho internacional privado en dicha Universidad, vid. Tomás Ortiz de la Torre, 2019, p. 25-54.

³¹ Vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *Un internacionalista asturiano: Don Joaquín Fernández Prida (1863-1942)*, op. cit., p. 233-341 y p. 3-106 (de la separata), especialmente p. 35-39 de ésta; vid. también nuestro artículo: Tomás Ortiz de la Torre, 2017, p. 29-54.

³² Fue autor de *Derecho internacional privado (parte general)*, que publicado por el Instituto Editorial Reus tuvo tres ediciones todas en la misma editorial, Madrid, 1944 (que incluye el anteproyecto por él redactado para la modificación de los artículos 8, 9, 10 y 11 del Código Civil), 1958 y 1971. Con anterioridad a esta obra se utilizó como texto de la asignatura la traducción española adicionada con legislación española, por Andrés Rodríguez Ramón, de la obra de J.-P. Niboyet: *Principios de Derecho internacional privado*, que era una selección de la segunda edición francesa del *Manual* de A. Pillet y J.-P. Niboyet, cuya 1.^a edición en español se publicó por la Editorial Reus, Madrid, 1930.

³³ Miguel Arjona Colomo fue autor de un *Derecho internacional privado (parte especial)*, ed. Bosch, Barcelona, 1954, con amplia bibliografía, muy útil para los estudiantes, en el que expone: Derecho de la nacionalidad, Derecho de extranjería, Derecho civil internacional, Derecho mercantil internacional, Derecho internacional marítimo y Derecho procesal internacional.

Gómez (1946); Joaquín Garde Castillo (1947); Manuel Villaescusa Ferrero (1946); Florentino Valenciano Almoyna (1947); Dionisio Garzón Garzón (1956) y José Manuel Allende-Salazar Valdés (1958)³⁴.

Sin embargo, no llegó a crear escuela. Para cubrir la vacante accede a la cátedra un madrileño, el profesor Mariano Aguilar Navarro procedente de Sevilla de cuya Universidad era catedrático de Derecho internacional público y privado desde 1948³⁵, un jurista del que escribe el ilustre catedrático de Historia

³⁴ Alguno se adscribe a “Derecho internacional”, pero sin concretar si es a Derecho internacional público o a Derecho internacional privado, cuando las dos cátedras ya estaban separadas en la Universidad Central, así Antonio Poch Gutiérrez de Caviedes (1941), José María Moro Martín-Montalvo (1943) y Miguel Ángel Velarde y Ruiz de Cenzano (1944).

³⁵ Entre sus primeras publicaciones se encuentra muy oportunamente, pues aún no había finalizado la II Guerra Mundial, *La guerra en el orden internacional*, en la Revista de Estudios Políticos, núm. 13-14, 1944, p. 23 y ss., así como la primera recopilación de jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho internacional privado, un manuscrito titulado *Recopilación de las sentencias más importantes sobre materias de Derecho Internacional Privado e Interprovincial emitidas por nuestro Tribunal Supremo hasta el año 1936*, que ha permanecido inédito hasta que fue publicado por mí, vid. Tomás Ortiz de la Torre, 2010, p. 203-292. Mariano Aguilar Navarro nació en Madrid el 19 de agosto de 1916, y murió en su domicilio de Alcorcón (Madrid), el 8 de abril de 1992. Realizados los estudios de bachillerato en el Colegio de los Sagrados Corazones de Madrid, cursó la carrera de Derecho y el doctorado en la Universidad Central, con una tesis sobre las doctrinas estatutarias. Posteriormente obtuvo, por oposición, la cátedra de Derecho internacional público y privado de la Universidad de Sevilla en 1948; de esa época sevillana son su *Derecho internacional público*, t. I, vol. I: Principios generales, ed. E.I.S.A., Madrid, 1952, y t. II, 1954, así como *Derecho internacional privado*, t. I, Parte general, ed. E.I.S.A., Madrid, 1955, que tuvo numerosas ediciones posteriores y reimpressiones, así como artículos, por ejemplo, *Federalismo como técnica y como ideología* (Anales de la Universidad Hispalense, núm. 3, 1950, p. 7-25), *La humanización del Derecho Internacional* (in eod. loc., núm. 3, 1951, p. 17-38), *Reflexiones agónicas sobre nuestra Europa* (in eod. loc., núm. 2, 1953, p. 187-239), *Aspectos generales del control internacional* (Revista de Estudios Políticos, núm. 101, 1958, p. 77-122), *Los establecimientos públicos internacionales* (Revista de Administración Pública, núm. 28, 1959, p. 119-136), *La cooperación internacional y la teoría del control* (Revista de Administración Pública, núm. 30, 1959, p. 69-84), *El Derecho de los organismos supranacionales* (Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 1, 1959, p. 51-61), *Soberanía y vida internacional* (Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, vol. 1, 1959, p. 569-610). En 1960 ocupa, por concurso de traslado, la cátedra de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central que había quedado vacante con la jubilación de José de Yanguas Messía. En ese año ve la luz su espléndido libro *Derecho civil internacional*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1960, 494 págs., y es a partir de ese año cuando en ciertas revistas y en particular las páginas de la Revista de la Facultad de Derecho se ven enriquecidas con diversos trabajos suyos como *El legado doctrinal de Georges Scelle* (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, vol. 5, núm. 11, 1961, p. 307-325), *Un posible esquema de las doctrinas estatales en el Derecho Internacional Privado* (in eod. loc. vol. 5, núm. 12, 1961, p. 497-532), *Las bases militares problema esencialmente político* (in eod. loc., vol. 6, núm. 14, p. 251-277), *Apuntes críticos en materia de coexistencia pacífica* (in eod. loc., vol. 7, núm. 18, 1963, p. 371-394), *Introducción al problema del desarme* (in eod. loc., vol. 8, núm. 21, 1964, p. 357-379), *El debate general en la XXII asamblea de la ONU* (in eod. loc., vol. 10, núm. 27, 1966, p. 767-787), *La crisis de Checoslovaquia y la acción de las Naciones Unidas* (in eod. loc., vol. 12, núm. 31-32, 1968, p. 53-96), *Notas sobre el artículo 17 de la Ley uniforme de la venta internacional de mercaderías* (in eod. loc., vol. 14, núm. 38-39, 1970, p. 423-434), *El Derecho Internacional privado y la sociedad internacional* (Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, vol. 2, 1971, p. 1-22), *Integración europea y competencia doméstica* (Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 4, 1973, p. 107-124), *La Facultad ante su presente* (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 52, 1978, p. 7-16), *El Consejo de Europa contemplado por un parlamentario español* (Revista de Instituciones Europeas, vol. 5, núm. 1, 1978, p. 35-52), *Algunos supuestos políticos de Derecho Internacional*

Contemporánea de la Universidad de Córdoba, José Manuel Cuenca Toribio,³⁶ que era “lector voraz y omnívoro” y que:

Accionado por el resorte de su poderosa memoria, la ingente mole de estos conocimientos discurre por tratados, ensayos y conferencias, con rigor y precisión contundentes, [...] oírle explicar la invasión de Hungría o Checoslovaquia por las tropas soviéticas o leerle su interpretación de la política exterior norteamericana desde el *big-stick* hasta la “diplomacia del ping-pong”, resulta sin duda, un espectáculo intelectual fascinante, [...] cristiano comprometido a fondo con la causa de los marginados y explotados, universitario de un género ya casi extinguido, hombre inquieto y buscador [...] (con) discípulos de fidelidad ejemplar todos ellos [...] (CUENCA TORIBIO, 1984, p. 272-274).

Aguilar Navarro fue discípulo de Antonio de Luna, Pedro Cortina Mauri³⁷ y de Fernando Arias Parga³⁸ a quienes en “Sevilla, 4 mayo 1955” les dedica con

Privado (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 71, 1984-1985, p. 177-206), una pequeña muestra de los más de doscientos trabajos que publicó en el marco de su especialidad. Él mismo refiriéndose en 1972 a sus actividad científica reconoce que: “Hice artículos del más variado género [...] demasiados artículos y de excesiva variedad temática; y en cuanto a las Recensiones, sería empeño abrumador recapitular ahora sobre ellas [...] fueron tantas y tan dispares” (*Ensayo de delimitación del Derecho internacional económico*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1972, p. 9-10). Elegido en 1977 decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, y director de diversas tesis doctorales, desempeñó la dirección de la Revista Española de Derecho Internacional (REDI), siendo además miembro fundador del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (1951), así como de la Junta fundacional de “Cuadernos para el Diálogo” cuyo primer número apareció en octubre de 1963. Asiduo colaborador en la prensa madrileña en sus páginas aparecieron numerosos artículos sobre descolonización, desarme, política internacional y política española durante la transición, en los que mantuvo su pensamiento progresista y democrático. Ya antes de la transición sus ideas le llevaron a sufrir, a consecuencia de sucesos políticos acaecidos a mediados de la década de los años sesenta, junto a otros conocidos profesores universitarios (López-Aranguren, García Calvo, Montero Díaz, Tierno Galván) y menos conocidos (García de Vercher), una sanción de dos años de suspensión de empleo y sueldo, reintegrándose a la actividad académica para iniciar el curso académico 1966-1967. El profesor José Luis San Pedro renunció a su cátedra en solidaridad con los sancionados pero a diferencia de éstos, una vez instaurada en España la democracia, no pudo recuperar la cátedra al haberse aplicado la doctrina de los “actos propios”. En las primeras elecciones democráticas, celebradas el 15 de junio de 1977, el profesor Aguilar Navarro fue elegido senador del Reino en la candidatura “Senadores para la Democracia”, formada por él junto con Joaquín Satrústegui Fernández y Manuel Villar Arregui, y después desempeñó, por elección senatorial, la presidencia de la comisión de Asuntos Exteriores. En 1984, desempeñando yo el cargo de Secretario General de la Universidad Complutense, tuve el honor y la satisfacción de intervenir en la sesión de la Junta de Gobierno de la Universidad en la que se solicitó para él la Gran Cruz de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio, que con todo merecimiento le fue concedida por el Gobierno.

³⁶ Del cual me cupo la grata tarea de ser padrino-introductor en el Salón de Plenos del Ministerio de Educación y Ciencia el 27 de enero de 2016, día de su toma de posesión como Académico de Número en la Real Academia de Doctores de España.

³⁷ Pedro Cortina Mauri (La Pobla del Segur, Lleida-18 de marzo de 1908-Madrid, 14 de febrero de 1993), fue catedrático de Derecho internacional público y privado de la Universidad de Sevilla en 1941, pero por muy poco tiempo ya que dirigió su actividad profesional hacia la carrera diplomática.

³⁸ Nació en Barcelona el 27 de diciembre de 1909 y murió en Madrid el 24 de julio de 1959. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid en 1931, tras cursar el doctorado en

la expresión de “a mis maestros” su *Derecho internacional privado*, obra a la que en la nota 59 se ha hecho referencia.

Vinieron con él, con poco tiempo de diferencia, tres de sus alumnos sevillanos: Juan Antonio Carrillo Salcedo (Morón de la Frontera, Sevilla, 1934-Sevilla 19 de enero de 2013), Julio Diego González Campos (Alcalá de Guadaíra, 5 de abril de 1932-Madrid, 20 de noviembre de 2007) y Roberto Mesa Garrido (Sevilla, 12 de marzo de 1935-Madrid, 25 de febrero de 2004), que continuaban así su carrera docente universitaria y su formación junto al maestro. Jubilado éste en 1986 al cumplir la edad reglamentaria durante los veintiséis años transcurridos entre 1960 y 1986 en los que ejerció la docencia, más de treinta profesores llegaron a formar parte de su escuela en el Departamento de la disciplina de la Facultad de Derecho de la Universidad primero Central, después Complutense, una docencia que en realidad se prolongó hasta su muerte en 1992, por lo que la escuela, a nuestro parecer completamente liberal, existió durante treinta y dos años en la segunda mitad del siglo XX. Algunos de sus miembros abandonaron la carrera docente y enfocaron su vocación hacia la carrera diplomática, otros sectores de la Administración del Estado, o el ejercicio de la abogacía. Sus componentes, con la fecha de incorporación como profesores de la Facultad, son los siguientes: 1960, Íñigo Álvarez de Toledo Mencos, Juan Antonio Carrillo Salcedo (fallecido) y José Luis Fernández Flores (fallecido); 1961, Lorenzo Martín Fernández, José Gallo Pérez (fallecido) y Julio Diego González Campos (fallecido); 1962, Eduardo Cobo Cárdenas, José Cuenca Anaya,³⁹ José Antonio Iturriaga Barberán, Manuel Luengo Muñoz y Manuel Medina Ortega; 1964, Mariano Aguilar Benítez de Lugo; 1965, Roberto Mesa Garrido⁴⁰ (fallecido) y Enrique Pecourt García (fallecido);⁴¹ 1966, Hilda Grieder Machado y José Antonio Tomás Ortiz de la Torre; 1967, Carlos Vinuesa

el que fue alumno de Fernández Prida, se doctoró en 1934 con una tesis en la que estudió el artículo 19 del Pacto de la Sociedad de Naciones. Alguna reseña biográfica le atribuye la condición de “catedrático de Derecho internacional público” porque “en 1932 ganó la cátedra de Derecho internacional público de la Universidad Central”, lo que no es cierto, pues en ese año era alumno del doctorado y sí asistente regular a los ejercicios de la oposición a esa cátedra, que se celebraron en el viejo caserón de San Bernardo, y que, como se ha dicho, fue adjudicada a Antonio de Luna. Fue precisamente éste quien le procuró que fuese profesor ayudante suyo entre 1932 y 1936 (aunque no hay rastro de esa incorporación en los archivos del Decanato de la Facultad de Derecho), período en el que, becado, amplió estudios en Alemania, Francia y Suiza, concretamente entre 1933 y 1935. El propio De Luna, en el *in memoriam* que le dedicó, recuerda que acontecimientos políticos impidieron que pudiera acceder a una cátedra. Sin duda se refiere a que, siendo Arias Parga contrario al régimen que se impuso en España tras la guerra civil, en 1939 fue condenado a largos años de prisión que comenzó a cumplir en diversas prisiones de Andalucía hasta que consiguió la libertad condicional en 1948. Fue profesor en el Instituto “Francisco de Vitoria” y en la Escuela de Funcionarios Internacionales, al tiempo que ejercía como abogado en Madrid. También desempeñó el cargo de cónsul de España en la ciudad marroquí de Uchda.

³⁹ Quien más tarde desempeñó importantes cargos en la carrera diplomática, entre otros, embajador de España en Bulgaria (1983), Unión Soviética (1987), Grecia (1993) y Canadá (1999).

⁴⁰ Muy pronto pasó a la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, donde enseñó Derecho internacional público e Historia de las Relaciones Internacionales.

⁴¹ Sin embargo, el profesor Pecourt García, procedente de Valencia, en realidad era un discípulo del profesor Adolfo Miaja de la Muela. Su función fue la de sustituir en la cátedra del doctorado a Fernando María de Castilla y Maíz, especialmente entre 1966 y 1969, como anteriormente se ha dicho.

Salto; 1968, Ana Paloma Abarca Junco y Antonio Ortiz-Arce de la Fuente; 1969, Francisco Javier Giménez-Ugarte Hernández; 1971, Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano; 1972, Antonio Fernández Toraño y María del Carmen García Moreno; 1973, José María Fernández Huertas; 1976, María Luisa Hontoria Gaya y Francisco Javier Zamora Cabot; 1978, María Luisa Alonso Horcada; 1983, Isabel García Rodríguez (fallecida); 1985, María Dolores Morientes Rodríguez (fallecida); 1986, Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo y Santiago Sánchez González; 1989, Pilar Maestre Casas; 1990, Miguel Checa Martínez.

También colaboraron con la escuela la argentina Sofía Santiago, que se doctoró con una tesis sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España, el hispano-suizo Jean-Marie Vuillemin de Burgos y Amadeo Pérez Yáñez, suizo de origen español quien, procedente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, llegó a las más altas cotas en la carrera diplomática suiza. Con motivo de la jubilación del profesor Aguilar Navarro toda la escuela participó en el almuerzo que se le ofreció en la Facultad de Derecho, y tras ese “momento administrativo”, que inexplicable y lamentablemente no fue seguido por un sobradamente merecido libro homenaje, el maestro continuó la actividad docente como profesor emérito y finalizado ese período como profesor asociado, condición que poseía en el momento de su fallecimiento. Es entre 1986 y 1992, cuando se produjeron tres nuevas incorporaciones: 1987, Rafael Arroyo Montero (fallecido); 1989, Pilar Maestre Casas; y 1990, Julio Antonio García López. La incorporación de Víctor Fuentes Camacho tuvo lugar ya en 1993,⁴² después del fallecimiento del maestro. A los nombres citados hay que añadir el de María Luisa Pabón Olmos, que igualmente formó parte del grupo de trabajo e investigación, sin que en este caso sea posible precisar la fecha de alta en la Facultad, ya que no figura en la fuente consultada. Como se puede apreciar, en los años 1963, 1970, 1974, 1975, 1977, 1979 a 1982, 1984, 1988, 1991 y 1992 no se produjo ninguna incorporación.

Naturalmente, no es este el lugar adecuado para exponer *in extenso* el *curriculum vitae* de cada uno de los componentes de la escuela, sin embargo sí sería injusto silenciar que prácticamente la totalidad, por unas u otras circunstancias, destacan por su brillantez⁴³, y que colectivamente se llevaron

⁴² Los datos, que quizás en algún caso habría que admitir *cum grano salis*, están extraídos de tres documentos inéditos de los que es autora Garrote Benavente, María Ángeles: *Censo de Profesores*, (viernes, 11 de junio de 1999, 25 págs.; jueves, 25 de mayo de 2000, 44 págs.; y viernes, 6 de abril de 2001, 44 págs.).

⁴³ Sin personalizar, porque no es aquí posible, hay entre ellos desde premios de doctorado, además de multitud de publicaciones individuales como monografías, manuales o cursos, estudios, artículos de revista, ponencias presentadas en congresos nacionales e internacionales, colaboraciones en libros-homenaje y otras en libros colectivos; también hubo accesos, por oposición, a los cuerpos de catedrático y profesor titular de Universidad; se ocuparon cargos como juez *ad hoc* del Tribunal Internacional de Justicia; juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; del Tribunal Constitucional; rectorados y secretarías generales de Universidad; decanatos; participación en equipos jurídicos en procedimientos ante el citado Tribunal Internacional de Justicia; desempeño de funciones de cónsul general y embajador de España; presencia en delegaciones de conferencias internacionales; elecciones como miembros del Instituto de Derecho Internacional y del Instituto Hispano-Luso-Americanos de Derecho Internacional; invitaciones como profesores en diversas Universidades y en la Academia de Derecho internacional de La Haya; ingresos como académicos en Reales Academias; recepciones de título de doctor *honoris causa*, etc.

a cabo trabajos, bajo la dirección del profesor Aguilar Navarro, que aún hoy, cincuenta años después, siguen siendo de gran utilidad para la historia del Derecho internacional privado español. Justo es también recordar que algunos de los profesores extendieron su magisterio en la materia de Derecho internacional privado, e incluso de Derecho internacional público, más allá de la Facultad, a las aulas de los Colegios Universitarios oficialmente adscritos a la Universidad Complutense, actualmente Centros de Estudios Superiores, como el Colegio Universitario “Cardenal Cisneros”, con origen en la Academia Universitaria San Raimundo de Peñafort, el Centro de Estudios Universitarios San Pablo-CEU hoy convertido en Universidad privada, el Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF) y el Colegio Universitario “Domingo de Soto”, más tarde simplemente “de Segovia”, cuya actividad se prolongó cerca de cuarenta años en esa monumental e histórica ciudad, hasta que en 2007 pasó a depender de la Universidad de Valladolid.

Por lo que atañe a las publicaciones colectivas a que se ha hecho referencia, cabe recordar que en la década de los años setenta vieron la luz textos, impresos y a ciclostil, de gran utilidad de cara a las clases prácticas, hasta que éstas desaparecieron al dividirse el número de alumnos matriculados en la asignatura en grupos de doscientos cincuenta, con lo que se dio entrada a la exposición del programa completo a profesores adjuntos y ayudantes, quedando superada la tradicional “lección magistral” impartida por el titular de la cátedra a la totalidad del alumnado. En 1970 apareció *Textos y materiales de Derecho internacional privado*,⁴⁴ un volumen que recogió normas y documentos sobre Derecho español y Derecho internacional privado comparado así como convencional. Complementario a esta publicación apareció, a ciclostil, *Materiales de práctica de Derecho internacional privado*, dedicado exclusivamente a jurisprudencia Española.⁴⁵

En 1972 una nueva publicación, también ciclostilada, bajo el título de *Materiales de prácticas de Derecho internacional privado*⁴⁶ estuvo dedicada íntegramente a jurisprudencia pero, en este caso, incluyendo jurisprudencia extranjera y con la colaboración de los miembros de las cátedras de las Universidades de Granada y Oviedo. También en 1972 apareció, con la misma técnica de publicación, la obra colectiva entre las cátedras de la Universidad Complutense y de Oviedo, dedicada a determinadas lecciones de Derecho civil internacional (separación y divorcio, efectos del matrimonio, filiación, formas y pruebas de los actos jurídicos, Derecho de las obligaciones, contratos en particular, las cosas y el estatuto real, y las sucesiones en el Derecho civil internacional).⁴⁷

Por lo que atañe al Derecho civil internacional este sector de la “parte especial” comenzó a ver la luz en 1968 edición a la que siguieron las de 1970, 1973 y 1975, publicadas por la editorial madrileña Artes Gráficas Benzal. Siete años más tarde apareció, también bajo la dirección del profesor Aguilar Navarro,

⁴⁴ Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho, Madrid, 1970.

⁴⁵ Madrid, octubre de 1971.

⁴⁶ Madrid, octubre de 1972.

⁴⁷ *Derecho internacional privado (Derecho civil internacional: Lecciones 32 a 39)*, Madrid, marzo de 1972.

una obra colectiva dedicada al Derecho civil internacional pero limitado a la perspectiva *española*.⁴⁸

Más tarde, cuando ya habían transcurrido cuatro años desde el fallecimiento del profesor Aguilar Navarro, apareció un volumen dedicado al Derecho civil internacional, también limitado a la legislación, jurisprudencia y doctrina españolas, en el que al lado de tres miembros de la escuela matritense colaboraron cinco profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Hispalense, entonces sita en el histórico edificio de la Fábrica de Tabacos construido por mandato de Felipe V entre 1725 y 1757 por los arquitectos Wamember y Catalán, en la que la docencia del Derecho internacional privado ya estaba a cargo del profesor Aguilar Benítez de Lugo en la cátedra que años antes había regentado su padre.⁴⁹

5 EPÍLOGO

La escuela matritense de Derecho internacional privado, la escuela del profesor Aguilar Navarro, estuvo formada desde su origen en 1960, por un compacto grupo de profesores e investigadores hasta el comienzo de la década de los años setenta, ya que es por esas fechas cuando algunos de sus miembros acceden a cátedras de otras universidades, así Carrillo Salcedo a la de Granada para después pasar a la Universidad Autónoma de Madrid y de ahí a la de Sevilla, y González Campos a la de Oviedo desde la que pasaría, más tarde, a la Universidad Autónoma de Madrid, iniciando en ellas la formación de sus propias escuelas. Esto explica que en algunas de las publicaciones colectivas ya citadas figuren al lado de la Universidad Complutense la granadina y la ovetense.

Sin embargo, como se ha podido ver en la relación de miembros al tiempo que algunos pasaban a otras universidades en la Complutense se incorporaban nuevos profesores con lo que la escuela matritense continuó activamente su labor investigadora y docente. Junto alguno, como Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, que habiendo ocupado plaza en otra Universidad regresaba de nuevo al *alma mater* complutense otros, formados ya en otras escuelas, como en la de Oviedo, caso de José Carlos Fernández Rozas, llegaban a la Universidad Complutense.

A partir de 1984 cuando fue obligatoria, por decisión ministerial, la adscripción al escalafón de Derecho internacional público o al de Derecho internacional privado, por parte de quienes habíamos ganado oposición cuando ambas disciplinas formaban una unidad, algunos miembros de la escuela matritense optamos por esta última disciplina mientras otros se inclinaron hacia

⁴⁸ *Lecciones de Derecho civil internacional español*, Sección de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1982. En ella colaboraron los siguientes miembros del Departamento de Derecho Internacional Privado: Mariano Aguilar Benítez de Lugo, María Luisa Alonso Horcada, Isabel García Rodríguez, Hilda Grieder Machado, María Luisa Hontoria Gaya, María Salomé Pabón Olmos, José Antonio Tomás Ortiz de la Torre y Francisco Javier Zamora Cabot. La segunda edición revisada apareció en 1983 con los citados colaboradores salvo María Luisa Hontoria Gaya.

⁴⁹ *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, 356 p.

la primera, lo que no fue obstáculo para que algunos continuasen cultivando ambas materias.

Esta visión, aunque muy general, no estaría completa si no se hiciese alusión, siquiera sea en dos palabras, a la rama del Derecho internacional público en la que durante la segunda mitad del pasado siglo se contabilizan adscritos más de ochenta profesores, según la relación elaborada por Garrote Benavente.⁵⁰

A diferencia de lo ocurrido en la rama del Derecho internacional privado en Derecho internacional público no puede hablarse de una escuela sino de varias ya que varios fueron los catedráticos que simultáneamente ejercieron docencia. En efecto, después del profesor De Luna García, fallecido en Madrid en 1967 siendo embajador de España en Viena,⁵¹ vino a la Facultad, de la que fue decano, procedente de Zaragoza, Luis García Arias (Chantada, Lugo, 24 de abril de 1921-Madrid, 18 de enero de 1973) que reunió en torno a él un considerable número de profesores ayudantes. Después, tras el fallecimiento de Fernando María Castiella y Maíz,⁵² que ocupaba la cátedra del doctorado, llegó procedente de Zaragoza José Antonio Pastor Ridruejo que, al desaparecer la referida cátedra, pasó a ocupar una de Derecho internacional público en la licenciatura.

La presencia de Manuel Díez de Velasco Vallejo supuso también la creación de su propia escuela en la que se formaron profesores que hoy lo son

⁵⁰ Adscritos a la asignatura de Derecho internacional público, aparte de Joaquín Fernández-Prida y García-Mendoza que lo fue en 1924, desde la II República Española hasta la década 1950-1960 pueden anotarse los siguientes nombres: Leopoldo Palacios y Morini (1932), Ramón Sedo Gómez, Gabriel Cáceres Torres y Nicolás Martín Alonso (1939), Álvaro Soto Burgos y José Miguel Ruiz Morales (1940), José Luis de la Peña Aznar y Raimundo Pérez-Hernández Moreno (1942), Enrique Thomas de Carranza (1943), José María Onrubia y Enrique Pérez Hernández (1946), Miguel Camino Poyales (1947), Manuel Díez de Velasco Vallejo (1949), Antonio Guerrero Burgos y Julián Moreno Sandoval (1955), Antonio Ortiz García y Fernando Gil Nieto (1958).

⁵¹ De él escribe Cuenca Toribio que aunque “su propio ingenio le perdió” y “la gran promesa en que se convirtiera [...] no cristalizó en un quehacer universitario digno de las ilusiones cifradas en él [...]”, De Luna “[...] fue tal vez quien poseyó los mejores talentos para erigirse en maestro de categoría y renombre universales [...] muerto [...] en los momentos en que su cotización en los foros internacionales alcanzaba cotas desconocidas para el mundo oficial español [...]”, vid. su *op. cit.*, p. 103-105. A pesar de los profesores citados en la nota anterior Antonio de Luna no dejó propiamente escuela, y es de justicia recordar que uno de sus alumnos extranjeros siempre consideró un honor haber asistido a sus clases, caso del profesor filipino Enrique P. Syquia que presidió la 58^a Conferencia de la International Law Association, celebrada en Manila del 27 de agosto al 2 de septiembre de 1978.

⁵² La muerte le sorprendió, el jueves 25 de noviembre de 1976, en el momento en que entraba en la sede del hoy extinto Banco Español de Crédito, sito en la madrileña plaza de Canalejas. Durante el tiempo en que desempeñó el cargo de embajador de España en distintas embajadas, como en Perú y en el Estado de la Ciudad del Vaticano, en su condición de diplomático de carrera, así como los doce años en los que fue ministro de Asuntos Exteriores (1957-1969) las clases de doctorado fueron impartidas por los profesores ya citados. En el plan de estudios de 1953 para cursar el doctorado se debían superar tres asignaturas, o cursos monográficos, elegidas de la lista que se ofrecía en cada curso académico, y en la que no estuvo ausente el Derecho internacional, pues figuraron regularmente el “Derecho internacional marítimo”, a cargo de José Luis de Azcárraga Bustamante, el “Derecho internacional aéreo y del espacio”, que impartía Luis Tapia Salinas, y el “Derecho internacional humanitario” que explicaba Fernando Murillo Rubiera.

de otras universidades como Carlos Jiménez Piernas, en la de Alcalá de Henares, y Araceli Mangas Martín quien durante algunos años ocupó plaza en la Universidad de Salamanca hasta que regresó de nuevo a la Universidad Complutense. En ésta Universidad siguieron otros, como Manuel Pérez González (de la escuela de García Arias), Gil Carlos Rodríguez Iglesias (fallecido) (de la escuela de Díez de Velasco), y Luis Ignacio Sánchez Rodríguez (fallecido) (de la escuela ovetense de González Campos), con los que se inicia ya el siglo XXI. De estas escuelas, algunos maestros como algún discípulo también, ocuparon relevantes cargos jurídicos, así en el Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A muy grandes rasgos ésta es la visión, naturalmente la personal, del panorama que, tanto el Derecho internacional privado como el Derecho internacional público, presentan, en el transcurso, especialmente, de la segunda mitad del siglo XX y los primeros años del XXI, en la Facultad de Derecho de la Universidad Central, hoy Complutense de Madrid. Un panorama, no hace falta decir, que no se ha pretendido exponer aquí exhaustivamente porque sería imposible en el espacio propio de un artículo, por lo que puede que no estén comprendidos todos los que son pero, desde luego, sí son todos los que están. Las páginas que anteceden presentan, pues, un simple bosquejo, desde luego no exento de lagunas, que evidencian, sin duda, lo mucho que queda todavía por escribir de esta larga historia (los aspectos administrativos atinentes a sus miembros, los *curriculum* individualizados, los programas de la asignatura, la producción bibliográfica de cada uno, etc.).

Tiene mucha razón el profesor González Vega⁵³ cuando relaciona un conocido poema machadiano, de *Campos de Castilla*, con la labor que llevó a cabo el profesor Aguilar Navarro en la Universidad de Sevilla, continuada después en Madrid, al iniciar nuevos planteamientos docentes e investigadores con vistas a una renovación profunda de los estudios tanto del Derecho internacional público como del Derecho internacional privado. Con anterioridad al maestro Aguilar Navarro podría decirse que, en general, éstos eran en España un “[...] olmo viejo, hendido por el rayo/ y en su mitad podrido [...]”; él, y su escuela, fueron “las lluvias de abril y el sol de mayo” que hicieron que a dicha ciencia le saliesen algunas hojas verdes. Y con este reverdecer se inició en el Derecho internacional, en particular en el Derecho internacional privado, sobre todo a partir de 1960 en la antigua Universidad Central, un nuevo, acertado y fructífero rumbo científico, que hoy, al margen de la escuela del profesor Aguilar Navarro, está presente en el conjunto de las universidades españolas, en las que ejercen prestigiosos internacionalistas una apasionante función docente e investigadora que, como el rayo de Miguel Hernández, por fortuna para la ciencia jurídica española, no cesa.

⁵³ González Vega, Javier Andrés: “A un olmo viejo [...]” *La Universidad de Sevilla y “la revolución pacífica” de la doctrina española del Derecho internacional bajo la dictadura franquista*, en: e-Legal History Review, núm. 22, 2016.

REFERENCIAS

- ANZIOTTI, Dionisio. Un programma d'insegnamiento del diritto internazionale privato. En: **Scritti di Diritto Internazionale Privato**. v. III. Padua: Cedam, 1960.
- ARANZADI: repertorio cronológico de legislación. núm. 190. Pamplona: Aranzadi, 1932, y Madrid, Gaceta de Madrid, del 16 de febrero de 1932.
- ARANZADI: repertorio cronológico de legislación. núm. 214. Pamplona: Aranzadi, 1931a.
- ARANZADI: repertorio cronológico de legislación. núm. 589. Pamplona: Aranzadi, 1979a.
- ARANZADI: repertorio cronológico de legislación. núm. 1.043. Pamplona: Aranzadi, 1931b.
- ARANZADI: repertorio cronológico de legislación. núm. 1.115. Pamplona: Aranzadi, 1953.
- ARANZADI: repertorio cronológico de legislación. núm. 1.146. Pamplona: Aranzadi, 1944.
- ARANZADI: repertorio cronológico de legislación. núm. 1.317. Pamplona: Aranzadi, 1930.
- ARANZADI: repertorio cronológico de legislación. núm. 3.096. Pamplona: Aranzadi, 1979b.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. La idea del derecho en don Antonio de Luna. En: **Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro**. v. 2. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1979. p. 1.685-1.688.
- CUENCA TORIBIO, José Manuel. **Semblanzas andaluzas**: galería de retratos. Madrid: Espasa Calpe, 1984. (*Colección Austral*).
- ESPAÑA. **Colección legislativa de España**: segundo semestre. t. XCVI. Madrid: Tipografía del Ministerio de Gracia y Justicia, 1866.
- ESPAÑA. **Colección legislativa de España**. t. CXXXI. Madrid: Tipografía del Ministerio de Gracia y Justicia, 1884.
- FERNÁNDEZ DE LOS RÍOS, Angel. **Guía de Madrid, manual del madrileño y del forasteiro**. Madrid: Oficinas de la Ilustración Española y Americana, 1876.
- FERNÁNDEZ PRIDA, Joaquín. **Derecho internacional privado**. Valladolid: Ed. José Manuel de la Cuesta, 1896.

FIORE, Pasquale. **Tratado de derecho internacional público**. Trad. esp. por Alejo García Moreno. t. I, 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1894.

FOELIX, Jean Jacques Gaspard M.; DEMANGEAT, Charles. **Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé**. Deuxième édition, corrigée et augmenté. Paris: Joubert / Près l'École de Droit, 1847.

GARCÍA ARIAS, Luis. **Adiciones sobre la historia de la doctrina hispánica de derecho internacional a la traducción española de la historia del derecho internacional, de Arthur Nussbaum**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1949.

GEMMA, Scipione. **L'autonomia scientifica e didattica del diritto internazionale privato**: prolusione al corso di diritto internazionale letta nell'Università di Siena il 21, Gennaio 1909. Turín: Fratelli Bocca, 1909.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Progreso de los estudios en España durante el reinado actual. En: **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, t. XXV, Madrid, Ed. Reus, 1864.

JITTA, Daniel Josephus. **Método de derecho internacional privado**. Trad. esp. por Joaquín Fernández Prida. Madrid: La España Moderna, [190?]. (Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia, 423).

MADOZ, Pascual. **Diccionario geográfico-estadístico-histórico de España y sus posesiones de ultramar**. tomo X. Madrid: Imprenta del Diccionario Geográfico, 1847.

MARÍN LÓPEZ, Antonio. Las IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Granada, 4-6 de julio de 1979). En: **Revista Española de Derecho Internacional (REDI)**, Madrid, Ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, vol. XXXII, núms. 1-3, 1980.

MARÍN Y MENDOZA, Joaquín; RUS RUFINO, Salvador. **Historia del derecho natural y de gentes**. Valencia: Alfons el Magnànim, 1999.

MEILI, Friedrich. **Geschichte und system des internationalen privatrecht**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1892.

OPPENHEIM, Lassa. **Tratado de derecho internacional público**: paz. 8.^a ed. inglesa por Sir Hersch Lauterpacht. Trad. esp. por J. López Oliván y J. M. Castro-Rial. t. I, v. I. Barcelona: Bosch, 1961.

PÉREZ MONTERO, José. La reunión de profesores de derecho internacional en España. En: **Revista Española de Derecho Internacional (REDI)**, Madrid, Ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, vol. XVII, 1964.

PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel. **Guía de la Facultad de Derecho**: curso 2000-2001. Madrid, 2001.

PILLET, Antoine-Louis. Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public. En: **Annales de l'Enseignement Supérieur de Grenoble**, Grenoble, Ed. Gauthiers-Villars, v. 4, 1892.

PUYOL MONTERO, José María. **Enseñar derecho en la República**: la Facultad de Madrid (1931-1939). Madrid: Dykinson, 2019.

PUYOL MONTERO, José María. La Facultad de Derecho de la Universidad Central em sus Actas (1931-1936). In: GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo; RIBAGORDA, Álvaro (Ed.). **La Universidad Central durante la Segunda República**: las ciencias humanas y sociales y la vida universitaria. Madrid: Dykinson, 2013. p. 301-322.

RÉPIDE, Pedro de. **Las calles de Madrid**. Madrid: Afrodisio Aguado, 1971.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. La disciplina del “derecho internacional privado” en España. En: **Liber amicorum**: estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Antonio Rodríguez Sastre. Madrid, International Law Association, sección española, 1985.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. La historia del derecho internacional: en el centenario de la obra de Joaquín Fernández Prida. En: **Revista Jurídica de Asturias**, Oviedo, Ed. Universidad de Oviedo, núm. 40, 2017, p. 29-54.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. L'établissement de l'enseignement officiel en Espagne du droit international. En: **Annuaire de l'A.A.A.**, v. 40. La Haye, 1970.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Pensamiento jurídico-internacional asturiano: noticia de un curso manuscrito inédito decimonónico de derecho internacional privado. En: **Revista Jurídica de Asturias**, Oviedo, Ed. Universidad de Oviedo, núm. 42, p. 25-54, 2019.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Una obra inédita sobre derecho internacional privado del Profesor Mariano Aguilar Navarro (1916-1992). En: **Revista Jurídica de Asturias**, Oviedo, Ed. Universidad de Oviedo, núm. 34, 2010, p. 203-292.

VON BAR, Car Ludwig. **Teoria e pratica del diritto internazionale privato**. Parte prima. Trad. italiana por G. C. Buzzatti. Turín: Utet, 1915.

WESTLAKE, John. Relations between public and private international law. En: **Collated Papers**, 1914.

Submissão em: 21 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 19 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Algunas notas históricas sobre el derecho de gentes como disciplina científica y la escuela matritense de derecho internacional privado en la Universidad Central (1960-1992). In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 116-143, maio-ago. 2021.

ESG NO UNIVERSO JURÍDICO

JOSÉ RENATO NALINI¹

I INTRODUÇÃO

O mundo acordou para o grave problema do aquecimento global. Aqueles que pensam no amanhã tiveram de reformatar a sua maneira de enxergar o mundo. Foi então que surgiu, para transformar a cultura reinante, o conceito ESG, da sigla em inglês para sintetizar a preocupação, conjunta e simultânea, dos aspectos ambiental, social e de governança corporativa.

Cuida-se da implementação do pensamento complexo, desenvolvido por Edgar Morin e, antes dele, por Michel de Montaigne, cinco séculos antes. Tudo interfere com todas as coisas. O pensamento centrado numa só área, deixa a descoberto as outras todas. Era o que Montaigne proclamava: é melhor uma cabeça bem feita, do que uma cabeça repleta de informações. Algo que não foi, até o momento, adequadamente absorvido pelos educadores. Uma educação baseada na memorização desserve à missão de formar pessoas lúcidas, capazes de uma atuação crítica e com habilidades para enfrentar os desafios postos pela contemporaneidade.

Abrir-se para tudo aquilo que acontece e que impacta, profundamente, toda a convivência, é questão fundamental para garantir a continuidade da experiência humana sobre o planeta.

O direito quase sempre foi caracterizado por uma vocação entrópica, a enxergar todas as coisas pelo enfoque exclusivamente jurídico e, nesse percurso, deixou de fora a ecologia, a economia, a sociologia, a história, as ciências duras e a aptidão para adaptar-se ao inesperado. Algo perigoso, pois o futuro é sempre imprevisível, enquanto a avaliação do passado nos impusesse reconhecer que fomos péssimos inquilinos deste único *habitat* com o qual podemos contar.

¹ Reitor da Uniregional. Docente da Pós-Graduação da Uninove. Presidente da Academia Paulista de Letras – gestão – 2021-2022. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Desembargador Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desembargador Ex-Corregedor da Corregedoria de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ex-Secretário de Estado de Educação do Estado de São Paulo. e-mail: jose-nalini@uol.com.br

A humanidade se questiona hoje se ainda pode contar com o porvir. Aquela etapa que, em teoria, seria a portadora de máxima carga de expectativa, mas que se afigura a cada dia mais perigosa.

Ou tememos o futuro – o aumento do buraco da camada de ozônio, o aquecimento global, a ameaça nuclear rediviva a cada acidente natural de grandes proporções, o esgotamento de inúmeros recursos naturais que não são renováveis, etc. – e queremos adiar esse futuro, transferi-lo para mais longe, ou pensamos o futuro como intensificação do já existente – mais tecnologias, mais democracia, etc. (JASMIN, 2013, p. 398).

Ao analisar com serenidade, mas com crescente angústia, aquilo que acontece com os biomas brasileiros, ao assistir a inclemente desmanche de estruturas tutelares da natureza e o acelerado retrocesso princípio lógico e pragmático do tema ambiental, não há como se acreditar no futuro venturoso que o otimismo vaticinou para o século 21.

Tal cenário impõe absorção de alternativas tais, como a implementação concreta e consistente de filosofia e práticas suficientes à desejável reversão do ritmo de destruição ecossistêmica. É o que pode explicar a velocidade com que a mensagem ESG mereceu adesão de inúmeros setores e tem merecido estudos aos quais acorrem variada gama de interessados.

Embora a origem da cultura ESG se vincule ao mercado, como resposta eminentemente prática, de socorro a uma economia cambaleante, sua abrangência tem condições de se irradiar por todas as outras áreas de interesse da humanidade. Inclusive, e principalmente, a esfera jurídica, preordenada a regular e a disciplinar os caminhos que os humanos percorrem nesta frágil e efêmera trajetória pelo planeta.

II UM APELO SEDUTOR

A sustentabilidade não é conceito novo. Surgiu no relatório Brundtland, com a participação do notável brasileiro Paulo Nogueira Neto, o primeiro Secretário do Meio Ambiente, quando ainda não existia Ministério.

Ela surge com roupagem nova na sigla ESG, a sinalizar os três pilares que devem guiá-la. Surgiu em 2004, no Pacto Global, considerado a maior ação de sustentabilidade corporativa do mundo. Contou com a participação de mais de 16 mil membros em 160 países. Foi citada no relatório Who Cares Win, ganha quem se importa, cujo objetivo era incrementar a agenda de sustentabilidade para o setor financeiro.

Seu apelo ganhou força como a crise sanitária, pois não persistem dúvidas de que a pandemia também guarda correlação com o maltrato dispensado à natureza. A empresa, instituição que enfrentou vicissitudes, a partir de uma postura pouco receptiva de parte dos governos, apoderou-se logo do conteúdo dessa mensagem. Sabe que sua sobrevivência depende de efetiva prática de ações que evidenciem não se preocupar apenas com o lucro, mas com um amplo

espectro de interesses. Dentre estes, o bem-estar dos funcionários, a redução da desigualdade social, o desenvolvimento integral da comunidade, o respeito à diversidade e a preservação do ambiente. Na realidade, é a consolidação daquilo que tem sido denominado “capitalismo de stakeholders”, fórmula que não deixa ninguém fora do foco empresarial.

O universo negocial levou a sério a conclave. Oitenta por cento das 5,2 mil maiores empresas globais já elaboraram relatórios de sustentabilidade, conforme o levantamento “Chegou a hora”. Oitenta e cinco por cento das 100 maiores empresas brasileiras já apresentaram relatórios de sustentabilidade conforme levantamento da KPMG². Relatório de sustentabilidade é um parâmetro de orientação para mensurar e acompanhar a evolução da política de sustentabilidade empresarial, de grande interesse dos investidores. Consolida-se a metodologia de elaboração desse diagnóstico mediante apurado detalhamento de mais de 400 indicadores. É ferramenta que adquire crescente importância no mercado.

Mas será possível aliar desenvolvimento econômico, meio ambiente e sociedade justa?

A necessidade cria oportunidades. A lucidez percebe a urgência de novo foco de atenção: a mudança do plano das ideias para efetiva ação. Inúmeras propostas estão num horizonte de possibilidades. A mais urgente é o desmatamento zero. Em seguida, reflorestar as áreas que foram alvo de extermínio. Propagar a educação ambiental em todos os níveis, o que não se resume a mera inclusão de uma disciplina curricular, mas um robusto movimento de persuasão da sociedade a ser a real guardiã da natureza.

Mais ainda, fazer com que as cidades se descarbonizem, já que a maioria da população é urbana, potencializar a transição energética no transporte público e privado, valer-se de ideias como a micromobilidade³ e suscitar na sociedade um paradigma novo para as decisões individuais.

Outros temas cabem nessa agenda, como a disciplina da produção de resíduos sólidos, a logística reversa, o combate à poluição, a economia circular, o incremento ao uso de tecnologias inovadoras que representem ganho ambiental, a proteção do mar, a redescoberta dos cursos d’água que cederam espaço para o asfalto a serviço do automóvel e muitas outras.

Quanto ao uso dos veículos movidos a combustível fóssil e poluente, atribui-se ao CEO do Euro Exin Bank Ltd., haver afirmado:

o ciclista é um desastre para a economia do país; ele não compra carros e não pede dinheiro emprestado para comprá-los. Não paga apólices de seguro. Não compra combustível, não paga para submeter o carro à manutenção e reparação. Não utiliza estacionamento pago. Não causa acidentes graves, não requer rodovias com várias pistas. Não se torna obeso. Pessoas saudáveis não são necessárias nem úteis para a economia. Elas não compram remédios. Elas não vão a hospitais ou médicos. Elas não acrescentam nada ao PIB do país⁴.

² Dados extraídos do relatório Summit Estadão ESG, caderno especial, 27.06.2021, p. X4.

³ A prefeita de Paris, Anne Hidalgo, promove interessante campanha “tudo em 15 minutos”, para que os deslocamentos na capital francesa não subtraiam a seus habitantes mais do que esse tempo nos seus deslocamentos.

⁴ Veiculado em redes sociais.

Esse dito jocoso serve para uma reflexão e, sem dúvida, foi um exercício de ironia. Deveria ser completado com a observação de que andar a pé é ainda pior para a economia, pois os pedestres sequer compram bicicleta.

De qualquer forma, o apelo por uma verdadeira conversão nos hábitos e costumes individuais e sociais é sedutor para a infância e para a juventude, ambas mais sensíveis e prontas a reconhecer a importância da participação pessoal no ambicioso projeto de salvação do mundo. Tem-se a sensação de que a influência das crianças faz com que pais e outros adultos, aparentemente desvinculados de uma preocupação ambiental, passem a encarar o tema com atenção maior.

A sociedade civil também pode e deve exercer um papel de cobrador do governo, para que ele persiga os objetivos estabelecidos pelo povo, o único titular da soberania. E o povo escolheu proteger a natureza, quando outorgou ao constituinte erigir a bela norma do artigo 225 da Constituição de 1988, sobre a qual ainda se falará.

As redes sociais têm-se mostrado armas poderosas para a arregimentação de pessoas e para alavancar campanhas que devem motivar os dirigentes políticos a uma real mudança de atitudes.

É importante enfatizar que esta década é decisiva para a humanidade reverter a tendência ao exaurimento dos insumos naturais. Talvez a pandemia tenha suscitado nas mentes mais esclarecidas uma apreensão que tem razão de ser. Urge comprometer-se com a salvação da natureza, com a promoção humana, principalmente em relação aos mais carentes e fazer com que as gestões públicas se compenetrem de sua obrigação de servir e não de serem servidas.

III O PAPEL DO DIREITO

A inconsequência no trato dos recursos naturais mostrou-se nefasta para a sobrevivência de toda espécie de vida na Terra. Vozes isoladas já denunciavam os riscos impostos às criaturas vivas, resultantes de uma exploração ilimitada dos bens finitos, sob argumento de que eles são imprescindíveis à manutenção do nível existencial considerado padrão para a maioria das gentes.

Foi necessário que a situação atingisse gravidade inesperada para que se prestasse atenção aos ditames da ciência, em regra ignorados. O ambientalismo, que se intensificou na década de 70, adotava o lema “pensar globalmente, agir localmente”. Todavia, a atitude individual é insuficiente para o enfrentamento da crise climática atual. É preciso que ocorra mais ampla mudança de todos os sistemas. Para isso, o direito é chamado a exercer protagonismo indispensável.

Esteve recentemente no Brasil, o pensador John Elkington, fundador da consultoria Volans⁵. Ele se autodenomina o “polinizador-chefe”, na missão de

⁵ Volans é um termo científico usado para animais que voam, mas que não são necessariamente pássaros. Alguns peixes, esquilos e lagartos são “voadores”. É também o nome de uma constelação.

acelerar a conscientização e as ações de sustentabilidade de todo o planeta. No cumprimento do seu projeto, faz palestras e já publicou 20 livros, dos quais o mais recente é “Cisne verde”⁶. Ele chama de “capitalismo regenerativo” a fase em que o mundo se encontra. Tempo de mutações perturbadoras que afetam o mercado e corroem a já pouco acreditada democracia representativa. Elkington propõe que o capitalismo e sua disciplina principal, a economia, sejam reinventados, reimaginados e redefinidos. Algo que no Brasil já foi sugerido por Ricardo Sayeg e Wagner Balera (2011), sob a fórmula do capitalismo humanista.

Um raciocínio interessante é aquele que a pandemia suscitou: se os governos não estavam preparados para o surgimento de uma peste qual a Covid19 e os sistemas de saúde se mostraram tão frágeis, por que acreditar possam administrar crises muito mais graves, quais a climática?

É nesse ponto que o ordenamento jurídico adquire singular relevância. A Constituição da República de 5 de outubro de 1988 cuidou do meio ambiente de uma forma bastante precisa. Seu artigo 225 foi considerado uma das mais significativas normas fundantes produzidas no século 20. A dicção desse preceito é conhecida e cultuada pelos militantes na área ecológica:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

O constituinte enunciou no parágrafo primeiro a esse dispositivo, as incumbências cabentes ao Poder Público, para conferir efetividade a tal direito:

Art. 225. [...]

§ 1.º [...]

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

⁶ *Green swans: the coming boom in regenerative capitalism*, ou *Cisnes verdes: o boom iminente do capitalismo regenerativo*, ainda não lançado no Brasil.

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Copiosa legislação se produziu, antes e depois da Constituição vigente. Não faltam normas, portanto, para a constatação de que a natureza, ao menos formalmente, recebeu robusto arcabouço legal, preordenado a uma integral tutela desse bem da vida de tamanha essencialidade.

Nada obstante, não é necessária excepcional perspicácia para concluir que o Poder Público do Brasil, não só deixou de cumprir a Constituição, como de forma afrontosa a vulnerou, ao desmanchar estruturas protetivas, paciente e gradualmente consolidadas durante décadas, permitir desmatamento avassalador, invasão e grilagem de terras, exploração criminosa do garimpo e outras práticas deletérias. Todas frontalmente contrárias à letra e ao espírito do pacto fundante. Muitas dessas condutas deixam a esfera administrativa ou civil e são verdadeiros delitos, por sinal vitimando uma comunidade difusa de prejudicados, a qual inclui até os nascituros. Será que elas um dia chegarão à apreciação da justiça e gerarão punição para os infratores? Diante da experiência recente, não há como alimentar sólida esperança de que não ocorra mais uma impunidade.

Conexa com tais atentados, a reiterada conduta de desrespeito às demarcações indígenas e às áreas reservadas a proteção especial, profusamente noticiadas pela mídia nacional e internacional. Tudo ainda apenas restrito ao noticiário e sem repercussão nos equipamentos estatais preordenados a coibir comportamentos nocivos e delinquenciais.

Ora, a mesma Constituição que consagra um tratamento tão qualificado para o meio ambiente, foi aquela que é considerada a maior propulsora do sistema justiça. Foi a Carta que mais acreditou no Judiciário. Ampliou os instrumentos de acesso à justiça, fortaleceu organismos, contemplou de maneira bastante diferenciada essa função estatal que, por força desse estímulo, tornou-se privilegiado ator da vida nacional. Um acervo fenomenal de defesa de bens da vida insusceptíveis de serem transacionados, e uma frustração generalizada por não se mostrarem suficientes, seja para impor sanções aos criminosos, seja para desestimular a perseverança de condutas ecocidas.

Como tornar esse valioso arsenal normativo em instrumento dinâmico de tutela dos recursos naturais, de redução das lamentáveis diferenças entre cidadãos e seres excluídos da maior parte dos bens essenciais a uma vida digna?

IV UMA QUESTÃO CULTURAL

Assente existir um pacto federativo ecológico e que privilegia a opção pela redução das desigualdades, além de um sistema justiça amplo e sofisticado, o que falta ao Brasil é uma reinvenção da cultura jurídica.

Sim, desde que todas as questões, na esfera macro ou micro, chegam ao Judiciário, é fundamental que este seja um poder provido de uma governança inteligente. Em geral, prepondera a praxe da inércia, resistente às mudanças e à adequação do equipamento estatal para uma contemporaneidade imersa no mundo mágico das tecnologias derivadas da Quarta Revolução Industrial.

É ainda recente a ferrenha oposição do ranço inimigo da modernidade, à utilização das videoconferências, apesar do dispêndio e dos riscos resultantes de sua dispensa. Os óbices postos ao trabalho remoto, uma tendência crescente nos países civilizados. A recusa à adoção da síntese e da concisão na redação das peças processuais. O apego a palácios, construções suntuosas, frotas de viaturas oficiais, a preocupação com o crescimento vegetativo de cargos, funções, estruturas e quadros pessoais, ao contrário da urgente política de enxugamento de um Estado perdulário e hipertrófico. Ao se pretender criar mais Tribunais, parece que não se percebeu que o Brasil da crise sanitária escancarou a miséria de uma forma talvez nunca dantes tão escandalosa. São milhões os Invisíveis, os informais, os desempregados, os subempregados, os desprovidos de quase tudo e também de perspectivas promissoras.

O sistema justiça brasileiro precisa se compenetrar de que também faz parte desta nação carente de políticas estatais consequentes com o estágio civilizatório e a condição social de seus habitantes. Não pode ser letra morta na Constituição da República, a proposta de edificação de uma sociedade justa e solidária. Como poder estatal, o Judiciário é também responsável pela permanente busca de consecução dessa meta, a cada dia aparentemente mais longínqua.

Não é fácil promover uma transformação na forma de pensar de dezenas de milhares de agentes de autoridade munidos de atribuições jurídicas. Todavia, desde 2004, o Brasil dispõe de mais um órgão no Judiciário, encarregado de uma política nacional e de promover um planejamento para que a justiça venha a ser eficiente, efetiva e eficaz.

Cuida-se do CNJ, o Conselho Nacional de Justiça, que procura cumprir a sua missão e edita resoluções hábeis a provocar uma verdadeira revolução interior do sistema judicial. Para o que nos interessa, é suficiente mencionar a Resolução CNJ 400, de 16-06-2021. Ela implementa a política de sustentabilidade para o Judiciário brasileiro, evidentemente inspirada no conceito ESG.

Louvável iniciativa, mas que necessita de uma permanente vigilância de parte do Conselho Nacional de Justiça. A República Federativa do Brasil tem fornecido frequentes mostras de que o melhor ordenamento nem sempre produz o melhor resultado. Não raro, deixa até de produzir qualquer resultado

A eficácia da Resolução CNJ 400 depende dos desdobramentos que evidenciem que ela veio para valer de fato, não pode ser mais uma disposição

nativamente e que, a partir dela, impõe-se radical mudança na administração dos Tribunais.

Um exemplo de boas práticas vem a propósito. A pandemia conseguiu evidenciar que o trabalho remoto, contra o qual arrolaram-se diversas resistências e óbices, foi exitoso nesse período sacrificado. Aumentou-se extraordinariamente a produtividade, porque houve expressiva economia de tempo gasto no deslocamento, com reversão benéfica para a ampliação laboral. O trabalho híbrido pode ser uma alavanca para a motivação e para a fidelização do servidor ao seu posto no emprego público.

Inúmeras as vantagens decorrentes do *home office*. Não se verificaram atrasos, o que era comum nas audiências presenciais. Até mesmo a obtenção de acordos foi facilitada, porque a tecnologia reclama certa disciplina e não é possível que todos falem ao mesmo tempo, o que não é raro ocorrer face à animosidade de adversos ocupando o mesmo espaço físico.

Seria um gesto de coragem reconhecer a desnecessidade de manutenção de espaços grandiosos, que se tornaram ociosos e cuja economia em aluguéis, poderia reverter para modernização de equipamentos tecnológicos e capacitação funcional sempre necessária, diante da obsolescência do universo web.

Um passo ainda mais importante, seria a revisão da sistemática de recrutamento dos quadros funcionais das carreiras jurídicas públicas. Não faz mais sentido replicar provas que só avaliam a capacidade de memorização do candidato. O século 21 precisa de profissionais com habilidade para enfrentar o inesperado e os desafios postos por uma profunda mutação do mundo, a refletir-se na metamorfose da sociedade e de seus hábitos.

Vale mencionar a adaptação levada a efeito na iniciativa privada. Seria inadmissível para uma grande empresa, selecionar seus executivos mediante atuação amadorística e empírica de uma comissão *ad hoc*. O capital, cioso das consequências de uma escolha equivocada, recorre a empresas especializadas, aos *head hunters*, cuja expertise é indiscutível.

Bastaria verificar o que era o mundo, e o Brasil dentro dele, à época em que se realizou o primeiro concurso de ingresso à Magistratura ou ao Ministério Público e o que existe hoje no planeta e em nossa sociedade. Faz sentido exigir que o candidato seja detentor de memória encyclopédica, suficiente para armazenar todo o ordenamento, toda a doutrina e toda a jurisprudência disponível?

A educação falha e insuficiente que é disponibilizada à infância e à juventude em nosso país, continua defasada, superada, anacrônica. As informações, hoje, estão disponíveis e acessíveis a um mero clique. O necessário é investir em outras competências e habilidades, geralmente negligenciadas na escola convencional.

O mundo precisa de pessoas com capacidade crítica, adaptabilidade para enfrentar o inesperado, com facilidade de comunicação, empatia, sensibilidade, criatividade e empreendedorismo. Nem sempre aqueles que decoram, são os que têm pensamento ágil, raciocínio atilado, condições de propiciar aos sequiosos por justiça, a resposta mais adequada a solucionar o problema trazido à apreciação do Judiciário.

As empresas funcionam com dinheiro dos particulares. Têm toda a liberdade para utilizá-lo da maneira que lhes aprouver. Já o poder público é mantido com dinheiro do povo. O país tem uma carga tributária excessiva, se comparada com nações do Primeiro Mundo. Cresce o número dos brasileiros que se sentem espoliados, pois contribuem com grande parte de seu trabalho para sustentar uma administração pública dispendiosa e ineficiente.

O Estado não tem o direito de um uso inconsequente ou equivocado de recursos gerados junto a uma população carente de quase tudo. Essa responsabilidade é muito maior em relação ao sistema justiça. Nele, um agente público recrutado por um processo vulnerável custará demasiadamente para a população. É notória a tendência corporativista a absorver o profissional que não corresponde às expectativas, ou por instinto de generosidade, ou até para não admitir a falha da tática. Só que a conta é paga pelo povo, que continuará mal servido.

É óbvio que a falha inicial da escola que não acordou para o século 20 – nem se fale do século 21 – se repete e se agrava nas fases posteriores. Por isso a urgência de se atualizar o ensino jurídico, para que o Brasil tenha a oportunidade de contar com profissionais do direito que assimilem os desafios atuais, se armem de condições para enfrentá-los da melhor forma e possam detectar o que ainda virá, para que a justiça cumpra o seu papel nos dias de penumbra que se avizinharam.

Se o CNJ vier a antecipar-se e a assumir a audácia – cívica e, de certa forma, até heroica – de conformar o sistema justiça às demandas do século 21, provocará a inevitável e consequente reação das Faculdades de Direito, que se adaptarão aos novos requisitos.

Tal passo, condição necessária, porém ainda insuficiente, representa exatamente a implementação do “G” do conceito ESG. Todo o sistema justiça carece de uma governança corporativa capaz de ajustá-lo aos anseios de uma sociedade ávida por ingressar na fase auspíciosa prometida pelos pensadores otimistas, mas ainda tão distante no horizonte nacional.

Paralelamente, o CNJ estará perfilhado com o grande plano de ação preordenado a fortalecer o desejo de paz universal e erradicar a pobreza em todas as suas dimensões. Exatamente o que pretende a Agenda 2030, elaborada há seis anos pela Organização das Nações Unidas (ONU), com o documento “Transformando Nosso Mundo”, cujo lema é “Ninguém pode ficar de fora”.

Um protagonismo ousado seria a resposta do sistema justiça para a criação de ações estatais transversais, que dialoguem com educação, aspectos sociais e transformação da cultura da inércia por uma proatividade pioneira. O Poder Judiciário, mediante atuação assertiva de um órgão inovador e que nasceu com a missão de planejar uma função que cresceu desordenadamente, reúne todas as condições para mostrar a nação que a cultura ESG implica em verdadeira mutação de mentalidade.

Não é modismo, nem tendência passageira. É a introjeção consciente de novos conceitos, aptos a uma reinvenção do mister de resolver questões humanas.

Aqueles afeiçoados ao passado não devem temer o ajuste de contas com a modernidade. Sem esquecer das gloriosas tradições da justiça brasileira, torna-se apropriado enxergar em três dimensões inafastáveis:

Lembrar, viver, esperar: os marcadores verbais estão aqui a indicar diferentes modalidades de experiência do sujeito com o tempo e com a história. Trata-se de um conjunto de verbos psicológicos, expressivos de um conjunto de ações internas ao sujeito. Seu modo mais vívido de expressão dá-se na inflexão da primeira pessoa: eu lembro, eu vivo, eu espero (LESSA, 2013, p. 486).

Não basta lembrar, viver e esperar. Esta é a década do fazer. Fazer, inovar, melhorar: é a missão do CNJ.

Cada detentor de poder ou autoridade será cobrado em relação quanto ao que fez concretamente para melhor apetrechar sua atividade, das condições ideais de atender, com exatidão e diligência, aos propósitos que justificam sua existência.

Não é de hoje que o sistema justiça brasileiro merece revisão, pois nem todos os seus destinatários acreditam que ele cumpra, fielmente, suas finalidades. E a experiência pessoal de quem dele depende, pode ser entre frustrante e dolorosa.

A absorção do conceito ESG pode ser uma alternativa à disfuncionalidade de um equipamento considerado imprescindível ao funcionamento de uma democracia erigida sobre um autêntico Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 400, de 16 de junho de 2021. Dispõe sobre a política de sustentabilidade no âmbito do Poder Judiciário. **Diário da Justiça eletrônico n.º 156/2021**, Brasília, DF, 18 jun. 2021, p. 3-47.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

JASMIN, Marcelo. Futuros presentes. In: NOVAES, Adauto. **O futuro não é mais o que era**. São Paulo: Ed. SESC, 2013.

LESSA, Renato. Uma arqueologia da espera. In: NOVAES, Adauto. **O futuro não é mais o que era**. São Paulo: Ed. SESC, 2013.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis (RJ): KBR, 2011.

Submissão em: 9 de julho de 2021

Último Parecer favorável em: 31 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

NALINI, José Renato. ESG no universo jurídico. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 144-154, maio-ago. 2021.

DERECHO PENAL AMBIENTAL ESPAÑOL

JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ¹

A mi estimado compañero, Dr. Dino Luis Bellorio Clabot, Maestro del Derecho Penal argentino, con afecto.

Sevilla, 6 de abril de 2021

I INTRODUCCION

El “Derecho penal ambiental español” se configura en base a la estructura siguiente:

- delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Artículos (en adelante: Arts.) 325 a 331 del Código Penal (en adelante CP);
- delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos Arts. 332 a 337 bis CP;
- disposiciones comunes. Arts. 338 a 340 CP.

El bien jurídico protegido, el **medio ambiente**, goza de carácter constitucional, ya que el art. 45 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), consagra el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como la obligación de los poderes públicos de utilizar razonablemente los recursos naturales; proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente. Por consiguiente, la Carta Magna española, establece una función político-criminal de naturaleza ambiental, cual es, la imposición de sanciones penales, así como la obligación de reparar el daño causado (consagrando el principio de **quien contamina paga y repara**), para quienes violen los derechos y las obligaciones mencionadas.

¹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: martos@us.es

Como han proclamado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante STS), 105/1999 de 27 de enero, y 1828/2002, de 25 de octubre,

el artículo 45 de la Constitución Española la optado por un concepto moderadamente antropocéntrico en cuanto se adecúa al desarrollo de la persona y se relaciona con la calidad de la vida a través de la utilización racional de los recursos naturales, y se añade como parte integrante del mismo las defensa y restauración del medio ambiente.

Por consiguiente, el medio ambiente es un bien jurídico comunitario de los denominados “intereses difusos”, pues no tiene titular concreto, sino que su lesión perjudica a toda la colectividad. Su protección se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, de acuerdo con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución, entre ellos el artículo 45, según ha declarado la STS 81/2008 de 13 de febrero.

El medio ambiente protegido es, también, el “hábitat” de una o varias personas; es decir, “el conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas”. El sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente, según las STS 327/2007, de 27 de abril, “no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo.” Por consiguiente, el “domicilio” de las personas se incluye en el concepto de medio ambiente, ya que éste es el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana. La personas, como ha establecido la mencionada STS, “tienen derecho a que la porción del medio ambiente en el que viven una parte considerable de su vida esté protegido de todo ruido que no pueda ser considerado socialmente adecuado, como los que están legal y reglamentariamente proscritos.”.

II DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

El artículo 325.1 del Código Penal (en adelante CP), configura el **tipo básico de delito ecológico**, castigando con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años, al que

contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente: emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo, o de las aguas, o animales o plantas.

La **acción típica** consiste en provocar o realizar, directa o indirectamente, las conductas descritas por la norma. Es posible la “comisión por omisión”. El referido tipo penal es “una norma penal en blanco” cuya constitucionalidad ha sido sancionada repetidamente por la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante STC), en cuya virtud, los tipos en blanco son admisible siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la ley, además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva sea suficientemente precisada. Y todo ello es predictable, según la STS 52/2003 de 14 de enero, del “delito ecológico”.

Por otra parte, el artículo 25.1 de la CE, consagra el derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora, una de cuyas vertientes fundamentales es el principio “**non bis in idem**”; a saber: el derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos, siempre que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración, conforme dispone la STC 2/2003 de 16 de enero y las SSTS 833/2002, de 2 de junio de 2003 y 2005/ de 3 de diciembre de 2002.

La contravención de las Leyes u otras disposiciones, de carácter general protectoras del medio ambiente, es un **elemento normativo del tipo** que debe ser abarcado por el dolo del autor, determinado su desconocimiento, generalmente, la imputación a título de imprudencia, según disponen los artículos 14.1 y 331 CP. El delito ecológico es un delito de **peligro hipotético**, por lo que no es necesario probar un resultado posterior separable de la acción. Es suficiente con que se acredite la idoneidad de la acción para generar un peligro “ex ante”, pero efectivo en las circunstancias concretas del hecho.

Sin embargo, la Reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, regula el delito ecológico como un **delito de lesión y un delito de peligro** (que la conducta típica “cause o pueda causar” daños sustanciales a los recursos naturales). Se establece, además, un “tipo cualificado de delito ecológico”, en base a que las anteriores conductas realizadas, por sí mismas o conjuntamente con otras, **pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales**. Se mantiene, pues, en esta cualificación la naturaleza jurídica del delito ecológico como de peligro hipotético.

Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la “salud de las personas”, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, según dispone el párrafo segundo del apartado 2 del art. 325 CP, que refuerza la concepción moderada del tipo basada en la incuestionable dimensión antropológica del bien jurídico protegido, cuando la conducta típica crea un riego de grave perjuicio para la **salud humana**. En este sentido, las SSTS de 5 y 16 de noviembre de 2009, proclamaron que “la contaminación acústica grave y reiterada (bar musical o discoteca que perturba el sueño de los vecinos), constituye esta cualificación.”.

Si el delito de peligro se convierte en lesión de bienes jurídicos individuales, habré el correspondiente concurso real entre los delitos cometidos, dolosa o imprudentemente, y el artículo 325.1 CP. En la tipicidad subjetiva, las conductas descritas se pueden cometer “dolosamente” o por “imprudencia grave”; generalmente con dolo eventual o, en su caso, dolo directo de segundo grado.

Por otra parte, el artículo 326.1 CP tipifica el delito de **gestión ilegal y traslado de residuos**, imponiendo las penas establecidas en el mencionado artículo 325 CP en sus respectivos supuestos a quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general,

recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminén o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

En consecuencia, si se causan muerte o lesiones graves a personas por la ausencia del control o vigilancia de los residuos requeridos, se aplica la técnica del concurso real de delitos; a saber: el art. 362.1 como un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente y los artículos 138 y 152 CP, como homicidios o lesiones graves dolosas o imprudentemente causadas, respectivamente, en comisión por omisión. El delito se configura, técnicamente, como “una norma penal en blanco”, referida a las normas administrativas sobre residuos: Ley 22/2011 de 28 de julio de residuos y suelos contaminados.

Por su parte, el número 2 del artículo 326, castiga con una pena de tres meses a un año de prisión o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año, a quien, fuera del supuesto, a que se refiere al apartado 1 del citado precepto, “traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios trasladados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere del Derecho de la Unión Europea relativo al traslado de residuos”. Por tanto, es preciso que el traslado o los trasladados sean de una cantidad de residuos bastante notoria para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos. Se trata, pues, de un supuesto de “traslado de residuos” regulado por el Derecho Medioambiental de la Unión Europea; en concreto, por la Directiva Marco de residuos 2008/98/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008.

El delito se consuma con el traslado de una cantidad no desdeñable de residuos referidos por la normativa comunitaria. Es un delito de “mera actividad y de peligro hipotético”. La exigencia típica de que se trate de trasladados vinculados en alguno de los supuestos que regula el Derecho Medioambiental Europeo, constituye un “elemento normativo del tipo” que debe ser valorado por el Juez o Tribunal y que refleja un caso singular del Derecho Comunitario, vigente en el Derecho Penal Ambiental español.

Finalmente, el artículo 326 bis CP castiga con las penas previstas en el mencionado artículo 325, en sus respectivos supuestos, a quienes contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general,

lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

El **delito ecológico cualificado** se configura en el artículo 327 CP, que castiga con la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, “los hechos a los que se refieren los artículos 325, 326 y 326 bis, cuando en la comisión de cualquiera de ellos concurra alguna de las circunstancias siguientes”:

- a) que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones;
- b) que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior;
- c) que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma;
- d) que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración;
- e) que se hay producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico;
- f) que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.

Por otra parte, el artículo 328 CP dispone que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis **una persona jurídica sea responsable de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente**, se le impondrán las siguientes penas:

- a) multa de uno a tres años o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad;
- b) multa de seis meses a dos años o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Téngase en cuenta que la pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de los días-multa. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multas imponibles

a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de multas imponibles a personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5000 euros, según dispone el artículo 50, 2-4 CP.

Pero es que además, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis CP, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33; a saber:

- a) disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita;
- b) suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años;
- c) clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años;
- d) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años;
- e) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años;
- f) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones... a clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Ciertamente, esta penas aplicables a las personas jurídicas (que tienen todas la consideración de graves) por la comisión de delitos ambientales, constituyen, a mi juicio, una respuesta eficaz del Estado Social y Democrático de Derecho español; cosa distinta es su aplicación real en la práctica, sobre todo la “disolución de la persona jurídica”, es decir la “muerte civil” de la empresa en una situación de grave crisis económica provocada por el COVID 19.

Por otro lado, el mencionado artículo 328 CP, se basa en los textos emanados del Derecho Comunitario, en particular, de las Decisiones Marco (2005/667; 2005/222 y 2004/757). Según el artículo 31 bis CP, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es acumulativa, es decir, no excluye la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan delinquido en su seno, en base al modelo de la “doble incriminación”, en cuya virtud las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma;
- b) de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por un delito ambiental podrá declararse, con independencia de que exista o no responsabilidad penal de la persona física, aun cuando ésta no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento penal contra ella, según dispone el artículo 31 ter 1 CP. Sin embargo, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad, si se cumplen las condiciones señaladas en el artículo 31 bis 2 y 4; es decir, el llamado “cumplimiento normativo”: **corporate compliance**.

Por su parte, el artículo 329.1CP, tipifica una suerte de **prevaricación administrativa medioambiental cometida por autoridades y funcionarios públicos**, castigando con la pena de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses, a aquellos que,

a sabiendas, hubieren informado, favorablemente, la concesión de licencias manifiestamente ilegales, que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes, a que se refieren los artículos anteriores o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado las infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen o que hubieren omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

Con las mismas penas se castigará, según dispone el artículo 329.2, a “la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión, a sabiendas de su injusticia.” Se trata de un “delito especial” cuyo círculo de autores se limita a la “autoridad o funcionario público”, cuya abstención es impune; ahora bien, es posible que su conducta se califique de “participación por omisión”, si con su infracción del deber por omisión, dada su posición de **garante**, creó un riesgo para el bien jurídico protegido mediante su “actuación precedente”: no votar a sabiendas de que por el juego político de las mayorías, se vote a favor de una licencia ilegal que autoriza el funcionamiento de una industria contaminante.

Conviene resaltar que la pena establecida en el citado artículo 329.1CP, se impone, además de la pena específica señalada por la comisión del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, que impone la pena de

inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años, “a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.”, además de la apertura del correspondiente expediente administrativo como consecuencia de la infracción de la Ley de la Función Pública y, todo ello, sin infracción alguna del principio “ne bis in idem”, ya que, como ha proclamado, entre otras, la STC 234/1991 de 10 de diciembre, “la irreprochabilidad penal de los funcionarios es un interés legítimo de la Administración que al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia el principio ne bis in idem.”

Por consiguiente, la norma analizada constituye un instrumento punitivo fundamental en la investigación y represión de la **corrupción político-administrativa**.

Pero es que, además, el artículo 330 CP, regula la **protección penal de los espacios naturales**, castigando con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, a “quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente, alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo.” Se trata de una “norma penal en blanco” que encuentra su complemento en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

A este respecto, la STS de 6 de noviembre de 2006, declaró que el acusado conocía perfectamente la trascendencia ecológica de la zona, que estaba bajo su jurisdicción u, no obstante, “pasando por encima de las exigencias de la Constitución, de las Leyes y del deber de preservar el medio ambiente, autorizó actuaciones que dañaron y destruyeron, un amplio espacio del Parque Natural de la Marjal de Pego-Oliva, humedal de importancia internacional, al amparo del Convenio de Ramsar, firmado y ratificado por España el 2 de febrero de 1971.”

Finalmente, los hechos previstos en el Capítulo III, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por **imprudencia grave**, conforme establece el artículo 330 CP. Según la doctrina científica dominante, la imprudencia grave no es la imprudencia simple con infracción reglamentaria, sino la más elemental ausencia de los deberes objetivos y subjetivos de cuidado y diligencia en la protección de los recursos naturales, la mayoría de ellos escasos, y el medio ambiente, gravemente amenazado, que el sujeto activo pone en grave peligro con su conducta **temeraria**.

III PROTECCION PENAL DE LA BIODIVERSIDAD

El artículo 332.1 CP, regula el delito de **daños, tráfico ilegal o destrucción del hábitat de especies de flora amenazada**, castigando con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a dos años,

al que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, corte, tale, arranque, recolecte, adquiera, posea o destruya especies

protegidas de flora silvestre, o tráfico con ellas, sus partes derivados de la misma o con sus propágulos, salvo que la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias para el estado de conservación de la especie.

La misma pena se impondrá a quien contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, “destruya o altere gravemente su hábitat”.

Conforme establece el artículo 55.1 de la mencionada Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad en el Listado de Especies Silvestres en régimen de Protección Especial, se configura el “Catálogo Español de Especies Amenazadas”, que incluye los taxones o poblaciones de biodiversidad amenazada. También deben tenerse en cuenta los Catálogos Nacionales, Autonómicos y Comunitarios de Especies Amenazadas y las normas internacionales vinculantes para España, tales como el “Convenio de Washington, sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas”, de 1973, al que España se adhirió en 1986 y el Reglamento (CE) 338/97 DEL Consejo de 9 de diciembre de 1996, relativo a la “protección de especies de la fauna y la flora silvestre”, mediante el control de su comercio.

Si, a consecuencia, de un incendio forestal, regulado en el artículo 353 CP, se destruyen especies o subespecies de flora amenazada o de sus propágulos, se aplicará la técnica del concurso ideal de delitos, según dispone el artículo 77 CP, entre el citado delito de incendio y el artículo 332 CP. Si, por el contrario, los vertidos o extracciones destruyen o alteran, gravemente, el hábitat de las especies amenazadas, se resuelve con la misma técnica del concurso entre el mencionado delito ecológico del artículo 325 y el referido artículo 332 CP

La Reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce un tipo cualificado si las conductas afectan a **especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción**, en cuyo caso se impondrá la pena señalada en el apartado 1 del artículo 332, en su mitad superior, según dispone el apartado 2 del citado artículo. Si los hechos se hubieran cometido por “imprudencia grave”, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a dos años.

Introducir o liberar especies de flora o fauna no autóctona, constituye el delito tipificado en el artículo 333 CP, que castiga con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años, “al que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna.” Conforme establece el RD 630/2013, de dos de agosto, por el que se regula el catálogo español de especies exóticas invasoras, se requiere la producción de un perjuicio no grave de la “biodiversidad”; es decir de la diversidad biológica o variabilidad de los organismos vivos de cualquier fuente, incluidos los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos; por tanto, el ámbito de aplicación de la norma comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y los ecosistemas. En el tipo subjetivo, este delito exige dolo, no estando tipificado el castigo de la comisión imprudente.

Por su parte, el artículo 334. 1 CP, regula los delitos contra las **especies protegidas de fauna silvestre**, imponiendo la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar, por tiempo de dos a cuatro años, a quien

- contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general:
- a) cace, pesque, adquiera, posea o destruya especies protegidas de fauna silvestre;
 - b) trafique con ellas, sus partes o derivados de las mismas; o
 - c) realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración.
- La misma pena se impondrá a quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, destruya o altere gravemente su hábitat.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 334 CP, dispone que la pena se impondrá en su mitad superior, “si se trata de especies catalogadas o en peligro de extinción”. La “ratio legis” del precepto es la protección de la fauna frente a la **caza furtiva y la pesca ilegal**. Es una “norma penal en blanco” necesitada del complemento básico del RD 1095/1989, de 8 de septiembre, “por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca.” Es un delito doloso, aunque si los hechos se hubieran cometido por imprudencia grave se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multan de cuatro a ocho meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de tres meses a dos años, conforme establece el artículo 334.3 CP.

La “consumación” se produce matando los peces o animales de especies protegidas o en peligro de extinción, traficando con ellas, dificultando su reproducción o migración o destruyendo o alterando gravemente su hábitat; es posible la “tentativa” si en la caza, el animal queda herido y puede recuperarse de sus lesiones. En el comercio o tráfico, si el receptor no llega a poder disponer, libremente de lo que adquiere.

Por otra parte, el delito de **caza o pesca prohibida** se regula en el artículo 335.1 CP, el cual castiga con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años, “al que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca.” Por tanto, debe tratarse de caza o pesca de **especies no amenazadas**; es decir, que no se encuentren entre las catalogadas en peligro de extinción y no esté, tampoco, autorizada su caza o, pesca.

Por otro lado, el artículo 335.2 CP, dispone el régimen jurídico-penal del que

cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo 334 (no protegidas) en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante.

Esto resulta en castigo con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de marisqueo por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.

Pero es que, además, **causar graves daños al patrimonio cinegético**, constituye el delito previsto en el artículo 335.3 CP, castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar, pescar y realizar actividades de marisqueo por tiempo de dos a cinco años. El presupuesto de hecho exige que, “las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial o a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola.”

Finalmente, la caza, pesca o actividades de marisqueo realizadas en grupo, compuesto por tres o más personas, o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente, constituye un tipo cualificado, sancionado con la pena en su mitad superior a la prevista en los supuestos anteriores, conforme establece el apartado 4 del artículo 335 CP.

Por otra parte, el artículo 336 CP, tipifica el delito de **caza y pesca con veneno, explosivos u otros medios ilegales** imponiendo la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años

al que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.

Esto, según dispone el referido artículo 336 “in fine” CP. La notoria “significación del daño” es un concepto jurídico indeterminado, que deberá ser concretado por el Juez o Tribunal sentenciador.

Particular interés tiene la relación entre el **tráfico ilegal de flora y fauna y el delito de contrabando**. En este sentido, el artículo 2.º, 2.b) de la LO 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando (Ley modificada por la LO 6/2011, de 30 de junio), señala que cometan delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos, sea igual o superior a 50.000 euros los que

realicen sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio tenencia o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres, así como, sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento (CEE) número 338/1997 del Consejo de 9 de diciembre de 1996.

La homogeneidad de bienes jurídicos protegidos aconsejan aplicar la técnica del “concurso de leyes”, en el que será de aplicación el precepto penal que, en el caso concreto, resulte más grave, por imperativo de la regla 4.^a del artículo 8 CP.

Por último, el artículo 337 CP, regula el **maltrato y abandono de animales** imponiendo la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales

al que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual a:

- a) un animal doméstico o amansado;
- b) un animal de los que habitualmente están domesticados;
- c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano;
- d) cualquier animal que no viva en estado salvaje.

La doctrina dominante no ha reconocido un bien jurídico de titularidad animal en tanto que los animales poseerían sólo un status de “criaturas jurídicas” carentes de capacidad de realizar acciones responsables, de voluntad y de autodeterminación. Por consiguiente, los animales no pueden hacer valer derechos frente al hombre, lo cual no significa que éste no tenga deberes respecto a ellos ni que los animales no gocen de bienes o intereses propios. La mencionada reforma de 2015, incorpora un tipo cualificado que castiga con las penas previstas en el apartado 1, en su mitad superior,

cuando concurran alguna de las circunstancias siguientes:

- a) se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal;
- b) hubiera mediado ensañamiento;
- c) se hubieran causado al animal la pérdida o la inutilización de un sentido, órgano o miembro, principal;
- d) los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad.

Eso, según dispone el apartado 2 del citado artículo 337 CP.

Si se hubiera causado la muerte del animal, se comete un “delito cualificado por el resultado”, merecedor de una pena de seis a dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, conforme establece el referido artículo 337, 3 CP. Finalmente, el apartado 4 del citado precepto castiga con la pena de multa de uno a seis meses, a los que, fuera de los supuestos a los que se refieren los apartados anteriores el artículo 337 CP, **maltraten cruelmente** a los animales domésticos o cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente. En este caso, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

En este sentido, el Juzgado Penal número 28 de Barcelona, en su sentencia de noviembre de 2019, condenó a los propietarios de una tienda de animales a un año y un día de prisión y a tres años y un día de inhabilitación por un delito de “maltrato animal con resultado de muerte”. En los hechos probados se acreditó que decenas de cachorros de perros y gatos que custodiaban en el establecimiento murieron por las malas condiciones en las que los tenían. Los compradores se quejaban porque habían visto cómo sus cachorros morían a los pocos días de haberlos adquirido. También se ha considerado probado que los dueños “eran conocedores de que no estaban dispensando un trato adecuado a los cachorros.”

Por otra parte, el artículo 337 bis CP señala una pena de multa de uno a seis meses al que **abandone a un animal** de los mencionados en el apartado 1 del artículo 337, “en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad”. En este supuesto, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Técnicamente, se trata de un “delito leve de peligro hipotético”.

Ciertamente, el maltrato y abandono de animales que lesionan o ponen en peligro su vida, su integridad física y su salud son conductas reprochables social y jurídicamente. Sin embargo, su **explotación sexual**, sólo tiene relevancia penal, siempre que esté vinculada con el bienestar físico de estos seres que merecen y necesitan tutela penal frente a aquellos que injustificadamente los maltratan y abandonan.

IV DISPOSICIONES COMUNES

Son las siguientes:

Artículo 338 (CP): Cuando las conductas definidas en este Título, afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las, respectivamente, previstas.

Esta cualificación no se puede aplicar al mencionado artículo 330 porque, en base al artículo 67 CP, el injusto de dañar gravemente alguno de los elementos que han servido para calificar para calificar un espacio natural protegido es “inherente” al afectarlo.

Artículo 339 (CP): Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

La norma consagra, positivamente, el principio fundamental del Derecho Penal Ambiental “el que contamina paga y repara”.

Artículo 340 (CP): Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título, hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.

V CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y TOMA DE POSICIÓN

A mi juicio, la reforma operada por la citada LO 1/2015, de 30 de marzo, supone una consolidación del “Derecho Penal Ambiental español”, puesto que refuerza el bien jurídico protegido dando una respuesta eficaz a los ataques que sufre el medio ambiente: residuos, protección de la flora y la fauna, el maltrato injustificado y el abandono de animales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de daños ambientales; etc. En este sentido, hay que subrayar el papel de las empresas en torno al cambio climático, y el impacto de su actividad sobre los derechos humanos.

Es preciso destacar las acciones de identificación, mitigación y prevención a tomar por el sector empresarial para la reducción de sustancias contaminantes y de gases de efecto invernadero en el marco de la debida diligencia empresarial. Por consiguiente, es necesario y urgente tomar medidas en el sector empresarial; por ejemplo, la Ley 9/2017 de Contratos de Sector Público, establece prohibiciones de contratar con empresas que hayan sido condenadas penalmente, abogando por las empresas que dispongan de una cultura de “cumplimiento normativo”.

Por otra parte, un medio ambiente seguro, limpio y sostenible es parte integral del pleno disfrute de los derechos humanos. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a nivel mundial tendría implicaciones importantes en la solidaridad con las generaciones futuras. El reconocimiento del **derecho a un medio ambiente saludable** colleva a una mayor protección ambiental contra el cambio climático, la contaminación atmosférica y marítima, los daños a la vida silvestre y el impacto de la deforestación. El reconocimiento mundial del “derecho a un medio ambiente saludable”, garantizará una transición justa a un mundo ambientalmente saludable y socialmente equitativo, haciendo realidad el disfrute de los derechos humanos “erga omnes”.

En efecto, es necesario adoptar medidas urgentes a nivel mundial para proteger la salud humana y ambiental. Es perentorio reducir la degradación de la tierra, la pérdida de biodiversidad, la contaminación del aire, la tierra y el agua y mitigar los efectos del cambio climático que hace que las poblaciones estén cada vez más expuestas a sustancias tóxicas alojadas en el aire, lo que provoca que la contaminación del aire sea la causa entre seis y siete millones de muertes prematuras a nivel mundial, según se recoge en el informe “GEO 6, Perspectivas del medio ambiente mundial”, publicado por la ONU el 13 de marzo de 2019. En este sentido, el Reino Unido ha dictaminado en una sentencia histórica de diciembre de 2020, la primera muerte por contaminación del aire.

La víctima, una niña de nueve años que vivía a 25 metros de una carretera muy concurrida al sur de Londres, falleció en 2013 tras un pico de polución por dióxido de nitrógeno (NO₂) y partículas en suspensión que superaban los límites legales permitidos por la OMS: 40 microgramos por metro cúbico que

impone el límite legal (europeo y nacional) anual. El citado caso “sienta un precedente mundial” al reconocer el verdadero “culpable” de la muerte de la niña: **la contaminación del aire**.

Pero es que además, la temperatura de la Tierra se dispara, ya que, desde 1880 la temperatura media de la superficie mundial ha aumentado entre 0,8 y 1,2 grados aproximadamente, según la ONU. La temperatura del océano Ártico sufrirá un aumento de entre 3 y 5 grados centígrados hasta 2050 una situación que devastará la región y elevará el nivel de los océanos en todo el mundo. Se estima que desde 1979 el hielo marino del Ártico ha disminuido en un 40% y, según los expertos, si continúan las emisiones de CO₂ actuales, los veranos el Ártico estarán libres de hielo antes de la década de 2030.

Por su parte, la Antártida ha perdido desde 1992 tres billones de toneladas de hielo y el nivel del mar ha crecido casi 8 milímetros como consecuencia. La pérdida de hielo de la Antártida es uno de los indicadores más visibles del cambio climático y del calentamiento global.

En cuanto a los Océanos, el 75% de los residuos en el mar sin plásticos, en las costas se acumulan un total de ocho millones de toneladas de basura al año, de las cuales el 80% procede de fuentes terrestres. Hay que destacar que el calentamiento crónico de las aguas, está devastando ecosistemas de gran riqueza ecológica, como los arrecifes de coral. Por otro lado, la pesca de arrastre libera al año mil millones de toneladas de CO₂. Esta práctica pesquera al remover los sedimentos marinos genera gas. Por consiguiente, sería muy positiva la creación de “áreas de protección marinas”, en las que no se permitan las técnicas de arrastre que también dañan la biodiversidad marina y contribuyen, negativamente, a la sobreexplotación de los caladeros.

Sobre la Biodiversidad, la humanidad ha eliminado el 60% de los mamíferos, aves, peces y reptiles desde 1970, llevando a los principales expertos del mundo a denunciar la aniquilación de la vida salvaje que, a mi juicio, es un “imperativo categórico” que amenaza la civilización. En efecto, como se demuestra en el Informe elaborado por WWF², el vasto y creciente consumo de comida y recursos por la población global está destruyendo la red de la vida, miles de millones de años de actividad, de la que la sociedad humana depende en última instancia para el aire limpio, el agua, etc.

El Índice Planeta Vivo, realizado para WWF por la Sociedad Zoológica de Londres, revela que entre 1970 y 2014 las poblaciones de mamíferos, aves, peces, reptiles y anfibios cayeron en un promedio del 60%. Ciertamente, la vida silvestre y los ecosistemas son vitales para la vida humana; la destrucción de la naturaleza es tan peligrosa como el cambio climático, puesto que, la naturaleza contribuye al bienestar cultural y espiritual del ser humano así como a través de la producción de comida, agua limpia y energía, y a través de la regulación del clima terrestre, contaminación, polinización e inundaciones. La causa fundamental de la extinción de la vida silvestre es la destrucción de los “hábitats naturales”, muchos de ellos para crear plantaciones.

² Disponible en: <<https://www.wwf.org.uk/uploads/living-planet-report-2018>>.

Sin embargo, los esfuerzos de conservación funcionan, por ejemplo, la población de tigres ha aumentado un 20% en la India, en seis años desde que se protege su hábitat. “Mutatis mutandi” puede decirse de los pandas gigantes en China y las nutrias en el Reino Unido.

Respecto al Suelo, en la actualidad, el 29% de las tierras están en peligro de degradación y en ellas habitan en torno a 3.200 millones de personas. La deforestación sigue avanzando en todos el mundo y aunque muchos países están adoptando medidas para incrementar, su cubierta forestal, lo están logrando por medio de plantaciones y de la reforestación, lo que provoca que no se aporte la misma variedad que los bosques naturales. En este sentido, conviene subrayar que la deforestación se realiza por la expansión exponencial de la producción de soja, la cual está siendo exportada a países para alimentar cerdos y pollos.

En cuanto al Agua dulce, hay 2.300 millones de personas que carecen de agua potable, constituyendo, por tanto, el **agua potable un derecho humano esencial para la vida**. La calidad del agua ha empeorado principalmente por el uso de fertilizantes y por la presencia de desechos. El agua dulce es fundamental para la agricultura, así como los humedales son necesarios para amortiguar los efectos del cambio climático. No obstante, desde 1970 se han perdido el 40% de los humedales, a raíz, entre otros factores, de la explotación excesiva e irracional de los escasos recursos hídricos.

Por lo que respecta a la relación entre **coronavirus, cambio climático y desarrollo sostenible**, tenemos que considerar que el cambio climático puede estar también detrás de una mayor propagación mundial del virus porque, al destruir selvas y bosques que eran el hábitat natural de especies animales, se provoca su desplazamiento hacia entornos humanos, fomentando de esta suerte la transmisión al ser humano de virus propios de esas especies. Es preciso, por tanto, buscar alternativas de ganadería y agricultura sostenibles, de energías limpias, de fuentes dignas de trabajo que no implique la destrucción del medio ambiente y de las culturas indígenas.

Las consideraciones precedentes nos llevan a la propuesta de política criminal, de “lege ferenda” de una **justicia universal ambiental**, basada en Tratados, Convenios, Acuerdos y Marcos internacionales sobre la legítima aspiración de la Comunidad Internacional a una protección mundial del medio ambiente para garantizar la supervivencia del planeta Tierra y, por ende, también de la especie humana, animales, plantas y recursos naturales que lo habitan y sustentan.

VI PUBLICACIONES DEL AUTOR

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En: GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos (Coord.). **Persuadir y razonar**: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2018. páginas 279-299.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. **El delito de contaminación acústica.** Madrid: Iustel, Portal Derecho, 2010. 151 páginas.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Introducción al derecho penal ambiental. En: **Derecho penal ambiental:** Grupo Andaluz de Investigación Jurídica. Madrid: Exlibris, 2006. páginas 17-51.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. La protección jurídica penal de los espacios naturales. En: **Revista General de Derecho Penal**, v. 15, 2011. 31 páginas.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Medio ambiente, territorio y salud pública: bienes jurídicos fundamentales. En: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (Editor). **Ordenación del territorio & medio ambiente.** Sevilla: ArCiBel, 2009. páginas 399-419.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Perspectiva del derecho ambiental. En: **Derecho y Medio Ambiente. Revista Jurídica para el Desarrollo Sostenible.** Madrid, Ed. Exlibris, v. I. núm. 4, páginas 37 (591)-81 (635), Octubre-Diciembre 2000.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio (Director). **Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente.** Sevilla: Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones, 1997. 296 páginas.

Submissão em: 7 de abril de 2021

Último Parecer favorável em: 21 de maio de 2021

Como citar este artigo científico

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Derecho penal ambiental español. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 155-171, maio-ago. 2021.

HOW TO PUNISH A ROBOT¹

MARK A. LEMLEY²
BRYAN CASEY³

What happens when artificially intelligent robots misbehave? The question is not just hypothetical. As robotics and artificial intelligence systems increasingly integrate into our society, they will do bad things. In this Essay, we explore some of the challenges emerging robotics technologies will pose for remedies law. We argue robots will require us to rethink many of our current doctrines and that the emerging technology also offers important insights into the law of remedies we already apply to people and corporations.

INTRODUCTION

Engineers training an artificially intelligent self-flying drone were perplexed. They were trying to get the drone to stay within a predefined circle and to head toward its center. Things were going well for a while. The drone received positive reinforcement for its successful flights, and it was improving its ability to navigate toward the middle quickly and accurately. Then, suddenly, things changed. When the drone neared the edge of the circle, it would inexplicably turn *away* from the center, leaving the circle.

What went wrong? After a long time spent puzzling over the problem, the designers realized that whenever the drone left the circle during tests, they had turned it off. Someone would then pick it up and carry it back into the circle to start again. From this pattern, the drone's algorithm had learned – correctly – that when it was sufficiently far from the center, the optimal way to get back to

¹ © 2021 Mark A. Lemley & Bryan Casey. This is an abridged version of our article Remedies for Robots. The full article is published at University of Chicago Law Review, v. 86, Iss. 5, Article 3, p. 1.311-1.398, 2019.

² William H. Neukom Professor, Stanford Law School; partner, Durie Tangri LLP. William H. Neukom, Stanford Law School. Director, Stanford Program in Law, Science, and Technology. Senior Fellow, Stanford Institute for Economic Policy Research. Affiliated Professor, Stanford Symbolic Systems Program. California, United States. e-mail: mlemley@law.stanford.edu or mlemley@durietangri.com

³ Research Fellow, Center for Automotive Research at Stanford (CARS).

the middle was to simply leave it altogether. As far as the drone was concerned, it had discovered a wormhole. Somehow, flying outside of the circle could be relied upon to magically teleport it closer to the center. And far from violating the rules instilled in it by its engineers, the drone had actually followed them to a T. In doing so, however, it had discovered an unforeseen shortcut – one that subverted its designers' true intent.

What happens when artificially intelligent robots don't do what we expect, as the drone did here? The question is not just hypothetical. As robotics and artificial intelligence (AI) systems increasingly integrate into our society, they will do bad things. Sometimes they will cause harm because of a design or implementation defect: we should have programmed the self-driving car to recognize a graffiti-covered stop sign but failed to do so. Sometimes they will cause harm because it is an unavoidable by-product of the intended operation of the machine. Cars, for example, kill thousands of people every year, sometimes unavoidably. Self-driving cars will too. Sometimes the accident will be caused by an internal logic all of its own – one that we can understand but that still doesn't sit well with us. Sometimes robots will do the things we ask them to (minimize recidivism, for instance) but in ways we don't like (such as racial profiling). And sometimes, as with our drone, robots will do unexpected things for reasons that doubtless have their own logic, but which we either can't understand or predict.

These new technologies present a number of interesting questions of substantive law, from predictability, to transparency, to liability for high-stakes decision-making in complex computational systems. A growing body of scholarship is beginning to address these types of questions. Our focus here is different. We seek to explore what remedies the law can and should provide once a robot has caused harm.

The law of remedies is transsubstantive. Whereas substantive law defines who wins legal disputes, remedies law asks, "What do I get when I win?" Remedies are sometimes designed to make plaintiffs whole by restoring them to the condition they would have been in "but for" the wrong. But they can also contain elements of moral judgment, punishment, and deterrence. For instance, the law will often act to deprive a defendant of its gains, even if the result is a windfall to the plaintiff, because we think it is unfair to let defendants keep those gains. In other instances, the law may order defendants to do (or stop doing) something unlawful or harmful.

Each of these goals of remedies law, however, runs into difficulties when the bad actor in question is neither a person nor a corporation but a robot. We might order a robot – or, more realistically, the designer or owner of the robot – to pay for the damages it causes. (Though, as we will see, even that presents some surprisingly thorny problems.) But it turns out to be much harder for a judge to "order" a robot, rather than a human, to engage in or refrain from certain conduct. Robots can't directly obey court orders not written in computer code. And bridging the translation gap between natural language and code is often harder than we might expect. This is particularly true of modern AI techniques that empower machines to learn and modify their decision-making over time, as the drone in the opening example did. If we don't know how the robot "thinks," we won't know how to tell it to behave in a way likely to cause it to do what we actually want it to do.

One way to avoid these problems may be to move responsibility up the chain of command from a robot to its human or corporate masters – either the designers of the system or the owners who deploy it. But that too is easier said than done. Robot decision-making is increasingly likely to be based on algorithms of staggering complexity and obscurity. The developers – and certainly the users – of those algorithms won’t necessarily be able to deterministically control the outputs of their robots. To complicate matters further, some systems – including many self-driving cars – distribute responsibility for their robots between both designers and downstream operators. For systems of this kind, it has already proven extremely difficult to allocate responsibility when accidents inevitably occur.

Moreover, if the ultimate goal of a legal remedy is to encourage good behavior or discourage bad behavior, punishing owners or designers for the behavior of their robots may not always make sense – if only for the simple reason that their owners didn’t act tortiously. The same problem affects injunctive relief. Courts are used to ordering people and companies to do (or stop doing) certain things, with a penalty of contempt of court for noncompliance. But ordering a robot to abstain from certain behavior won’t be trivial in many cases. And ordering it to take affirmative acts may prove even more problematic. In this Essay, we outline the basic principles of remedies law and consider how remedies will – or won’t – work when applied to robots.

I REMEDIES AND ROBOTS

I.A. The Nature of Remedies

A.1 Normative Versus Economic Perspectives.

The choice of remedy for a given legal violation often stems from fundamental assumptions regarding the nature of the substantive law itself. Two views predominate. A “normative” view of substantive law sees it as a prohibition against certain conduct, with the remedy being whatever is prescribed by the law itself. The defendant, on this view, has engaged in a wrongful act that we would stop if we could. But because it is not always possible to do so – commonly because the act has already occurred – remedies law seeks to do the next best thing: compensate the plaintiff for the damage done.

An alternative view of substantive law, however, conceptualizes the role of remedies differently. Under this “economic” view, the substantive law alone forbids nothing. Rather, it merely specifies the foreseeable consequences of various choices, with the available remedies signaling the particular penalties associated with particular conduct. Damages, on this view, are simply a cost of doing business – one we want defendants to internalize but not necessarily to avoid the conduct altogether.

To help illustrate the difference, consider an everyday encounter with a traffic light. Under the normative view, a red light stands as a prohibition

against traveling through an intersection, with the remedy being a ticket or fine against those who are caught breaking the prohibition. We would stop you from running the red light if we could. But because policing every intersection in the country would be impossible, we instead punish those we do catch in hopes of deterring others.

Under the economic view, however, an absolute prohibition against running red lights was never the intention. Rather, the red light merely signals a consequence for those who do, in fact, choose to travel through the intersection. As in the first instance, the remedy available is a fine or a ticket. But under this view, the choice of whether or not to violate the law depends on the willingness of the lawbreaker to accept the penalty.

In one of his more arresting turns of phrase, Justice Oliver Wendell Holmes Jr famously described the economic view of substantive law as that of a “bad man.” According to Justice Holmes:

If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience (HOLMES JR, 1897, p. 457-459).

The measure of the substantive law, in other words, is not to be mixed up with moral qualms, but is simply coextensive with its remedy – no more and no less.

While some law and economics scholars accept this precept as fundamental, in many behavioral contexts it does not tell the entire story. Although the actual consequences associated with lawbreaking play a substantial role in much of human decision-making, many individuals nonetheless view law as having distinctly normative underpinnings. As Laycock notes, “It is certainly true that some individuals will obey the law only if the consequences of violation are more painful than obedience,” but the fact that “some individuals are unmoved does not eliminate the statement’s moral force for the rest of us.” (LAYCOCK, 2020, p. 3-7).

A.2 Bad Men and Good Robots

People are rarely forced to grapple with the distinctions between the normative or economic view of substantive law. But robots, or their programmers at least, are afforded no such luxury. Sure, robots can be prohibited from engaging in certain types of conduct, assuming their designers understand and control the algorithm by which they make decisions. But implementing a legal remedy via computer code necessarily involves adopting either a normative or economic view of the substantive law.

That’s because a true “prohibition” can only be communicated to a computer system in one of two basic ways: it can be encoded in the form of an

“IF, THEN” statement that prevents a robot from engaging in particular types of conduct, or it can be coded as a negative weight for engaging in that same conduct. An IF, THEN statement operates like an injunction, while a weight in a decision-making algorithm operates like a liability rule.

Returning to the example of the red light, a programmer seeking to prohibit a robot from breaking the law could do so with an IF, THEN statement along the lines of: “If the robot encounters a red light, then it will not travel into the intersection.” Similarly, a programmer seeking to achieve that same prohibition in a probabilistic system could do so by assigning an infinitely high negative consequence to traveling into the intersection when the light is red.

An IF, THEN statement is an absolute rule. If a triggering event occurs, then a particular consequence must inexorably follow. As a practical matter, so is an infinitely negative weight. Both achieve the functionally equivalent result of prohibiting the unlawful conduct – the goal of a normative vision of substantive law. But in order to achieve this normative vision, the prohibition must be implemented without regard for the cost of a ticket.

Because the law is encoded as an absolute in its programming, the robot will always obey the law. That’s not true of people. If we want legal rules to be self-executing, the ability to impose perfect obedience may be a good thing.

By contrast, if the underlying theory of a remedy is economic, the machine’s decision-making calculus is fundamentally different. Once more, the example of the traffic light helps to clarify this distinction. To an economist, the substantive law and its remedy do not signal a “self-executing refusal to ever run a red light” but instead an understanding that “running a red light is associated with a small chance of a modest fine and a somewhat increased chance of a traffic accident which will damage the car and may require the payment of damages to another.” Under this view, the remedy, and its risks, are both expressed in probabilistic terms. They translate into probabilistic costs within the robot’s overall decision-making calculus. Those costs won’t be infinite, unless perhaps the penalty is death. They will instead reflect a “price” for running a red light that the algorithm might decide to pay depending on what benefits light-running offers.

Thus, under the economic view, the choice of whether to obey a law is, of necessity, the choice of a Holmesian “bad man.” Normative views of substantive law – which we know shape certain aspects of human behavior – cannot be expected to translate cleanly into the robotics context with their associated remedies intact. If we want robots to adopt normative views of the law, we will need outright prohibitions. And imposing prohibitions rather than costs will make it hard for robots to achieve many things. After all, it’s hard to operate a robot with too many absolute prohibitions.⁴ And this will be particularly true of machine learning systems that develop their own algorithms, making it difficult for engineers to reliably predict how encoded prohibitions will interact with other rules.

⁴ “Don’t become Skynet” does seem like a good one to include, though.

Encoding the rule “don’t run a red light” as an absolute prohibition, for example, might sometimes conflict with the more compelling goal of “not letting your driver die by being hit by an oncoming truck.” Humans know that “don’t run a red light” doesn’t really mean “don’t *ever* run a red light.” Rather it translates, roughly, to “don’t run a red light unless you have a sufficiently good reason and it seems safe.” Likewise, even weightier normative prohibitions, such as “thou shalt not kill,” come with an implied “unless. [...]” But designers can’t put that in an IF, THEN statement unless they understand and specify all the exceptions to the rule.

More plausibly, robots operating in the real world will have to adopt algorithmic approaches to almost all complex problems that weigh particular actions against various goals and risks. As a result, the role of remedies in discouraging socially detrimental conduct will need to be reimagined in terms of cost internalization,⁵ as opposed to normative sanction or punishment. Deterrence makes sense where we are trying to affect individual behavior. But the logical way to “deter” a machine is to put the actual costs into the calculus it uses to make the decision. In practice, that translates into quantifying, and then operationalizing, the price we want robots to have to pay if they take certain actions we want to deter. And under the broadest interpretation of the economic view, even doctrines seemingly designed to prevent or deter conduct – like injunctions or prison sentences – could simply be construed as costs, albeit very high ones.

That said, we think it makes more sense to distinguish between remedies designed to internalize costs and those designed to enjoin, deter, or punish behavior. While some defendants faced with the latter may treat punitive damages or even prison sentences as mere costs of doing business, the remedy’s ultimate intent is to deter unlawful conduct, not to simply internalize its social costs.

For the vast majority of applications, legal remedies will likely be incorporated into machines through their “economic” formulation – resulting in robots that, by design, adopt this view of substantive law exclusively. Unless specifically programmed otherwise, distinctions between normative and economic goals will be utterly lost on robots. Thus, while it may be true to say that it is the rare “individual [...] [who] will obey the law only if the consequences of violation are more painful than obedience,” (LAYCOCK, 2020, 7). this will be definitionally true of robots. And for reasons made clear in virtually every sci-fi plot line featuring robots, it will only be on the rarest of occasions that it actually makes sense to completely bar robots from engaging in certain types of conduct.

It thus appears that Justice Holmes’s archetypical “bad man” will finally be brought to corporeal form, though ironically, not as a man at all. And if Justice Holmes’s metaphorical subject is truly “morally impoverished and analytically deficient,” as some accuse, it will have significant ramifications for robots (consider BEZEMEK, 2016, p. 15).

⁵ By “internalization,” we do not necessarily mean that the law should attempt to put an explicit monetary value on every conceivable form of harmful conduct. Rather, internalities and externalities can be addressed by a multitude of direct *and* indirect means, just as the law does today.

B Teaching Robots to Behave

Each of the major types and purposes of remedies identified above will face challenges as applied to robots and AI. We consider each in turn below.

B.1 Who Pays?

The first purpose of damages – to compensate plaintiffs for their losses and so return them to their rightful position – is perhaps the easiest to apply to robots. True, robots don't have any money. So they generally can't actually pay damage awards themselves.

But this problem is hardly insurmountable. The law will rise to the challenge. Someone built the robots, after all. And someone owns them. So if a robot causes harm, it may make sense for the company behind it to pay, just as when a defective machine causes harm today.

But it's not that easy. Robots are composed of many complex components, learning from their interactions with thousands, millions, or even billions of data points, and they are often designed, operated, leased, or owned by different companies. Which party is to internalize these costs? The one that designed the robot or AI in the first place? The one that collected and curated the data set used to train its algorithm in unpredictable ways? The users who bought the robot and deployed it in the field? Sometimes all of these roles will be one in the same, falling upon individuals operating in a single company.

Robot designers, owners, operators, and users will, of course, fight over who bears true legal responsibility for causing the robot to behave the way it did. And these complex distinctions don't even account for the role of third parties causing robots to behave in adverse ways, as recently happened when Microsoft's chatbot, Tay, turned into a proverbial Nazi after interacting with trolls on Twitter (see VINCENT, 2016).

These problems aren't new, of course. Suppliers in a product chain have blamed each other when things go wrong for a long time, and courts have had to sort those claims out. Responsibility issues for robots too can, and will, eventually be resolved by the courts. But long before any consensus is reached, we should expect no shortage of finger-pointing, as different companies and individuals clamor to shift responsibility for harms to others in the causal chain – whether just to minimize their costs or because there are legitimate disputes about how the behavior of different actors in the chain interacted to cause the harm.

B.2 Law as Action: Shaping the Behavior of *Rabota Economicus*

The second prong of the remedies triad – damage awards and equitable remedies designed to internalize costs and deter socially unproductive behavior

– will likely prove even more problematic. If we want to deter a robot, we need to make sure that it is programmed to account for the consequences of its actions. Embedding this type of decision-making in robots often means quantifying the various consequences of actions and instructing the robot to maximize the expected net monetary benefits of its behavior.

This might sound like heaven to an economist. Finally, we will have a truly rational *homo economicus* (or, more accurately, a *robot economicus*) (see SCIENCE, 2011) who will internalize the social costs of its actions (at least insofar as those costs are accurately calculated) and modify its behavior accordingly. And if machine learning systems estimate these costs correctly, robots will be “Learned” indeed – presumably deciding to do harm only when it is socially optimal (that is, when $B < PL$).⁶

But not so fast. Things are more complicated. Robots won’t reflexively care about money. They will do whatever we program them to do. We can align robot incentives with social incentives by properly pricing, punishing, or deterring the companies that design, train, own, or operate robots. Those companies, in turn, should internalize the relevant costs of their robots’ actions. It might be reasonable to assume that corporations and people want to maximize their rational self-interest and will, thus, program their robots accordingly. But not all will, either intentionally or unintentionally. There are at least three potential problems.

First, the goal of cost internalization through legal liability can only be accomplished by proxy. And it isn’t clear who the proxy will be. All the problems we noted in the prior section about assigning responsibility to compensate victims will return in spades as we try to force robots to account for the costs of their conduct. Even truly rational, profit-maximizing companies with perfect information about the costs of their actions won’t internalize those costs unless they expect the legal system to hold them liable. If they are wrong, either in fearing liability when none exists or in believing someone else will foot the bill, their pricing will not accurately reflect reality.

Second, we are unlikely to have anything resembling “perfect” information about the potential harms robots may cause. Getting robots to make socially beneficial, or morally “right,” decisions means we first need a good sense of all the things that could go wrong. Unfortunately, we’re already imperfect at that. Then we’d need to decide whether the conduct is something we want to ban, discourage, tax, or simply permit. Having done so, we would then need to decide who in the chain of robot design, training, ownership, and operation should be responsible for the harm, if anyone. Then, we would need to figure out how likely each adverse outcome is in any given situation. Finally, we would need to assign a price to those potential harms – even the amorphous ones, such as a reduction in consumer privacy. And we’d want to balance those harms against reasonable alternatives to make sure the decision the robot made was the right one, even if it did cause harm.

Our entire system of tort law has been trying to accomplish this feat for centuries. And it hasn’t worked very well. Indeed, most of tort is composed of

⁶ See “United States v Carroll Towing Co”, 159 F2d 169, 171–73 (2d Cir 1947).

standards, as opposed to hard and fast rules, for good reason. Standards give us the leeway to reserve judgment for later, when we might have a better idea of the actual facts leading up to an event. Tort law, for example, requires us to value injury, and – if we are to deter conduct – to decide on a multiplier to that value that serves as an optimal deterrent. While there are some circumstances in which we calculate these values formulaically (see, for example, ROSS, 1980, 133-135), the primary way we do so is by leaving it to juries to pick the right number after an injury has already occurred. And we know virtually nothing of how juries will react to harmful events caused by robots.

The problem is even more complex than that, though, because robots don't necessarily care about money. They will maximize whatever they are programmed to maximize. If we want them to internalize the costs of their behavior, we will need to put those costs in terms robots can understand – for example, as weights that go into a decision-making algorithm. That's all well and good for robots already designed to maximize profit in purely monetary terms – say, a day-trading AI. But lots of robots will be designed with something other than money in mind. A policing or parole algorithm might minimize the likelihood that a released offender commits another crime. A self-driving car might minimize time to destination subject to various constraints like generally obeying traffic laws and reducing the risk of accidents. But to build deterrence into those algorithms, we must convert certain divergent values into a common metric, whether it be money or something else.

A third complexity involving *rabota economicus* emerges for economic costs that are not directly reflected by legal remedies. The cost of any given decision, after all, is not just a function of the legal system. In many instances, extralegal forces such as ethical consumerism, corporate social responsibility, perception bias, and reputational costs will provide powerful checks on profit-maximizing behaviors that might, otherwise, be expected to produce negative societal externalities. By pricing socially unacceptable behavior through the threat of public backlash, these and other market forces help to fill some of the gaps left by existing remedies regimes. But they may open up other holes, creating rather than internalizing externalities.

Corporations are also likely to be siloed in ways that interfere with effective cost internalization. Machine learning is a specialized programming skill, and programmers aren't economists.⁷ Even those who are employed by profit-maximizing companies interested in effectively internalizing their legal costs may see no reason to take the law into account, or may not be very good at it even if they try to. They may resent constant interference from the legal department in their design decisions. And agency costs mean that different subgroups within companies may be motivated by different incentives – as when sales divisions, manufacturing divisions, and service departments all get compensated based on different and potentially conflicting metrics.

Engineers aren't the only people whose motivations we need to worry about. What a self-learning robot will maximize depends not only on what it is designed to do – the default optimizing function or functions that it starts with

⁷ At least not most of them.

– but also how it learns. To efficiently deter behavior, we must be able to predict it. But if we don't know how the robot will behave because it might discover novel ways of achieving the goals we specify, simply pricing in the cost of bad outcomes might have unpredictable effects, such as shutting down a new and better approach that produces some bad results but is nonetheless worth it. This complex relationship between deterrence, responsibility, and financial liability does not, alone, differentiate robots from corporations or people. Deterrence is imperfect among humans, too, because humans aren't motivated entirely by money and because they can't always pay for the harm they cause. But what is different here is that the possibility of deterrence working *at all* will depend entirely on the robot's code. A robot programmed to be indifferent to money won't be deterred by any level of legal sanction. And while making the responsible legal party pay⁸ might encourage that party to design robots that do take adequate care, the division of responsibility between component makers, software designers, manufacturers, users, owners, and third parties means that the law must be careful about who exactly it holds accountable.

C Deterrence without Rational Actors: Is There Still a Role for Morality and Social Opprobrium in Robot Remedies?

C.1 Equitable Monetary Relief and Punishment

So far, we have focused on internalizing the costs of accidents or other injuries that result from otherwise socially desirable activities, such as driving cars. But we also need to worry about genuinely “bad” behavior by robots that may merit prohibition. Many of our equitable monetary remedies are aimed at this sort of conduct. Their goal is not to make defendants internalize costs – to put a price on socially valuable behavior because of the costs it imposes – but to prevent the behavior. If you steal my car, the law says that you don't get to keep it even if you value it more than me. Rather, you hold it in constructive trust for me. If you make profits by infringing my copyright or trade secret (but not my patent), the law will require you to disgorge those profits, paying me the money you made even if I never would have made it myself. We require defendants to give up such “unjust enrichment,” not because we think we need to do so to compensate the plaintiff, but because we don't want the defendant to have the money.

These equitable rules share some similarities with the cost-internalization measures discussed in the last Section. But there are two key differences: (1) the money a defendant must pay is not limited to what is needed to compensate the plaintiff, and (2) the defendant must give up all gains, making the entire activity unprofitable. The focus here is not on the plaintiff's rightful position but on the defendant's rightful position. And in the class of cases in which we often use these remedies, the defendant's rightful position is one in which she didn't engage in the activity at all.

⁸ Or face time behind bars.

From an economic perspective, depriving defendants of their gains is simply a matter of coming up with a number. It might be greater than, equal to, or less than the damages we would otherwise impose to internalize the costs of unlawful conduct or to restore the plaintiff's rightful position. But there is something psychologically effective about taking away a defendant's gains altogether. Indeed, in certain contexts, it might be a better means of deterring humans than the threat of paying compensatory damages, even if those damages turn out to be higher than a disgorgement remedy would. When it comes to robots, however, there is little reason to think that the notion of taking "all your profits" will have the same psychological effects. True, if you set "profit = 0," a profit-maximizing AI would not engage in the conduct. But that same logic would apply with equal force if the damages award made the activity unprofitable too.

Remedies focused on the defendant's rightful position do have one significant economic advantage over damages remedies intended strictly as ex ante deterrents: we can calculate them after the fact once we have all the necessary information. If we want to use the threat of damages to deter conduct, we need to predict the likelihood and severity of the harm that the conduct will cause. But if we care only about depriving the defendant of benefits on the theory that doing so will deter her, we just need to wait to set the number until the parties get to court and figure out how much the defendant actually gained. That often won't be trivial. The benefit of stealing a trade secret, for example, can be as amorphous as a "quicker time to market" or a "more competitive product." (LEMLEY, 2017, p. 266-269). But it's still likely to be easier than predicting in advance who will be injured and by how much.

This same calculus doesn't work for injuries that are the by-product of productive behavior. It doesn't make sense to say that a self-driving car that hits a pedestrian should disgorge its profits. It likely didn't profit from hitting the pedestrian. And we don't want to force defendants to disgorge all the value they make from driving. But defendant-focused equitable monetary remedies, like disgorgement or constructive trust, may have advantages for robot torts for which our goal is to stop the conduct altogether, not simply to price it efficiently.

C.2 Detection, Deterrence, and Punitive Damages

The fact that robots won't be affected by the psychological impact of certain remedies also has consequences for how we should think about the threat of detection. For a robot to be optimally deterred by remedies like disgorgement – which rely on human psychology to maximize their effects – we must also detect and sanction the misconduct 100 percent of the time. That, in turn, leads us to the problem of robots (or their masters) that hide misconduct.

To be sure, many robot harms will be well-publicized. The spate of autonomous vehicle accidents covered by media in recent years provides one stark example. But countless robot harms will be of far subtler, so-called black box, varieties and will, therefore, be much harder to detect.

Makers and trainers of robots may have incentives to hide their behavior, particularly when it is profitable but illegal. If a company's parole algorithm

concludes (whether on the merits of the data or not) that black people should be denied parole more often than similarly situated white people, it might not want the world to know. And if you, as an owner, tweaked the algorithm on your car to run over pedestrians rather than put your own life at risk, you might seek to hide that too. We have already seen remarkable efforts by companies conspiring to cover up wrongdoing, many of which succeeded for years. Often such conspiracies are brought down by sheer virtue of their scale – that is, the fact that many people know about and participate in the wrongdoing. This same property may be less true of future robotics firms, which may require fewer people to participate and cover up unlawful acts.

Further, robots that teach themselves certain behaviors might not know they are doing anything wrong. And if their algorithms are sophisticated enough, neither may anyone else for that matter. Deterrence will work on a robot only if the cost of the legal penalty is encoded in the algorithm. A robot that doesn't know it will be required to disgorge its profits from certain types of conduct will not accurately price those costs and so will optimize for the wrong behaviors.

The economic theory of deterrence responds to the improbability of getting caught by ratcheting up the sanctions when you are caught, setting the probability of detection times the penalty imposed equal to the harms actually caused. Proportionality of punishment makes sense here. As the chance of detection goes down we want the damage award to go up. And machines can do this math far better than humans can. Indeed, this idea may be tailor-made for robots. Professor Gary Becker's "high sanctions infrequently applied" approach seems unfair in many human contexts because it can have widely varied interpersonal effects: even if we get equal deterrence from a 100 percent chance of a year in prison or a 10 percent chance of ten years in prison, the lottery system that punishes a few very harshly seems intuitively unfair. We want our laws to protect both victims *and* wrongdoers against some forms of moral bad luck (whereas Becker's approach exacerbates it). But robots will internalize the probability of punishment as well as its magnitude, so we may be able to encourage efficient behavior without worrying about treating all robots equitably.

Even if we decide to heed Becker's advice, getting the numbers right presumes that we have a good estimate of the proportion of torts committed by robots that go undetected. That's tough to do, especially for newly introduced technologies. Maybe society will instead be able to force corporations to internalize their costs through nonlegal mechanisms – for example, by voting with their wallets when a company's robots engage in misconduct. In the era of big data and even bigger trade secrets, structural asymmetries often prevent meaningful public engagement with the data and software critical to measuring and understanding the behavior of complex machines.

Current trends in AI appear likely to only exacerbate this problem. As Bryce Goodman and Seth Flaxman observe, systems capable of achieving the richest predictive results tend to do so through the use of aggregation, averaging, or multilayered techniques which, in turn, make it difficult to determine the exact features that play the largest predictive role (GOODMAN; FLAXMAN, 2017). Thus, even more so than yesteryear's AIs, understanding how modern

robots arrive at a given decision can be prohibitively difficult, if not technically impossible. As a result, potentially unlawful or defective decision-making within such systems can often only be demonstrated in hindsight, after measuring the unevenly distributed outcomes once they have already occurred. And as systems get more complex, maybe not even then.

The risk presented by this combination of factors is not so much that corporations will intentionally build bad robots in order to eke out extra profits, but that “[bad] effects [will] simply happen, without public understanding or deliberation, led by technology companies and governments that are yet to understand the broader implications of their technologies once they are released into complex social systems.” (see CAMPOLO et al, 2017, *36). Indeed, much of the misconduct that tomorrow’s designers, policymakers, and watchdogs must guard against might not be intentional at all. Self-learning machines may develop algorithms that take into account factors we may not want them to, like race or economic status. But on some occasions, taking precisely those factors into account will actually get us to the ultimate result of interest.

For this reason, we think AI transparency is no panacea. Transparency is a desirable goal in the abstract. But it may inherently be at odds with the benefits of certain robotics applications. We may be able to find out *what* an AI system did.

Are we right to be bothered by this? Should we have a right to understand the mens rea of robots? Or to impute explanations so we can appropriately channel opprobrium? Our punitive and deterrence remedies are based on identifying and weeding out bad behavior. The search for that bad behavior is much of what drives the “intuitive appeal of explainable machines.” (see SELBST; BAROCAS, 2018, p. 1.126-1.129). But our intuitions may not always serve us well. The question is whether the demand for an explanation is actually serving legitimate purposes (Preventing Skynet? Stopping discrimination?) or just making us feel that we’re the ones in charge. The punitive and equitable monetary side of remedies law wants to understand the “why” question because we want to assign blame. But that might not be a meaningful question when applied to a robot.

C.3 Inhuman, all too Inhuman

a) Punishing robots for responding to punishment. Even economic forms of deterrence – both legal and extralegal – will look different than they currently do when people or corporations are being deterred. Deterrence of people often takes advantage of cognitive biases and risk aversion. People don’t want to go to jail, for instance, so they will avoid conduct that might lead to that result. But robots can be deterred only to the extent that their algorithms are modified to include external sanctions as part of the risk-reward calculus. Once more, we might view this as a good thing – the ultimate triumph of a rational law and economics calculus of decision-making. But humans who interact with robots may demand a noneconomic form of moral justice even from entities that lack

the human capacity to understand the wrongfulness of their actions (a fact that anyone who has ever hit a malfunctioning device in frustration can understand).

Indeed, the sheer rationality of robot decision-making may itself provoke the ire of humans. Any economist will tell you that the optimal number of deaths from many socially beneficial activities is more than zero. Were it otherwise, our cars would never go more than five miles per hour. Indeed, we would rarely leave our homes at all.

Effective deterrence of robots requires that we calculate the costs of harm caused by the robots interacting with the world. If we want a robot to take optimal care, we need it to figure out not just how likely a particular harm is but how it should weight the occurrence of that harm. The social cost of running over a child in a crosswalk is high. But it isn't infinite (GEISTFELD, 2001, p. 125-126).

Even today, we deal with those costs in remedies law unevenly. The effective statistical price of a human life in court decisions is all over the map. The calculation is generally done ad hoc and after the fact. That allows us to avoid explicitly discussing politically fraught concepts that can lead to accusations of "trading lives for cash." (see generally, SUNSTEIN, 2004, p. 205) And it may work acceptably for humans because we have instinctive reactions against injuring others that make deterrence less important. But in many instances, robots will need to quantify the value we put on a life if they are to modify their behavior at all. Accordingly, the companies that make robots will have to figure out how much they value human life, *and they will have to write it down in the algorithm for all to see* (at least after extensive discovery).

The problem is that people strongly resist the idea of actually making this calculus explicit. They oppose the seemingly callous idea of putting a monetary value on a human life, and juries punish companies that make explicit the very cost-benefit calculations that economists want them to make (see, for example, SUNSTEIN, 2004, p. 205). Human instincts in this direction help explain why we punish intentional conduct more harshly than negligent conduct. A deliberate decision to run over a pedestrian strikes us as worse than hitting one by accident because you weren't paying attention. Our assumption is that if you acted deliberately, you could have chosen not to cause the harm, thereby making you a bad actor who needs to modify your behavior. But that assumption often operates even when causing that harm was the socially responsible thing to do, or at least was justified from a cost-benefit perspective.

b) Punishment as catharsis: punching robots. Punishment may serve other, nonmonetary purposes as well. We punish, for instance, to channel social opprobrium. That can set norms by sending a message about the sorts of things we won't tolerate as a society. And it may also make us feel better. We have victim allocution in court for good reason, after all. It may provide useful information to courts. But it also helps people to grieve and to feel their story has been heard.

Our instinct to punish is likely to extend to robots. We may want, as Professor Mulligan puts it, to punch a robot that has done us wrong. Certainly people punch or smash inanimate objects all the time. Juries might similarly

want to punish a robot, not to create optimal cost internalization but because it makes the jury and the victim feel better (see ABBOTT; SARCH, 2019, *17-19).

That kind of expressive punishment may also stem from the fact that much human behavior is regulated by social sanction, not just law. Aggressively signaling social displeasure doesn't just make us feel better; it sends an object lesson to others about what is not acceptable behavior. Our instinct makes us want to send that lesson to robots too.

It's already quite easy to think of robots as humans. We naturally anthropomorphize (see CALO, 2015, p. 513, 545-549). That instinct is likely to get stronger over time, as companies increasingly deploy "social robots" that intentionally pull on these strings. Humans will expect humanlike robots to act, well, human. And we may be surprised, even angry, when they don't. Our instinct may increasingly be to punish humanoid robots as we would a person – even if, from an economic perspective, it's silly. Making us feel better may be an end unto itself. But hopefully there is a way to do it that doesn't involve wanton destruction of or damage to robots.

D Ordering Robots to Behave

All these problems with monetary remedies as deterrents seem to point in the direction of using injunctive relief more with robots than we currently do with people. Rather than trying to encourage robot designers to build in correctly priced algorithms to induce efficient care, wouldn't it be easier just to tell the robot what to do – and what not to do?

D.1 Be Careful What You Wish For

First, the good news: injunctions against robots might be simpler than against people or corporations because they can be enforced with code. A court can order a robot, say, not to take race into account in processing an algorithm. Likewise, it can order a self-driving car not to exceed the speed limit. Someone will have to translate that injunction, written in legalese, into code the robot can understand. But once they do, the robot will obey the injunction. This virtual guarantee of compliance seems like a significant advantage over existing injunctions. It is often much harder to coerce people (and especially groups of people in corporations) to comply with similar court orders – even when the consequences are dire.

But once again, not so fast. As the adage goes (and as legions of genies in bottles have taught us): be careful what you wish for. Automatic, unthinking compliance with an injunction is a good idea only if we're quite confident that the injunction itself is a good idea. Now, obviously the court thinks the injunction improves the world. Otherwise, it wouldn't issue it. But the fact that injunctions against people aren't self-enforcing offers some potential breathing room for parties and courts to add a dose of common sense when circumstances change. This is a

common problem in law. It's a major reason we have standards rather than rules in many cases. And it's the reason that even when we do have rules, we don't enforce them perfectly. To a person (and even to a police officer), "don't exceed the speed limit" implicitly means "don't exceed the speed limit unless you're rushing someone to the emergency room or it would be unsafe not to speed."

Try telling that to a robot, though. Machines, unlike at least some humans, lack common sense. They operate according to their instructions – no more, no less. If you mean "don't cross the double yellow line unless you need to swerve out of the lane to avoid running over a kid" you need to say that. Meanwhile, autonomous vehicles should probably avoid adults too, so better put that in the algorithm. ... And maybe dogs. ... And deer and squirrels, too. Or maybe not – crossing into oncoming traffic is dangerous, so while we might do it to avoid hitting a kid even if it raises the risk of a head-on collision, we shouldn't do it to avoid a squirrel unless the risk of a head-on collision seems low. If you want the self-driving car to do all that, you need to tell it so. That's hard. It's more plausible to give each outcome weights – killing squirrels is bad, but head-on collisions are much worse, and killing a kid is (Probably? Maybe?) worse still. But then we're back to deterrence and cost internalization, not injunctions.

Further, even if we can specify the outcome we want with sufficient precision in an injunction, we need to be extremely careful about the permissible means a robot can use to achieve that result. Think back to our example from the Introduction. The drone did exactly what we told it to. The problem is that we weren't sufficiently clear in communicating what we wanted it to do.

To issue an effective injunction that causes a robot to do what we want it to do (and nothing else) requires both extreme foresight and extreme precision in drafting it. If injunctions are to work at all, courts will have to spend a lot more time thinking about exactly what they want to happen and all the possible circumstances that could arise. If past experience is any indication, courts are unlikely to do it very well. That's not a knock on courts. Rather, the problem is twofold: words are notoriously bad at conveying our intended meaning, and people are notoriously bad at predicting the future. Coders, for their part, aren't known for their deep understanding of the law, and so we should expect errors in translation even if the injunction is flawlessly written. And if we fall into any of these traps, the consequences of drafting the injunction incompletely may be quite severe.

D.2 “What do You Mean You can’t?!”

Courts that nonetheless persist in ordering robots not to do something may run into a second, more surprising problem: it may not be simple or even possible to comply with the injunction. Just as robots don't have money, they also don't read and implement court opinions.⁹ And they aren't likely to be a party to the case in any event. Enjoining a robot, in other words, really means ordering someone else to implement code that changes the behavior of the robot.

⁹ Well, some do.

The most likely party to face such an injunction is the owner of the robot. The owner is the one who will likely have been determined to have violated the law, say by using a discriminatory algorithm in a police-profiling decision or operating a self-driving car that has behaved unsafely. But most owners won't have the technical ability, and perhaps not even the right, to modify the algorithm their robot runs. The most a court could order may be that they ask the vendor who supplied the robot to make the change, or perhaps to take the robot off the market as long as it doesn't comply with the injunction.

Even if the developer is a party to the case, perhaps on a design defect theory, the self-learning nature of many modern robots makes simply changing the algorithm more complicated still. A court may, for instance, order the designer of a robot that makes predictions about recidivism for parole boards not to take race into account. But that assumes that the robot is simply doing what it was originally programmed to do. That may be less and less common as machine learning proliferates. Ordering a robot to "unlearn" something it has learned through a learning algorithm is much less straightforward than ordering it to include or not include a particular function in its algorithm. Depending on how the robot learns, it might not even be possible.

Life gets easier if courts can control what training information is fed to robots in the first place. At the extremes, a court might order a company to take badly trained robots out of service and to train new ones from scratch. But as the example in the Introduction indicates, the effects of training material on robots are not always predictable. And the results of training are themselves unpredictable, so even controlling the training dataset is no guarantee that a robot, once trained, will behave as the court wants it to.

Further, the future may bring robots that are not only trained in complicated ways but that train themselves in ways we do not understand and cannot replicate. Ordering such a robot to produce or not produce a particular result, or even to consider or not consider a particular factor, may be futile. Courts are used to telling people to do something and having them do it. They may have little patience for the uncertainties of machine learning systems. And they are quite likely to have even less patience with lawyers who tell them their "client" can't comply with the court's order.

D.3 Unintended Consequences

Even when the injunction is clear and codifiable, ordering a robot to change how it "thinks" is likely to have unintended consequences. Consider two examples.

(1) We don't want self-driving cars to hit pedestrians. But just brute-forcing that result might lead to other problems, from taking crowded freeways instead of less-crowded surface streets to running into other cars. Some of those consequences could be worse, either because a head-on collision kills more people than running over the pedestrian would or, more likely, because instructing the car to act in a certain way may cause it to avoid a very small chance of killing a pedestrian by avoiding surface streets altogether (even though the collective

cost of traffic jams might be quite great). This is a version of the same problem we saw in damages: we need to assign a cost to various outcomes if we want an algorithm to weigh the alternatives. But here the injunction effectively sets the cost as infinite. That's fine if there really is nothing to balance on the other side. But that will rarely be true.

(2) The case against algorithmic bias seems one of the strongest, and easiest to enjoin, cases. And if that bias results simply from a bad training set, it may be straightforward to fix. But if an algorithm takes account of a prohibited variable like race, gender, or religion *because that variable matters in the data*, simply prohibiting consideration of that relevant information can have unanticipated consequences. One possible consequence is that we make the algorithm worse at its job. We might be fine as a society with a certain amount of that in exchange for the moral clarity that comes with not risking discriminating against minorities. But where people are in fact different, insisting on treating them alike can itself be a form of discrimination. Being male, for example, is an extremely strong predictor of criminality. Men commit many more crimes than women (see LOESCHE, 2017), and male offenders are much more likely to reoffend (ALPER; DUROSE; MARKMAN, 2018, *6). We suspect police and judges know this and take it into account, consciously or unconsciously, in their arrest, charging, and sentencing decisions, though they would never say so out loud. But a robot won't conceal what it's doing. A court that confronts such a robot is likely to order it not to take gender into account, since doing so seems a rather obvious constitutional violation. But it turns out that if you order pretrial sentencing algorithms to ignore gender entirely, you end up discriminating against women, since they get lumped in with the heightened risks of recidivism that men pose.

Ordering a robot not to violate the law can lead to additional legal difficulties when injunctions are directed against discrete subsystems within larger robotics systems. These types of injunctions seem likeliest to be granted against newly introduced subsystems within a tried and true application – given that older systems will, by definition, have a longer track record of success. Not only could targeting one component of a larger system change it in unpredictable and often undesirable ways, doing so could also discourage innovation. With the field of AI improving by leaps and bounds, maybe we should be less protective of tried-and-true approaches and more willing to experiment. Even though some of those experiments will fail, the overall arc is likely to bend toward better systems than we have now. But we won't get there if courts are too quick to shut down new systems while leaving established but imperfect procedures in place. If the alternative to a flawed predictive policing algorithm is the gut instincts of a large number of cops, some of whom are overtly racist and others of whom are subconsciously biased, we might be better off with the robots after all.

II LESSONS FOR PUNISHING HUMANS

Robots present a number of challenges to courts imposing remedies on robotic and AI defendants. And we've only scratched the surface in this Essay. Working through these challenges is valuable and important in its own right. But

doing so also teaches us some things about the law of remedies as it currently applies to people and corporations.

First, much of remedies, like much of law, is preoccupied with fault – identifying wrongdoers and treating them differently. There may be good reasons for that, both within the legal system and in society as a whole. But it works better in some types of cases than in others. Our preoccupation with blame motivates many remedies, particularly monetary equitable relief. This preoccupation distorts damage awards, particularly when something really bad happens and there is not an obvious culprit. It also applies poorly to corporations, which don't really have a unitary purpose in the way a person might. It's also costly, requiring us to assess blame in traffic cases that could otherwise be resolved more easily if we didn't have to evaluate witness credibility. A fault-based legal system doesn't work particularly well in a world of robots. But perhaps the problem is bigger than that: it might not work well in a world of multinational corporations either. We should look for opportunities to avoid deciding fault, particularly when human behavior is not the primary issue in a legal case.

A second lesson is the extent to which our legal remedies, while nominally about compensation, actually serve other purposes, particularly retribution. Remedies law can be described as being about “what you get when you win.” But decades of personal experience litigating cases have reinforced the important lesson that what plaintiffs want is quite often something the legal system isn't prepared to give. They may want to be heard, they may want justice to be done, or they may want to send a message to the defendant or to others. Often what they want – closure, or for the wrong to be undone – is something the system not only can't give them, but that the process of a lawsuit actually makes worse. The disconnect between what plaintiffs want and what the law can give them skews remedies law in various ways. Some do no harm: awards of nominal damages or injunctions that vindicate a position while not really changing the status quo. But we often do the legal equivalent of punching robots – punishing people to make ourselves feel better, even as we frequently deny compensation for real injuries. It's just that it's easier to see when it's a robot you're punching.

A final lesson is that our legal system sweeps some hard problems under the rug. We don't tell the world how much a human life is worth. We make judgments on that issue every day, but we do them haphazardly and indirectly, often while denying we are doing any such thing. We make compromises and bargains in the jury room, awarding damages that don't reflect the actual injury the law is intended to redress but some other, perhaps impermissible consideration. And we make judgments about people and situations in- and outside of court without articulating a reason for it, and often in circumstances in which we either couldn't articulate that decision-making process or in which doing so would make it clear we were violating the law. We swerve our car on reflex or instinct, sometimes avoiding danger but sometimes making things worse. We don't do that because of a rational cost-benefit calculus, but in a split-second judgment based on imperfect information. Police decide whether to stop a car, and judges whether to grant bail, based on experience, instinct, and bias as much as on cold, hard data.

Robots expose those hidden aspects of our legal system and our society. A robot can't make an instinctive judgment about the value of a human life,

or about the safety of swerving to avoid a squirrel, or about the likelihood of female convicts reoffending compared to their male counterparts. If robots have to make those decisions – and they will, just as people do – *they will have to show their work*. And showing that work will, at times, expose the tolerances and affordances our legal system currently ignores. That might be a good thing, ferreting out our racism, unequal treatment, and sloppy economic thinking in the valuation of life and property. Or it might be a bad thing, particularly if we have to confront our failings but can't actually do away with them. It's probably both. But whatever one thinks about it, robots make explicit many decisions our legal system and our society have long decided not to think or talk about. For that, if nothing else, remedies for robots deserve serious attention.

Failing to recognize this fact could result in significant unintended consequences – inadvertently encouraging the wrong behaviors, or even rendering our most important remedial mechanisms functionally irrelevant. Robotics will require some fundamental rethinking of what remedies we award and why. That rethinking, in turn, will expose a host of fraught legal and ethical issues that affect not just robots but people, too. Indeed, one of the most pressing challenges raised by the technology is its tendency to reveal the tradeoffs between societal, economic, and legal values that many of us, today, make without deeply appreciating the downstream consequences.

In a coming age where robots play an increasing role in human lives, ensuring that our remedies rules both account for these consequences *and* incentivize the right ones will require care and imagination. We need a law of remedies for robots. But in the final analysis, remedies for robots may also end up being remedies for all of us.

REFERENCES

- ABBOT, Ryan; SARCH, Alex. Punish artificial intelligence: legal fiction or science fiction. In: **University of California Davis Law Review**, v. 53, page 323-384, November 2019.
- ALPER, Mariel; DUROSE, Matthew R.; MARKMAN, Joshua. **2018 update on prisoner recidivism:** a 9-year follow-up period (2005–2014). Washington: U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, May 2018.
- BEZEMEK, Christoph. Bad for good: perspectives on law and force. In: BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta (Ed.). **The force of law reaffirmed:** Frederick Schauer meets the critics. Switzerland: Springer, 2016.
- CALO, Ryan. Robotics and the lessons of cyberlaw. In: **California Law Review**, Berkeley, Ed. University of California, Berkeley, v. 103, Issue 3, p. 513-564, 2015.
- CAMPOLLO, Alex et al. **AI Now 2017 Report.** New York: AI Now Institute at New York University, 2017.

GEISTFELD, Mark. Reconciling cost-benefit analysis with the principle that safety matters more than money. In: **New York University Law Review**, New York, Ed. New York University, v. 76, n. 1, p. 114-189, 2001.

GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. European Union Regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. In: ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning, 6, New York, NY, June 23, 2016. **Proceedings...** p. 26-30, 2017.

HOLMES JR, Oliver Wendell. The path of the Law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge (Massachusetts), Ed. University Harvard, v. 10, n. 8, p. 457-478, 1897.

LAYCOCK, Douglas. **Modern American remedies**: cases and materials. 2020. (4th ed. Aspen: Wolters Kluwer, 2010).

LEMLEY, Mark. The fruit of the poisonous tree in IP law. In: **Iowa Law Review**, Iowa City, Ed. University of Iowa, v. 103, Issue 1, p. 245-269, 2017.

LOESCHE, Dyfed. The prison gender gap. In: **Statista**, New York, Oct 23, 2017.

VINCENT, James. Twitter taught Microsoft’s AI chatbot to be a racist asshole in less than a day In: **The Verge**, Mar 24, 2016.

ROSS, H. Laurence. **Settled out of Court**: the social process of insurance claims adjustment. 2nd ed. Chicago: Aldine, 1980.

SELBST, Andrew D.; BAROCAS, Solon. The intuitive appeal of explainable machines. In: **Fordham Law Review**, Ed. Fordham University School of Law, v. 87, Issue 3, 2018. p. 1.085-1.139.

SCIENCE diction: the origin of the word “robot”. In: **NPR: 50 Hear Every Voice**, Apr. 22, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Lives, life-years, and willingness to pay. In: **Columbia Law Review**, Chicago, Ed. University of Chicago Law School, v. 104, Issue 2, p. 105-252, march 2004.

Submissão em: 25 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 26 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

LEMLEY, Mark A.; CASEY, Bryan. How to punish a robot. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 172-192, maio-ago. 2021.

ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS SOBRE LAS NUEVAS NORMAS PENALES AMBIENTALES

MIGUEL ÁNGEL ASTURIAS¹

I INTRODUCCIÓN

Sin dudas es una gran noticia el tratamiento legislativo para incorporar al Código Penal o por medio de una ley especial nuevas tipificaciones sobre delitos ambientales en el ámbito nacional, con el fin de terminar con la anomia normativa y la impunidad empresarial en materia ambiental. Ello representa un cambio de paradigma y un avance fundamental para saldar una deuda pendiente, como es la de contar con protección ambiente efectiva.

En este sentido, se han presentado varios proyectos que encuentran bases sólidas en sus antecesores de los años 2006² y 2013³, y en especial en el del año 2019⁴, que al ser una reforma integral del Código Penal no pierde estado parlamentario, lo que ocurrirá a fin de año con estos proyectos si no se logra sancionar alguno de ellos, previa modificación y armonización.

Los proyectos presentados son:

- 1) Expte. S-884/20, de la senadora González G.: Proyecto de ley que incorpora nuevos tipos penales referidos a delitos contra el ambiente (DAE 42/2020);
- 2) Expte. S-343/21, del senador Luenzo: Proyecto de ley que incorpora como Título XIV del Libro Segundo del Código Penal –ley 11.179, t.o. actualizado–, donde se tipifican diversos delitos contra el ambiente y la naturaleza (DAE 17/2021);

¹ Doctor en Derecho Penal, especialista en Derecho Ambiental, profesor universitario y director de la Asociación de Investigaciones en Derecho Penal Ambiental y Climático (AIDPAC). Correo electrónico: miguelaasturias@hotmail.com

² “Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación”, de la Comisión creada por res. min. 303 del 14/12/2004 y sus anexas N° 497/05, 136/05 y 736/06.

³ “Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, comisión creada por dec. PEN 678/2012.

⁴ “Proyecto de reforma del Código Penal”, proyecto legislativo del 23/3/2019 presentado por el Poder Ejecutivo Nacional.

- 3) Expte. S-376/21, de la senadora Crexell: Proyecto de ley que incorpora al Código Penal delitos contra el ambiente (DAE 19/2021); y
- 4) Expte. S-423/21, del senador Rodas: Proyecto de ley sobre delitos contra el ambiente (DAE 21/2021).

También existen otros dos presentados en la cámara baja por los diputados Leonardo Groso y Brenda Austin, el primero, en el mismo sentido que el del senador Luenzo, y el segundo, en línea con el de Rodas.

Las opciones de tipificar nuevos delitos ambientales en el Código Penal o hacerlo por medio de una ley especial tienen sus pros y sus contras. Entre otras cuestiones, podemos señalar que la sanción de normas ambientales especiales da lugar a la dispersión de los delitos, circunstancia que atenta contra el efectivo conocimiento por parte de sus destinatarios y contra su eficacia.

Por esta y por otras razones, nos inclinamos por incluir un título autónomo en el Código Penal, sin perjuicio de marcar algunos cambios que es necesario realizar para no afectar la estructura y la sistematización del digesto de fondo.

De todas formas, el comienzo de su tratamiento legislativo en el plenario de Comisión de Ambiente y Justicia del Senado de la Nación el pasado 19 de abril es motivo de festejo para los que hace muchos años venimos señalando la necesidad de que ello ocurra.

Con ese norte, plasmaremos algunas reflexiones desde la academia y desde experiencia en busca de una verdadera protección penal ambiental, siempre con una visión amplia que deja de lado el antropocentrismo tradicional y adopta, en cambio, una perspectiva eco-antropocéntrica (como las predominantes en Alemania, Francia y España). Es decir, que se entienden en un pie de igual el humano y el ambiente en sentido amplio, por ser este la casa común de todos los que habitamos este planeta.

II ANTECEDENTES

La crisis sanitaria, ambiental y climática mundial que atravesamos es el escenario propicio para que se avance en la tipificación de nuevos delitos ambientales en nuestro país, de modo de cumplir con una deuda pendiente desde hace muchos años, como es proteger penalmente el bien jurídico ambiente en sentido amplio, frente a la posibilidad de una grave o peligrosa agresión ambiental que afecte la salud pública, la vida tanto humana como no humana y todo el ecosistema tierra, incluyendo la biosfera. Se trata de un derecho que se encuentra garantizado en el art. 41 de la Constitución Nacional.

Ello está en consonancia con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Lhaka Honhat vs. Argentina”⁵ y en la opinión consultiva

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6/2/2020, “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina”, fondo, reparaciones y costas.

23/17⁶, y asimismo se encuentra en línea con el Acuerdo de Escazú⁷, mediante el cual se desarrolla y se reafirma el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992⁸.

II.1 Acuerdo de Escazú

Se trata del primer instrumento de derechos humanos regional consensuado en materia ambiental y tiene como finalidad garantizar en América Latina y el Caribe la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso a la información ambiental, la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, de manera de contribuir a la protección del derecho de cada persona, así como de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y a posibilitar un desarrollo sostenible.

Para la aplicación del acuerdo, los Estados deben guiarse por los principios precautorio, de prevención, de no regresión y progresividad, de igualdad y no discriminación, de transparencia y rendición de cuentas, de buena fe, de equidad intergeneracional, de máxima publicidad, de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y de igualdad soberana de los Estados, así como por el principio *pro persona*.

El acuerdo establece los estándares regionales que deberán ser regulados a nivel nacional para garantizar el derecho a la información ambiental, a su generación y divulgación; a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales; y asimismo asegurar el acceso a la justicia, que incluye la creación de órganos competentes y especializados en materia ambiental.

Además, con el fin de garantizar el acceso en materia de asuntos y derechos ambientales, promueve la formación, la capacitación y la sensibilización de funcionarios públicos administrativos y judiciales, instituciones de derechos

⁶ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17 del 15/11/2017, “Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

⁷ “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”, 4/3/2018.

⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992, Principio 10: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

humanos, juristas y público en general; sienta las bases de una estructura institucional de apoyo y ofrece mecanismos para mejorar la formulación de políticas y la toma de decisiones.

II.2 Anuario 2019 de Interpol

En lo referente al apoyo de la seguridad medioambiental, este documento hizo especial hincapié en que tenemos con las generaciones futuras la obligación moral de proteger nuestro patrimonio natural, frente a delincuentes carentes de escrúpulos que saquean los recursos, contaminan el planeta y destruyen la flora y la fauna, únicamente para obtener beneficios económicos.

Interpol trabaja, por un lado, para concientizar acerca de los peligros crecientes que se ciernen sobre nuestro ya frágil ecosistema y, por otro lado, para combatirlos y lograr que los contaminadores reciban castigo. En el informe, se destacan las operaciones que dicha entidad dirigió mundialmente contra las formas graves de contaminación marítima, tales como “30 Days at Sea 2.0”, aquellas dirigidas a combatir la pesca ilegal y la operación “Thunderball”, que se propuso dar un duro golpe a los traficantes de especies silvestres⁹.

III CUESTIONES DOCTRINALES PREVIAS

Antes de analizar los proyectos, es necesario determinar algunas cuestiones que desde antaño dividen a la doctrina y que quedaron en evidencia en el citado plenario de la Comisión de Ambiente y Justicia. Allí se concluyó en la necesidad de buscar un consenso para resolver esas diferencias, que no son menores, a fin de lograr una exitosa aplicación de las normas penales ambientales.

Un punto es, por ejemplo, determinar si las conductas básicas que afectan el ambiente deben tipificarse como delitos de peligro (abstracto o concreto) o de resultado. Otro punto es el referente a la responsabilidad penal de la persona jurídica y de los funcionarios públicos, principales responsables de la comisión de delitos ambientales que ponen en riesgo nuestra subsistencia y la de las generaciones futuras.

Asimismo, es importante señalar la necesidad de rever las penas aplicables y no olvidarse de contemplar los delitos contra las áreas marinas, los incendios forestales y la destrucción del patrimonio cultural.

IV ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS

Es interesante como inicio del análisis recordar los presupuestos mínimos para legislar en materia penal ambiental propuestos por el Dr. Enrique Viale al

⁹ Disponible en: <https://www.interpol.int/content/download/15456/file/INTERPOL_Annual%20Report%202019_SP.pdf?inLanguage=esl-ES>.

exponer en el plenario de comisión citado, con el fin de erradicar la impunidad ambiental, en especial la criminalidad ambiental empresarial:

- 1) consideración como delito de peligro (no exigir la comprobación de un “daño grave” para que se tipifique);
- 2) sanción expresa a quien dañe bosques, humedales y glaciares legalmente protegidos;
- 3) sanción a los funcionarios públicos;
- 4) determinación de agravantes;
- 5) sanción a CEOs y gerentes de las empresas;
- 6) sanción para quienes falseen datos o documentación ambiental;
- 7) competencia federal en caso de efectos interjurisdiccionales; y
- 8) responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Consideramos necesario profundizar en algunos de ellos, con un análisis global de los proyectos.

Como aspectos positivos, destacamos que todos los proyectos buscan tipificar la gran mayoría de los delitos ambientales, con sus necesidades específicas, como la protección del patrimonio cultural (art. 41, CN), tipificación de delitos contra la biodiversidad, la fauna silvestre y el resto de los animales¹⁰, así como contra la flora y los bosques¹¹, contra los humedales, contra el patrimonio genético y contra el patrimonio arqueológico y paleontológico (título en el que deberían incorporarse otras figuras, como la pesca ilegal); también se tipifica el prevaricato ambiental y se establece la responsabilidad penal de los órganos de control y de la persona jurídica.

Como aspectos negativos, debemos señalar ciertas falencias que es necesario corregir en busca del éxito en la aplicación práctica de la norma, sobre todo en la tipificación del delito de contaminación ambiental básico, que debe ser contemplado como un delito de peligro abstracto y no de peligro concreto o de resultado, como algunos proyectos pregonan.

En ese sentido y en lo estructural, compartimos el proyecto del Expte. S-343/21 (reedición del Expte. 1055/19 del senador Pino Solanas, que fue presentado en el año 2019 y, por no obtener tratamiento en la Cámara, perdió estado parlamentario), con la salvedad de que su título solo debería ser “Delitos contra el ambiente”, en lugar de “Delitos contra el ambiente y la naturaleza”,

¹⁰ En el caso de los delitos contra los animales, vemos correcto el aumento de penas dispuesto y destacamos como necesario que se contemple a los animales como verdaderos sujetos de derechos no humanos, y no simplemente como seres sintientes.

¹¹ En el daño a estos quedan comprendidos los incendios y los desmontes forestales, que constituyen verdaderos ecocidios; muestra de ello son los numerosos incendios que han tenido lugar en los últimos años y, en especial, los de Formosa, la Patagonia y el Delta del Paraná. Respecto de este último, se cuenta con el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, con fallo del 11/8/2020.

porque adoptando una postura amplia en el ambiente quedaría incluida la naturaleza. En el tipo penal del art. 314 debería omitirse la afectación de la salud pública (ya comprendida en el cap. IV del tít. VII, “De los delitos contra la seguridad pública”, Libro Segundo) y reemplazar “naturaleza” por “ambiente”. También habría que incluir en el segundo párrafo los cauces de aguas dulces y los mares (pesca ilegal) (ver ÁNGEL ASTURIAS, 2021).

También debería aplicarse la pena del art. 200, como se hace con las agravantes, e incluso elevar su mínimo para que, en abstracto, no permita la excarcelación de los autores ni el instituto de la suspensión de juicio a prueba. En cuanto al art. 316, que contempla las agravantes, se debería agregar el supuesto de que en la ejecución del delito interviniere un funcionario público.

Por último, en el art. 77 del Cód. Penal vemos necesario que se definan algunos términos, como “ambiente y naturaleza” y “peligroso para la salud o el ambiente”, entre otros.

V NECESIDAD DE LEGISLAR LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

Nosotros, al igual que gran parte de la doctrina, nos inclinamos por afirmar que el carácter supraindividual de la titularidad del derecho afectado en los delitos ambientales importa que las conductas típicas consideradas lesivas puedan ser de carácter preventivo, es decir, de peligro, porque no exigen la verificación efectiva del daño al ambiente, sino que basta con la puesta en riesgo de lesión con una magnitud considerable. Así se produce un adelantamiento en la intervención punitiva del Estado en las etapas del *iter criminis*, previo al inicio de ejecución del delito. Ello, en aras de evitar los daños incluidos dentro de la actividad de riesgo, con el aval de la comunidad que conforma el interés colectivo, para adelantarse a la ejecución de la lesión o el riesgo efectivo, asegurando de ese modo la protección de un recurso natural escaso y limitado que se representa en el derecho a un ambiente sano, natural y necesario para la subsistencia del humano.

De allí que no se proteja en el ámbito penal cualquier posibilidad de peligro para el ambiente, sino aquellas acciones ilícitas que puedan producir lesiones graves y significantes que superen las sancionadas por las normas administrativas.

Se dejan de lado los daños insignificantes en función de los principios de intervención penal como *ultima ratio* y de mínima intervención del derecho penal ambiental, resultando posible aplicar las teorías de bagatela o insignificancia, e inclusive la afectación individual y no colectiva, característica esta última fundamental en los delitos ambientales.

Lo expuesto habilita a pensar que la exigencia de un daño real y concreto no tiene sentido, porque nos encontraríamos ante una lesión vital e irreparable.

Sin desconocer los cuestionamientos existentes en razón de que se configura una excepción al principio de lesividad y demás garantías del derecho

penal, en tanto no se exige la verificación de un daño efectivo sino del posible riesgo serio y real por la realización de una conducta que contraría la norma, entendemos que es necesario un derecho penal ambiental dinámico que trate de dar respuesta a las nuevas necesidades de los tiempos que corren.

Basamos nuestra postura en los principios de prevención y precautorio del derecho ambiental, entendidos como la obligación de los órganos estatales competentes de tratar las causas o las fuentes de los daños ambientales de forma prioritaria e integrada, para prevenir los resultados o las consecuencias lesivas que ellas pudieran causar, en la medida en que las sanciones posteriores son consideradas reacciones tardías de los poderes públicos, porque no pueden revertir los daños irreparables e irreversibles que traen aparejadas las conductas o las causas que los provocaron; siempre buscando evitar un daño futuro real e inminente, ya que de ese modo se logrará impedir una lesión que ponga en riesgo grave al ambiente, para lo cual se habilita un adelantamiento estatal punitivo.

Una vez reconocidos los delitos ambientales como delitos de peligro, deberá determinarse si son de peligro abstracto o concreto, y para los que como nosotros siguen la primera de las hipótesis no resultará necesario comprobar la relación de causalidad. Por su parte, en los delitos de peligro concreto, si bien no es necesario acreditar la causalidad fehacientemente, como ocurre en los delitos de resultado, sí tendrán que demostrar una mayor proximidad de afectación al bien jurídico, con las dificultades que ello representa.

Podemos decir, entonces, que para nosotros la mayoría de los delitos ambientales son delitos de peligro abstracto, de consumación instantánea y efectos permanentes. Existe responsabilidad criminal por la consumación del crimen y por la tentativa de cometerlo, con la dificultad que ello entraña, salvo que quien intente cometer el crimen ecológico abandone completa y voluntariamente su intento. En síntesis, estos delitos no demandan daño efectivo ni un peligro concreto de que este se produzca, sin desconocer que existen determinados casos en donde la figura legal pueda ser de daño o que este sea comprobado fácilmente por el resultado catastrófico que ocasione a la humanidad o, en tal caso, agrave la figura básica.

Entonces, en función de nuestra postura, estaría eximida la dificultosa tarea de probar la causalidad entre la acción del agente y el resultado típico. Recordamos que en la mayoría de los casos los delitos ambientales no se pueden probar por medio de la certeza científica en el orden causal y hay que construirla a través de otras herramientas como la probabilidad, la estadística y la epidemiología, con los serios cuestionamientos que ello trae.

Al respecto, no desconocemos que por esa vía se puede comprobar la relación de causalidad para atribuir la realización de una conducta pasible de sanción penal y también se podrá aplicar a los difíciles casos de daño acumulativo con todas sus cuestiones, aunque de seguirse la postura que aquí proponemos no llegará a ser necesario tan complejo y cuestionado abordaje.

Así se advierten las ventajas de considerar los delitos como de peligro abstracto, porque requieren un menor grado de riesgo de ofensividad contra los bienes jurídicos protegidos, en comparación con los de peligro concreto o de lesión (ÁNGEL ASTURIAS, 2018, p. 421-424).

De este modo se asegurará el cese definitivo de la impunidad en materia penal ambiental y se posibilitará la aplicación de medidas cautelares y de cese del daño ambiental desde los albores de la investigación.

En cuanto a los posibles planteos de inconstitucionalidad, tal como venimos sosteniendo, los delitos ambientales deben ser tipificados como delitos de peligro abstracto pero no serían los únicos; a modo de ejemplo, podemos citar dentro del Código Penal algunas de las figuras contempladas en el art. 189 bis y, entre las normas complementarias, a través del art. 5º, inc. c), de la ley 23.737, el legislador contempló el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización como de peligro abstracto, lo cual ha sido avalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver ÁNGEL ASTURIAS, 2019, p. 159).

VI RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

A modo introductorio, debemos refrescar algunas cuestiones, sin pretender descifrar una de las discusiones doctrinarias más importantes del derecho penal, pero sí destacar la necesidad de que las personas jurídicas sean pasibles de sanción penal. Ello, por la importancia que tiene para esta materia y para terminar con la impunidad de los delitos cometidos por las empresas multinacionales –que se encuentran entre los principales actores de los delitos ambientales, en violación de los derechos humanos–, ya que además de la responsabilidad penal individual de los miembros y directivos que integran el ente jurídico, la responsabilidad penal de la persona jurídica aparece como una cuestión trascendental.

Dicha cuestión encuentra su génesis en la tipificación de los delitos patrimoniales y su mayor expresión en los delitos ambientales; sin dudas se orienta a determinar la responsabilidad del ente ideal, al cual creemos que se le podrían aplicar, además de sanción pecuniaria de importancia, otras medidas cautelares, como la clausura o el cierre del establecimiento, el retiro del territorio donde se ha instalado y la reparación del daño dentro de lo posible, entre otras.

Para sostener lo anterior, simplemente resaltaremos algunas posturas a favor: la persona jurídica es un ente diferenciado de las personas físicas que lo integran, susceptible de poseer atributos de personalidad idénticos a los de un individuo, con realidad y voluntad propia, y capaz de realizar una conducta que se exterioriza a través de las decisiones a las que van arribando sus órganos de representación y administración. En la medida en que sus órganos se conduzcan de conformidad con sus estatutos, sus conductas configuran las acciones de las personas jurídicas.

Se propone la implementación de un régimen de responsabilidad de la persona jurídica en materia penal ambiental de doble imputación, en el que coexistan la responsabilidad penal de la persona jurídica, en razón de las acciones institucionales, y la responsabilidad penal individual de las personas físicas que integran los entes y de quienes realizan las acciones personalmente. Más allá de esta discusión, que supera el foco del presente trabajo, por el momento basta con decir que compartimos la postura de Zaffaroni en cuanto propone que los

jueces penales atribuyan responsabilidades penales por ese tipo de injustos a las personas físicas que integran la estructura organizativa de los entes ideales y, conjuntamente, impongan a las empresas penas administrativas o accesorias, como antes señalamos.

En el ámbito nacional, contamos con el art. 57 de la ley 24.051, que establece los sujetos con responsabilidad frente a los actos cometidos por decisión del ente jurídico. Además, el Anteproyecto de Código Penal 2013 redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (dec. PEN 678/2012) contemplaba la admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la sistemática global del derecho penal argentino, concretamente, en la parte general de la codificación.

Desde hacia tiempo, el postulado romanista *societas delinquere non potest* venía sufriendo duros embates, emprendidos no solo desde la doctrina, sino desde la legislación referida a la parte especial del derecho penal (leyes penales especiales, disposiciones penales en leyes comunes y el propio Código Penal, en su art. 304) y la jurisprudencia, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹². La proposición de inclusión de esta forma de responsabilidad penal se encontraba en el tít. IX, denominado “Sanciones a las personas jurídicas”. Dicho acápite incluía los arts. 59 (condiciones), 60 (sanciones a personas jurídicas), 61 (aplicación de las sanciones) y 62 (criterios para la determinación de sanciones).

El Anteproyecto introducía el concepto central de que la persona jurídica es autora de un delito y en función de ello se hace acreedora del mal anunciado por el legislador mediante la legislación penal: la pena. Dentro de sus presupuestos se destacan dos cuestiones que restringen la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y la exigencia de actuación de un órgano o representante de la persona jurídica, ya sea en su beneficio o en su interés.

Finalmente, señalamos que preveía como sanciones la multa, la cancelación de la personería jurídica, la suspensión total o parcial de actividades, la clausura total o parcial del establecimiento, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa, prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido, suspensión del uso de patentes y marcas, pérdida o suspensión de beneficios estatales, suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales, así como suspensión en los registros estatales.

También creemos firmemente que deben responder penalmente en el plano internacional las empresas multinacionales que causen perjuicios serios al medio ambiente en el ejercicio de su actividad mercantil y, si bien ciertamente resulta una labor ardua y difícil, no es imposible ni inalcanzable.

Las sociedades transnacionales son personas jurídicas y, en cuanto sujetos de obligaciones y derechos, las normas jurídicas son también obligatorias para ellas, así como para sus autoridades y sus dependientes. Es obligación de los Estados aplicar todos los mecanismos posibles para exigir a las empresas el cumplimiento de las leyes, así como perseguir, castigar y ordenar la reparación

¹² Fallos 295:735, 278:76, 184:162 y 247:225, entre otros.

de los daños ambientales, en el caso de que se produjeran delitos previstos en los derechos nacionales y pertenecientes a jurisdicción interna o internacional.

Se trata, entonces, de establecer de qué manera se hará efectivo el encuadramiento jurídico de las sociedades transnacionales y de sus dirigentes en las normas nacionales e internacionales vigentes y cómo serán sancionados en caso de trasgresión a ellas, tanto en el ámbito civil como penal, en el marco de las jurisdicciones nacional e internacional.

Pero para desafiar el poder de las transnacionales, los movimientos sociales también deben ser capaces de crear espacios de coordinación política y dinámicas conjuntas de investigación, resistencia e intercambio de alternativas. El fortalecimiento de su capacidad, el desarrollo de estrategias para llegar a la opinión pública (como las audiencias del Tribunal Permanente de los Pueblos¹³ para juzgar los crímenes de las empresas o la campaña “¿Quién debe a quién?”) (ver en ÁNGEL ASTURIAS, 2018, p. 431; asimismo, ver PRESENTACIÓN, 2005) y la visibilización de las luchas en curso, así como el desarrollo de conceptos e instrumentos legales innovadores, son ejemplos de los caminos a seguir.

Efectuadas esas apreciaciones y retomando el tema, en la actualidad es fundamental y central que se regule la responsabilidad de la persona jurídica en los delitos ambientales o eco-delitos, pero para ello, tal como sostiene la Dra. Patricia Llerena, debe modificarse la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (LLERENA, 2021), para incorporar los delitos ambientales al catálogo taxativo de los supuestos en los que resulta aplicable, como delitos de cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes falsos agravados¹⁴. De ese modo, los delitos ambientales podrán ser abarcados en el grupo de los que ponen a la persona jurídica con alguna de las penas previstas en el art. 7º de la ley 27.401, para evitar incluirlo en un título de la parte especial del Código Penal, afectando así su sistematicidad.

Por otra parte, en caso de contemplarse el proyecto que promueve una ley penal ambiental especial, podría incluirse la responsabilidad penal de la persona jurídica, para lo cual, a los fines de tipificar conductas ambientales, recomendamos tener en cuenta el art. 27 de la ley 23.737 (ver ÁNGEL ASTURIAS, 2019, p. 342 y ss.) y el art. 57 de la ley 24.051, tal como se encuentra contemplado en el proyecto S-343/21 sobre la responsabilidad de las autoridades de la persona jurídica.

Sin embargo, más allá del modo en que se encuentran responsabilizadas las autoridades de las personas jurídicas en el proyecto precedentemente citado, de no estarlo podrían ser sancionadas –sin necesidad de un artículo específico– como partícipes del delito ambiental, en razón de su rol de garantes o como coautores, por medio de la estructura del andamiaje de roles (ver ÁNGEL ASTURIAS, 2007, p. 755).

¹³ Disponible en: <<http://permanentpeoplestribunal.org/?lang=es>>.

¹⁴ Ver al respecto el aporte de Mariela Mazzon en Arce Aggeo; Báez; Ángel Asturias, 2018.

VII RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO CON COMPETENCIA AMBIENTAL

En el derecho penal ambiental comparado se contempla la responsabilidad penal de los funcionarios o empleados públicos; a modo de ejemplo, citamos algunos Códigos penales como los de El Salvador, España, Guatemala, Ecuador, Perú y Panamá, y en el ámbito local, el proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 y el art. 11, inc. d), de la ley 23.737, que agrava la pena en caso de tratarse de hechos cometidos por funcionarios públicos, como ya hemos propuesto en este trabajo.

Se trata de delitos ambientales con sujetos activos especiales, es decir que solo pueden ser cometidos por los funcionarios públicos en forma deliberada o negligente, al no ejercer el debido control de las actividades riesgosas para el ambiente o habilitar el funcionamiento de manera irregular, o por inobservancia, al no realizar el debido control legal.

El prevaricato ambiental se encuentra correctamente tratado en el proyecto S-343/21, con la salvedad de que parece prudente aplicar una pena mayor, como la contemplada en el art. 257 del Código Penal –de 4 a 12 años de prisión e inhabilitación especial perpetua– o la misma pena que al autor del delito de contaminación ambiental, sumándole como pena accesoria una multa y la prohibición perpetua para ejercer cargos públicos, a fin de evitar que los funcionarios públicos se declaren culpables de este delito en razón de lo escaso de la pena, para no ser sancionados por el delito de contaminación, que tiene una pena mucho mayor.

VIII REPARACIÓN DEL AMBIENTE

En cuanto a este tema, parece apropiada la no aplicación de medidas alternativas que permitan evitar el cumplimiento de penas más severas; pues de autorizarse aquellas nos parece difícil que desde el derecho penal ambiental se logre una prevención futura o la recomposición del ambiente afectado o la reparación del daño, que en muchos casos será imposible. Muestra de ello es la deficiente ejecutoriedad de las pocas sentencias existentes en la materia y el déficit mostrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace años, en el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo. De lo contrario, se corre el riesgo de que el derecho penal ambiental aplique el criterio de contaminador-pagador y de esta manera las empresas paguen multas y continúen contaminando.

En el sentido señalado, uno de los proyectos¹⁵ excluye la conciliación (art. 59, Cód. Penal), lo cual parece prudente, pero solo a los fines de perseguir la criminalidad empresarial, aunque tal vez no para las personas físicas o pequeñas empresas.

¹⁵ Proyecto S-376/21 de la senadora Crexell.

IX A MODO DE SÍNTESIS

El comienzo del tratamiento legislativo de varios proyectos en materia ambiental inaugurado con el plenario de Comisión de Ambiente y Justicia del Senado de la Nación el pasado 19 de abril es sin dudas motivo de festejo.

En relación con ello, en este trabajo hemos buscado incorporar algunas ideas al debate, sin olvidarnos de que no solo se trata de legislar las normas, sino de acompañarlas de otras decisiones necesarias como prevención, controles, capacitación y formación de los operadores del sistema judicial, y con la creación de fiscalías ambientales especializadas con competencia federal en todo el país.

En este aspecto, algunas de las normas implementadas en el Código Procesal Penal Federal¹⁶ regulan el modo en que debe llevarse a cabo el proceso contra la persona jurídica y los procesos complejos relacionados con el crimen ambiental organizado, para su correcta implementación.

Queda dicho que las opciones de tipificar nuevos delitos ambientales en el Código Penal o hacerlo por medio de una ley especial tienen sus pros y sus contras, y que por las razones expresadas nos inclinamos por incluir un título autónomo en el Código Penal, sin perjuicio de los cambios que hemos señalado, necesarios para no afectar la estructura y la sistematización del digesto de fondo.

El éxito de las nuevas normas penales ambientales radica en el adelantamiento de la intervención punitiva del Estado a la causación efectiva del daño sustancial al ambiente, por lo menos en la figura del delito de contaminación ambiental (como delito de peligro abstracto o, en su defecto, concreto), tal como ha sido recomendado desde antaño por el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito (La Habana, septiembre de 1990) y lo regula la directiva 2008/99 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal (ÁNGEL ASTURIAS, 2018, p. 418 y ss.).

Es recomendable que dicha norma sea tenida en cuenta a los fines de efectuar las modificaciones necesarias en nuestra normativa ambiental.

En definitiva, se trata de saldar una deuda de la democracia, homogeneizando los proyectos presentados y modificándolos, luego de escuchar la opinión de la sociedad civil, de los académicos y de los organismos del Poder Ejecutivo, para lograr un consenso y un cambio de paradigma, con el fin de legislar nuevas figuras penales ambientales que protejan efectivamente el ambiente.

REFERENCIAS

ÁNGEL ASTURIAS, Miguel. **Crímenes, delitos o graves agresiones ambientales nacionales e internacionales**. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2018.

¹⁶ Ver, entre otros, Libro Segundo, Tít. IV, “Procesos complejos”, y Tít. VI, “Procesos contra la persona jurídica”. Ver también Daray; Ángel Asturias, 2019.

ÁNGEL ASTURIAS, Miguel. El flagelo de la pesca ilegal en el mar argentino. In: Perfil, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), Ed. Perfil, 20 abril 2021. Disponible en: <<https://www.perfil.com/noticias/opinion/miguel-angel-asturias-el-flagelo-de-la-pesca-ilegal-en-el-mar-argentino.phtml>>.

ÁNGEL ASTURIAS, Miguel. **Estupefacientes**. Buenos Aires: Hammurabi, 2019.

ÁNGEL ASTURIAS, Miguel. La posición de garante en los delitos de comisión por omisión y la teoría del rol como esencia de la imputación objetiva. En: **La Ley Patagonia**, año 4, nro. 1, febrero de 2007.

DARAY, Roberto Raúl (Dir.); ÁNGEL ASTURIAS, Miguel (Coord.). **Código procesal penal federal**: análisis doctrinal y jurisprudencial. 2.^a edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2019.

LLERENA, Patricia. Seminario Permanente de Investigación de Derecho Penal Ambiental y Climático del 27/4/2021. Disponible en: <www.aidpac.com.ar>.

MAZZON, Mariela. En: ARCE AGGEO, Miguel Ángel; BÁEZ, Julio Cesar; ÁNGEL ASTURIAS, Miguel (Dir.). **Código penal comentado y anotado**. 2.^a ed. act. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2018.

PRESENTACIÓN de la Campaña Quién debe a Quién. En: Ecologistas en Acción. Madrid, 29-05-2005. Disponible en: <<https://www.ecologistasenaccion.org/2150/presentacion-de-la-campana-quien-debe-a-quien/>>.

Submissão em: 23 de maio de 2021

Último Parecer favorável em: 3 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

ÁNGEL ASTURIAS, Miguel. Análisis de los proyectos legislativos sobre las nuevas normas penales ambientales. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 193-205, maio-ago. 2021.

SENTIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS DIGITALES PURPOSE AND SCOPE OF DIGITAL RIGHTS

MOISÉS BARRIO ANDRÉS¹

RESUMEN

En 2021, la humanidad se enfrenta a una edad digital “casi” sin derechos digitales. Los paradigmas del mundo han cambiado. El ser humano afronta mutaciones que, desde las mentalidades a la economía, la cultura, la política e, incluso, las claves cognitivas de nuestra identidad, están cambiando profundamente los ejes de cómo organizamos nuestra convivencia. Incluso alteran nuestra propia manera de ser. Y todo ello sin un entorno de seguridad jurídica que nos guíe en la transición de la era analógica a la digital. Es aquí donde nace el importantísimo papel de los derechos digitales. Este artículo aborda el contexto, concepto y desarrollos de esta nueva generación de derechos, teniendo en cuenta su positivización vigente en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, así como las novedades que incorporará la Carta de Derechos Digitales de España, actualmente en su fase final de redacción. Por último, se examinan los próximos pasos en la evolución de los derechos digitales, evolución que incluso pudiera desembocar a medio plazo en la creación de un nuevo orden jurisdiccional para los asuntos digitales adaptado a los procedimientos y tiempos de resolución del mundo digital.

Palabras clave: derechos digitales, Ciberderecho, Internet, sociedad digital, jurisdicción digital

¹ Letrado del Consejo de Estado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho. Abogado (Legal Counsel for the Council of State. Ph.D. in Law. Professor of Law. Lawyer). Director del Diploma de Alta Especialización en Legal Tech y transformación digital (DAELT) de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid. Consejo académico de la Editorial Wolters Kluwer. e-mail: moises@moisesbarrio.es

ABSTRACT

In 2021, humanity faces a digital age with “almost” no digital rights. The world’s paradigms have shifted. Human beings are facing alterations that, from mindsets to the economy, culture, politics and even the cognitive basis of our identity, profoundly change the axes of how we organise our living together. They even alter our very way of being. And all this without an environment of legal certainty to lead us through the transition from the analogue to the digital era. This is where the all-important role of digital rights emerges. This paper addresses the context, concept and developments of this new generation of rights, taking into account their current codification in the Organic Law 3/2018, of 5 December, on Personal Data Protection and the guarantee of digital rights, as well as the novelties that will be incorporated in the Spanish Digital Rights Charter, currently in its final drafting phase. Finally, the next steps in the evolution of digital rights are examined, an evolution that could even lead in the medium term to the creation of a new jurisdictional order for digital legal disputes adapted to the procedures and resolution times of the digital world.

Keywords: digital rights, Cyberlaw, Internet, digital society, digital jurisdiction, digital rights

1 INTRODUCCIÓN

La historia del siglo XX se encuentra íntegramente atravesada por los avances en telecomunicaciones (ahora también denominadas comunicaciones electrónicas en el Derecho de la Unión Europea). El ochocientos había marcado ya dos etapas significativas al respecto, a partir de la decisiva innovación del uso de señales transmitidas por medio de pulsos electromagnéticos. El primer instrumento de transmisión –el telégrafo– funcionaba a través de un cable de cobre por el que se desplegaba una corriente eléctrica que se hacía pasar luego por una aguja. Fue patentado en los Estados Unidos en 1837 por Samuel Morse junto con sus dos socios, Alfred Vail y el profesor Leonard Gale. Poco después, Morse inventó el código binario (puntos y rayas), llamado código Morse, que patentó en 1843, e implantó la primera red de telégrafos. Unas décadas más tarde, en 1876, Alexander Graham Bell obtuvo la patente sobre el teléfono, que había inventado Antonio Meucci en 1854.

Pero el verdadero salto a un nuevo mundo de telecomunicaciones fue el dado por Guillermo Marconi a principios del nuevo siglo, concretamente el 2 de diciembre de 1901, cuando transmitió un mensaje radiofónico desde Cornwall, en Gran Bretaña, hasta el otro lado del océano, a la isla de Terranova, cerca de Canadá. La radio había suprimido el cable de interconexión directa desde el transmisor hasta el receptor, inicialmente considerado como indispensable. De este modo, el mensaje de radio, a través de las ondas que lo portaban, tenía

ahora una capacidad de expansión radial, al difundirse desde un punto preciso a todo su entorno y poder ser captado desde cualquier otro: su carácter se puede definir como onnicéntrico y omnilocuente, pues cualquier punto de transmisión o de recepción es un centro. El mundo entero venía así a envolverse en una red invisible de comunicaciones y nacía un nuevo mundo virtual.

Después, a partir de 1949, entramos en la era de la informática y en el consiguiente tránsito de lo analógico a lo digital, de los átomos a los bits. Los ordenadores (y los restantes dispositivos digitales) únicamente pueden manipular números. Es más, solo trabajan con dos números: unos (1) y ceros (0). Pero mediante largas cadenas de unos y ceros se puede representar cualquier cosa: otros números, letras, palabras, colores, imágenes, documentos, sonidos, vídeos, etc. Este sistema se conoce como código binario. Su unidad es el “bit” (acrónimo de *binary digit*), que representa uno de estos dos valores: 0 o 1. Es decir, el bit es el elemento más pequeño en el ADN de la información. Toda la información, por muy compleja que sea, se representa mediante unos y ceros para que el “cerebro” del ordenador (el procesador o CPU) la pueda entender y procesar.

En los años sesenta del pasado siglo, el filósofo Marshall McLuhan (1972) hizo famosa la expresión *Galaxia Gutenberg* para denominar la era revolucionaria que a mediados del siglo XV abrió el invento de la imprenta de tipos móviles a la evolución de la Humanidad. Pero hoy estamos ya en otra Galaxia, y asistimos a cambios trascendentales que parecen indicar la emergencia de una nueva civilización, si cabe todavía más condicionada por la tecnología que en las etapas anteriores. Podemos hablar así ya, con Manuel Castells (CASTELLS, 2001), de la *Galaxia Internet*. McLuhan tuvo premonición de ella, pero su plena realización se demoraría quince años después de la muerte del autor canadiense. Así lo he desarrollado en otra obra (BARRIO ANDRÉS, 2020a, p. 74 y ss.), donde expongo cómo Internet estaba ya en el telar de los informáticos desde principios de los sesenta: en 1969 se había establecido una incipiente red de comunicación entre ordenadores (ARPANET, la “abuela” de Internet) y consiguientemente se habían formado varias comunidades interactivas de científicos y *hackers*. No obstante, para los ciudadanos, para las empresas y para la sociedad en general, Internet comenzó su andadura fundamentalmente en 1995.

Más adelante, ya bien entrado el siglo XX, el nombre de “sociedad de la información” (abreviadamente SI) nació asociado a términos como sociedad postindustrial, nuevo capitalismo o nueva economía, así como a otros de carácter político, como fin de las ideologías, nuevo orden mundial, fin de la historia o globalización, expresiones que, a su vez, contenían también una dimensión económica.

Además, el avance tecnológico tuvo mucho que ver con determinados acontecimientos políticos y con episodios de la historia mundial, como la inversión de tecnologías para la defensa militar durante la propia Guerra Fría, especialmente en su fase final, cuando Reagan puso en marcha el plan de defensa estratégica conocido como “Guerra de las Galaxias”. El orden surgido del final de la Guerra Fría, simbolizado en la caída del muro de Berlín, y el posterior desmoronamiento de los régimes comunistas de la Europa oriental, además de la Unión Soviética, es lo que se acostumbró a llamar *nuevo orden*

mundial, en cuyo marco se gestó y creció la sociedad digital global de los años noventa en la que Internet y las herramientas telemáticas van a desarrollarse.

Podemos condensar el rasgo disruptivo principal de este fenómeno digital en la capacidad de distribuir información y conocimientos ampliamente y a gran velocidad. Además, Internet involucra directamente a los internautas no solo como receptores pasivos de información, sino también como creadores y participantes *activos* en redes sociales y otras plataformas *web 2.0*. Esta participación activa y su potencial de fundar comunidades en su seno son caracteres exclusivos de Internet y un resultado directo de su arquitectura, que ofrece descentralización, anonimato y alcance planetario con unos costes y requisitos muy bajos.

En este sentido, la unión del incremento de la cantidad de la información disponible con la tecnología de buscadores primero (Yahoo! y Lycos se fundaron en 1994, mientras que Google lo fue en 1997) y redes sociales después (LinkedIn aparece en 2002, Facebook en 2004 y Twitter en 2006) es lo que aumenta el valor de esta, lo cual se completa con la tecnología del *big data*, que da lugar a que incluso cantidades ínfimas de información de contenido con un dudoso interés puedan llegar a tener valor económico (BARRIO ANDRÉS, 2020b, p. 27).

A ello hay que añadir el paradigma del ciberespacio como entorno de relaciones sociales y económicas (BARRIO ANDRÉS, 2018, p. 24), lo que desemboca en la llamada “sociedad digital”, que, no obstante, aquí utilizaremos como sinónimo de sociedad de la información, pues es esta última denominación la que recoge el Derecho europeo y español de Internet en vigor (en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior – la DCE– o la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico –abreviadamente LSSI– por ejemplo).

Además, el nuevo escenario enmarcado por la sociedad de la información –también denominada sociedad digital, como acabamos de indicar– viene a caracterizarse por la preponderancia de los medios de comunicación de masas y las nuevas herramientas de información que se apoyan en Internet para su funcionamiento, con los *blogs* y las redes sociales a la cabeza. Ello ha desembocado en una democracia mediática, que el politólogo italiano Giovanni Sartori bautizó como la “sociedad teledirigida” (SARTORI, 1998, p. 157), para referirse a la importancia creciente de los nuevos medios en la organización política de los Estados democráticos occidentales. La tesis básica de Sartori era que la preponderancia de los medios acababa dañando la democracia, y, aunque su obra se refería sobre todo al medio televisivo, apuntaba ya que ese hecho se incrementaría en la sociedad digital, en lo que él llamaba el gran hermano digital: “Lo cual no será óbice para que la ‘tecnópolis’ digital sea utilizada por una raza patrona de pequeñísimas élites, de tecno-cerebros altamente dotados, que desembocará –según las previsiones de Neil Postman (1985)– en una ‘tecnotracia convertida en totalitaria’ que plasma todo y a todos a su imagen y semejanza.”.

Más recientemente, voces crecientes como Yuval Noah Harari subrayan que el poder está en manos de quien controla los algoritmos, pues el mundo

actual está cambiando radicalmente gracias a ellos, al *big data*, la robótica y la inteligencia artificial (HARARI, 2017, p. 429). El dataísmo se va abriendo paso como la nueva religión de nuestro tiempo. Según su definición, se trata de la fe en que “el universo consiste en un flujo de datos y que el valor de cualquier fenómeno o entidad está determinado por su contribución al procesamiento de datos”. Subraya la capacidad de los algoritmos para proporcionar mucha más precisión y exactitud. Sin embargo, los algoritmos sirven cuando se trata de operar en situaciones en las que se repiten los patrones del pasado y siempre y cuando cuenten con todos los datos necesarios. No debemos olvidar que reducir la realidad a ellos implica dejar fuera muchos elementos que pueden ser necesarios para establecer diagnósticos y soluciones fiables.

Pero frente a estas visiones críticas han surgido también otras más optimistas que han visto en Internet y en el nuevo orden digital la posibilidad de otras formas de democracia y participación; o bien movimientos y formas de participación política que, compartiendo esas críticas, han planteado nuevas estrategias de lucha en el marco generado por la sociedad de la información y las redes sociales. Pensemos por ejemplo en la denominada *Primavera Árabe* o en España el 15-M, que han servido para percibir la importancia de las nuevas capacidades y potencialidades de Internet. Esta dirección concibe el ciberespacio como la posibilidad de un mundo de libertad hasta entonces desconocido y que abre amplias perspectivas para un mundo más libre.

Se lograría la realización del sueño ilustrado del filósofo alemán Emmanuel Kant de una República Universal guiada por principios democráticos. En ese sentido, Internet inaugura una nueva esfera pública, una de las cuestiones clave para una democracia y que cumple muchas de las condiciones de lo que Jürgen Habermas había considerado como condiciones ideales para la creación de un espacio público como fundamento de las sociedades democráticas.

Como principal exponente de esta visión ciberlibertaria, podemos citar la llamada *Declaración de independencia del ciberespacio*, hecha pública en la reunión de Davos en el ya lejano año 1996. Su autor es John Perry Barlow, poeta, músico y ciberactivista norteamericano que pretende imitar la vieja Declaración de Independencia norteamericana. Carente de base jurídica, en realidad no dejaba de ser un documento casi poético en el que el autor habla de una nueva ciudadanía en un mundo virtual, donde supuestamente los ciudadanos afirmarían sus identidades virtuales frente a los poderes estatales materiales y en la que mostraba su resistencia a las primeras legislaciones que, por entonces, pretendían regular y controlar esa nueva realidad de Internet:

Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos. No hemos elegido ningún gobierno, ni pretendemos tenerlo, así que me dirijo a vosotros sin más autoridad que aquella con la que la libertad siempre habla [...].

También en 1996 fue publicado en las páginas de la *Stanford Law Review* el influyente artículo de los profesores Johnson y Post titulado “Law

and borders: the rise of law in cyberspace" (JOHNSON; POST, 1996). Estos académicos pretendieron demostrar que los Estados-nación no podrían, con toda racionalidad, aplicar sus leyes a las actividades en línea, y que este nuevo ciberespacio estaría completamente más allá de su supervisión legítima y regulatoria, ya que carecerían a su juicio de la legitimidad democrática necesaria en una red global. En consecuencia, la regulación de Internet debía venir de la mano de la autorregulación y el autogobierno de sus usuarios. Y, sin embargo, coetáneamente, los primeros litigios empezaron a llegar a los tribunales y los Estados hicieron exactamente eso que presuntamente no podían hacer. Después, los Estados comenzaron a promulgar normas jurídicas para regular directamente diversos aspectos de la Red. Finalmente, las organizaciones internacionales y supranacionales se han ocupado también del fenómeno virtual.

Junto con las nuevas oportunidades proporcionadas por Internet han entrado en escena, también, otras amenazas, como el filtrado y censura de contenidos o la vigilancia en línea, que están aumentando en escala, alcance y sofisticación en todo el mundo, tanto en países democráticos como en Estados autocráticos, según han estudiado recientemente Deibert (2020) y Zuboff (2019). Se alerta así del viraje hacia un modelo de control en cuya virtud la libertad en el ciberespacio se va restringiendo progresivamente debido a las necesidades de seguridad, los intereses del mercado –y de los grandes señores de la Red– y las intervenciones gubernamentales. Por todo ello, la mejor doctrina viene denunciando esta transformación que pone en cuestión un modelo de ciberespacio libre, abierto y neutral. Y en los últimos tiempos estamos asistiendo al debate sobre la neutralidad de las redes, con la eventual instauración de una Internet de dos velocidades, aumentando así los efectos de la "brecha digital".

De este modo, Internet atrae y empodera a los ciudadanos, pero al mismo tiempo se convierte en un objetivo de control y en un campo de batalla de intereses. Por un lado, con su vasto potencial para la distribución de información, Internet a menudo se percibe solo o principalmente a la luz de su capacidad liberadora.

El Derecho se siente aquí como algo restrictivo que pone en peligro y limita las libertades y conquistas adquiridas. Por otro lado, las consecuencias negativas de Internet se van padeciendo cada vez más al hilo de fenómenos como los ciberataques, la ciberdelincuencia o las noticias falsas (*fake news*). También las personas físicas y jurídicas se sienten atraídas por las posibilidades prácticamente ilimitadas que les ofrece Internet, pero sufren la falta de protección. Las empresas están deseosas de beneficiarse del comercio electrónico, pero tienen que lidiar con ordenamientos jurídicos dispares y pasan a ser responsables en jurisdicciones diferentes. Los productores de contenidos ven nuevas oportunidades de negocio, pero son reacios a abandonar los hábitos que se formaron en el viejo mundo analógico. En esta dualidad de carácter reside el poder, el peligro y la dificultad de regular Internet.

El Derecho de Internet (o Ciberderecho) tiene que hacer frente a intereses contrapuestos de una multiplicidad de actores, que van desde Estados, corporaciones, organizaciones regionales y entidades no gubernamentales hasta usuarios individuales. De hecho, se habla de la "gobernanza" como un proceso en vez de la "regulación" como una actividad única dirigida por el Estado. Sin

embargo, los principales actores en la regulación de Internet de hoy en día siguen siendo los Estados-nación.

Destacadamente, tanto los Estados Unidos como la Unión Europea han dado forma decisiva a la Internet tal y como la conocemos en la actualidad. Como resultado de su fortaleza económica y de su fuerte posición de partida, Estados Unidos ha sido la fuerza dominante detrás de la expansión de Internet, aunque la Unión Europea ha seguido sus pasos. En poco más de una década, Europa ha promulgado legislación sobre cuestiones tan diversas como la propiedad intelectual, el comercio electrónico, la protección de datos y la privacidad, la protección del consumidor y la ciberdelincuencia.

En la última década, Internet ha cambiado el modelo de distribución de contenidos. De un modelo lineal caracterizado por contenidos exclusivos colocados por el suministrador individual, la World Wide Web ha pasado a ser una plataforma colaborativa, interoperable y centrada en el usuario, ahora denominada *web 2.0* y, además, convertida en una plataforma que permite grandes grados de personalización. Al mismo tiempo, los campos de las telecomunicaciones (continente) y audiovisual (contenidos) han comenzado a converger. Los servicios que hasta entonces habían sido privilegio de los proveedores tradicionales (como la telefonía, los mensajes de texto SMS o la televisión) han pasado a prestarse cada vez más a través de modelos de negocio disruptivos que utilizan Internet como su canal universal. Es el caso de los operadores *Over-The-Top* (OTT)² como WhatsApp o Netflix, que van socavando día a día los mercados tradicionales que disfrutan operadores de telecomunicaciones clásicas como Telefónica o Vodafone.

Pero no solo ha variado el modelo de distribución de contenidos, sino que la propia Web ha evolucionado de un medio pasivo a una plataforma dinámica en constante cambio, *en beta permanente* (O'REILLY, 2007, p. 17). Los conceptos de “acceso abierto” y “código abierto” son algunos ejemplos no solo de cómo Internet puede transformar el entorno social del que surgió, sino también de cómo se pueden metamorfosar los patrones tradicionales de regulación. Al mismo tiempo, gran parte de la vida cotidiana ha migrado a Internet hasta el punto de que Internet se ha convertido en un medio representativo de nuestra cultura. Nosotros, los usuarios, al mismo tiempo, hemos transformado nuestras identidades.

En conclusión, la tecnología digital ha revolucionado el tratamiento de la información y su impacto en la sociedad en dos fases: un cambio cuantitativo (volumen de información que se transmite), informatizando los procesos e incrementando con ello la velocidad de respuesta del sistema; y un cambio cualitativo (aplicación de la información y transformación en conocimiento). En esta segunda fase ya no se produce solo una mejora en la velocidad de la

² Por el momento no existe una traducción unánime en castellano. Como ha señalado Villanueva (2019, p. 3), se trata de servicios *extravagantes* en el sentido etimológico de este adjetivo español, que significa lo que se hace o dice fuera del orden o común modo de obrar. Estamos, obviamente, ante prácticas en la Red al margen de la normativa, por encima o al margen de la regulación. En fin, para estos servicios y contenidos audiovisuales que se transmiten por banda ancha sin que los operadores de telecomunicaciones puedan controlar su distribución podría generalizarse una forma compleja que por el momento está logrando cierto éxito: de transmisión libre.

transmisión de la información, sino que la innovación consiste en cambios en la estructura de la sociedad (y de los mercados, por supuesto).

El legislador debe adaptarse, pues, a estos cambios mediante una política legislativa eficaz que supere los esquemas aún imperantes, lo que constituye el reto principal del Derecho de Internet. De cómo el legislador y los juristas entiendan estos nuevos fenómenos y sepan cambiar sus modos actuales de relacionarse y trabajar dependerá el éxito de la sociedad digital.

Pero hoy, en 2021, la humanidad se enfrenta a una edad digital “casi” sin derechos digitales. Los paradigmas del mundo han cambiado. El ser humano afronta mutaciones que, desde las mentalidades a la economía, la cultura, la política e, incluso, las claves cognitivas de nuestra identidad, alteran profundamente los ejes de cómo organizamos nuestra convivencia y manera de ser. Y todo ello sin un entorno de seguridad jurídica que establezca una cobertura de derechos digitales que enmarque la transición de la era analógica a la digital.

La transformación digital tiene que servir para una mejora de la calidad de la democracia y los derechos, y no suponga al tiempo un riesgo para éstos. Por todo ello, el Derecho debe articular instrumentos que le permitan evolucionar en su uso y desarrollo para garantizar que los ciudadanos conservamos nuestros derechos en el ámbito digital. Es decir, la cuestión de los derechos digitales, a cuyo examen destinamos el siguiente epígrafe.

2 GÉNESIS DE LOS DERECHOS DIGITALES

El concepto de “derechos digitales” engloba los derechos de los ciudadanos en el entorno digital, ya sean derechos fundamentales o derechos ordinarios. Esta categoría es especialmente relevante porque la transformación digital debe tener como principio estructural maximizar la calidad de la democracia y los derechos. El Derecho tiene que garantizar que estos derechos pueden ejercerse y están asegurados en el entorno digital con la misma eficacia que fuera de él, lo que plantea el problema de cómo protegerlos adecuadamente dadas las especiales características del mundo digital.

El objetivo de esta nueva generación de derechos es corregir las externalidades negativas y los déficits de justicia e igualdad que están propiciando la falta de regulación jurídica adecuada que acompañe la revolución digital. Un déficit de regulación que, por ejemplo, ha hecho posible la proliferación de monopolios que menoscaban la competencia en el mercado digital, la extensión cualitativa y cuantitativa de las desigualdades, la materialización de una estructura de vigilancia en tiempo real sobre nuestros comportamientos en el ciberespacio y, sobre todo, la paulatina suplantación de lo que somos por lo que proyectamos mediante nuestra huella digital y las correlaciones que extrae la inteligencia artificial.

El punto de partida de esta categoría de derechos se sitúa, como es natural, en el artículo 18 de la Constitución.

La Constitución Española de 1978, sobre el antecedente del artículo 35 de la Constitución Portuguesa de 1976, fue pionera en la constitucionalización de garantías frente la entonces revolución tecnológica emergente de la informática, al prever en su artículo 18.4 que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. El precepto refleja la influencia del libro de Orwell 1984, evidenciando el constituyente español el temor de que el uso generalizado de la informática pudiera desembocar en un descontrol de tales conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores.

A partir de entonces, los juristas se preocuparon de concebir unos mecanismos de protección legal del individuo frente a los posibles abusos de las computadoras, y ello se ha articulado de forma preponderante por medio del derecho fundamental a la protección de datos personales. Este derecho garantiza a la persona el control sobre sus datos, y sobre su uso y destino, para evitar el tratamiento ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y derechos de los afectados. Se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención. Se pretende lograr la adecuación y exactitud de las bases de datos, y la cancelación de los datos cuando dejen de ser necesarios, así como el conocimiento y la posibilidad de acceso y rectificación por parte de los afectados (art. 8.2 CDFUE y SSTC 290/2000 y 292/2000).

De este modo, esta referencia a la informática en el texto constitucional de 1978 constituyó un innegable aldabonazo para otorgar trascendencia constitucional a la necesaria protección del ser humano frente a los riesgos que sobre él –y, particularmente, sobre el disfrute de algunos de sus derechos fundamentales– cernían los avances tecnológicos ligados a la incipiente y primaria informatización (y ahora a las tecnologías digitales). Pero el derecho fundamental a la protección de datos no agota la necesidad de establecer un nuevo marco de protección de los ciudadanos en la era digital.

Y es que, como acertadamente ha subrayado Rallo Lombarte (2020, p. 107), “este manto protector [de la protección de datos] parece no dar más de sí para cubrir y amparar otras muchas amenazas y riesgos que operan, al margen de la información personal, en la realidad digital sobre derechos y libertades individuales”. Los derechos vinculados a la protección de datos personales no satisfacen las demandas presentes en la sociedad digital. Son muchos los ámbitos personales (libertad de expresión, comercio electrónico, sistema educativo, relaciones laborales, etc.) o colectivos (ejercicio de derechos y libertades públicas, prestaciones de servicios, etc.) en los que la necesidad de garantizar derechos digitales resulta acuciante.

En efecto, resulta ineludible la necesidad de reconocer nuevos derechos digitales tanto en el ámbito constitucional como legal. La tecnología constituye una realidad que nos envuelve y que condiciona nuestros comportamientos más cotidianos. Internet es un entorno omnipresente y omnilocuente. La transformación digital de nuestra sociedad es un proceso en constante desarrollo. La era digital exige del Derecho una nueva generación de derechos. Derechos asentados conceptualmente sobre un soporte virtual, no analógico, donde el cuerpo se

volatiliza para dar paso a una estructura distinta de derechos que han de buscar la seguridad de la persona sobre el tratamiento de los datos y la arquitectura matemática de los algoritmos. No es algo inédito. Todas las metamorfosis de los derechos lo han sido siempre para dar solución al reto de responder a lo que las sociedades jurídicamente organizadas consideran indispensable para ordenar la convivencia colectiva. Como su historia nos enseña, los derechos nunca han sido adquiridos de una vez por todas. De ahí la moda de las “generaciones de derechos” o, más recientemente, de otras sugestivas construcciones académicas como la propuesta por Somek (2014, p. 244).

Internet y ahora las tecnologías emergentes como la robótica y la inteligencia artificial, el Internet de las Cosas, el *big data* o las tecnologías desintermediadoras (así, *blockchain* o las tecnologías de registro distribuido o DLT) –del mismo modo que también el desarrollo de la biociencia y la genética–, entre otras, son asimismo asuntos de carácter político en los que las repercusiones jurídicas son de gran relevancia (BARRIO ANDRÉS, 2020c). De hecho, su impacto en la sociedad y en la economía, así como sus implicaciones éticas son de tal calado que se han convertido en una de las prioridades de las agendas públicas nacionales, de las instituciones europeas e internacionales.

Como no podía ser de otra manera, los cambios que comporta la era digital repercuten de modo particular en la esfera de los derechos y libertades individuales. Tras el desarrollo y consolidación de cuatro generaciones de derechos, hoy asistimos a la más que probable necesidad de reivindicar una subsiguiente “quinta generación” (5G) a fin de dar respuesta a las situaciones en las que los usuarios del ciberespacio se ven involucrados, aunque, como hemos advertido en otro lugar (BARRIO ANDRÉS, 2021, p. 32), en la mayor parte de los casos es suficiente con adaptar los derechos ya vigentes reconocidos en los textos constitucionales.

De este modo, es necesario revisar los marcos jurídicos que desarrollan y protegen los derechos de los ciudadanos y disciplinan el diseño de políticas públicas, poner fin a lagunas y fijar condiciones básicas que permitan la transformación digital ordenada y eficiente, potenciando a la vez la innovación tecnológica y el libre ejercicio de los derechos de las personas.

Todo ello aparece englobado bajo la imprecisa denominación de “derechos digitales”, que comprende no sólo la actualización de derechos tradicionales para identificar nuevas facultades en el marco del ciberespacio (por ejemplo, el llamado derecho al olvido dentro del derecho fundamental a la protección de datos como lo ha admitido la STC 58/2018, de 4 de junio), sino también reconocer nuevos derechos fundamentales *stricto sensu* en los textos constitucionales, como serían esencialmente el caso del acceso universal a Internet y la ciberseguridad, así como un derecho fundamental a la verdad para luchar contra las noticias falsas (*fake news*) o un derecho a la conciliación familiar y laboral. Ahora bien, a la hora de encajar los derechos digitales en el marco constitucional vigente las opiniones son diversas y se plantea incluso la necesidad de que éste sea actualizado con una reforma expresa de la Constitución Española de 1978.

La cuestión no es meramente académica o profesoral, sino que tiene consecuencias jurídicas muy precisas.

En España los derechos fundamentales son aquellos que están declarados en una Constitución provista de plena fuerza normativa y susceptible de ser aplicada en sede jurisdiccional (art. 9 CE), por lo que se trata de derechos de rango constitucional, no simplemente legal. Tales derechos están proclamados en el Título I de la Constitución Española, aunque existen algunos preceptos en otras partes del texto constitucional que también reconocen derechos (*v. gr.*, art. 3 CE). Hecha esta salvedad³, puede afirmarse la equiparación entre derechos fundamentales y Título I de la Constitución.

Así, una de sus consecuencias principales es la vinculación inmediata de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Es un efecto del carácter auténticamente normativo –y no simplemente programático– de la Constitución. De este modo, los derechos fundamentales tienen la fuerza propia de la norma que los proclama, por lo que están investidos de supremacía constitucional. Los derechos fundamentales operan incluso frente al legislador, limitando su libertad de configuración del ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales son, por tanto, un límite a la regla democrática de la decisión parlamentaria por mayoría.

Sin embargo, los debates y estudios no siempre deslindan bien las muy diferentes consecuencias jurídicas de tener un rango constitucional o simplemente legal, en cuyo caso los derechos digitales no disfrutarían de estas garantías reforzadas. Nosotros consideramos que la reforma expresa de la Constitución es la vía preferente para actualizar la misma a la era digital y constitucionalizar una nueva generación de derechos fundamentales, de carácter sustutivo o prestacional, así como reconocer alguna nueva facultad a los derechos fundamentales ya previstos. El rango privativo de los derechos fundamentales hace de ellos un elemento que implica un orden político e institucional que tiene la capacidad de desarrollarse *iuxta propia principia*, acotando no sólo el marco dentro del que pueden legítimamente actuar los diferentes poderes del Estado, sino indicando además la dirección del cambio.

Al haber optado el legislador por su introducción, algo atropellada, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD en lo sucesivo), se plantea la relevante cuestión de su eficacia real y sus garantías, que hemos examinado individualmente en otra obra (BARRIO ANDRÉS, 2021, p. 37). No sin razón, destacaba el maestro Pérez Serrano (1984, p. 587) cómo un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías. De ahí la necesidad de que se establezcan al más alto nivel mecanismos jurídicos que aseguren la efectividad de los derechos, y para los derechos fundamentales así lo realiza el art. 53 CE. No obstante, muchos de los “nuevos” derechos de este Título X de la LOPDGDD son únicamente declaraciones programáticas o promocionales.

Una vez sentado lo anterior, en el próximo epígrafe examinaremos brevemente el contenido del Título X.

³ No obstante, esta equiparación debe ser matizada en un doble sentido. En primer lugar, la Constitución de 1978 no prevé un régimen jurídico uniforme para todos los derechos fundamentales, sino que el art. 53 CE, que diseña el sistema de sus garantías, crea tres grupos distintos. En segundo lugar, no todos los preceptos del Título I declaran derechos subjetivos, sino que también éste alberga preceptos que imponen deberes a los ciudadanos y que garantizan la existencia de instituciones, sin olvidar incluso que los derechos fundamentales propiamente dichos también se hacen valer a veces como valores objetivos.

3 CONTENIDO DEL TÍTULO X DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

Según el preámbulo de la nueva LOPDGDD de 2018, este título obedece a la necesidad de “abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea”, todo ello en tanto “una deseable futura reforma de la Constitución” no incluya “la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, [eleve] a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales”.

En definitiva, el legislador recuerda que la Constitución Española de 1978 fue pionera en la constitucionalización de garantías frente a los riesgos que acompañaba la revolución tecnológica emergente, entonces centrada en la informática. Y la sintética referencia del art. 18.4 CE amparó después la consagración de un derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales por parte del Tribunal Constitucional. Pero el reconocimiento europeo o constitucional del derecho fundamental a la protección de datos no agota la necesidad de establecer un nuevo marco de protección de los ciudadanos en la era digital. Y el art. 18.4 CE ya no da más de sí, por lo que, y en espera de una reforma del texto constitucional, la LOPDGDD ha acometido el mandato adoptado por el Congreso de los Diputados al aprobar, el 7 de abril de 2017, la Proposición no de Ley propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista para la protección de los derechos digitales.

Concretamente, el Título X de la LOPDGDD regula los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital, así como los derechos al olvido en búsquedas de Internet o redes sociales y análogas, a la portabilidad en redes sociales y equivalentes y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

Son muchas las cuestiones problemáticas que plantean los contenidos del título, cuyo análisis detallado hemos realizado en otro lugar (BARRIO ANDRÉS, 2021, p. 39 y ss.). Por razones de espacio, aquí únicamente podemos dar cuenta de las principales novedades incorporadas, que agruparemos en cinco bloques.

3.1 Derechos Generales de los Ciudadanos en Internet

El artículo 79 de la LOPDGDD abre la regulación con la rúbrica “De los derechos en la Era digital”, e indica que los derechos y libertades de la Constitución

y de los Tratados y Convenios Internacionales de los que España sea parte son plenamente aplicables en Internet, siendo obligación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información garantizar su aplicación.

El artículo 80 de la LOPDGDD regula el derecho a la neutralidad de Internet, que obliga a los proveedores de servicios de Internet –o prestadores de servicios de la sociedad de la información– a proporcionar una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos.

El artículo 81 de la LOPDGDD incorpora el derecho de acceso universal a Internet, que garantiza su acceso a todos los ciudadanos por igual, asequible, de calidad y no discriminatorio.

El artículo 82 de la LOPDGDD contempla el derecho a la seguridad digital, indicando que los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de Internet. Y se introduce la obligación, a cargo de los proveedores de servicios de Internet, de informar a los usuarios de sus derechos (se entiende que a este respecto, aunque no se aclara más).

El artículo 96 de la LOPDGDD incorpora, bajo la inexacta rúbrica del “derecho al testamento digital”, una serie de reglas que habilitan el acceso *post mortem* a los contenidos digitales sobre la persona fallecida, así como la posibilidad de que herederos, familiares o personas vinculadas por una relación de hecho puedan dar directrices sobre la utilización, destino o supresión de los mismos. Y remite al desarrollo reglamentario “los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos”.

Por último, el artículo 97 de la LOPDGDD recoge una serie de políticas públicas de impulso de estos derechos por parte de las Administraciones Públicas estatal y autonómicas, con el objetivo de superar las brechas digitales, garantizar el acceso a Internet a todos los ciudadanos, impulsar la existencia de espacios de conexión de acceso público y fomentar las medidas educativas. Se plasmarán fundamentalmente en un “Plan de Acceso a Internet” y un “Plan de actuación”.

3.2 Derechos Específicos Relacionados con los Menores

El artículo 83 de la LOPDGDD se ocupa del importante derecho a la educación digital, que garantiza la inserción del alumno en la sociedad digital y un aprendizaje de un uso seguro de los medios y servicios digitales, y respetuoso con “la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales”. Para ello se deberá diseñar un bloque de asignaturas que mejore la competencia digital del alumnado en toda su etapa educativa, debiéndose formar por igual al profesorado. Asimismo, las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquéllos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales.

La protección de menores es otro de los aspectos objeto de regulación (art. 84 LOPDGDD), instaurándose que padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad, preservar su dignidad y derechos fundamentales. En el caso de que se difundan o publiquen imágenes en redes sociales u otros servicios de la sociedad de la información que lesionen derechos fundamentales del menor, deberá intervenir el Ministerio Fiscal a fin de adoptar las medidas, cautelares y de protección, recogidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Del mismo modo, la protección de datos de los menores en Internet viene regulada en el artículo 92 de la LOPDGDD, donde se impone la obligación de los centros educativos, y de cualquier persona física o jurídica que desarrolle actividades educativas, de garantizar la protección del interés superior del menor en la publicación de sus datos personales en Internet. Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de redes sociales o servicios equivalentes, “deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales” conforme a lo prescrito en el art. 7 LOPDGDD.

3.3 Derechos Relacionados con el Ámbito Laboral y Empleo Público

Se trata de una de las novedades de mayor calado y además viene completada con reformas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto Básico del Empleado Público, en sus respectivos textos refundidos (disposiciones finales 13^a y 14^a de la LOPDGDD).

En el artículo 87 de la LOPDGDD se regula el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales, que reconoce la protección a la intimidad respecto de estos dispositivos puestos a disposición por el empresario o administración pública, indicando que el acceso a su contenido solo puede servir para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los mismos, incluyendo la especificación de los usos autorizados y, en su caso, “la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados”, en cuya elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El artículo 88 de la LOPDGDD prevé el derecho a la desconexión digital, a fin de garantizar el tiempo de descanso, los permisos y las vacaciones. Al igual que ocurre con el anterior, el empleador deberá regular una política interna dirigida a todos los trabajadores para establecer garantías respecto a este derecho y de sensibilización sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas, previa audiencia de los representantes de los trabajadores. Dicha política incluirá a los puestos directivos y prestará especial atención a los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como al teletrabajo.

El artículo 89 de la LOPDGDD versa sobre el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, tema ya abordado por la jurisprudencia, en el que se establece la

posibilidad por parte del empleador de tratar imágenes obtenidas por cámaras sólo para el ejercicio de las funciones de control, debiéndose informar a los trabajadores con carácter previo a su instalación. La previa información a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes debe ser “expresa, clara y concisa”.

El precepto también reglamenta el descubrimiento casual de la comisión flagrante de un acto ilícito por los empleados, en cuyo caso “se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el art. 22.4 de esta Ley Orgánica”, es decir, un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos o RGPD en lo sucesivo). Y únicamente se admite la utilización de sistemas de grabación de sonidos en el lugar de trabajo en caso de riesgos relevantes para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo, respetando los principios de proporcionalidad e intervención mínima.

El artículo 90 de la LOPDGDD garantiza el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral y de las Administraciones, habilitando el tratamiento de los datos así obtenidos solo para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas en su marco legal y con los límites inherentes al mismo, y previa información “expresa, clara e inequívoca” a los empleados y, en su caso, a sus representantes.

Como cierre a estas previsiones para el ámbito laboral, el artículo 91 de la LOPDGDD, bajo la rúbrica de derechos digitales en la negociación colectiva, permite que los convenios colectivos puedan añadir garantías adicionales a las anteriormente expuestas.

3.4 Derechos Relacionados con los Medios de Comunicación Digitales

El artículo 85 de la LOPDGDD se ocupa del derecho de rectificación en Internet: el primer apartado del precepto afirma la libertad de expresión en la Red, estableciendo en el segundo la incorporación, por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y redes sociales, de “protocolos” para facilitar el acceso al ejercicio del derecho de rectificación ante la difusión de contenidos que lesionen el honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz. En el caso de que se deba atender a la solicitud de rectificación, publicarán un “aviso aclaratorio” que ponga de manifiesto la realidad de la publicación junto con la original.

El artículo 86 de la LOPDGDD consagra el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, estableciendo la posibilidad

del individuo de solicitar de forma motivada una actualización respecto a la situación actual de la noticia publicada por el medio digital “cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio” y, en particular, cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado por una decisión judicial posterior.

3.5 Derecho al Olvido en Internet

Los artículos 93 y 94 de la LOPDGDD tratan el llamado derecho al olvido, que es una de las novedades más llamativas de este título, pues reconoce dos modalidades específicas del derecho de supresión regulado en los artículos 17 del RGPD y 15 de la LOPDGDD. La regulación distingue dos supuestos, según se trate de las búsquedas en Internet o de redes sociales y servicios equivalentes.

Respecto del primero, el artículo 93 de la LOPDGDD establece que toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda de Internet eliminen de las listas de resultados, a partir de su nombre, los enlaces que muestren información inadecuada, inexacta, no pertinente, no actualizada u obsoleta, teniendo en cuenta los fines para los que fueren recogidos, el tiempo transcurrido y otros límites recogidos en la ley.

En el segundo supuesto, el artículo 94 de la LOPDGDD reconoce el derecho de toda persona a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales publicados en las redes sociales, ya los hubiera facilitado ella misma, ya hubiesen sido facilitados por terceros, pero en este caso “cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo”, o cuando las “circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio”.

3.6 Derecho a la Portabilidad en las Redes Sociales

Se trata del reconocimiento de una modalidad específica del derecho a la portabilidad de los datos que le incumban y que haya facilitado a un responsable de tratamiento, regulado en el artículo 20 del RGPD.

En este ámbito, dichos usuarios “tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios”, así como a que tales prestadores “los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible”.

El Título X de la LOPDGDD es una de las grandes novedades de la señalada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, hasta el punto de haber modificado el propio título de la misma.

Ahora bien, y como hemos desarrollado *in extenso* en otro lugar, adolece de una buena técnica normativa, y determinados contenidos son una reiteración de otros mandatos ya en vigor en diferentes normas del ordenamiento jurídico. De hecho, a veces únicamente reconoce derechos “inespecíficos” o normas promocionales o programáticas, que no disponen de garantías específicas. Pero, en todo caso, se trata de un buen punto de partida para abordar la actualización de nuestros derechos a la era digital y cuya adopción ha constituido una novedad de gran calado respecto de la obsoleta regulación nacional.

Profundizando en esta línea, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital constituyó el 15 de junio de 2020 un Grupo de Expertos⁴ con el objetivo de proponer una Carta de Derechos Digitales, y al cual tengo el honor de pertenecer. El objetivo primario del documento no es otro que brindar a nuestra sociedad una Carta de Derechos Digitales necesarios en el mundo de la transformación digital, que verá la luz a mediados de 2021, una vez que este artículo haya sido publicado.

De este modo, el siguiente paso en la materia lo constituye la Carta de Derechos Digitales de España, cuyo estudio realizaremos en el próximo epígrafe.

4 LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES DE ESPAÑA

El objetivo de la Carta no es el de elaborar un proyecto de norma jurídica (algo que ha defraudado a no pocos académicos y ciudadanos) sino el de redactar un documento que pueda servir de referencia para una futura norma que regule los derechos digitales, partiendo de la base de que en principio sería muy conveniente una reforma de la Constitución de 1978, aunque es verdad que actualmente los derechos fundamentales también se encuentran protegidos en el entorno digital.

Ahora bien, la Carta puede cumplir finalidades adicionales a la de convertirse en un documento prelegislativo. Por ejemplo, puede servir para el fomento activo por los poderes públicos de códigos de conducta inspirados en los principios del texto, podría ser un útil instrumento interpretativo de algunos conceptos difusos en la legislación vigente, y asimismo constituye el inicio de un debate sobre nuevos derechos digitales no positivizados hasta la fecha y la forma en que deberían modularse.

La futura Carta busca anclar los derechos digitales en una concepción actualizada y funcional a nuestro tiempo. El marco de los derechos digitales no puede ser exclusivamente un espacio de limitación al Estado, debe también considerar la acción de los sujetos privados y disciplinar los derechos, deberes y obligaciones de la industria. Y debe hacerlo de un modo armónico que descarte de raíz concepciones maniqueas, que contribuya a un desarrollo sostenible y que oriente a los sectores público y privado hacia una transformación digital de nuestro mundo.

⁴ Cfr. <<https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=03cc44043bcb2710VgnVCM1000001d04140aRCRD>>.

En este enfoque, el documento se enmarca en el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Y, simultáneamente, asegurar que la democracia, la transparencia y la libre competencia se sigan desplegando en la era digital.

La Carta de Derechos Digitales, por tanto, no pretende ahora tener naturaleza normativa sino la de un documento que abre la vía a futuras reformas e incluso a la adopción de una verdadera carta-norma sobre derechos digitales. Es decir, quiere pavimentar el camino hacia reformas legales e incluso constitucionales.

En este sentido, la elaboración de la Carta se produce en un momento en el que, desde distintas instancias nacionales, europeas e internacionales, se está llevando a cabo un proceso de reconocimiento y fortalecimiento de los principios que deben guiar la actuación de los poderes públicos y las empresas en la transformación digital y, en particular, en el uso de la inteligencia artificial y de definición de los derechos que deben reconocerse para garantizar adecuadamente la protección de la ciudadanía ante el uso generalizado de las tecnologías y, en concreto, de las tecnologías disruptivas, en el marco de la transformación digital.

Recogiendo esta última preocupación, y como expresa el informe del precitado Grupo de Expertos, si bien el concepto de “derechos digitales” posee una fuerza descriptiva intrínseca, es necesario subrayar que la transformación digital permea el conjunto de nuestras realidades y dimensiones, de la política a la sociedad, del individuo a la comunidad, y traspasa fronteras. Por ello, resulta indispensable subrayar esta naturaleza adjetiva de lo digital y entender que sus repercusiones positivas o negativas afectan prácticamente a todo el catálogo de derechos de la Constitución Española de 1978, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las distintas Declaraciones y Convenios Internacionales de Derechos. Además, dichas repercusiones pueden ser la génesis de nuevos derechos hoy sencillamente inconcebibles.

Con carácter general, las cartas de derechos digitales previas han desplegado sus efectos en el plano del debate público y de los movimientos sociales, se han incorporado a declaraciones parlamentarias y de organizaciones internacionales pero no han ganado normatividad, o desarrollos legislativos específicos, con excepciones como el Título X de la LOPDGDD que hemos estudiado páginas atrás.

Sin desmerecer su intrínseco valor como horizonte a alcanzar, las cartas de derechos afrontan un recorrido complejo para su incorporación a textos normativos que hemos analizado en el citado Grupo de Expertos constituido el 15 de junio de 2020. Por una parte, desde el punto de vista procedural, los procedimientos [agravados] de reforma constitucional en materia de derechos suelen ser de una enorme complejidad en todos los ordenamientos jurídicos. Además, requieren afrontar exigencias adicionales. En el plano técnico-jurídico resulta esencial una nítida caracterización.

Muchos de los derechos digitales derivan o son concreción de derechos fundamentales en el entorno digital, de modo que puede determinarse su conexión con el contenido del derecho matriz. Por ello, la afirmación de nuevos derechos requiere que los operadores jurídicos puedan determinar su contenido esencial. Es decir, no basta con revindicar una rúbrica, sino que hay que identificar ese conjunto de facultades que lo hacen reconocible o cuya limitación los vaciaría de contenido (Informe Grupo de Expertos, 2021). Incluso en este caso, la plasmación de un derecho fundamental en un texto constitucional requiere de un altísimo nivel de consenso político y social, y puede verse fuertemente condicionada debido a las mayorías parlamentarias. Sin embargo, ello no significa una renuncia a su plasmación constitucional.

Por otra parte, nuestros sistemas jurídicos contemporáneos se caracterizan por su armonización con ordenamientos supranacionales. Este fenómeno es particularmente significativo en el ámbito de la Unión Europea. La normatividad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha consolidado una posición jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que la lectura de la Constitución nacional debe hacerse en clave europea al ejecutar o desarrollar el Derecho de la Unión. Por tanto, una Carta Nacional de Derechos Digitales debe proyectarse, necesaria y adicionalmente, hacia las Instituciones de la Unión de modo propositivo para alcanzar una normatividad efectiva que no prescinda del acervo jurídico europeo. En el plano de los derechos fundamentales, este acervo alcanza tanto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como al Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En tercer lugar, en muchos de los casos, los que podrían calificarse como “nuevos” derechos digitales pueden encontrar anclaje en nuestra Constitución de 1978 y adquirir eficacia mediante su configuración legislativa o, incluso, jurisprudencial. En este sentido, y atendiendo a una interpretación progresiva vinculada al tiempo en el que las normas deben ser aplicadas (art. 3.1 CC), puede identificarse una cobertura general en el artículo 18.4 de la Constitución Española, ya examinado.

Así, la ley no sólo limitaría el uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos, sino que modularía la transformación digital desde una doble aproximación centrada tanto en la garantía como en la función promocional de los derechos. Por otra parte, como señaló el anterior Informe del Grupo de Expertos sobre Derechos Digitales de los Ciudadanos de 2018, la interpretación de los derechos fundamentales, y la propia apertura constitucional a la interpretación por la vía del art. 10.2 CE, abre la puerta a una interpretación progresiva de los derechos, además de las previsiones de desarrollo y adaptación que la propia Norma Fundamental ofrece.

En esta estrategia, las repercusiones de la transformación digital en los derechos, principios y valores constitucionales vigentes, podrían ser abordadas de modo eficiente por una Ley Orgánica *ad hoc* en cuanto concreción o desarrollo en un entorno digital de derechos que la exigen. Ello “permitiría definir un marco normativo funcional al despliegue de las necesarias políticas públicas que guíen una transformación digital centrada en las personas, en la garantía

de los derechos, orientada al bien público, y con potencial para el cambio social, económico y cultural”.

En otro orden de cosas, el nuevo Grupo de Expertos ha subrayado cómo es necesario anclar los derechos digitales en una concepción actualizada y funcional a nuestro tiempo. El marco de los derechos digitales no puede ser exclusivamente un espacio de limitación al Poder, debe también considerar la acción de los sujetos privados y disciplinar los derechos, deberes y obligaciones de la industria. Y debe hacerlo “de un modo armónico que descarte de raíz concepciones maniqueas, que contribuya a un desarrollo sostenible, favorezca un trato igualitario, y que oriente a los sectores público y privado hacia una transformación digital de nuestro mundo”.

Pero una óptica limitadora resultaría también insuficiente y desacertada. Es necesario, bien al contrario,

desarrollar un esfuerzo dirigido a identificar las oportunidades que ofrece la transformación digital para la mejora de la calidad de vida de las personas, para el desarrollo sostenible, para nuestra salud, para el despliegue de políticas públicas basadas en datos y el uso de éstos para el bien común, o para la profundización en la participación democrática y la rendición de cuentas, entre otras muchas posibilidades.

La evolución de los derechos a través de las distintas generaciones no sólo implicó el nacimiento de categorías específicas definidas por la naturaleza del bien jurídico y de la necesidad humana que se requería satisfacer. Implicó también una interpretación o redefinición de los derechos preexistentes a la luz de cada nueva generación. En este enfoque, los resultados de la iniciativa del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se enmarcan en el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social; y, simultáneamente, asegurar que la democracia, la transparencia y la libre competencia se garantizan en los entornos digitales.

Por todo ello, el objetivo de la Carta es descriptivo, prospectivo y prescriptivo. Descriptivo de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos, inesperados a veces, entre los derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación; esa mera descripción ayuda a visualizar y tomar conciencia del impacto y consecuencias de los entornos y espacios digitales. Prospectivo, al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse. Prescriptivo, al revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros.

La Carta, que pone en el centro axiológico de sus reglas la dignidad humana (I.4) y la protección de los derechos colectivos e individuales de las personas, reconoce como derechos los siguientes:

- derecho a la identidad en el entorno digital;

- derecho a la ciberseguridad;
- derecho de acceso a Internet;
- derecho al pseudonimato;
- derecho a no ser localizado y perfilado;
- derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital;
- derecho a la protección de datos;
- protección de menores en el entorno digital;
- protección de personas con discapacidad en el entorno digital;
- protección de las personas mayores en el entorno digital;
- libertad de expresión y libertad de información;
- derecho a la participación política por medios digitales;
- derecho a la educación digital;
- derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas;
- derechos en el ámbito laboral;
- la empresa en el entorno digital;
- derecho de acceso a datos con fines de investigación científica, innovación y desarrollo;
- derecho a un desarrollo tecnológico y a un entorno digital sostenible;
- derecho a la protección de la salud en el entorno digital;
- derecho de acceso a la cultura en el entorno digital;
- derechos ante la inteligencia artificial y la neurociencia;
- garantía de los derechos en los entornos digitales.

A partir de ahora, corresponde al Gobierno y al Parlamento de España llevar a cabo las reformas normativas y políticas públicas que estime convenientes para profundizar en la garantía efectiva de los derechos fundamentales en el mundo virtual, adaptándolos a las singularidades de la era digital.

5 PRÓXIMOS PASOS Y CONCLUSIÓN

El paso siguiente en la evolución de los derechos digitales es el de reforzar sus garantías jurídicas.

En los Estados contemporáneos, hoy se ha superado la vieja distinción, propia del liberalismo decimonónico, entre Estados que constitucionalizaban o no los derechos y libertades. Ahora se pone el acento en el sistema de garantías, es decir, en la protección que se otorga a esos derechos y libertades.

Ya el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 puso de manifiesto cómo de nada vale el reconocimiento de un catálogo de derechos si no se completa con una serie de instrumentos que aseguren su eficacia.

Por esta razón, todos los derechos fundamentales establecidos en las Constituciones requieren de legislación de ejecución que disponga sus garantías, si éstas no han sido constitucionalmente previstas, en correspondencia con los derechos garantizados. Por ejemplo, piénsese tanto en un derecho fundamental

como el derecho a la vida (art. 15 CE), o una manifestación de aquél como el *habeas corpus* en el derecho a la libertad personal (art. 17.4 CE) o bien un derecho social como el derecho a la salud (art. 43 CE). A falta de la prohibición penal del homicidio o de la garantía procesal de la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria –es decir, en ausencia de garantías fuertes– tales derechos son destinados a permanecer en el papel.

En consecuencia, el reconocimiento de los nuevos derechos digitales debe ir acompañado, necesariamente, del refuerzo de sus garantías so pena de incurrir en su ineffectividad que, a la postre, pueda devenir incluso en factor de ilegitimidad constitucional. De hecho, conforme señala el profesor Ferrajoli (2016, p. 25), el grado de legitimidad del ordenamiento jurídico de una democracia constitucional se puede identificar con el grado de efectividad de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos; e identificar la ilegitimidad con sus violaciones o –peor– con su laguna.

De todas las posibles garantías (autorregulación, reforzamiento de las funciones de tutela de derechos o parajurisdiccionales de la Administración, reformas en las leyes procesales, medidas de formación de los operadores jurídicos...) a mi juicio la solución más adecuada es el reforzamiento de las garantías judiciales siguiendo una de estas dos alternativas: bien crear un órgano jurisdiccional especializado en la materia, bien apostar por un nuevo orden jurisdiccional para los asuntos digitales.

Con carácter previo, debemos recordar que, según una definición clásica de Montesquieu, la función jurisdiccional⁵, que desarrollan los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, consiste en aplicar a los casos concretos sometidos a los tribunales las reglas abstractas formuladas en las normas jurídicas. De este modo, las decisiones judiciales tienen una eficacia final o soberana. Cada una de ellas resuelve el conflicto que se ha suscitado entre las partes de forma definitiva y soberana, porque la decisión del juez sólo podrá ser controlada, dentro del propio Poder Judicial, por otro juez superior, y siempre que se sigan las reglas que disciplinan los recursos contra las resoluciones judiciales. Las resoluciones judiciales son, además, vinculantes para las partes y terceros, respondiendo de su eficacia no sólo la policía judicial sino todo el aparato coactivo del Estado.

De este modo, un Poder Judicial independiente es la garantía esencial del Estado democrático de Derecho, pues únicamente a través de él se garantizan los derechos de los ciudadanos –artículo 24 de la Constitución– y se ofrece seguridad jurídica y las garantías imprescindibles para una convivencia democrática. Y todo el entramado de la Constitución Española de 1978 descansa en la existencia de un juez o tribunal predeterminado por la ley al que

⁵ Bien es verdad que la doctrina ha destacado el carácter anfibológico del término “jurisdicción” y las consiguientes dificultades para sistematizar sus distintas acepciones. En una síntesis muy apretada, baste señalar que, desde un punto de vista estático o constitucional, la jurisdicción se presenta como una potestad que corresponde exclusivamente al Estado, el cual delega su ejercicio atribuyendo su titularidad, de forma permanente e irrevocable, a los órganos jurisdiccionales; y, desde el punto de vista dinámico o procesal, se traduce en una función jurisdiccional dirigida a la satisfacción de intereses jurídicos socialmente relevantes llevada a cabo por los órganos legalmente determinados e independientes a través de la vía legalmente pre establecida, el proceso.

todos pueden acudir como mecanismo de protección del sistema. Esta garantía constituye el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que asegura el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que la garantía judicial es, de acuerdo con la Constitución y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la vía preferente de protección y tutela de todos los derechos, tanto analógicos como digitales.

Es decir, en un Estado de Derecho la tutela efectiva de los derechos y de los intereses de los ciudadanos se lleva a cabo mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los juzgados y tribunales integrantes del Poder Judicial. Como bien precisa Rodríguez-Zapata,

existe jurisdicción –función esencial y manifestación de la soberanía del Estado– cuando se concede a cualquier persona la facultad de acudir a un órgano jurisdiccional pre establecido por la Ley, ajeno e independiente de las partes, y formular una pretensión que el mismo está llamado a resolver en aplicación o realización del Derecho (RODRÍGUEZ-ZAPATA, 2019, p. 49).

Por todo ello, a fin de realizar plenamente la tutela judicial efectiva en la sociedad digital –que está garantizada al máximo nivel tanto en el Derecho de la Unión Europea como en nuestro Derecho–, en esta dirección caben dos posibilidades de reforma, de menor a mayor calado de la misma.

i) En primer lugar, sería viable la creación de un órgano jurisdiccional único en España con jurisdicción en todo el territorio nacional, constituyendo un Tribunal centralizado y especializado para el conocimiento de los asuntos digitales en el ámbito del Derecho privado y del Derecho penal, que operaría tanto en sede de instancia como de apelación. A estos efectos, podría seguirse por ejemplo el modelo de nuestra Audiencia Nacional.

Este nuevo órgano jurisdiccional centralizado se justificaría por la complejidad de las materias digitales, la exigencia de profesionales altamente especializados y la imposibilidad presupuestaria de replicar todos los medios materiales y personales especializados que requieren los asuntos digitales en todos los partidos judiciales de España. Además, y dado que una buena parte de los litigios en la materia afectan a diferentes territorios, se abona esta posibilidad. También existe ya un precedente en nuestro Derecho que respalda esta modalidad centralizada. Cuando el control jurisdiccional de los actos y resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos fue encomendado a los tribunales superiores de justicia, el resultado fue, en ocasiones, poco congruente. Por el contrario, cuando se atribuyó la competencia a la Audiencia Nacional se ha creado un cuerpo de doctrina muy homogéneo y útil, incluidos los casos en los que la Audiencia ha revocado las resoluciones de la Dirección de la Agencia. Y esta experiencia es particularmente importante cuando se trata de garantizar nuevos derechos, así como para facilitar la especialización y los medios adecuados del órgano jurisdiccional.

Como alternativa al órgano centralizado, puede abordarse el establecimiento de Juzgados de lo digital en todos los partidos judiciales. En España también contamos con precedentes en esta dirección. Concretamente,

por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se han creado en todos los partidos judiciales los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que extienden su jurisdicción fundamentalmente en el ámbito penal, pero también en el civil, y junto a la instrucción de los procesos penales por delito de violencia de género y el enjuiciamiento de los delitos señalados en el artículo 87 *ter* de la LOPJ, se les atribuye también jurisdicción para dar solución y protección jurídica a los intereses y derechos de la mujer que hayan podido ser violados con ocasión de una manifestación de violencia contra ella.

En definitiva, en esta primera línea de reforma la creación expuesta de los órganos se debe a razones de especialidad objetiva, es decir, de la materia sobre la que han de tratar los asuntos, y en España ya contamos con precedentes tanto en un sentido centralizado como descentralizado.

ii) Pero, en segundo lugar, es posible crear un nuevo orden jurisdiccional para los asuntos digitales.

Y es que la complejidad del ordenamiento jurídico, y sobre todo la diversidad que existe entre las distintas ramas del mismo, han impulsado tradicionalmente a los legisladores a distinguir dentro de la jurisdicción lo que se viene llamando “órdenes jurisdiccionales” (o “ramas”).

En unos casos son razones atinentes a la naturaleza jurídica de los derechos que se ponen en juego en los procesos las que determinan la creación de órganos jurisdiccionales y justifican la existencia de esos órdenes jurisdiccionales: así sucede en el orden civil, el penal y el contencioso-administrativo; en el primero se ventilan los derechos privados, en el segundo el derecho público de penal del Estado, y en el tercero los derechos e intereses que tienen los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Públicas.

En otros casos, como ocurre con el orden jurisdiccional social, han sido razones distintas las que han motivado su creación, pues inicialmente la naturaleza de las normas jurídicas o de los derechos e intereses que se ponen en juego era la misma que la de los derechos privados que se tutelan dentro del orden jurisdiccional civil, por lo que la especialidad venía dada por el ejercicio y el tratamiento procesal de los derechos laborales vinculados al contrato de trabajo, si bien los conflictos laborales, con presencia relevante de normas de Derecho público dado el régimen de seguridad social y las funciones sancionadoras de la Administración laboral, abonaron la creación de este orden jurisdiccional.

Por ello, nuestras leyes dividen la jurisdicción española en cuatro órdenes jurisdiccionales (o ramas): el civil, el penal, el contencioso-administrativo y el social/laboral (art. 9 LOPJ), a lo cual hay que sumar a la jurisdicción militar⁶

⁶ Aunque no hay unanimidad en la doctrina, hasta la promulgación de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, cabía afirmar sin ambages que las únicas jurisdicciones especiales admitidas como tal en España eran la jurisdicción militar y la jurisdicción canónica. Tras la citada Ley, esta afirmación debe matizarse, probablemente más adecuadamente como una jurisdicción *híbrida*, especial y ordinaria, pero integrada en la unidad jurisdiccional.

(art. 3.2 LOPJ) en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio (art. 117.5 CE). Siguen una división de la actividad jurisdiccional de origen romano, que formuló Calístrato con unos órdenes que constituyen el antecedente de los actuales órdenes civil y penal, a los que posteriormente se añadieron los otros dos. Dichos órdenes no son más que simples agrupaciones de tribunales en función de su competencia objetiva. Son absolutamente contingentes, pudiendo existir más o menos órdenes si el legislador en el futuro quisiera modificar esta distribución. Por ejemplo, en otros Estados existe el orden jurisdiccional de familia, tributario, el agrario o el de minería, dependiendo de las necesidades de cada país.

Por todo ello, como última opción más de futuro cabría la instauración de un nuevo orden jurisdiccional. Este nuevo orden jurisdiccional de lo digital conocería de las pretensiones relativas a los derechos digitales, bienes y servicios digitales, prestadores de la sociedad de la información, protección de datos, nombres de dominio, ciberdelitos y ciberseguridad, entre otras. También deberá determinarse si se incluyen los conflictos relativos a los derechos digitales en el ámbito laboral. Además, la promulgación de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales puede servir de base para construir el concepto de “asunto digital”.

Se trata, por tanto, de una opción sumamente ambiciosa y que en todo caso tendría una realización en un futuro una vez que se consolide el Derecho digital, y siempre a la vista del desarrollo de los derechos en la sociedad digital y de su maduración. Pero no podemos renunciar a potenciar las garantías de los derechos fundamentales. Y es que la ausencia de garantías en el fondo supone la inexistencia de los derechos establecidos. Las tablas de derechos, si no van acompañadas de fuertes garantías jurídicas, no pasan de ser una colección de frases bellas que a nada obligan. Y nuestro Parlamento está llamado a jugar un papel cardinal aquí promulgando legislación para mejorar la protección de los derechos digitales.

BIBLIOGRAFÍA

BARRIO ANDRÉS, Moisés. **Ciberderecho**: bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de internet. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018a.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. **Formación y evolución de los derechos digitales**. Santiago de Chile: Olejnik, 2021.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. **Fundamentos del derecho de internet**. 2.^a edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020a.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. **Internet de las cosas**. 2.^a edición. Madrid: Reus, 2020b.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. La nueva actividad regulatoria de la administración. En: **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, Madrid, Ed. Reus, n. 1, p. 7-28, 2018b.

BARRIO ANDRÉS, Moisés (Dir.) **Legal tech**: la transformación digital de la abogacía. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. **Manual de derecho digital**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020c.

BERNERS-LEE, Tim. Long live the web: a call for continued open standards and neutrality. En: **Scientific American**, New York, v. 303, Issue 6, p. 80-85, December 2010.

BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. La propuesta de Carta de Derechos Digitales: reflexiones de derecho privado y técnica legislativa. En: **Revista de Derecho Digital e Innovación**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, v. 7, 2020.

CASTELLS, Manuel **La galaxia internet**: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad. Barcelona: Plaza & Janés, 2001.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. El derecho para una inteligencia artificial centrada en el ser humano y al servicio de las instituciones. En: **IDP: Revista de Internet, Derecho y Política**, Ed. Universitat Oberta de Catalunya, v. 30, 2020.

CHAVES GARCÍA, José Ramón. Regreso al futuro de las administraciones públicas ante la cuarta revolución industrial. En: **Presupuesto y Gasto Público**, Madrid, Ed. Ministerio de Hacienda, Servicio de Publicaciones, v. 100, p. 11-38, 2020.

CORREDOIRA ALFONSO, Loreto; COTINO HUESO, Lorenzo (Dir.) **Libertad de expresión e información en internet**: amenazas y protección de los derechos personales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

DEIBERT, Ronald J. **Reset**: reclaiming the internet for civil society. Toronto: House of Anansi, 2020.

DE LA SIERRA MORÓN, Susana. Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la administración pública. En: **Revista General de Derecho Administrativo**, Madrid, Ed. Iustel, v. 53, 2020.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales**. 4.^a edición. Madrid: Civitas, 2013.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. Londres: Cornell University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana. **El derecho privado europeo en la transformación digital**. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2016.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Il diritto costituzionale di acceso a internet. En: **AIC Rivista Telematica Giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti**, Ed. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, v. 2, p. 1-17, 2011.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (Coord.). **Integración Europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. **La internet abierta**: retos regulatorios de una red nacida libre. Madrid: RDU, 2017.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. **Derechos fundamentales**. Navarra: Aranzadi, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: a brief history of tomorrow. Londres: Vintage, 2017.

ISHAY, Micheline. **The history of human rights**: from ancient times to the globalization era. Berkeley: University of California Press, 2008.

JOHNSON, David R.; POST, David G. Law and borders: the rise of law in cyberspace. En: **Stanford Law Review**, Stanford, Ed. Stanford University Press, v. 48, n. 5, p. 1.367-1.402, 1996.

LASALLE, José María. **Ciberleviatán**. Madrid: Arpa, 2019.

LÓPEZ CALVO, José (Coord.). **La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD**. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

LÓPEZ CALVO, José. Últimas resoluciones judiciales sobre el “derecho al olvido”: sobre la inalterabilidad de las hemerotecas digitales. En: **Diario La Ley**, Sección Ciberderecho, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, Ed. n. 20, 2018.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. **Informática y protección de datos personales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

MARTÍN DIZ, Fernando. Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de

pandemia global (Covid-19). En: **Revista La Ley Mediación y Arbitraje**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, v. 2, 2020.

MC LUHAN, Marshall. **La galaxia Gutenberg**: génesis del “homo typographicus”. Madrid: Aguilar, 1972.

MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas. La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración. En: **Revista de Derecho de Sociedades**, Madrid, Ed. Aranzadi, v. 60, 2020.

NÚÑEZ ZORRILLA, María Carmen. Menor de edad e inteligencia artificial avanzada: nuevos desafíos jurídicos. En: **Actualidad Civil**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, n. 12, 2019.

O'REILLY, Tim. What is Web 2.0: design patterns and business models for the next generation of software. En: **International Journal of Digital Economics**, v. 65, n. 1, p. 17-37, 2007.

PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás. **Obras escogidas de Nicolás Pérez Serrano**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

PÉREZ SERRANO, Nicolás. **Tratado de derecho político**. Madrid: Civitas, 1984.

PINTO FONTANILLO, José Antonio. **El derecho ante los retos de la inteligencia artificial**: marco ético y jurídico. Madrid: Edisofer, 2020.

PUYOL MONTERO, Francisco Javier. Los derechos digitales a la neutralidad tecnológica y al acceso universal a internet. En: **Actualidad Administrativa**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, n. 12, 2019.

RALLO LOMBARTE, Artemi. De la “libertad informática” a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). En: **Revista de Derecho Político**, Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), v. 100, p. 637-667, septiembre-diciembre 2017.

RALLO LOMBARTE, Artemi (Ed.). **El derecho al olvido en internet**: Google versus España. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

RALLO LOMBARTE, Artemi. Una nueva generación de derechos digitales. En: **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), v. 187, p. 101-135, 2020.

RECIO GAYO, Miguel. Seguridad digital: ¿derecho o expectativa de derecho? a propósito del proyecto de Carta de Derechos Digitales. En: **Revista de Derecho Digital e Innovación**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, v. 7, 2021.

RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, Jorge. **Fundamentos de lo contencioso-administrativo**. Madrid: Tecnos, 2019.

RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, Jorge. ¿Hacia un nuevo “ius commune” mundial? En: **Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, Navarra, Ed. Universidad de Navarra, n. 51, 2004.

RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, Jorge. **Teoría y práctica del derecho constitucional**. 4.ª edición. Madrid: Tecnos, 2018.

SALVAT MARTINREY, Guiomar; SERRANO MARTÍN, Vicente. **La revolución digital y la sociedad de la información**. Sevilla: Comunicación Social, 2011.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Traducida por Ana Díaz Soler. México: Taurus, 1998.

SOMEK, Alexander. **Cosmopolitan constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.

Submissão em: 25 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 30 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

BARRIO ANDRÉS, Moisés. Sentido y alcance de los derechos digitales. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 206-234, maio-ago. 2021.

THE LEGAL FRAMEWORK OF FINANCIAL REPORTING AND INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARDS (IFRS) APPLICATION IN TURKISH LAW

NESRİN AKIN¹

ABSTRACT

Since the issuance of the European Union Directives in 1970s, 1980s and the enactment of Sarbanes-Oxley Act in 2002 in the United States, there has been a call for international accounting harmonization and the convergence of global accounting standards. The move towards a single set of accounting rules has been motivated by the principal aim to eliminate international differences in financial accounting standards and enhance comparability. Besides, the financial crisis culminating in 2008 raised the awareness of numerous economic stakeholders and political decision-makers of the potential impact of accounting standards on the results made public by the companies and on the economy as a whole. This awareness resulted in a more general positive reflection on International Financial Reporting Standards, on their conceptual framework and adoption process. Turkey's EU integration process, its economic development and demands of the flourishing business has led the accounting practices to change from tax and state oriented towards international harmonization. In 2003, Turkish Capital Markets Board issued a *communiqué* requiring all listed companies to prepare and present their financial statements in accordance with IFRS from 1.st January 2005. In 2012, new Turkish Commercial Code was enacted. This new code, promotes and emphasizes fair competition, transparency, corporate governance principles, and most importantly accounting and auditing standards, both businesses and the accounting profession entered a new phase.

Keywords. Financial statements, International Financial Reporting Standards, Turkey, Turkish law

¹ Asst. Prof. Dr. Doğuş University Faculty of Law, Commercial Law Department, Istanbul, Turkey.
e-mail: nakin@dogus.edu.tr

I INTRODUCTION

The development of accounting system and practises in a country is a reflection of its economic development as well as legislative process. Today, the securities of any one company tend increasingly to be held by an internationally diversified group of foreign investors. The interests of these investors are not served by having to interpret or decipher, financial statements prepared in accordance with the local codes of the country where the company is incorporated. Besides, the financial crisis culminating in 2008 raised the awareness of numerous economic stakeholders and political decision-makers of the potential impact of accounting standards on the results made public by the companies and on the economy as a whole.

Turkey has not been an exception. Its economic development has led the accounting practices to change from tax and state oriented towards international harmonization. The most important step in the International Financial Reporting Standards implementation came with the issuance of new Turkish Commercial Code (TCC). In 2012, the new TCC n.º 6102 was enacted after several years of discussion in legislative process and public. This new code promotes and emphasizes fair competition, transparency, corporate governance principles and most importantly accounting and auditing standards, both businesses and the accounting profession entered a new phase.

The purpose of this article is to provide an overview of the regulation and recent developments regarding the use of financial reporting and International Financial Reporting Standards (IFRS) application in Turkey. The article is organized as follows: in section 2, the importance of financial statements and the objective of financial reporting will be discussed. In section 3, IFRS will be introduced and why countries adopt it will be discussed. In section 4, financial reporting and IFRS application in Turkey will be examined, and finally our findings will be summarized at conclusion.

II THE IMPORTANCE OF FINANCIAL STATEMENTS AND THE OBJECTIVE OF FINANCIAL REPORTING

Financial statements provide information for investors in capital markets and underpin the entire system of market information. The economic role of financial statements is to mitigate the agency problems of information asymmetry between management on the one hand and investors and other stakeholders on the other hand, by enabling the stakeholders to monitor management (ARCHER, 2003, p. 199). From this point of view, the primary role of financial statements is to report a company's financial information to internal and external financial statement users in a timely and reliable manner. They are the vital link between issuers and investors. Relevant, timely, reliable, and comparable information about the performance and financial position of an enterprise continues to be of central importance in safeguarding the interests of investors, creditors, and other stakeholders to ensure a level playing field among competitors. So,

financial statements should be prepared on a prudent basis, and should give a true and fair view of an undertaking's assets and liabilities, financial position, and profit or loss.

Financial reporting plays a critical role in establishing and maintaining the confidence of the investing public. The objective of financial reporting is to provide information useful to providers of capital in their decision-making processes. Some major decisions that are shaped by available information in annual reports are: executive compensation, debt covenants, capital raising, and perhaps most importantly, for external investors to make investment decision. Due to the market imperfections, such as information asymmetry and agency conflicts, financial reporting is necessary for efficient contracting.² Information provided to participants in capital markets must be neutral, reliable, and portray economic results in an accurate and faithful manner. Just as important, participants must have confidence that this is in fact the case (SUN; RATH, 2008, p. 406-407). High-quality, accurate financial reporting provides investors with confidence, helping to minimize the cost of capital from uncertainty or suspicion as to an issuer's economic fundamentals and prospects.³ From this point of view, accounting provides companies, investors, regulators, and others with a standardised way to describe the financial performance of an entity. Accounting standards present preparers of financial statements with a set of rules to abide by when preparing an entity's accounts, ensuring this standardisation across the market.

Reliable financial reporting becomes even more important in a financial crisis, when concerns about a company's fundamentals are most acute. Also the role of the auditor is so directly tied to the accounting standards themselves, the recent financial crisis also provides people with the opportunity to examine whether accounting standards could be improved.

III IFRS AND THE REASONS FOR ADOPTING IFRS BY THE COUNTRIES

Adaptation of financial statements to take account of local legal and tax conventions was justifiable, when investors and other stakeholders were generally of the same nationality as the company. But today, the securities of any one company tend increasingly to be held by an internationally diverse group of investors. The interests of investors from another country are not served by having to interpret, or decipher, financial statements prepared in accordance with the local conventions of the country where the company is incorporated.

² The asymmetric distribution of information between issuers and investors results in so-called agency costs. These describe the costs for the investors to minimise the information advantages of the issuers. The issuer's management has a large interest in keeping the agency costs low. The reduction in share price and manager remuneration as a result of the asymmetry of information leads directly to economic disadvantages for the management. See Veil (2013, p. 247).

³ Financial accounting information is an established and well-tried prognosis instrument and has been proven at least to reduce the uncertainties regarding future developments. Information on capital reserves, liabilities and pension provisions will give an insight into the future chances and risk of a company. Therefore financial accounting information must be regarded as the best prognosis instrument business economics has so far developed. See Veil (2013, p. 248).

Transparency, comparable financial reporting, and more demanding disclosure requirements for listed companies are being sought by both investors and supervisors. Central objective is that the policy should ensure that securities can be traded on international financial markets on the basis of a single set of financial reporting standards.

Since the issuance of the European Union (EU) Directives in 1970s and 1980s and the enactment of Sarbanes Oxley in 2002 in the United States (US), there has been a call for international accounting harmonization and the convergence of global accounting standards. The move towards a single set of accounting rules has been motivated by the principal aim to eliminate international differences in financial accounting standards and enhance comparability. This need largely rose to prominence within developed countries, typically characterised by sophisticated capital markets and multinational companies in order to reduce informational asymmetries between firm "insiders" who would be better informed than "outsiders" and improve capital allocation efficiency.

Besides, the existence of different reporting frameworks is confusing and costly. It makes effective supervision and enforcement of financial reporting requirements of publicly traded companies more difficult. Investors are deprived of comparable accounts and therefore essential information. Cross border trade is hampered. In short, the result is market fragmentation that puts securities markets globally at a severe competitive disadvantage. It is important for the competitiveness of capital markets to achieve convergence of the standards used for preparing financial statements with international accounting standards that can be used globally for cross-border transactions or listing anywhere in the world. Due to these reasons, there is a strong pressure towards the convergence of accounting standards, raising the importance of international standard setting and thereby encouraging national standard setters to cooperate more closely and to enforce accounting standards at an equivalent level throughout the world. Clearer internationally-based accounting standards and increased comparability in the financial reporting requirements for listed companies will greatly simplify enforcement particularly in the securities markets.

Also, the world-wide financial crisis culminating in 2008 developed in the aftermath of the dot-com crash, Worldcom/Enron scandals and the global credit crisis, that is, between 2002 and 2008 that followed gave rise to widespread calls for changes in the regulatory system and drew attention to the risk of failure of financial statements that have received an unqualified (clean) audit opinion to disclose information relevant to the impending financial failure of the reporting entity.

This may be due to the failure to comply with applicable financial reporting standards coupled with the auditor's failure to draw attention to this or the applicable financial reporting standards may fail to require the relevant information to be disclosed (ARCHER, 2003, p. 199). So there are two fundamental issues that have been raised after the crisis:

- a) was there in fact compliance with existing accounting or disclosure requirements; and

- b) what improvements could be made to what is required to be reported in an issuer's financial statements to assure that they reflect an entity's financial condition.

As a result, these financial crisis firstly made widespread changes to corporate governance regulations, such as requiring all listed companies to have fully independent audit committees, bringing liability of directors for the financial statements of the company (LOWRY; REISBERG, 2012, p. 387) and secondly raised the awareness of numerous economic stakeholders and political decision-makers of the potential impact of accounting standards on the results made public by the companies and, thereafter, on the economy as a whole. This awareness resulted in a more general positive reflection on IFRS, on their conceptual framework and their adoption process.

International Financial Reporting Standards is a single set of accounting standards, issued, developed, and maintained by the International Accounting Standards Board (IASB) with the intention of those standards being capable of being applied on a globally consistent basis by developed, emerging, and developing economies thus providing investors and other users of financial statements with the ability to compare the financial performance of publicly listed companies on a like-for-like basis with their international peers.⁴

Recital 16 of the International Accounting Standards (IAS) Regulation provides: "A proper and rigorous enforcement regime is key to underpinning investors' confidence in financial markets. IAS provides a comprehensive and conceptually robust set of standards for financial reporting that should serve the needs of the international business community. IAS also has the distinct advantage of being drawn up with an international perspective."

According to the definitions in IAS 1.st paragraph 7, IFRS are standards and interpretations that ensure a high degree of transparency and comparability for financial reporting.

They comprise:

- a) International Financial Reporting Standards;
- b) International Accounting Standards;⁵
- c) IFRIC Interpretations;⁶
- d) SIC Interpretations.⁷

⁴ According to article 2 of the IFRS Foundation Constitution, IASB is charged with developing a single set of high quality, globally accepted, financial reporting standards to convey transparent and comparable information and promote the convergence of national accounting standards towards IFRS. See <<http://www.ifrs.org/The-organisation/Governance-and-accountability/Constitution/Documents/IFRS-Foundation-Constitution-January-2013.pdf>>.

⁵ IAS were issued by the IASC (International Accounting Standards Committee), predecessor of IASB till 2000.

⁶ IFRIC are standards and interpretations issued by the International Financial Reporting Interpretations Committee.

⁷ SIC were standards interpretations issued by the Standards Interpretations Committee, predecessor of IFRIC till 2002.

IFRS that are properly and rigorously enforced will improve the functioning of the securities market. Enforcement comprises a cascade of different elements including:

- a) clear accounting standards;
- b) timely interpretations and implementation guidance;
- c) statutory audit;
- d) monitoring by supervisors, and
- e) effective sanctions.

IFRS are now mandated for use by more than 100 countries, including the EU and by more than two-thirds of the G20. The G20 and other international organisations have consistently supported the work of the IASB and its mission of global accounting standards. The IASB's 14-member board is appointed and overseen by 22 Trustees from around the world, who are in turn accountable to a monitoring board of public authorities. IFRS is currently used in 130 jurisdictions around the world.

EU agreed that with the Regulation (EC) n.º 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002, from 1.st January 2005 IFRS would apply for the consolidated accounts of the EU listed companies. Accounting standards are adopted by the EU in the form of regulations and published in the Official Journal of the European Union. Regulations are directly applicable in all Member States. Member States are allowed to extend the application of IFRS to unlisted companies and to individual accounts.

Regulation (EC) n.º 1606/2002 aims at contributing to the efficient and cost-effective functioning of the capital market. The protection of investors and the maintenance of confidence in the financial markets is also an important aspect of the completion of the internal market in this area. This regulation reinforces the freedom of movement of capital in the internal market and helps to enable Community companies to compete on an equal footing for financial resources available in the Community capital markets, as well as in world capital markets.

The main body of financial reporting requirements for limited liability companies in the EU was consisted of the Fourth Council Directive of 24 July 1978 on the annual accounts of certain types of companies and Seventh Council Directive of 13 June 1983 on consolidated accounts. The Fourth and Seventh Directives are repealed and replaced by the new Accounting Directive 2013/34/EU which entered into force on 20 July 2013. Member States have until 20 July 2015 to comply with this new directive.

This directive is principles-based and ensures that it is not possible for an undertaking to exclude itself from that scope by creating a group structure containing multiple layers of undertakings inside or outside the EU. Also it establishes minimum equivalent legal requirements at Union level as regards the extent of the financial information that should be made available to the public by undertakings that are in competition with one another. The directive states that annual financial statements should be prepared on a prudent basis and should give a true and fair view of an undertaking's assets and liabilities, financial position and profit or loss. Small, medium sized, and large undertakings should

be defined and distinguished by reference to balance sheet, total, net turnover, and the average number of employees during the financial year, as those criteria typically provide objective evidence as to the size of an undertaking.

The management report and the consolidated management report are important elements of financial reporting. A fair review of the development of the business and of its position should be provided, in a manner consistent with the size and complexity of the business. The information should not be restricted to the financial aspects of the undertaking's business, and there should be an analysis of environmental and social aspects of the business necessary for an understanding of the undertaking's development, performance or position. In cases where the consolidated management report and the parent undertaking management report are presented in a single report, it may be appropriate to give greater emphasis to those matters which are significant to the undertakings included in the consolidation taken as a whole. However, having regard to the potential burden placed on small and medium-sized undertakings, it is appropriate to provide that EU member states may choose to waive the obligation to provide non-financial information in the management report of such undertakings. EU member states also shall ensure that the financial statements of public-interest entities, medium sized, and large undertakings are audited by one or more statutory auditors or audit firms approved by member states to carry out statutory audits on the basis of Directive 2006/43/EC.

Over the last decade or so, the accounting community has been engaged in a robust conversation about whether the United States should abandon United States Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP) and move to the IFRS.

In 2002, the Norwalk Agreement⁸ that signed between the Financial Accounting Standards Board and the IASB culminated in a pledge that the United States would "use their best efforts to make their existing financial reporting standards fully compatible as soon as possible" in order to foster global uniformity and comparability, eliminate differences, collaboration in establishing accounting standards and ultimate adoption of IFRS in place of US GAAP (WINNEY; MARSHALL; BENDER; SWIGER, 2010, p. 171; REZAEI; SMITH; SZENDI, 2010, p. 142). Since 2007, US Securities and Exchange Commission (SEC)⁹ has allowed foreign private issuers to report under IFRS without reconciling to US GAAP. IFRS work plan that was prepared by SEC for the consideration of incorporating IFRS into the financial reporting system for U.S. issuers was completed in 2012 (see UNITED STATES, 2012). The result was that IFRS might play in the domestic financial reporting environment.

IV FINANCIAL REPORTING AND IFRS APPLICATION IN TURKEY

Turkey's EU integration process, its economic development and demands of the flourishing business has led the accounting practices to change from

⁸ See <<http://www.fasb.org/news/memorandum.pdf>>.

⁹ For the history of SEC and its role as accounting standard-setter, See Barney (2009, p. 584).

tax and state oriented towards international harmonization (BALSARI; VARAN, 2014, p. 373; CENGİZ, 2014, p. 164-166; AĞCA; AKTAŞ, 2007, p. 104; KAYA, 2011, p. 8-9). In 2003, Turkish Capital Markets Board issued a *communiqué* (an official statement) requiring all listed companies to prepare and present their financial statements in accordance with IFRS from 1.st January 2005.¹⁰

The most important step in the IFRS implementation came with the issuance of new Turkish Commercial Code. In 2012, the new TCC n.^o 6102 was enacted after several years of discussion in legislative process and public. The TCC was a major change in orientation from German to Anglo-Saxon influence (BALSARI; VARAN, 2014, p. 373). This commercial code promotes and emphasizes fair competition, transparency, corporate governance principles, and most importantly accounting and auditing standards, both businesses and the accounting profession entered a new phase.

Turkish Commercial Code requires companies meeting certain criteria to report under Turkish Accounting Standards (TAS) which are compatible with IFRS, effective for accounting periods beginning on or after 1.st January 2013.¹¹ The aim of the code is that:

- a) uniform implementation in accounting and reporting practices in Turkey is ensured;
- b) the financial statements prepared according to the TAS will be comparable to the financial statements prepared according to IFRS and as a result the TAS will be accepted in the international market.

Concepts such as substance over form, true and fair view, comparability and materiality that did not have a significant role in the previous Turkish accounting system have been included in the conceptual framework of the TAS. The success of new phase depends on the appropriate application of IFRS by well-trained and ethical accountants.¹²

¹⁰ Communiqué on the Principles of Financial Reporting in Capital Markets Series: XI, n.^o 29. Many institutions have contributed to the IFRS implementation process of Turkey till today. The Capital Market Board of Turkey, Turkish Accounting and Auditing Standards Board, The Banking Regulation and Supervising Agency, Turkish Accounting Standards Board of Turkey and lastly The Public Oversight, Accounting and Auditing Standards Board of Turkey have all been involved in the process. The POAAB was established as an independent institution in sequence with the new code and supersedes Turkish Accounting Standards Board of Turkey as publisher of accounting and auditing standards. More specifically, the board has given the authority to set and issue Turkish Accounting Standards comply with International Accounting Standards; set the auditing standards comply with International Standards on Auditing; license audit firms and oversee the accounting profession. Statutory Decree On The Organization and Duties of the POAAB promulgated in the Turkish Official Gazette edition 28103 on 2 November 2011. This communiqué is repealed by the Communiqué on Principles of Financial Reporting in Capital Markets II-14.1 promulgated in the Turkish Official Gazette edition 28676 on 13 June 2013. However, the new communiqué also requires all listed companies to prepare and present their financial statements in accordance with IFRS.

¹¹ This date postponed to 1.st January 2014. Bahadır and Tolga (2013, p. 391).

¹² Article 400 of the new TCC regulates the persons who may be qualified as auditors. In accordance with the article auditors may be certified financial advisers or independent financial advisers certified in accordance with Law on Independent Financial Advisers and Certified financial advisers n.^o 3568 and who are authorized by POAAB, and/or companies whose shareholders have the said qualifications.

In accordance with art. 88 of the new TCC, it is compulsory to comply with and apply TAS, accounting principles and accompanying interpretations while issuing separate and consolidated year-end financial statements. Within this context, financial statements to be presented at the general assembly should be prepared in line with the TAS, which are prepared in line with the international standards and will be announced by the Public Oversight, Accounting and Auditing Standards Board (POAAB).

It has been ruled that in the art. 397 of the TCC, the Turkish Presidency will determine the joint stock companies that will be subject to independent audit. The financial statements of the joint stock companies and the group of companies that are determined by the Turkish Presidency for the independent unit must be audited in accordance with TAS issued by the POAAB (ÜÇİŞIK; ÇELİK, 2013, s. 629; KARAHAN, 2015, p. 99; ERDOĞAN, 2014, p. 84-85). To the list announced by the Presidency, a company, either standalone or with subsidiaries and associates, is required to meet two of the following three criteria for two consecutive accounting periods:

- a) total assets: 35 million Turkish liras and more;
- b) annual net turnover: 70 million Turkish liras and more; and
- c) average number of employees: 175 and more will prepare its financial statements according to the TAS.¹³

The two criteria that are met do not have to be the same for the two consecutive accounting periods. In the event that the limits of at least two of the three criteria are %20 or below in the two consecutive accounting periods, the relevant company is excluded from the scope of the independent audit as of the following accounting period.

The POAAB announced that the companies which are subject to independent audit and also have to apply TAS for their separate and consolidated financial statements for accounting periods beginning on or after 1.st January 2014 according to its decision published in the Official Gazette edition 29100 on 26 August 2014 are as follows:

- 1- the companies which are subject to regulation and supervision of the Turkish Capital Markets Board according to the Capital Markets Law n.^o 6362;
 - a) joint stock companies whose capital market instruments are traded in the exchanges and /or other organised markets;
 - b) investment firms;
 - c) collective investment schemes;
 - d) portfolio management companies;
 - e) mortgage finance institutions;
 - f) housing finance and asset finance funds;
 - g) asset leasing companies;

¹³ Decree n.^o 2014/7149, promulgated in the Turkish Official Gazette edition 29254 on 1.st February 2015. Decree becomes effective as of the date it is published, with effect from on 1.st January 2015.

- h) central clearing institutions;
 - i) central depository institutions;
 - j) trade repositories;
 - k) the joint stock companies whose capital market instruments are not traded in the exchanges and/or other organised markets but that are deemed publicly-held corporations according to the Capital Markets Law and that meet at least two of the following three criteria:
 - total assets: 15 million Turkish liras and more;
 - annual net turnover: 20 million Turkish liras and more; and
 - average number of employees: 50;
- 2- the companies which are subject to regulation and supervision of the Turkish Banking Regulation and Supervision Agency according to the Banking Law n.^o 5411;
- a) banks;
 - b) financial leasing companies;
 - c) factoring companies;
 - d) financing companies;
 - e) asset management companies;
 - f) rating agencies;
 - g) financial holding companies;
 - h) the companies which own qualified shares that defined under Banking Law¹⁴ on the financial holding companies;
 - i) payment institutions and electronic money institutions;
- 3) insurance, reinsurance and pension companies that are regulated under Insurance Law n.^o 5684 and Private Pension Savings and Investment System Law n.^o 4632;
- 4) precious metals producing and marketing companies and precious metal brokerage houses that are authorised to trade at Borsa İstanbul markets.

The companies which are out of the list above also may voluntarily prepare their separate and consolidated financial statements according to TAS.

According to the decision of the POAAB published in the Official Gazette edition 29221 on 30 December 2014, the companies which are subject to independent audit but are not applying TAS, will prepare their financial statements and presentations according to the current legislation and also to the additional regulations mentioned in the decision for accounting periods beginning on or after 1.st January 2014.

The current legislation is General Communiqué on Accounting System. Since the General Communiqué was put into practice by the Turkish Ministry of Finance, there has been some concern that the financial statements to be

¹⁴ Qualified shares are the shares that represent, directly or indirectly, 10 percent or more of the capital or voting rights of an undertaking or that yield the privilege to appoint members to board of directors even though such rate is below %10 (art.3).

issued are to be “in accordance with the tax laws exclusively”.¹⁵ But Public Oversight, Accounting and Auditing Standards Board (POOAB) emphasized that the purpose of the financial statements to be issued according to the related General Communiqué Serial n.º 1 are not the financial statements prepared according to Turkish Tax Procedural Law. As stipulated in the General Communiqué on Accounting System Application, the purpose of said regulation is not to “issue financial statements in accordance with the tax legislation”; however, the purpose herein is

to perform the reliable and accurate recognition of the operations and results of the enterprises and companies of real and legal persons which keep books in the form of balance sheet and protect the consistency and comparability of the information provided to the officials in the financial statements and reflect the actual status.

Likewise, in the explanations in the General Communiqué on Accounting System Application Serial n.º 4 on the General Communiqué Serial n.º 1, it was stated that the General Communiqué Serial n.º 1 was prepared independently from the tax legislation and its applications and without considering the tax related concerns. It was also emphasized that there are different regulations in these General Communiqués on Accounting System Application compared to tax legislation.

The regulations which are left to the voluntary application by the POOAB decision, are the essential terms of the local report framework which will be prepared in 2015 and compatible with the EU Accounting Directive 2013/34/EU. Due to these reasons for example, although reeskort and consolidation application left to the voluntary application, the board is strongly advising companies to use apply them.

In accordance with art. 514 of the TCC, the financial statements and annual activity report of the joint stock companies shall be prepared by the Board of Directors (BoD). The BoD shall prepare the financial statements regulated in the TAS and its appendix, and the annual activity report of the BoD with regards to the previous accounting period within the first three months of the accounting period following the balance sheet date, and present to the General Assembly.

The scope of the audit includes the fact that whether the financial information as included in the board of director's annual report is consistent with the audited financial statements and has a true and fair view. This principle which has Anglo-Saxon origins has been included in the TCC. Article 515 of the TCC titled “True and fair view” is as follows:

¹⁵ Sarioğlu states that, General Communiqués Accounting System Application regulate the basic concepts of accounting and accounting plan of them are being used by tax accounting purposes. See Sarioğlu (2013).

Financial statements of joint-stock companies shall be issued in a way that they fully, comprehensibly, comparably reflect the assets, debts and liabilities, equities and operating results of the company according to the Turkish Accounting Standards in line with requirements and the nature of the company, while these statements shall also be transparent and reliable, and honestly and identically reflect the facts by sticking to the truth.

True and fair view principle regulates that the financial statements shall be true, accurate, and fair, and shall reflect the financial status of the company in accordance with the facts. This article regulates that the financial statements shall be prepared pursuant to TAS. Financial statements shall be complete, comprehensible, comparable to previous years, compatible with company's needs, transparent, and trustworthy. Therefore, the conditions of the company shall be reflected clearly and in a comprehensible manner. It is possible to say that the financial statements take a picture of the financial status of the company.

The financial statements and the board of directors' annual report that must be audited in accordance with the new TCC are treated as not prepared if they have not been audited. The following points are clearly specified in the main section of the audit report: Whether or not the financial statements and the books

- a) were in kept in accordance with the chart of accounts;
- b) reflect the company's assets, financial and profitability position based on the true and fair view principle in accordance with TAS.

If adverse opinion or disclaimer of opinion is expressed, the board of directors must call the general assembly to convene four business days from the date of the opinion and the general assembly must elect a new board of directors. Auditors, their assistants, and representatives are obliged to conduct their audit in a honest and unbiased way (BİLGİLİ; DEMİRKAPI, 2013, p. 420-422).

The innovations brought by the new TCC with regards to financial statements aim to adopt the standards applied in industrialized countries. The new TCC provides that the financial statements of the company shall be prepared in accordance with the TAS which is compatible with IFRS. It is expected that financial statements will be prepared in conformity with the financial standards adopted by industrialized countries and integrity will be achieved. Additionally, Turkish markets would be more competitive in international markets and will be more globalised. Besides, the true and fair view principle has been included in the new TCC and the financial statements of the company shall reflect the current financial status of the company. As a result, the financial status of the company shall reflect its current financial status and Turkish markets would be harmonized with foreign markets.

V CONCLUSION

Clearer internationally-based accounting standards and increased comparability in the financial reporting requirements especially for listed companies will greatly simplify enforcement particularly in the securities markets. IFRS that are properly and rigorously enforced will improve the functioning of the securities market. But to continue to look for ways to improve the financial reporting system is a necessity. Because when pressures are highest, and investor confidence has the greatest potential to be shaken by uncertainty, the importance of transparent, objectively audited financial reporting to investors, and an independent and objective system to establish standards for such reporting, are necessary and critical components.

Turkey's EU integration process and demands of the flourishing business has led the accounting change in the country. All listed companies are required to prepare and present their financial statements in accordance with IFRS from 1.st January 2005. The Turkish Commercial Code, effective for accounting periods beginning on or after 1.st January 2014, also requires companies meeting certain criteria to report under Turkish Accounting Standards which are compatible with IFRS. It has been ruled that in the article 397 of the TCC, the Turkish Presidency will determine the joint stock companies that will be subject to independent audit. The financial statements of the joint stock companies and the group of companies that are determined by the Presidency for the independent unit must be audited in accordance with TAS issued by the Public Oversight, Accounting and Auditing Standards Board.

However POAAB made a distinction between the companies which are subject to independent audit and also should use TAS and which are subject to independent audit and may voluntarily use TAS. According to the Board decision promulgated in the Official Gazette edition 29100 on 26 August 2014, the companies which are obliged to use TAS are the companies which are subject to regulation and supervision of the Turkish Capital Markets Board according to the Capital Markets Law; the companies which are subject to regulation and supervision of the Turkish Banking Regulation and Supervision Agency according to the Banking Law; insurance, reinsurance, and pension companies that are regulated under Insurance Law and Private Pension Savings and Investment System Law 4632; precious metals producing and marketing companies and precious metal brokerage houses that are authorised to trade at Borsa İstanbul markets.

The companies which are out of the list above may voluntarily prepare their separate and consolidated financial statements according to TAS. According to the decision of the POAAB promulgated in the Official Gazette edition 29221 on 30 December 2014, the companies which are subject to independent audit but are not applying TAS, will prepare their financial statements and presentations according to the current legislation and also to the additional regulations mentioned in the decision that similar to EU Accounting Directive 2013/34/EU. The current legislation is General Communiqué on Accounting System. The regulations which are left to the voluntary application are the essential

terms of the local report framework which will be prepared in 2015 and are compatible with the EU Accounting Directive 2013/34/EU. So the POOAB is strongly advising companies to apply them.

REFERENCES

- AĞCA, Ahmet; AKTAŞ, Rafet. First time application of IFRS and its impact on financial ratios: a study on Turkish listed firms. In: **Problems and Perspectives in Management**, Sumy (Ukraine), Ed. Business Perspectives, v. 5, Issue 2, p. 99-112, 2007.
- AKGÜN, Ali İhsan. Uluslararası finansal raporlama standartlarının finansal analize etkisi: İMKB'ye yönelik bir araştırma. In: **Doğuş Üniversitesi Dergisi**, Üsküdar/İstanbul, Ed. Doğuş Üniversitesi, v. 14, n. 1, p. 10-26, 2013.
- ARCHER, Simon. The regulation of financial reporting: a law and economics perspective. In: KAYA, Arslan (Ed.). **Bilgi Toplumunda Hukuk**: Ünal Tekinalp'e armağan. Cilt (v.) I. İstanbul: Beta, 2003. p. 199 et seq.
- BAHADIR, Oguzhan; TOLGA, Buke: Accounting Policy Options Under IFRS: Evidence From Turkey. In: **Journal of Accounting and Management Information Systems**, Romania, Ed. Bucharest University of Economic Studies, v. 12, n.º 3, p. 388-404, 2013.
- BALSARI, Cognur Kaytmaz; VARAN, Secil Sigali. IFRS implementation and studies in Turkey. In: **Journal of Accounting and Management Information Systems**, Romania, Ed. Bucharest University of Economic Studies, v. 13, n.º 2, p. 373-399, 2014.
- BARNEY, Jacob L. Beyond economics: the U.S. recognition of international financial reporting standards as an international subdelegation of the SEC's rulemaking authority. In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, Ed. Vanderbilt University, v. 42, n. 2, p. 501-578, March 2009.
- BİLGİLİ, Fatih; DEMİRKAPI, Ertan. **Şirketler hukuku**. Bursa: Altın Kitapеви, 2013.
- BOZOS, Konstantinos; RATNAİKE, Yasanji C.; ALSHARAİRİ, Melek. How has the international harmonization of financial reporting standards effected merger premiums within the European Union? In: **International Review of Financial Analysis**, Amsterdam, Ed. Elsevier, v. 31, issue C, p. 48-60, 2014.
- CENGİZ, Hülya. Effects of international financial reporting standards application on financial ratios in Turkey. In: **International Journal of Management and Economics and Business**, Zonguldak, Ed. Zonguldak Bülent Ecevit University, v. 10, n.º 21, p. 163-177, 2014.

ERDOĞAN, Abdullah. 6102 sayılı TTK'ya göre sermaye şirketlerinin bağımsız denetimi. In: **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Kayseri, Ed. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt (v.) IX, Sayı (n.) 1, p. 81-106, 2014.

KARAHAN, Nebi Salih. 6102 sayılı türk ticaret kanunu kapsamında muhasebe alanında ve finansal tablolarda meydana gelen yenilikler. In: **Legal Journal of Law**, Ed. Yasar University, v. 13, Issue 147, p. 91 et seq., 2015.

KAYA, İdil. **Türkiye muhasebe ve finansal raporlama standartlarında konsolide finansal tablolar**. İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2011.

LOWRY, John; REISBERG, Arad. **Pettet's company law**: company law & corporate finance. 4.th edition. London: Pearson, 2012.

MEMİŞ, Tekin. Şirketler hukukunda denetim. In: **Erzincan Law Review: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)**, Ed. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, Cilt (v). XVI, S. (n) 3-4, p. 151-186, 2012.

REZAEE, Zabihollah; SMITH, L. Murphy; SZENDI, Joseph Z. Convergence in accounting standards: insights from academicians and practitioners. In: **Advances in Accounting, Incorporating Advances in International Accounting**, Amsterdam, Ed. Elsevier, v. 26, p. 142-154, 2010.

SARIOĞLU, Kerem. Türkiye finansal raporlama standartları yayınlanmalıdır (8 January 2013). Available at: <<http://keremsarioglu.blogspot.com.tr/>>.

SUN, Lan; RATH, Subhrendu. Fundamental determinants, opportunistic behaviour and signaling mechanism: an integration of earnings management perspectives. In: **International Review of Business Research Papers**, Berwick (Melbourne, Victoria, Australia), Ed. Zant World, v. 4, n.^o 4, p. 406 et seq., 2008.

ÜÇİŞİK, Güzin; ÇELİK, Aidin. **Anonim ortaklıklar hukuku**. Ankara: Adelet, 2013.

UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Work Plan for the Consideration of Incorporating International Financial Reporting Standards into the Financial Reporting System for U.S. Issuers: final staff report. New York: U.S. Securities and Exchange Commission, July 2012. Available at: <<https://www.sec.gov/spotlight/globalaccountingstandards/ifrs-work-plan-final-report.pdf>>.

VEİL, Rüdiger (Ed.). **European capital markets law**. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2013.

WINNEY, Kathryn; MARSHALL, Daniel; BENDER, Blaise; SWIGER, John Allen. Accounting globalization: roadblocks to IFRS adoption in the United States. In: **Global Review of Accounting and Finance**, Berwick (Melbourne, Victoria, Australia), Ed. Zant World, v. 1, n.^o 1, p. 167-178, September 2010.

Submissão em: 25 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 17 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

AKIN, Nesrin. The legal framework of financial reporting and international financial reporting standards (IFRS) application in turkish law. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 235-250, maio-ago. 2021.

LICÕES DO PRAGMATISMO CONSTITUINTE PORTUGUÊS PARA A EFETIVIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO ORGANIZATÓRIA

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ¹

1

Ereconhecido que a tradição constitucional portuguesa enfrentou historicamente uma dramática instabilidade², que permitiu identificar uma patente “intranquilidade dos textos”, “de que são prova 6 Constituições, 25 revisões constitucionais e mais de mil preceitos alterados” (cfr. ALEXANDRINO, 2017b, p. 58). Precisamente por isso, não pode deixar de sublinhar-se o mérito da Constituição democrática de 1976 ao apresentar uma capacidade de sobrevivência que está prestes a alcançar meio século de vida e que assegurou o quadro normativo básico para o progresso do país e para a consolidação de uma democracia constitucional.

Deve notar-se, porém, que nem todos os subsectores da Constituição Portuguesa têm a mesma responsabilidade ou o mesmo mérito no contributo que ofereceram à capacidade de sobrevivência desta Lei Fundamental. Aliás, não parece possível recusar a evidência de que o modelo constitucional da versão original de 1976 se mostrava heterogéneo, quando não contraditório nos seus próprios alicerces, dificultando a sua suscetibilidade de obter a adesão social e, na prática, de evitar descair num puro nominalismo.

É justamente atendendo aos perigos que rodeavam o texto originário de 1976 e às características que podiam dificultar a sua consolidação na nossa cultura constitucional que mais se justifica averiguar como foi possível que esta se tenha tornado a Constituição que finalmente veio a permitir a estabilização de um regime democrático. Tem de reconhecer-se, afinal, que só com esta Lei Fundamental se tornou possível, pela primeira vez, que o país não precisasse de recorrer a uma solução ditatorial (1933) – ou pelo menos fortemente limitativa do princípio representativo democrático (1826) – para evitar o caos

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela mesma Faculdade. Fundador da Revista de Direito Administrativo. e-mail: pedrofsanchez@fd.ulisboa.pt

² Para retrospectiva desenvolvida, cfr. Sánchez (2017a, p. 227 e segs.).

constitucional³. Ora, no contexto de um sistema constitucional afetado por uma forte instabilidade inicial, é compreensível que se questione que fatores permitiram que fosse a Constituição de 1976 a permitir alcançar o aguardado amadurecimento das instituições.

2

Bastará refletir sobre as conhecidas limitações que afetaram o trabalho da Assembleia Constituinte durante (sobretudo) o ano de 1975 para concluir que o processo de implementação real da Constituição de 1976 pode ser qualificado como pouco menos do que um *milagre constitucional*⁴. Sublinhe-se: esta tratou-se da Assembleia eleita de âmbito nacional que, em todo o século XX, sofreu as tentativas mais extremas de desvalorização do seu estatuto jurídico e de sabotagem do seu funcionamento corrente – caindo-se no paradoxo de essas tentativas terem sido apoiadas, pela primeira vez de forma expressa (e não apenas através da sua passividade, como sucedera com a Assembleia Nacional no Estado Novo), *por uma parte dos seus membros*, que imputavam à circunstância de ela ser eleita por um procedimento democrático, não um traço fortalecedor, mas justamente um traço debilitador da sua legitimidade⁵, considerada enfraquecida no contexto de uma nova ordem constitucional em que a legitimidade revolucionária deveria prevalecer sobre a legitimidade democrática⁶.

Neste sentido, o produto normativo aprovado em 2 de abril de 1976 não pode deixar de ser considerado como um *prodígio jurídico* por parte daquela geração constituinte.

3

Todavia, não pode o constitucionalista limitar-se a uma tal aproximação empírica; requer-se a identificação das causas profundas que viabilizaram aquele milagre e protegeram a força normativa da Constituição de 1976. Em especial, exige-se-lhe que aponte quais foram as *decisões fundantes* do legislador constituinte que formaram a causa específica da capacidade de sobrevivência desta Lei Fundamental.

³ Igualmente neste plano retrospectivo, cfr. Miranda (2014, p. 7 e segs.); Canotilho (2003, p. 127 e segs.); Canotilho (2001); Otero (2010a, p. 253 e segs.); Morais (2018b, p. 133 e segs.); Alexandrino, 2017b, p. 21 e segs.).

⁴ Cfr., sobretudo, Miranda (1978); Miranda (2015); Sousa (2000a); Sousa (2000b); Amaral (1995). v. também, recentemente, Morais (2018b, p. 167-172).

⁵ O essencial da fundamentação desvalorizadora do papel de uma Assembleia Constituinte em razão das *desvantagens da democracia* em face de um processo revolucionário foi resumido neste discurso estruturante do representante de uma das bancadas: “O problema das relações entre a Constituição e a Revolução não surge quando a Constituição é diretamente decretada pelos órgãos revolucionários. Nesse caso, tal como tem acontecido em Portugal até agora, a Constituição é função do processo revolucionário, permanentemente suscetível de ser adequada ao processo revolucionário. [...] O problema surge isso sim quando a Constituição passa a competir a uma Assembleia Constituinte”: “nas eleições para a Assembleia Constituinte não participam apenas os elementos revolucionários, participam também – com o mesmo peso – os membros das classes contra-revolucionárias.” (cfr. REPÚBLICA PORTUGUESA, DAC, n.º 17, de 31-07-1975, p. 383).

⁶ Para descrição das diversas táticas utilizadas para sabotagem do trabalho da Assembleia Constituinte, cfr. Sánchez, 2017b, p. 82 e segs.).

Na verdade, essa capacidade de adesão à realidade social deveu-se, em muito, ao pragmatismo dos constituintes na elaboração da parte da Constituição que pode ser denominada como *Constituição Organizatória*. Dir-se-ia que a *responsabilidade específica* desta parcela para o sucesso global da Constituição – sublinhe-se: logo desde a versão inicial do texto de 1976, e mesmo sem prejuízo das perturbações causadas pela subsistência de órgãos de tipo revolucionário durante os seus primeiros anos de vigência – assenta em *três atributos principais* que os constituintes lhe puderam imprimir e que nem sempre foram tão visíveis noutras áreas da Constituição: a **coerência**, a **eficiência** e o **realismo ou pragmatismo**.

4

Esta afirmação não significa desconhecer o impulso crucial que a Constituição axiológica – sobretudo o sistema de direitos fundamentais e, dentro deste, o subsistema de Direitos, Liberdades e Garantias – ofereceu ao país para impor a primazia de um *princípio de liberdade* em detrimento do *princípio da autoridade* oriundo do sistema constitucional de 1933⁷. Nem se discute que o próprio catálogo constitucional de direitos, do seu ponto de vista técnico-jurídico, é notável, revelando-se o digno resultado do labor de uma geração ímpar de juristas⁸.

Mas o reconhecimento desse mérito não equivale a ignorar os problemas que a *ambivalência* da Constituição axiológica representava para a potencial degradação da força normativa da Constituição. O principal motivo dessa ambivalência não resultava sequer da indesejável prolixidade do texto (cfr. MORAIS, 2018b, p. 57) ou, até, de um certo utopismo⁹ – embora compreensível no momento revolucionário em que a Constituição foi gerada – revelado na ambição das tarefas materiais confiadas aos poderes constituidos.

O problema, bem mais profundo, residia antes na contradição intrínseca entre as próprias visões filosóficas de base que orientavam os diversos sectores constituintes, nomeadamente no tocante à estratégia de cada sensibilidade quanto à definição do conceito de *pessoa humana* e à sua relação com o Poder. Tais distintas visões, aliás, foram divulgadas com meridiana clareza pelos representantes mais esclarecidos de cada bancada, vindo a ser sequencialmente incorporadas em diversas parcelas da mesma Constituição material – com isso se refletindo no próprio *conteúdo normativo* que, portanto, não poderia formar uma coerente unidade de sentido¹⁰.

⁷ Cfr., por exemplo, Miranda (1978, p. 303 e segs.); Miranda (1977, p. 9 e segs.); Miranda (2014, p. 160 e segs.); Otero (2010a, p. 31 e segs.). Para contraposição com o princípio autoritário de 1933, v., sobretudo, Alexandrino (2006a, p. 450 e segs.); Sánchez (2017a, Cap. V).

⁸ Para uma justa individualização de alguns desses juristas, cfr. Alexandrino (2006a, p. 704-706).

⁹ Porém, numa outra perspetiva, para distinção entre Constituição utópica e utopista, cfr. Cunha (2009, p. 55-56). Numa crítica atualizada para distinção entre um “texto constitucional materialmente enriquecido com normas programáticas” e “uma constituição escatológica e utopicamente preconcebida”, cfr. Canotilho (2006, p. 33).

¹⁰ Para desenvolvimento das distintas posturas jusfilosóficas apresentadas em debates de elevada craveira técnica na Assembleia Constituinte, que extravasaram em muito as lutas político-conjunturais a que frequentemente se teima em reduzir o processo constituinte de 1975-1976, cfr. Sánchez (2017b, p. 11 e segs.).

Um dos adjetivos a que os comentadores mais recorrem para proceder à qualificação da Constituição de 1976 é o termo “*compromissório*”¹¹. Contudo, esse termo só pode ser entendido de forma *eufemística*. Não é incorreta, esclareça-se, a ideia de que os constituintes procuraram compatibilizar as legitimidades democrática e revolucionária; ou, numa distinta perspetiva, que procuraram aditar à liberdade clássica a igualdade material própria de um Estado social, tentando ponderar as contradições que distintas facetas antropológicas da dignidade da pessoa humana podem propiciar. Porém, sem que essa afirmação envolva qualquer distorção da realidade, ela limita-se a descrever uma vertente meramente parcelar de um exercício bem mais ambicioso que se realizou entre 1975 e 1976. Antes e acima de tudo, procurou-se uma *síntese equidistante* entre *duas conceções radicalmente opostas da pessoa humana* e das suas *relações com o Estado e o Poder* – as duas principais conceções que haviam polarizado a História do Pensamento Ocidental nos 2.000 anos anteriores¹².

Com efeito, os constituintes julgaram possível aprovar na mesma Lei Fundamental, em simultâneo, soluções normativas que pressupunham que o Homem como ser individual *detém e não detém* um valor prévio à formação da comunidade política, que *deve e não deve subsistir* após o exercício do poder constituinte e que *se lhe impõe e não impõe*; que é axiologicamente concebível promover a supressão seletiva da dignidade humana de certas categorias de pessoas ou, pelo contrário, que o sistema jurídico não autoriza tal supressão em caso algum, independentemente da gravidade das exigências que se coloquem ao Estado; que o poder de soberania do Estado se *caracteriza e se não caracteriza* pelo poder de escolha das normas a que o Estado se deseja auto-vincular, *estando e não estando* obrigado a observar normas a que não preste o seu consentimento; ou que a noção de liberdade humana a que o sistema jurídico deve prestar tutela é tanto uma *liberdade negativa* como uma *liberdade positiva*¹³.

Não é difícil entender que uma tal *equidistância* simplesmente não pode ser obtida com sucesso por uma lei constitucional – e não pode, desde logo, devido a uma exigência lógica de *não-contradição*: um sistema que tenha pretensões mínimas de racionalidade e que não seja auto-destrutivo não pode defender, em simultâneo, aquelas premissas contraditórias.

Quando, portanto, a Assembleia Constituinte procurou tal síntese ambivalente, não faltou à verdade um dos representantes da maior bancada da Constituinte – a bancada daquele que serviria como partido-charneira na Assembleia, contra cujo voto se observou depois não ter sido possível aprovar um único preceito constitucional¹⁴ – ao usar esta feliz expressão para descrever

¹¹ Cfr., por exemplo, Miranda (1978, p. 270 e segs.); Miranda (2014, p. 156 e segs. e 184 e segs.); Lucena (1978, p. 87 e segs.); Canotilho (2003, p. 207 e segs. e 218); Otero (2010a, p. 155 e segs.); Morais (2018b, p. 62); Vaz et al (2012, p. 11 e segs.); Alexandrino (2017b, p. 48-49).

¹² Para apreciação desenvolvida destas fontes inspiradoras dos diferentes conceitos filosóficos de pessoa humana conhecidos na História do Ocidente, cfr. Otero (2007).

¹³ Para desenvolvimento deste leque de contradições entre duas ideias de Direito sucessivamente formadas por dois exercícios consecutivos de um novo poder constituinte material, cfr. Sánchez (2017b, p. 11 e segs.).

¹⁴ Cfr. Hörster (1977, p. 117-118); Alexandrino (2006a, p. 619); no plano dos direitos sociais, Vieira e Silva, (2010, p. 64-66).

esse projeto multiforme: no seu dizer, os deputados procuraram concluir uma “acrobacia ideológica” (cfr. REIS, 1989, p. 125).

6

Por isso não admira que, em diversos momentos do debate constituinte, os seus principais protagonistas justificassem a aprovação de algumas das medidas-chave da Lei Fundamental de 1976 – diversas das quais ainda subsistem no texto constitucional – com uma reprodução de ideias filosóficas fundantes que tinham sido proferidas milénios antes por alguns dos vultos do pensamento ocidental que criaram propostas justificativas da intervenção compressora do Estado sobre a autonomia individual¹⁵. Nesse sentido, aliás, mostra ser profundamente equivocada a crítica apressada que algumas das sensibilidades menos amigas da Constituição lhe imputaram quanto ao seu suposto carácter *socialista* ou *marxista* (cfr. HÖRSTER, 1977, p. 120, em nota; CAETANO, 1981, p. 141-146; LUCENA, 1978, p. 115 e segs.; MARTÍNEZ, 1978, p. 14): esses qualificativos – abstraindo do exagero substantivo que, em qualquer caso, lhe estaria subjacente, tomando parte da Constituição pelo seu todo¹⁶ – associam as conceções presentes na Constituição a uma mera derivação (que surgiu nos últimos dois séculos) de uma linha de pensamento muito mais longínqua e que já remonta a mais de dois milénios atrás.

Em suma, são estes condicionamentos do processo constituinte que explicam que se tenha tentado conciliar uma afirmação clara da primazia da liberdade (*v.g.*, artigos 16.^º, 18.^º ou 19.^º) com amplas decisões normativas destinadas à supressão seletiva de bens jurídicos fundamentais de titulares que fossem identificados pela maioria como *civicamente indignos* – permitindo mesmo, em certos casos, a formalização individualizada dessa supressão através da aprovação de leis jurisdicionais¹⁷.

No fundo, a mesma Constituição que, a um tempo, proclamou um primado de tutela dos direitos de liberdade¹⁸, com um regime material e organizatório de proteção de bens jurídicos fundamentais que em nada pode ser objeto de comparação desvantajosa com outras Constituições ocidentais¹⁹, não deixou, a outro tempo, de acolher medidas específicas de privação seletiva da dignidade da pessoa humana que foram justificadas através desta *declaração jusfilosófica fundamental*, já proclamada em alguns sectores do idealismo helénico nascidos 2.400 anos antes, e cuja reprodução no processo constituinte português não representava qualquer inovação: “os direitos e liberdades fundamentais” constituem realidades que, na sua “pureza, rigor e efetividade”, pressupõem

¹⁵ Cfr., por exemplo, sobre o recurso à técnica platónico-rousseauniana de compartimentação entre “nós” e “eles”, sobre o recurso às técnicas de controlo propagandístico ou sobre a supressão seletiva de bens jurídicos fundamentais de pessoas consideradas como civicamente indignas, cfr. Sánchez (2017b, p. 33 e segs.).

¹⁶ Cfr., desde logo, notando esse equívoco interpretativo, Miranda (1978, p. 505 e segs.).

¹⁷ Cfr., para relato desses trabalhos, Sánchez (2017b, Cap. VI, p. 24 e segs.); antes, v. já a crucial investigação de Alexandrino (2006a, p. 531 e segs.); e, à época, Neves (1976); Queiró (1976, p. 304-305).

¹⁸ Cfr., entre tantos, Andrade (2012, p. 172 e segs.); Morais (2018b, p. 480-482).

¹⁹ Para sua estruturação dogmática, cfr. Alexandrino (2006b, *passim*, *maxime* p. 103 e segs.).

a “exclusão desses direitos e liberdades ou de uma parte deles para aqueles que todos ou uma maioria estão de acordo em que não devem beneficiar deles” (MOREIRA, In: REPÚBLICA PORTUGUESA, DAC, n.º 38, de 09-09-1975, p. 1.046).

7

Tendo em vista esta falta de coerência e de unidade de sentido da Constituição axiológica, comprehende-se então a afirmação com que se iniciou esta palestra: é sobretudo à sua *parte organizatória* – e ao pragmatismo dos seus Autores, mais ausente no plano material mas bem presente nesta parcela da Constituição – que a Lei Fundamental de 1976 mais deve a sua *resiliência*.

Dir-se-ia mesmo que o contraste com as suas predecessoras é maior à vista da estratégia conseguida para mitigar as consequências do respetivo *utopismo*: várias Constituições portuguesas anteriores marcadas por uma não menor intenção de corte com o passado (1822 ou 1911) (cfr. CANOTILHO, 2003, p. 128 e segs. e 162 e segs.) fracassaram em meses ou em poucos anos; a Constituição de 1976 sobreviveu porque, embora mantendo essa intenção, soube identificar os erros estratégicos das anteriores gerações e centrou a sua atenção no aspetto-chave que estas haviam descurado, a saber, na aprovação de um *modelo organizatório realista* para concretização do seu programa normativo pelos poderes constituídos. Não se desconhecendo que as modificações introduzidas pelas Revoluções de 1820 e de 1910 imprimiram uma considerável turbulência no tecido social e nas tradições político-culturais portuguesas (cfr., entre tantos, MORAIS, 2018b, p. 147 e 157-160; RAMOS, 2009, p. 584 e segs.; ROSAS; ROLLO, 2010; COSTA; MARCOS, 2010, p. 9 e segs.), foi, porém, sobretudo a circunstância de os modelos organizatórios das respetivas Constituições terem assentado em fórmulas pouco realistas (por vezes puramente inexequíveis) que se veio a mostrar determinante para o óbito antecipado daqueles textos constitucionais (cfr. VARGUES; TORGAL, 2001, p. 65 e segs.; TELO, 1980a; TELO, 1980b; TELO, 2011; CHORÃO, 2010) – quando não mesmo para o surgimento de contra-revoluções com os resultados infelizmente conhecidos (1926)²⁰. Ao invés, a natureza radical de algumas das soluções materiais de 1976 – embora não menos desestrutiva da ordem social do que as soluções de 1822 e de 1911 – foi mitigada por uma **distribuição realista de competências**, privilegiando os **órgãos de perfil executivo** que mais eficazmente poderiam intervir sobre a sociedade e capacitando-os a flexibilizar a aplicação das normas constitucionais de acordo com as exigências das forças económico-sociais.

Em suma: o programa de intervenção material sobre a sociedade aprovado em 1976, apesar de exigente, distinguiu-se dos programas de 1822 e de 1911 por ser acompanhado de mecanismos realistas de atuação dos órgãos que mostravam ter maior agilidade para disciplina da ordem social.

²⁰ Para estudo desenvolvido, cfr. Sánchez (2017b, Caps. III e IV).

É justamente neste ponto que mais ressalta o *realismo* ou *pragmatismo* que, embora relativamente ausente da Constituição axiológica, dominou a elaboração da Constituição organizatória de 1976. Não obstante não renunciarem à sua ambição quanto às tarefas materiais a serem desempenhadas pelo Estado, as bancadas maioritárias da Constituinte, trabalhando sobre o Projeto apresentado pela 5.^a Comissão, com as alterações introduzidas após a aprovação da 2.^a *Plataforma de Acordo Constitucional*²¹, estiveram dispostas a aceitar profundas cedências nas suas convicções (*apenas*) quanto àquilo que deveria ser um *modelo ideal de representatividade política* e quanto à extensão dos poderes de um Parlamento democrático. Tais cedências eram materializadas com o único propósito de assegurar que o seu projeto programático não fosse rapidamente substituído, no caso de inefetividade da Constituição, por algum tipo de modelo constitucional mais inimigo da dignidade da pessoa humana.

Concretizando esse entendimento, os constituintes mostraram conhecer as lições da História Portuguesa que lhes ensinavam só terem subsistido na cultura política portuguesa as Constituições que atribuíram primazia à estabilidade política sobre a representatividade. Eram conhecidos os dados empíricos que revelavam que a primeira condição para uma Constituição perdurar por mais tempo em Portugal consistiu em atribuir a centralidade do sistema político a órgãos de tipo executivo, dotando-os da capacidade de domínio sobre as próprias fontes de direito e transformando a legalidade num “instrumento ao serviço do poder executivo”²².

Ora, não obstante as profundas divergências ideológicas entre as sensibilidades presentes na Assembleia de 1975-1976, foi possível fixar um ponto mínimo de consenso quanto à necessidade de introdução de profundas alterações em todas as estruturas políticas, económicas e sociais, destinadas a corrigir os erros da herança do Estado Novo, que os poderes constituídos seriam chamados urgentemente a concretizar logo no início da vigência da Constituição (cfr. SÁNCHEZ, 2016, p. 44-45).

Sucede que esse acordo *substantivo* quanto às reformas sociais a aprovar implicava uma consequência *organizatória* imediata: uma Constituição dotada de semelhante ambição material não podia deixar de configurar o sistema político com base em instrumentos ágeis e expeditos de intervenção sobre a sociedade, os quais não poderiam ficar reféns de procedimentos burocráticos dirigidos em órgãos com funcionamento lento e suscetíveis de maior oscilação política – nomeadamente, que ficassem dependentes de um *órgão parlamentar naturalmente mais pesado e de funcionamento mais rígido*. De acordo com a impressiva expressão de síntese oriunda da força mais votada na Constituinte, o sistema a construir teria que ficar “livre dos vícios do parlamentarismo” (cfr. REPÚBLICA PORTUGUESA, DAC n.º 90, de 02-04-1976, p. 2.940).

²¹ Para recensão desenvolvida, cfr. Sánchez (2017b, Caps. III e IV, § 28.º). Cfr. também, com especial relevância, Miranda (1998); Teles (1998).

²² Para desenvolvimento, cfr. Otero (2003, p. 110 e segs.).

Assim, se era claro que a natureza crescentemente democrática do regime que se vinha construindo não permitia que se copiasse a estratégia da ditadura salazarista no tocante à redução do órgão parlamentar a um estatuto de insignificância jurídico-política²³, era o *pragmatismo constitucional* que impedia, porém, a hipótese de aprovação de um sistema colocado no extremo oposto das soluções governativas possíveis, o qual viesse a ser alicerçado no *princípio de primazia do Parlamento*. Cada momento dos trabalhos constituintes em que se assistia à sugestão de aprovação de medidas que melhorassem a posição relativa do Parlamento no sistema constitucional era, normalmente, culminado com intervenções opostas que acenavam com o *fantasma* dos fracassos das experiências históricas portuguesas que haviam ponderado a introdução do parlamentarismo no país e que haviam redundado numa anarquia política²⁴.

Foi este pragmatismo que, não obstante os dramáticos protestos vividos na Assembleia Constituinte – associando o sistema de governo então aprovado a um possível regresso à ditadura ou ao cesarismo (cfr. REPÚBLICA PORTUGUESA, DAC n.º 128, 30-03-1976, p. 4.247; REPÚBLICA PORTUGUESA, DAC n.º 132, de 03-04-1976, p. 4.442-4.443 e p. 4.451) –, a Constituição democrática da III República preferiu atribuir a **centralidade do sistema político por si criado a órgãos de tipo não parlamentar**, organizados em torno de um **eixo reversível formado pelos Chefes do Estado e do Governo**, num fenômeno que, entre os demais sistemas do nosso *ambiente* constitucional democrático, apenas conhece algum paralelo na V República francesa (cfr. SÁNCHEZ, 2016, p. 8-9, 69 e segs.).

9

A formação desse eixo precisou de assentar em duas soluções estratégicas fundamentais.

a) De um lado, não era negociável a criação de um **órgão de tipo executivo** que a maioria constituinte exigiu que cumulasse as funções de principal órgão de direção política, de principal órgão executivo e (pelo menos quantitativamente) de principal órgão legislativo do país, oferecendo-lhe cláusulas genéricas de competência para aprovação indistinta de atos políticos em sentido estrito, atos legislativos, atos regulamentares e atos administrativos – e concedendo-lhe também, em consequência, o poder de *livre escolha da forma* utilizada para a aprovação de uma dada medida jurídico-pública, ponderando critérios como, por um lado, o da superior força jurídica e das consequentes potencialidades de um ato sob forma de lei para derrogar soluções previstas em atos jurídico-públicos

²³ Sobre essa estratégia ditatorial, que os constituintes de 1976 jamais poderiam copiar, cfr. Sánchez (2016, p. 10 e segs.).

²⁴ A esse fantasma histórico foi aditada a censura, já de pendor ideológico, respeitante aos malefícios de um sistema de base parlamentar que, pela lentidão do seu funcionamento e pela abertura democrática que o respetivo debate propiciaria, atrasaria a aprovação de rápidas reformas socializantes. Numa palavra, o alargamento dos poderes parlamentares implicaria a instauração de um “parlamentarismo burguês” (cfr. REPÚBLICA PORTUGUESA, DAC, n.º 17, de 31-07-1975, p. 385-386).

anteriores ou, por outro lado, o da maior celeridade e o da maior simplificação procedural dos atos não legislativos²⁵.

Por outras palavras: longe de consistir numa entorse ulterior do sistema – que, alegadamente, teria levado a uma lateralização do Parlamento que teria sido indesejada pelos constituintes –, a governamentalização de um sistema político que configura um órgão que *simultaneamente governa, legisla e administra* correspondeu a uma opção central e emblemática do legislador constituinte. E essa opção não resultou sequer das circunstâncias conjunturais do processo revolucionário, antes surgindo em plena coerência com as suas prévias decisões respeitantes à *Constituição material*.

Com isso, os constituintes não consideraram problemático repetir o paradoxo que dominara a História Portuguesa nos dois séculos anteriores: a Constituição precisava de resgatar algumas das soluções organizatórias do regime anterior para ser capaz de destruir a obra material do mesmo regime. Dito de outro modo: resgatavam-se os mecanismos da sua Constituição organizatória para derrubar a sua Constituição material.

b) De outro lado, e de modo ainda mais marcante, os constituintes souberam extraír das duas Constituições Portuguesas que maior durabilidade obtiveram na História – 1826 e 1933 – a lição quanto à necessidade de criar um estatuto competencial para o **Chefe do Estado** suficientemente flexível e lasso para permitir ao seu próprio titular *autodefinir* o seu perfil de atuação e *autoconformar* o seu poder de interferência (máxima ou mínima) na fixação do programa político governativo.

Longe de tal resultar unicamente de uma estratégia conjuntural para permitir a coabitação entre as legitimidades democrática e revolucionária, foram as necessidades político-sociais inerentes à formação do novo programa constitucional – as referidas necessidades de atribuição de poderes reais de ação aos órgãos mais ágeis (executivos) para reconstruir o tecido económico-social do país – que obrigaram a Constituinte a atribuir ao Chefe do Estado uma amplíssima legitimidade eleitoral – só equiparável, na nossa História Constitucional, à das primeiras décadas da vigência da Constituição de 1933, embora, obviamente, sem os intuições plebiscitários insitos a esta última –, não inferior a qualquer outro órgão constitucional, de modo a *autodefinir* o alcance da sua esfera de influência na ação governativa do país. Tal liberdade de *autoconformação* seria visível, sobretudo, no momento de formação ou de queda de um Governo.

Com isso, a Constituição tornou igualmente aceitável

- i. uma *presidência ativista* que forma o seu próprio governo, para a implementação do seu programa dirigente, recusando qualquer governo de cujo programa discorde; ou,
- ii. no extremo oposto, uma *presidência arbitral* e moderadora, apagada, que se conforma com todas as soluções governativas que o Parlamento lhe apresenta; ou, ainda,

²⁵ Para descrição da crítica violenta desta opção constituinte pelo deputado Jorge Miranda, numa censura que a maioria da Assembleia preferiu ignorar, v., por exemplo, *República Portuguesa* (DAC, n.º 21, de 31-07-1975, p. 521-527).

iii. qualquer perfil intermédio entre estes dois extremos.

Em suma, esta *plasticidade* dos poderes presidenciais, profundamente inspirada no modelo de *reversibilidade* das relações entre o Chefe do Estado e o Chefe do Governo sugerido pela Constituição de 1933²⁶ – décadas antes da conceção de qualquer modelo similar pela V República francesa²⁷ –, pouco comum nas democracias de tipo ocidental mas explicável devido às necessidades programáticas dos constituintes, viabilizou a configuração de *diferentes práticas ao abrigo do mesmo sistema de governo flexível*, permitindo ao próprio Presidente tomar a iniciativa de *modificar a predominância do sistema de governo sem para tanto precisar de impor uma modificação da Constituição*.

Sobretudo, fechando a cúpula desta estratégia balizadora dos poderes parlamentares, os constituintes asseguraram-se de que os poderes de controlo sobre o exercício da função presidencial seriam *esvaziados*, de modo a tornar tal margem de ação *juridicamente incontrolável*. Daí que as competências que o artigo 133.º da Constituição atribui ao Presidente da República para intervenção sobre outros órgãos constitucionais – incluindo sobre a própria Assembleia da República, no exercício de um poder de dissolução que apenas conhece limites formais e circunstanciais, mas não materiais (cfr. alínea e) do artigo 133.º e 172.º) – não tenham correspondência em competências similares de intervenção parlamentar sobre a subsistência do mandato presidencial (cfr. artigos 129.º e 130.º).

Assim, se é óbvio que um aproveitamento *abusivo* dos poderes presidenciais por um dado Chefe do Estado pode ser objeto de pronúncia pelo eleitorado, esse tratar-se-á sempre de um problema situado num domínio político-eleitoral, e nunca jurídico-constitucional, não sendo pois a conduta presidencial sindicável por qualquer outro órgão constitucional, seja este de perfil político ou jurisdicional²⁸.

²⁶ Sobre os trabalhos de conceção deste modelo entre 1931 e 1933 – hoje já conhecidos graças à disponibilização dos depoimentos privados dos seus Autores, que desenharam o leque de competências dos Chefes do Estado e do Governo de modo suficientemente flexível para permitir ao *líder do regime* manter o seu poder independentemente da posição que quisesse ocupar, formando um *eixo de domínio reversível* que permitia ao líder do regime *mudar de funções constitucionais sem precisar de mudar a Constituição* (cfr. SÁNCHEZ, 2016, p. 7 e segs.).

²⁷ Já sobre a configuração atual dessa reversibilidade das posições entre o Chefe do Estado e o Chefe do Governo na V República francesa, cfr. Morais (1998, p. 151 e 159); Otero (2010b, p. 503-506); Novais (2018, p. 123 e segs.).

²⁸ Para tratamento desenvolvido dos trabalhos constituintes que atribuíram este perfil plástico ao sistema de governo, sempre conformato pelo princípio fundante de que – se o Chefe do Estado assim o quisesse – o Governo poderia ser qualificado como um “Governo do Presidente da República”, e não um “Governo de Parlamento” (cfr. REPÚBLICA PORTUGUESA, DAC, n.º 128, de 30-03-1976, p. 4.245) – assim desmentindo a descrição mitológica que supervenientemente veio a ser oferecida sobre o sentido da decisão constituinte e que ainda hoje é a mais divulgada (cfr. SÁNCHEZ, 2016, p. 73 e segs.).

Sobre o equívoco igualmente grave de uma outra sensibilidade que, embora aceitando no essencial o sentido da decisão constituinte original, prefere então socorrer-se da tese de *alteração do sistema de governo* alegadamente ocorrida em 1982, num sentido de redução dos poderes presidenciais e de maior parlamentarização do sistema – dando origem a um curioso fenómeno em cujos termos o intérprete trabalha sobre uma *Constituição fictícia*, onde tudo se passa como se o legislador constituinte tivesse aprovado as propostas de alteração que efetivamente foram *rejeitadas* nos trabalhos de revisão (cfr. SÁNCHEZ, 2016, p. 88, n.º 180). Muito em especial sobre o equilíbrio entre o triângulo formado por Presidente da República, Assembleia da República e Governo determinado em 1982, v. *Diário da Assembleia da República*, 1.ª S., n.º 115 (1982), p. 4.814-4.815; n.º 123, p. 5.168 e 5.183-5.185.

10

Não se discutirá que estas soluções organizatórias podem ser objeto de uma profunda censura *de iure constituendo*, representando fórmulas que poderiam ser consideradas surpreendentes à luz da generalidade dos modelos das democracias ocidentais que nos servem de referente.

Todavia, antes de formular uma tal censura – e de eventualmente propor uma modificação global do sistema –, o intérprete não pode deixar de ter em mente que aquelas soluções representam o mero produto de uma *qualidade* revelada pelos constituintes no *plano organizatório* do processo de feitura da Lei Fundamental de 1976 – qualidade que por vezes se manteve ausente nos planos axiológico ou económico: a disposição para *transigir* e renunciar a adotar um sistema político de tipo *laboratorial*, que poderia ser mais consentâneo com um modelo ideal de país mas que, à luz das lições históricas do constitucionalismo português, provavelmente teria fracassado em termos próximos às experiências de 1822 e 1911. Através desta *transação*, a abdicação de um sistema de governo mais próximo do seu ideal representativo foi o preço a pagar para a sobrevivência de uma Constituição material própria de um Estado social de Direito.

Afinal, tal postura *realista e pragmática* no plano organizatório terá representado o *segredo constituinte* que permitiu que, após 200 anos, a Constituição de 1976 se tornasse numa das três únicas Constituições – mas a primeira Constituição democrática – que viveu para celebrar o seu quadragésimo aniversário.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa.** v. I. Coimbra: Almedina, 2006a.
- ALEXANDRINO, José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa.** v. II. Coimbra: Almedina, 2006b.
- ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de direito constitucional.** v. I, 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017a.
- ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de direito constitucional.** v. II, 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017b.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **O antigo regime e a revolução:** memórias políticas (1941-1975). Lisboa: Círculo de Leitores, 1995.
- ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

- CAETANO, Marcello. **Constituições portuguesas**. 5. ed. Lisboa: Verbo, 1981.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. As constituições. In: MATTOSO, José (Dir.). **História de Portugal**. v. V. Lisboa: Estampa, 1994-2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHORÃO, Luís Bigotte. **A crise da república e a ditadura militar**. 2. ed. Lisboa: Sextante, 2010.
- COSTA, Almeida; MARCOS, Rui M. Figueiredo. **A primeira república no direito português**. Coimbra: Almedina, 2010.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Geografia constitucional**: sistemas juspolíticos e globalização. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. O imposto complementar e o estado de direito. In: **Revista de Direito e Economia**, Lisboa, Ed. Provedoria de Justiça, ano 1, n. 3, janeiro-junho 1977.
- LUCENA, Manuel de. **O estado da revolução**: a constituição de 1976. Lisboa: Jornal Expresso, 1978.
- MARTÍNEZ, Pedro Soares. **Comentários à constituição portuguesa de 1976**. Lisboa: Verbo, 1978.
- MIRANDA, Jorge. **A constituição de 1976**: formação, estrutura, princípios fundamentais. Lisboa: Petrony, 1978.
- MIRANDA, Jorge. A organização do poder político e a 5.ª Comissão da Assembleia Constituinte. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspetivas constitucionais**: nos 20 anos da constituição de 1976. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MIRANDA, Jorge. **Da revolução à constituição**: memórias da assembleia constituinte. Lisboa: Principia, 2015.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v. I, t. 2, 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MIRANDA, Jorge. O artigo 1.º e o artigo 2.º da constituição. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Estudos sobre a Constituição**. v. II. Lisboa: Petrony, 1977.
- MORAIS, Carlos Blanco de. As metamorfoses do semipresidencialismo português. In: **Revista Jurídica**, Lisboa, Ed. Nova série, n. 22, p. 141-160, mar. 1998.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. v. I. Coimbra: Almedina, 2018a.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. v. II. Coimbra: Almedina, 2018b.

MOREIRA, Vital. In: REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretariado da Assembleia Constituinte. Lisboa, **Diário da Assembleia Constituinte (DAC)**, (Ed. Assembleia da República) n. 38, de 09 de setembro de 1975.

NEVES, Antonio Castanheira. A revolução e o direito: a situação atual da crise e o sentido do direito no atual processo revolucionário. Separata da **Revista da Ordem dos Advogados**, 1976.

NOVAIS, Jorge Reis. **Semipresidencialismo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. v. I. Coimbra: Almedina, 2010a.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. v. II. Coimbra: Almedina, 2010b.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. v. I. Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

QUEIRÓ, Afonso. **Lições de direito administrativo**. v. I. Coimbra: João Abrantes, 1976.

RAMOS, Rui. Idade contemporânea (séculos XIX-XXI). In: RAMOS, Rui (Coord.) **História de Portugal**. 7. ed. Lisboa: Esfera dos Livros, 2009.

REIS, António. O Partido Socialista na revolução, no poder e na oposição: da dialética com o projeto nacional-militar à dialética com o eanismo. In: COELHO, Mário Baptista (Coord.). **Portugal**: o sistema político e constitucional, 1974-1987. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretariado da Assembleia Constituinte. Lisboa, **Diário da Assembleia Constituinte (DAC)**, (Ed. Assembleia da República) n. 17, de 31 de julho de 1975.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretariado da Assembleia Constituinte. Lisboa, **Diário da Assembleia Constituinte (DAC)**, (Ed. Assembleia da República) n. 21, de 31 de julho de 1975.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretariado da Assembleia Constituinte. Lisboa, **Diário da Assembleia Constituinte (DAC)**, (Ed. Assembleia da República) n. 38, de 09 de setembro de 1975.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretariado da Assembleia Constituinte. Lisboa, **Diário da Assembleia Constituinte (DAC)**, (Ed. Assembleia da República) n.º 90, de 02 de abril de 1976.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretariado da Assembleia Constituinte. Lisboa, **Diário da Assembleia Constituinte (DAC)**, (Ed. Assembleia da República) n.º 128, de 30 de março de 1976.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretariado da Assembleia Constituinte. Lisboa, **Diário da Assembleia Constituinte (DAC)**, (Ed. Assembleia da República) n.º 132, de 03 de abril de 1976.

ROSAS, Fernando; ROLLO, Maria Fernanda (Coord.). **História da primeira república portuguesa**. Lisboa: Tinta-da-China, 2010.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **Lei e sentença**: a separação dos Poderes Legislativo e Judicial no constitucionalismo português. v. I. Lisboa: AAFDL, 2017a.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **Lei e sentença**: a separação dos Poderes Legislativo e Judicial no constitucionalismo português. v. II. Lisboa: AAFDL, 2017b.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **Os poderes presidenciais sobre a formação e a subsistência do governo**. Lisboa: Coimbra Editora, 2016.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **A revolução e o nascimento do PPD**. v. 1. Lisboa: Bertrand, 2000a.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **A revolução e o nascimento do PPD**. v. 1. Lisboa: Bertrand, 2000b.

TELES, Miguel Galvão. A segunda plataforma de acordo constitucional entre o MFA e os partidos políticos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspetivas constitucionais**: nos 20 anos da constituição de 1976. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

TELO, António José. **Decadência e queda da I república portuguesa**. v. 1. Lisboa: A Regra do Jogo, 1980a.

TELO, António José. **Decadência e queda da I república portuguesa**. v. 2. Lisboa: A Regra do Jogo, 1980b.

TELO, António José. **Primeira república**. v. II. Lisboa: Presença, 2011.

VARGUES, Isabel Nobre; TORGAL, Luís Reis. Da revolução à contra-revolução: vintismo, cartismo, absolutismo: o exílio político. In: In: MATTOSO, José (Dir.). **História de Portugal**. v. V. Lisboa: Estampa, 1994-2001.

VAZ, Manuel Afonso, et al. **Direito constitucional**: o sistema constitucional português. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

VIEIRA, Mónica Brito; SILVA, Filipe Carreira da. **O momento constituinte**: os direitos sociais na constituição: debates. Coimbra: Almedina, 2010.

Submissão em: 24 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 29 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. Lições do pragmatismo constituinte português para a efetividade de uma constituição organizatória. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 251-265, maio-ago. 2021.

INTERPRETACIÓN DE LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD Y LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

SEBASTIAN JUSTO COSOLA¹

1 INTRODUCCIÓN

El derecho vigente intenta proteger, por sobre todas las cosas, a la personalidad humana y con ella, a sus atributos y a los derechos personalísimos correspondientes. Es cierto: “el hombre” fue siempre centro de atención del derecho, pero como centro de imputación de normas, esto es, un punto de vista totalmente diferente al que se postula o esgrime por los tiempos que corren.

Eran las cuestiones relacionadas con los atributos rígidos las que dominaban la escena jurídica del histórico y siempre recordado *Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield* (en adelante, CCA). Un código modelo en el mundo latino, verdaderamente revolucionario en ciertos temas de época, que evocaba a la igualdad, desde la norma constitucional ya vigente en la Constitución Nacional (Art. 16), como modelo de conducta de todo el derecho. Las fuentes a las que Vélez Sarsfield recurriera para crear el cuerpo codificado de envergadura notable, eran variadas y dispersas. De todas ellas, enorme relevancia alcanzo la fuente francesa –en especial, el *Códe y la doctrina contemporánea de vanguardia*. El *Códe Napoleón* tuvo la influencia de la *Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano* (1789) (cfr. ALTERINI, 2004, p. VII), y con ella, la afirmación de los principios de libertad y de igualdad (cfr. SALERNO, 2004, p. 145).

De ahí la proyección de Vélez hacia un derecho generador de postulados revolucionarios propios del iluminismo. La *Escuela del Derecho de Córdoba*

¹ Doctor en Derecho (Universidad Austral). Especialista en Documentación y Contratación Notarial (Universidad Notarial Argentina). Posgraduado y especialista en Derecho de los Contratos y Daños (Universidad de Salamanca). Abogado y escribano (Universidad Nacional de La Plata). Ex presidente del Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino. Becario del Consejo General del Notariado Español. Autor. Conferencista. Profesor de grado y posgrado (UBA, UNNOBA, UNA). Consejero superior titular por el claustro de docentes (UNNOBA). Notario en ejercicio. e-mail de contacto: sebastiancosola@derecho.uba.ar

presenta estudios de notoria relevancia para la comprensión del derecho en épocas en donde a nuestro histórico codificador le fue encomendada la realización de esa obra magistral (v. HOMENAJE, 2000; IZQUIERDO; SÁNCHEZ TORRES; CÓRDOBA, 2000). Sobre la idea de las personas, las cosas y las obligaciones giraban los fundamentos del entonces incipiente *derecho civil argentino* (v. MARTÍNEZ PAZ, 2000, p. 276).

2 LA TEORÍA GENERAL DE LAS PERSONAS EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Desde esta perspectiva, el tratamiento de la teoría general de las personas por los maestros del derecho civil del siglo pasado –personas a las que denominaban “sujetos”– era presentado como una cuestión rígida del derecho, casi matemática, si cabe esa comparación, que no daba lugar a una interpretación flexible en torno a la voluntad, al propio accionar, a la propia libertad de elegir o escoger qué camino seguir a pesar de las circunstancias que a cada cual le habían tocado en suerte.

La teoría de la personalidad se proyectaba rígidamente ya desde la propia norma: “‘persona’ es todo ‘ente’ dotado de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.” (Art. 30 CCA). Para lo que a este ensayo importa, destaquemos también que las denominadas “personas de existencia visible” eran aquellos “entes” que presentaban “signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes.” (Art. 51 CCA).

En esa rigidez del derecho, obra de la corriente jurídica que de alguna forma imponía seguir el movimiento llamado *positivismo jurídico*, era la que imperó en gran parte del siglo pasado, alcanzando su máximo esplendor luego de la puesta en vigencia del CCA (Ley 340). Esta afirmación que asumo, contiene el análisis de un hecho realmente objetivo del pasado. Para visualizarlo aun con mayor claridad, bastará con recordar la notable influencia que en nuestras tierras ejercía el maestro vienes Hans Kelsen, acaso uno de los más grandes juristas de todos los tiempos. Al postular que la interpretación del derecho debía ser *la pura determinación cognoscitiva del sentido “puro” de las normas jurídicas*, (cfr. KELSEN, 2007, p. 355) no puede sorprender que el concepto de *persona*, relacionada a una especie de “portador” de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos (cfr. KELSEN, 2007, p. 183), no sea una *realidad natural*, sino una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho.

Dentro de las clasificaciones propias, la persona física, “que no es un hombre, sino una unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre.” (cfr. KELSEN, 2007, p. 184). En esta línea de orientación, y en breve resumen, también el maestro Carlos Cossío, con su afirmación de que “la persona en cuanto objeto, solo es el ente humano con toda su plenaria realidad.”. Así, la personalidad jurídica no es una cualidad de la persona, que a ella pertenece, sino que es “el punto de vista conceptual o significativo desde el que se ve o aprehende a la persona en tanto que objeto.” (cfr. COSSIO, 1944, p. 207; COSSIO, 1987, p. 149).

Desde aquí que entre los primeros civilistas argentinos, tales como *Lisandro Segovia* (cfr. SEGOVIA, 1881, p. 22), *José Machado* (cfr. MACHADO, 1912, p. 113), *Baldomero Llerena* (cfr. LLERENA, 1931, p. 134) o *Eduardo Busso* (cfr. BUSSO, 1944, p. 406), por ejemplo, no tuvieran comentarios a la teoría de la personalidad verdaderamente profundos, más que aquellos de rigor, perfectamente relacionados y descriptivos de lo que proyectaban las figuras legales en tratamiento.

En este esquema, *Alfredo Orgaz* comenzaría por afirmar que la personalidad no era una cualidad natural, “algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de este”, sino que es una cualidad puramente jurídica, esto es, “algo que el derecho construye para sus fines particulares.” (cfr. ORGAZ, 1946, p. 7). Para alcanzar esta comprensión, enseñaba el maestro cordobés, es oportuno atender a una evolución del concepto de hombre con todas sus caracterizaciones (cfr. ORGAZ; ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2000, p. 23).

Con diferentes fundamentos, pero sobre la misma idea, *Raymundo Salvat* enseñaba que para el derecho, el *rasgo esencial de la persona*, lo que definitivamente la caracterizaba fijando su naturaleza, era el hecho de que la misma “pueda ser sujeto activo o pasivo de derechos.” (cfr. SALVAT, 1958, p. 219). Lo más relevante, advertía el gran civilista, era que la misma pueda llegar a ser titular de derechos, por ejemplo, *del derecho de propiedad, ejercerlo, transmitirlo, etcétera* (cfr. SALVAT, 1958, p. 219). La relevancia del atributo *patrimonio*, por aquellos entonces, era y es realmente evidente.

Otros autores en cambio, intentaban ampliar el horizonte hacia un concepto un poco más flexible. *Manuel Arauz Castex* combatía la caracterización que el Código hacia sobre las personas de existencia visible:

la caracterización que el Código hace de las personas de existencia visible resulta hoy un tanto pueril para referirse a un concepto tan inequívoco como es el del ser humano. Pero se explica porque en la época del Código, estaban todavía presentes, aunque solo fuese para negarlas, ideas sobre la existencia de monstruos y prodigios, es decir sobre la posibilidad de que una mujer pudiera dar a luz otra cosa que no fuera uno o más seres humanos (ARAUZ CASTEX; LLAMBÍAS, 1955, p. 190)².

Y en forma admirable, también lo hacía *Jorge Llambías*, asimilando la idea que si hay alguna institución del derecho que no requiere ningún tipo de descripción ni definición es el propio ser humano, al que el código alude en forma “bastante pueril” (cfr. LLAMBÍAS, 1991, p. 249). *Llambías* fue un verdadero precursor al introducir el tratamiento de la justicia en el derecho civil. Al adscribir a la tesis de *Renard*, comprendía al derecho como un *orden social justo* (cfr. LLAMBÍAS, 1991, p. 20); de ahí que para el autor sea la noción del fin del hombre la que justifica y jerarquiza el concepto de derecho subjetivo, calificando el “recto uso de la libertad” (cfr. LLAMBÍAS, 1991, p. 31). Siempre

² V. también: Arauz Castex (1965, p. 206).

recordamos que *Renard* era quien presentaba a la *justicia, la moral social y el derecho natural* como un principio de unidad necesario para alcanzar el “orden del derecho” (cfr. RENARD, 1947, p. 72).

Sin embargo, a pesar de estos notables intentos por tener una visión jurídica de la personalidad más humana, mayormente flexible, no era posible considerar a la persona en la plenitud del ejercicio de sus derechos.

Incluso para el propio *Llambías*, todos los hombres son reconocidos en la codificación en el carácter de personas, desde que la Constitución nacional garantiza la igualdad de todos los habitantes ante la ley: “pero esta igualdad de los hombres en cuanto personas no exige un tratamiento igualitario de todos en cuanto a su capacidad.” (cfr. LLAMBÍAS, 1991, p. 250). La personalidad “se supone”, hay que atender el tratamiento diferencial de la capacidad para poder analizar las mil circunstancias en que el hombre puede encontrarse, en aras a la obtención del “bien común” (cfr. LLAMBÍAS, 1991, p. 250).

3 LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD VIGENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

En definitiva, muchos académicos, profesionales de ejercicio, juristas los tiempos presentes, hemos estudiado y comprendido el derecho de la personalidad desde una perspectiva más bien rígida, que entre otras cosas, e inclusive con las reformas relevantes que tuvieron verdadero protagonismo en el histórico CCA, nos ayudaba a comprender lo siguiente:

- a) en la legislación civil vigente hasta la puesta en vigencia del *Código Civil y Comercial de La Nación*, el *nombre de la persona*, únicamente designado para indicar la prueba del nacimiento (Art. 79 CCA), era un atributo parcialmente rígido, sostenido por una ley especial complementaria al CCA también rígida en sus consideraciones (Ley 18.248/1969) (cfr. LLAMBÍAS, 1991, p. 605);
- b) la *capacidad* era la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas, con un cuadro de presentación de la misma prácticamente inflexible (Arts. 52, 54, 55 y concordantes del CCA);
- c) las clasificaciones de los posibles *domicilios*, como asiento jurídico de la persona, reconocía tantas posibilidades como diferentes proyecciones de la teoría de la personalidad, partiendo del concepto de domicilio general, el domicilio real, legal, de origen, y los domicilios especiales como el convencional o de elección, el procesal, el conyugal, el comercial de la mujer casada, el de las sucursales, etcétera (cfr. LLAMBÍAS, 1991, p. 605);
- d) el *estado o estado civil*, relativo al Estado de Familia, implicaba una aceptación del modo de ser de la persona dentro de la familia, dentro del parentesco denominado “legítimo” (cfr. LLAMBÍAS, 1991, p. 349), teniendo en cuenta la rígida clasificación de la familia nuclear y familia ampliada, y, no mucho antes en el tiempo, de “familia legítima” y “familia

ilegítima” de acuerdo a su posición dentro o fuera del matrimonio (cfr. BELLUSCIO, 1967, p. 14); y

- e) el *patrimonio*, atributo por excelencia de la antigua codificación, se definía sencillamente desde la finalidad más relevante que presentaba: *la prenda común de los acreedores*.

Los tiempos actuales son totalmente diferentes. Una época de comprensión distinta del derecho, que finaliza con la interpretación literal de la norma para generar un verdadero protagonismo del jurista al tener que argumentar el derecho que pretende sostener con posiciones multiculturales y no por ello menos firmes y en muchos casos, decisorias.

En la necesaria búsqueda del valor justicia, se justifica el ejercicio habitual del *oficio del jurista* (cfr. HERVADA, 1990, p. 86)³ a partir de los intentos por brindar un *marco jurídico protectorio* dirigido a *resguardar* los intereses de toda persona que pretenda reunir su voluntad con otras y así, justificar su actuación en el mundo del derecho, en respeto de los principios elementales de *la buena fe, del no abuso del derecho, del “pacta sunt servanta”, del efecto relativo*, entre otros destacados paradigmas del derecho en general.

Una época diferente. Ni mejor ni peor a la descripta, pero con ciertas y esenciales particularidades del nuevo derecho normativizado que hay que tener en cuenta.

4 LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El *Código Civil y Comercial de la Nación* es también un código que sostiene y resguarda la *igualdad*, de la misma manera que lo hacía, según vimos, el *Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield*. Pero la referida igualdad, como baluarte del derecho contemporáneo, encuentra una proyección diferente, alejada totalmente del paradigma iluminista o decimonónico que la había cobijado en el pasado. La misma se aparta eficazmente de la consideración inflexible del derecho escrito, que ordenaba que los hombres y las mujeres, los niños, adolescentes y ancianos del pasado sean lo que podían ser en tanto *centro de imputación de normas*.

La presente igualdad es una igualdad real, en desarrollo de una gran cantidad de normas que protegen la ética de los vulnerables, en un cuerpo codificado que presenta como paradigma esencial la no discriminación (cfr. HIGHTON DE NOLASCO, 2015, p. 110). En sintonía con lo afirmado al inicio del presente aporte, ya no es “el hombre” el sujeto por excelencia del derecho privado, sino también, a su lado, “la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.” (cfr. HIGHTON

³ De aquí surge que el oficio del jurista está compuesto principalmente por el juez, el abogado, el notario o escribano, el legislador y el profesor de derecho.

DE NOLASCO, 2015, p. 111). Una igualdad real que considera a la persona en el sentido de “ciudadano”, sin distinciones etarias (v. DABOVE, 2018), capaz de contemplar ambos aspectos del principio, el concreto y el abstracto (cfr. LORENZETTI, 2016, p. 95).

Esta concepción jurídica actual viene siendo desarrollada por la jurisprudencia de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación* (en adelante, CSJN) y la doctrina al menos, de los últimos treinta y cinco años, tal como lo hemos expuesto en los capítulos precedentes. Solo que ahora, esa fuerza y ese espíritu de la jurisprudencia y de la doctrina por alcanzar a llevar estos postulados al centro de atención del nuevo derecho, alcanzaron la normatividad.

Esto explica, entre tantas otras cosas, que “la persona y sus derechos fundamentales sean la base que justifica el nuevo código” (cfr. HIGHTON DE NOLASCO, 2016, p. 196), desde un criterio sustentado en una “fuerte tradición humanista” (cfr. LORENZETTI, 2016, p. 96). Por ello, no puede sorprender que, a diferencia del paradigma anterior:

- a) el *nombre*, que en el CCCN es el atributo que se refiere a la designación exclusiva que corresponde a cada persona para que la misma pueda identificarse en la sociedad (cfr. NIETO, 2016, p. 390). Se compone por el “prenombre”, relativo a la forma de designación de la persona inscripta en el Registro Civil; el “nombre de pila” como designación común de toda persona que pertenece a una familia, y el *apellido* (cfr. RIVERA, 2020a, p. 1.025). Y se encuentra estrechamente relacionado con las reglas de la *Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación de la mujer*, equiparando los derechos de los cónyuges tanto para la elección del propio apellido como para el que escogerán para sus hijos (cfr. RIVERA, 2020a, p. 1.028);
- b) la *capacidad*, que realmente se presenta como uno de los grandes paradigmas del derecho vigente del presente siglo, con alcances totalmente diferentes a los proyectados en la codificación anterior: antes, se era persona si se era capaz; hoy, la capacidad se presume por el solo hecho de ser persona (Art 31 inc. a. CCCN); “La preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derechos.” (cfr. HIGHTON DE NOLASCO, 2016, p. 200). Esto significa además considerar las restricciones en hechos y actos concretos y no de manera general, desde la consideración de diversas graduaciones de la capacidad, con medidas que ayuden a superarlas y no a excluir (cfr. LORENZETTI, 2016, p. 97). En este tema, el desarrollo de la autonomía progresiva en las niñas, niños y adolescentes, conforma uno de los grandes paradigmas del presente derecho normativizado (cfr. MIZRAHI, 2016, p. 40; TORRENS, 2019);
- c) el *domicilio*, es el asiento de la persona para la producción de los efectos jurídicos necesarios, en el lugar de su residencia habitual (Art. 73 CCCN). Más allá de las diversas clasificaciones actuales que efectúa la doctrina, –algunas similares y otras de avanzada–, el domicilio siempre está fijado por la ley (RIVERA, 2020a, p. 1.074). Esta última aseveración es altamente relevante en esta obra, sobre todo para la adecuada utilización del domicilio “electrónico o virtual”;

- d) el *estado*, aludiendo exclusivamente al *estado de familia*, que alcanza proyecciones más allá de las relaciones que se derivan de la filiación, ya que actualmente, el estado de familia se deduce del matrimonio, de la unión convivencial, de las relaciones parentales, del parentesco consanguíneo, del parentesco adoptivo, del parentesco por afinidad y del parentesco por las técnicas de fecundación asistida (RIVERA, 2020a, p. 985). Se vuelve realidad, en la normativa del derecho actual, la proyección que hace veinte años hicieran Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta, en aquel libro señero por lo enjundioso, pero más por lo revolucionario (cfr. GROSMAN; MARTÍNEZ ALCORTA, 2000). Muchos de los conceptos actuales del derecho de familia, como el de socio afectividad, pueden claramente encontrar sus fundamentos en aquellas páginas;
- e) el *patrimonio*, como el conjunto de los bienes y cosas de una persona (Art. 16 CCCN) (RIVERA, 2020b, p. 85), encontrándose integrado por los derechos patrimoniales (derechos reales, derechos personales y derechos intelectuales) (RIVERA, 2020b, p. 107). Fuera de la consideración de atributo, el CCCN también hace referencia a los denominados “patrimonios especiales” autorizados por la ley, que solo ofrecen como garantía los bienes que lo integran (Art. 242) (cfr. BUDANO ROIG, 2016, p. 332).

El cambio de paradigma o de perspectiva, en la lectura actual de los atributos con relación a su tratamiento normativo en el derecho anterior es verdaderamente trascendente. Su comprensión actual debería estar más cercana al arte que a la técnica jurídica, esto lógicamente, sin violentar los requisitos formales que cada uno proyecta como base.

5 LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Los *derechos personalísimos* son prerrogativas con las que cuenta cada persona por el solo hecho de gozar de esa calidad, de carácter extra-patrimonial, y que le son correspondientes desde antes del nacimiento y hasta después de su muerte (RIVERA, 2020a, p. 1.099). No respetar estas prerrogativas importa menoscabar la propia personalidad.

Son una defensa de reconocida trascendencia (cfr. CIFUENTES, 1974, p. 84). El hombre y la mujer, las niñas, los niños y los adolescentes, los ancianos, todos los que conformamos el mundo tal como lo conocemos y aceptamos somos individualidades inconfundibles; al mismo tiempo, participamos en la vida de relación. Por principio general, toda sociedad decae cuando no se respetan todos y cada uno de sus miembros (cfr. CIFUENTES, 1974, p. 82).

En una obra de tratamiento de las relaciones existentes entre la tecnología y el derecho, debe de poder apreciarse que de lo que se trata, como primera medida, es de cuidar a la persona humana del mal uso, del abuso, del uso desmesurado de la tecnología como herramienta para causar un daño a su integridad. Así, todas las propuestas de utilización de los medios tecnológicos

como herramientas al servicio de la personalidad y con ello, del derecho, son bienvenidos, siempre y cuando de su implementación no emerjan daños evitables a la persona y su desarrollo individual, familiar y social.

6 GÉNESIS

Los derechos personalísimos tienen su origen en el derecho público (v. SAUX, 2021). Más precisamente, reconocen su cuna en el derecho constitucional, y de manera especial, en el *derecho convencional internacional*. En lenguaje constitucional, los mismos se comprenden dentro de la “constelación del derecho a la privacidad.” (cfr. ROSATTI, 2016, p. 201). Los *derechos personalísimos* son derechos fundamentales positivizados en el *Código Civil y Comercial de La Nación* (cfr. LORENZETTI, 2016, p. 124). Conforman una categoría de los *derechos humanos*⁴. Hay eficacia directa, son siempre prevalentes, aunque no estuvieren positivizados.

Son también operativos, a partir del principio del “*self executing*”; en este tema, resulta oportuno consultar los diferentes argumentos acerca de la operatividad o no de los tratados en la frondosa doctrina de la CSJN (cfr. VANOSSI; DALLA VÍA, 2019, p. 215; MANILI, 2017, p. 192; DIETZ, 2018, p. 73).

7 LA DOCTRINA ANTICIPATORIA

No había posibilidad que el desarrollo de los derechos personalísimos tuviera recepción definitiva en el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield. El mundo jurídico del siglo XIX era otro totalmente diferente al actual. Como ya hemos destacado líneas atrás, era el mundo decimonónico, que iluminaba técnicamente a los atributos y en especial, al patrimonio. Los atributos son cualidades inherentes a las personas, mientras que los derechos personalísimos son derechos subjetivos. Son categorías diferentes.

Pero Vélez Sarsfield pudo advertir que existían ciertos bienes que no estaban dentro del derecho de familia, y que definitivamente eran derechos subjetivos extra-patrimoniales, y así lo dice en la nota al artículo 2312⁵.

Hay derechos, y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etcétera [...].

⁴ Nuestro alcance de la expresión “derechos humanos”: Bidart Campos (2020); Massini Correas (1987) y Massini Correas (1994).

⁵ **Art. 2312 del CCA:** “Los objetos immateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. EL conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio.”

También en redacción originaria del Código Civil Argentino se encontraban normas vinculadas a la protección de la vida, integridad física, el honor, en el tratamiento de los delitos civiles que afectaban de una u otra manera a esos bienes, etcétera. Por su parte, la ley 11.723/1933 de propiedad intelectual comenzaba por regular el derecho “a la propia imagen”. Posteriormente, la ley 21.173/1980 incorpora el artículo 1071 bis al Código Civil Argentino, relativo al derecho a la intimidad. Para el análisis de la protección de la privacidad, el referido artículo era esencial:

El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencias, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijara equitativamente el juez de acuerdo a las circunstancias; además, podrá este, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

Este importante artículo, consolidado y analizado por la doctrina y la jurisprudencia, se replica en el artículo 1770 del Código Civil y Comercial de La Nación⁶.

Puede decirse que en nuestro país, el génesis académico de los derechos personalísimos puede encontrarse en la obra del maestro *Alfredo Orgaz*, que comenzaba a despejar las primeras dudas acerca de la personalidad humana a finales de la primera mitad del siglo pasado (cfr. ORGAZ, 1946; ORGAZ, 1961). El autor cordobés consideraba que los derechos de las personas no eran efectivamente derechos subjetivos, ya que, una vez ocurrida la lesión a la vida, al honor, o a la integridad, lo que surge es un derecho a obtener una condena de naturaleza civil o penal del ofensor. Así lo expresaba:

La vida, la integridad corporal, el honor, etc., no constituyen derechos subjetivos de la persona porque, aun mas, integran la persona misma en la concepción de la ley [...] En rigor, contemplados los llamados derechos de la personalidad a la luz de las leyes argentinas, hay que decir que estas los ignoran: son derechos que no tienen en la ley modos de adquisición, de modificación, de transferencia, de extinción. Su procedencia en más bien de origen jusnaturalista, aunque no todos sus partidarios lo advierten y aunque a veces se disimule su origen llamando a estos derechos “originarios” donde los iusnaturalistas decían “innatos” (cfr. ORGAZ, 1946, p. 131; ORGAZ, 1961, p. 119).

⁶ **Art. 1770 CCCN:** Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

Relacionado con la imagen, se refería *Orgaz* al denominado “Derecho a la soledad”, que estaba relacionado al derecho que tiene cada individuo de permanecer aislado, solo, y no ser arrastrado a la publicidad (ORGAZ, 1946, p. 163; ORGAZ, 1961, p. 151), no dejando de advertir que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de aquellos entonces negaba la existencia del derecho a la propia imagen, salvo cuando de su publicación o difusión se derivara un perjuicio para el honor objetivo o subjetivo de la persona (ORGAZ, 1946, p. 163; ORGAZ, 1961, p. 152). Más allá de las posiciones, lo destacable del recordado maestro cordobés es el desarrollo primigenio del tema en estudio en un momento de la historia en donde la doctrina iusprivatista derivaba sus atenciones hacia otros aspectos del derecho privado. En el mismo sentido, también se expedía *Manuel Arauz Castex*:

no deben confundirse los atributos con los derechos de la personalidad. La vida, el honor, la libertad, etc., no son atributos ni derechos; están más allá y por encima de toda la construcción científico-jurídica. A modo de los axiomas matemáticos, el respeto debido a ellos es una idea indemostrable, por básica y evidente. Todo pensamiento jurídico la da por sentada. Ni siquiera la CN menciona la garantía de la vida. No constituyen tampoco el objeto de un derecho, sino del ordenamiento jurídico entero [...] son en definitiva, el respeto a la persona misma (cfr. ARAUZ CASTEX, 1955, p. 211).

Para *Jorge Llambías*, los derechos de la personalidad, como aquellos derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad (LLAMBÍAS, 1991, p. 275), son verdaderos derechos subjetivos de carácter extra-patrimonial (LLAMBÍAS, 1991, p. 276), cuyos caracteres ordenan que los mismos sean innatos a su titular, vitalicios, inalienables, imprescriptibles y absolutos, ya que se ejercen erga omnes (LLAMBÍAS, 1991, p. 277). No pueden enumerarse de manera taxativa, pero son los principales el derecho a la vida (la vida humana como factor de indemnización), a la integridad corporal, a la libertad y al honor o integridad moral (LLAMBÍAS, 1991, p. 278).

Sin embargo, es de justicia reconocer que un primer estudio formidable del tema se encuentra presentado en la tesis doctoral de *Santos Cifuentes*, en la *Facultad de Derecho* de la *Universidad de Buenos Aires* (1969) (ARGENTINA, 1969), publicada en formato libro algunos años después, con comentarios por demás de elogiosos del recordado doctor Guillermo Borda (cfr. CIFUENTES, 1974). Una teoría de la personalidad humana en épocas de esplendor del derecho privado patrimonial, es digna de todo elogio y consideración. Por aquellos entonces, y muy apropiado para la obra que estamos elaborando, decía el autor:

Negar los derechos personalísimos sería desconocer la dignidad de la persona; omitirlos impediría el avance por el camino de la libre y necesaria expansión. La persona quedaría inerme en la portada del tercer milenario, frente a la tecnología de la era atómica, lo que, quizás, produciría su destrucción total. Tecnología que no combato, (no) me atemoriza ni considero mala, pero que, insospechablemente, puede perjudicar al ser desprevenido que carezca de las defensas eficaces (CIFUENTES, 1974, p. 84).

Una obra señera, que tuviera luego diversas actualizaciones hasta el fallecimiento de su autor (cfr. CIFUENTES, 2008).

Luego de estos aportes vendría el maestro latinoamericano de la teoría de la personalidad, *Carlos Fernández Sessarego*, para quien todos los derechos personalísimos están contenidos en la dignidad (cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2004; FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2015).

En definitiva, los derechos personalísimos proyectan su eficacia hacia el sistema jurídico iusprivatista en general. Como nos transmitía hace tiempo nuestro recordado profesor *Héctor Negri*, profesor titular de filosofía del derecho en nuestra querida *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* en los tiempos que a ambos nos tocara en suerte: “Tanto la existencia del derecho como sus contenidos específicos encuentran su fundamento en la dignidad de la persona humana.” (NEGRI, 2012, p. 29)

8 CATEGORÍA Y CARACTERES

Los derechos personalísimos forman parte de lo que se aprecia como categoría de derechos subjetivos esenciales y naturales de la condición humana. De ahí a que sean innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, inherentes, extra-patrimoniales, relativamente indisponibles, absolutos, privados y autónomos (RIVERA, 2020a, p. 1.117). Sin embargo, no debe dejar de advertirse que en el código actual, hay derechos y actos personalísimos que están bien definidos. Los derechos personalísimos son efectivamente esos derechos subjetivos que reconocen en frente, a sujetos pasivos determinados e indeterminados que tienen que respetarlos. Pero además existen los “actos personalísimos”, que son conductas autorreferentes de las personas que aluden a su dignidad, y que a lo mejor no tienen un sujeto pasivo obligado.

9 PROYECCIÓN INTERNACIONAL

Nuestro país adhiere claramente a un derecho internacional protector de los derechos humanos, muchos de ellos receptados por el derecho privado dentro de la categoría de los derechos de la personalidad (RIVERA, 2020a, p. 1.110). Según la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (Ley 19.865) los tratados en vigor obligan a las partes, debiendo ser cumplidos, y no pudiendo cualquiera de ellas invocar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento. Para la *República Argentina*, el cumplimiento de los tratados suscriptos con los países de donde resulta la cooperación común, resulta ser absolutamente exigible y de innegable importancia⁷, ya sea por la *incorporación constitucional* de los tratados con *jerarquía de derechos humanos* en 1.994, ya sea por la afirmación de la referida convención, tan excelentemente argumentada

⁷ Para analizar objetivamente el derecho de los tratados, incluso mucho antes de su tratamiento constitucional: Barberis (1973, p. 103).

en el fallo *Ekmedjian c/ Sofovich*⁸. Como afirma el constitucionalista argentino *Germán Bidart Campos*: “Los tratados no son trajes de fiesta para exhibirse bien vestidos en el concierto internacional. Los tratados son para cumplirse.” (D’ANTONIO, 2001, p. 18, *apud* BIDART CAMPOS ([s.d.], p. 514). Es así que la aplicación del derecho internacional deviene obligatoria, ya que desconocer el mismo hará incurrir al Estado en responsabilidad internacional (cfr. TRAVIESO, 1996, p. 10).

Desde la más remota antigüedad se celebran tratados entre países/naciones. De hecho, suele reconocerse con acierto que tanto los *príncipes* como los *reyes* han celebrado *tratados internacionales* con la finalidad de alcanzar un mínimo de paz entre las guerras que entre ellos mismos libraban (v. REUTER, 1999, p. 13). Sin embargo, el actual y repotenciado desarrollo de las temáticas de *derechos humanos* relacionadas con la protección del desenvolvimiento del hombre en libertad, influye aún mucho más que en los tiempos remotos en las legislaciones internas de los países que intentan con entusiasmo conformar un *bloque común* de reconocimiento de *derechos supranacionales* (cfr. ARMELLA; JUSTO COSOLA, 2011, p. 31). Así, en uno de sus últimos libros, también *Bidart Campos* ha afirmado lo siguiente:

Es importante asimismo, que la cuestión de los derechos ya no se encierre herméticamente en la jurisdicción “reservada” de los Estados, o sea, de aquella que le incumbe exclusivamente a cada Estado. Hoy ya es habitual reconocer que ha ingresado a una jurisdicción compartida o concurrente: los derechos humanos pertenecen, por igual, a la jurisdicción interna y a la internacional (BIDART CAMPOS, 2007, p. 149).

⁸ La decisión en la causa “Miguel Ángel Ekmekdjian c/ Gerardo Sofovich y otros” es quizás la más paradigmática para traer aquí como ejemplo. En la misma se impone en la Corte Nacional una decisión judicial fundamentada en derecho, pero especialmente en una fuente de indudable valor como una opinión consultiva emitida por un organismo internacional tan trascendente como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el seno del Pacto de San José de Costa Rica (CSJN. Fallos 315:1492). Recordemos que en ese caso trascendental, se estaba en presencia de la supuesta imposibilidad del ejercicio de derecho a réplica porque el mismo no había sido reglamentado por el Congreso Nacional aunque si estaba reconocido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica (v. QUIROGA LAVIÉ, 1995, p. 120). De los apartados 21 y 22 del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede extraerse lo siguiente: “Ante la consulta hecha a dicho tribunal (se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos) acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá ‘en las condiciones que establezca la ley’, quiere decir que dicho derecho solo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta a favor de toda persona, ya que ‘el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo’ (Opinión consultiva...) Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el art. 14.1 ‘reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible’ y que la frase ‘en las condiciones que establece la ley’ se refiere a cuestiones tales como ‘si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuando debe publicarse la respuesta una vez recibida, en que lapso puede ejercerse el derecho, que terminología es admisible, etc.’ [...] Que en dicha opinión consultiva la Corte Interamericana sostuvo que ‘todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medida que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin’ (CSJN. Fallos 315: 1514). V. especialmente CIDDHH. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de Agosto de 1986. Exigibilidad del derecho de Rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre DDHH).

10 LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

Nuestro país se encuentra actualmente dentro el marco de la supremacía constitucional y convencional del derecho. Antes de la reforma constitucional del año 1994, existía el denominado “Estado Constitucional del derecho”. Luego de ese año y hasta los tiempos presentes, sin vísperas de cambios en este tema, nos conformamos dentro del “Estado constitucional y convencional del derecho.” (cfr. GIL DOMINGUEZ, 2015, p. 29).

Referirse a la “constitucionalidad”, nos dirige a comprender las normas constitucionales, esencialmente en este tema, las emergentes de la parte dogmática, por ejemplo: La garantía de igualdad (Art. 16), incluidos los extranjeros (Art. 20); El derecho a la privacidad (Art. 19), y con ella, la reserva de papeles privados, la correspondencia e inviolabilidad del domicilio (Art. 18 *in fine*); Los derechos y garantías implícitas (Art. 33), etcétera.

Cuando nos referimos a la cuestión emergente de la “convencionalidad”, hacemos alusión a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional, los enumerados y los que sean aprobados por el Congreso de La Nación a través del mecanismo específico descripto al efecto (Art. 75 inc. 22) (v. ZARINI, 1996, p. 299; QUIROGA LAVIÉ, 2012, p. 473). Por ejemplo, La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con vigencia legal en nuestro país como tratado (Ley 23.054), y luego con rango constitucional (1994), deja leer en el preámbulo la necesidad de “consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” que le son absolutamente correspondientes por la propia personalidad humana y no por el hecho de ser nacional de determinado Estado. Menciona a los derechos personalísimos: derecho a la vida (Art. 4); derecho a la integridad personal (Art. 5); derecho a la libertad personal (Art. 7), etcétera. Un tratado Internacional que, a través de la enumeración de los derechos civiles y políticos, promueve la promoción de medidas legislativas a los Estados parte para garantizarla defensa de los derechos fundamentales (cfr. REDONDO, 2020, p. 51).

Los instrumentos internacionales no fueron incorporados a la Constitución Nacional. No forman parte de ella. Comparten con la misma el ámbito normativo de supremacía (hay supremacía constitucional + convencional). Esto genera la existencia de dos fuentes de interpretación:

- a) una interna, que se alcanza a través de la lectura y comprensión de la Constitución, y
- b) otra externa, que es la de la lectura de los Tratados de Derechos Humanos, con su propia lógica de funcionamiento.

Ambas fuentes son complementarias (Art 75 inc. 22), quiere decir que se encuentran en plano de igualdad. Los Tratados de Derechos Humanos presentan jerarquía constitucional desde sus condiciones de vigencia estática: el momento en que el Estado Argentino los ratificó. Las condiciones de vigencia dinámicas, son las que surgen de las interpretaciones de los órganos que aplican

estas normas. Las mismas pueden ser directas, cuando se refieren al Estado Argentino, o indirectas cuando se refieren a otros Estados.

Las dos fuentes también se “retroalimentan”, “dialogan”: en caso de colisión se aplica la alternativa más cercana a la persona.

El órgano encargado de interpretar la Constitución Nacional es la *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, mientras que los encargados de interpretar los tratados son la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia Nacional no puede establecer cuál es la interpretación correcta de los tratados de derechos humanos, ni tampoco los órganos internacionales pueden obstaculizar la interpretación constitucional que efectúe la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Son dos fuentes jurídicas distintas, que comparten el mismo espacio, e irradian desde la supremacía a las relaciones de las personas con el estado y las personas entre sí (v. GIL DOMINGUEZ, 2021).

Consecuentemente, comprender la operatividad y aplicabilidad inmediata tanto del *Pacto de San José de Costa Rica*, como de las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas por Argentina, y de los tratados constitucionalizados es esencial, de la misma manera que la importancia del análisis de las decisiones tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (RIVERA, 2020a, p. 1.111). En definitiva, operatividad implica que todo tratado que reconozca en su cuerpo un derecho fundamental del hombre no requiere ninguna ley del Estado signatario para que el mismo pueda cumplirse y ejecutarse. Son los tribunales nacionales los que deben de aplicar el derecho internacional aludido. Su no aplicación genera una actuación institucional de la Comisión y Corte interamericana referida para restituir el goce de los derechos vulnerados y exigir al Estado infractor una indemnización⁹.

Por lo demás, siempre es bueno recordar que la Constitución Alemana de Bonn es el instrumento que por primera vez ha aludido a la dignidad de la persona como concepto fundamental. Y también es el que ha dividido las aguas entre el concepto de ley y el concepto de derecho. Ley y derecho no son sinónimos, cuando se trata de analizar casos de injusticia extrema (cfr. VIGO, 2006, p. IX). Precisamente es el *Código Civil y Comercial de La Nación* el que también divide o distingue, en su título preliminar, el *derecho de la ley*.

11 LA IMPORTANCIA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN¹⁰

El *título preliminar* (en adelante, TP), es concebido como una *puerta de entrada* al *Código Civil y Comercial* y también al resto del sistema jurídico (cfr. LORENZETTI, 2014, p. 25). Todos sus artículos presentan un gran significado *valorativo*; por ello un título preliminar presenta una notable utilidad en el campo

⁹ Para ver el alcance los organismos aludidos: Barboza (2017, p. 178).

¹⁰ Para ampliar este tema: Justo Cosola (2016, p. 745-782).

de la interpretación jurídica –o criterio de argumentación jurídica razonable–. Desde allí el notorio y necesario efecto expansivo que presenta, tanto para todos los casos que se contemplan en el cuerpo normativo como así también para los otros ámbitos normativos (cfr. LORENZETTI, 2014, p. 25).

El nuevo tratamiento del título preliminar realizado por la comisión redactora y aprobado oportunamente, permite inferir que la lectura del Código Civil y Comercial de La Nación no puede únicamente referirse a la interpretación de la ley, sino que hay que interpretar la norma comprensiva de la ley, de los valores y de los principios que los casos del código trata y expone. El nuevo cuerpo legal “distingue el derecho de la ley”, y es este un cambio esencial respecto de toda la tradición jurídica anterior (cfr. LORENZETTI, 2014, p. 25). Precisamente sobre este tema se ha reconocido que la decisión de incluir un título preliminar en el nuevo código obedeció a la necesidad de aportar ciertas reglas de significancia general para todo el cuerpo legal, con fundamentos tanto en las tradiciones históricas como a la utilización de los conceptos normativos que luego se van especificando a lo largo de toda la obra (cfr. HIGHTON DE NOLASCO, 2015, p. 11). En efecto, de los propios fundamentos del entonces ya referido anteproyecto, se desprenden las siguientes líneas cuya consideración en el cuerpo normativo generó originariamente ciertas dudas acordes con el sistema de derecho actual: “[...] Su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código Civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema.” (LORENZETTI; HIGHTON DE NOLASCO; KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2012, p. 511).

Se aleja entonces claramente el Código Civil y Comercial de La Nación de considerar que la inclusión de un título preliminar puede contrastar con la tendencia a descodificar el derecho, para tomarlo como una necesidad de los operadores jurídicos de recurrir al mismo con la finalidad de decidir cuestiones complejas en la elección o decisión tomada desde el diálogo de fuentes (LORENZETTI; HIGHTON DE NOLASCO; KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2012, p. 512). De ahí entonces que desde los fundamentos esgrimidos por la comisión redactora se asuma que “hay que distinguir entre derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no la única.” (LORENZETTI; HIGHTON DE NOLASCO; KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2012, p. 512). Y también que desde allí, de manera precisa se determine qué: “[...] es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y de fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores.” (LORENZETTI; HIGHTON DE NOLASCO; KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2012, p. 512).

El cambio de modelo del nuevo derecho privado es innegable y absolutamente trascendente, de manera que este tema no puede no tener la importancia que merece.

El jurista que pretenda comprender este nuevo *sistema de interpretación normativa*, debe necesariamente recurrir y conocer las reglas del título preliminar para poder determinar, en cada caso “lo justo de cada cual”, en un amplio “diálogo de fuentes”. De aquí entonces que hablemos de la *constitucionalización*

del derecho privado, precisamente porque ese amplio dialogo de fuentes se inicia desde la Constitución Nacional, y de allí que existan autores que se refieran, al hablar del alcance normativo de la constitucionalización del derecho privado, a que necesariamente haya que analizar básicamente, dos dimensiones: la normativa y la dikelógica (o axiológica) (cfr. RIVERA; CROVI, 2016, p. 8).

Así es entonces que puede afirmarse sin temor a equivocación alguna, que en gran medida, el reconocimiento de la Constitución como fuente del derecho es un reconocimiento que en definitiva, dirige al jurista preparado a captar de su seno los principios, valores y derechos humanos que tienen capacidad de generar en él mismo, las respuestas y los interrogantes frente a los casos que se le planteen (cfr. VIGO, 2015, p. 28).

El paradigma jurídico al que hemos estado hasta ahora acostumbrados a tener como guía o faro frente a los casos complejos (aplicación de la ley luego de la interpretación y de haber encontrado en ella “la respuesta adecuada”) debe entonces mutar absolutamente hacia un criterio argumentativo de ejercicio jurídico (estudiar el “caso” con su variedad de fuentes, donde habrá siempre más que una respuesta y en el cual la delicada tarea jurídica es la de escoger de todas ellas cual es la que se pretende que prospere o consienta) (cfr. VIGO, 2015, p. 28).

12 ESQUEMA DEL TÍTULO PRELIMINAR

El título preliminar se conforma de dieciocho (18) artículos, los primeros del código en vigencia, que según lo antedicho, conforman la puerta de entrada tanto hacia el nuevo cuerpo normativo como hacia el nuevo derecho, tanto en el contenido como en las leyes especiales que acompañan y ratifican el cambio de paradigma. Su transcripción en este espacio resultaría ser tediosa e innecesaria, por cuanto debo dar por conocida al menos, una primera lectura del tema en referencia, remitiendo claro está para la profundización teórica de conceptos, a los muy buenos aportes con los que contamos en la actualidad¹¹.

Pero si es importante destacar con frases, palabras y títulos contundentes los temas que abrazan los artículos implicados. En efecto podemos decir, con cada uno de los artículos vigentes y en el orden del CCCN lo siguiente:

- a) consideración de todas las fuentes del derecho para la conformación del caso concreto, y no solo y únicamente la ley (art. 1);
- b) alcances de la interpretación legal, mucho más allá de la voluntad legislativa, teniendo en cuenta esencialmente, su *finalidad*, los *principios*, los *valores*, etc. (art. 2);
- c) creación razonable del derecho dentro del ámbito de la competencia judicial, y por analogía, de cada jurista (art. 3);

¹¹ Para ver algunos de los aportes interesantes que se han dado hasta aquí: López Mesa (2019); Lamber (2015, p. 1-73); Rabbi-Baldi (2014, p. 51-109); Formaro (2016, p. 41); Ciuro Caldani, Nicolau y Frustagli (2019).

- d) conocimiento del derecho (art. 4);
- e) régimen de competencia legal (art. 5);
- f) aplicación práctica del derecho (art. 6);
- g) interpretación del derecho y su compatibilidad con las doctrinas mayoritarias y la última jurisprudencia (art. 7);
- h) principio de responsabilidad ciudadana (art. 8);
- i) concreción de la *buena fe diligencia* (art. 9);
- j) intervención jurídica en defensa de los derechos fundamentales a través del asesoramiento (art. 10);
- k) intervención jurídica en defensa de los derechos que dentro de su competencia dirigen a considerar la protección de la parte débil; por ejemplo, derecho del consumo (art. 11);
- l) consideración del orden público para los casos generales, y de la autonomía de la voluntad en cada caso en particular (art. 12);
- m) asesoramiento en casos puntuales y específicos (art. 13);
- n) análisis integral de los efectos de los actos y negocios jurídicos (art. 14);
- o) formación jurídica en materia de atributos en general, y del patrimonio en especial (art. 15);
- p) valoración jurídica de los bienes y de las cosas de una manera multicultural (art. 16);
- q) comprensión cabal de alcance de aspectos esenciales de la personalidad humana (art. 17);
- r) reconocimiento de las tradiciones jurídicas e indirectamente, del derecho de las minorías (art. 18).

El TP del Código Civil y Comercial de La Nación es la herramienta de interpretación de principios más importante, por la generalidad de los supuestos implicados, de todo el cuerpo normativizado. Los dieciocho artículos que los componen son un “comodín” que sirven para alcanzar una interpretación acorde con los principios del derecho que cada caso dudoso o complejo necesite para poder alcanzar la mejor solución, o al menos, desde nuestra visión, la que sea mayormente justa para las partes involucradas.

El tema de los derechos personalísimos presenta una fuerza contundente que permite el asilo y la protección de la persona humana frente a la vulneración o vulnerabilidad de sus derechos esenciales o fundamentales. No hay manera de comprender lo antedicho de otra manera. Muy a pesar de lo inexplicable de su ubicación legal dentro de los atributos de la personalidad y no fuera de ellos como categoría especial –aunque solo sea una cuestión metodológica–, no hay parte del Código Civil y Comercial de la Nación de mayor conectividad con la Constitucionalidad y convencionalidad referida que la que describe la parte general y especial de los derechos personalísimos.

De manera que la lectura de los derechos personalísimos tiene que ir acompañada de los fundamentos propios de cada artículo y también, del “derecho” proyectado en el título preliminar. De esa manera, la defensa de la personalidad ante cualquier tipo de embate será la adecuada, incluso de los provenientes de la mala, indebida o injusta utilización de las herramientas informáticas.

13 LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

De los fundamentos de la comisión redactora del por entonces ante proyecto de *Código Civil y Comercial de la Nación* se desprende la importancia de la incorporación, tanto al texto como al espíritu del nuevo cuerpo normativo, de los derechos personalísimos en clave constitucional:

Se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del derecho supranacional de derechos humanos, cuya reglamentación infraconstitucional debe tener lugar en el Código Civil [...] hay una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad (ANTEPROYECTO, 2012, p. 615).

¿Cuál es su soporte iusfilosófico? La integridad (corporal y espiritual) y dignidad de la persona (Art. 51). Dentro del derecho a la integridad espiritual se encuentran el honor, intimidad, imagen, e identidad. La identidad en nuestro país se encuentra relacionada con la ley especial de creación del *Banco Nacional de Datos Genéticos* (Ley 26.548).

La *intimidad*, con un desarrollo superior del maestro *Cifuentes* que sirve de antecedente (cfr. CIFUENTES, 2007), en la actualidad se encuentra normativamente reconocida, y su tratamiento deja ver alcances de la figura que impactan tanto en lo personal como en lo familiar (Art. 1770 CCCN¹²). Es que la defensa de la intimidad en ocasiones alcanza los límites más allá de la propia persona, considerando también a la familia¹³. Tanto la persona como la familia tiene la posibilidad de ubicarse dentro de los cánones de la responsabilidad civil, y utilizar sus acciones preventivas y resarcitorias.

¹² **Artículo 1770.** Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

¹³ CSJN: Fallos: 306:1892. Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A s/ Daños y perjuicios (1984).

Por otra parte, corre la indemnización de daños por afectación de los derechos personalísimos (Art. 1738 CCCN¹⁴).

En cuanto a la libertad, la misma no tiene regulación expresa, porque su fundamento se encuentra dentro de la Constitución Nacional. Se explica además, desde el título preliminar del Código anteriormente relacionado, por la remisión que desde allí se hace al cuerpo constitucional (Art. 1 CCCN).

En torno a la imagen, tema importante analizado desde la cuestión tecnológica. Mas precisamente de la capación de imagen o voz de cualquier modo que se haga (perspectivas tecnológicas). La captación no autorizada, aunque no circule o no este destinada a circular, también está penada. Salvo que haya consentimiento, o que quien esgrima la circulación de imagen se encuentre participando en actos públicos o reconocidos, no es posible¹⁵.

Los actos personalísimos: son actos que no tienen un obligado especial sino que son actos que tienen una conducta bioética autorreferente:

- actos relacionados con el propio cuerpo (art. 56 CCCN);
- prohibición de las prácticas de alteración genética del embrión con fines que nos sean curativos o preventivos de enfermedades, como la experiencia estética, fines sexuales, raciales, la clonación, etc. (Art 57 CCCN);
- investigación en seres humanos prohibida vacunas prácticas, etcétera. Artículo muy importante (Art. 58 CCCN);
- consentimiento médico informado (Art. 59 CCCN). Analogía con las leyes 25.529 –Ley de derechos del paciente–, 26.742 –muerte digna–, 26657 –Ley de Salud Mental–;
- directivas medicas anticipadas (Art. 60 CCCN). Escritura pública, como pre constitución de prueba de voluntad. La ley de derechos del paciente alude a la forma instrumental pública (Ley 26.529). El límite es la eutanasia;
- exequias y propio cadáver: el cadáver puede ser objeto de donación para investigación. Relación con la ley de trasplante de órganos).

Queda por decir que los principios jurídicos y bioéticos de los derechos personalísimos están conformados por la dignidad, el respeto a la competencia del predisponente, la progresividad y la no regresividad. Desde aquí la proyección de los referidos alcances del consentimiento informado, y de la confidencialidad, la integridad física, el principio de la no discriminación a los efectos de alcanzar el acceso a los servicios de salud.

¹⁴ **Artículo 1738.** Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

¹⁵ CSJN: Fallos: 308:789 Campillay, Julio César c/ La Razón y otros (1986).

14 COROLARIO

Los atributos de la personalidad y los derechos personalísimos, con sus diferentes características y especialmente, con sus diferentes funciones dentro de la teoría de la personalidad funcionan como una garantía del principio general del derecho que ordena proteger a la persona frente a las vejaciones o menoscabos que pueda sufrir en su propia e inherente personalidad. Si bien ya la doctrina y la jurisprudencia venían señalando esta dirección –al menos desde la última reforma constitucional–, lo cierto es que la normatividad de los principios de la personalidad genera la necesidad jurídica de tener que interpretar la norma a invocar para que la misma sea adecuada, “justa”, la necesaria para evitar la controversia o para justificar una futura actuación.

Prevenir el daño es uno de los grandes paradigmas de la responsabilidad civil actual (Art. 1708, CCCN). Consecuentemente, se trata de conocer el derecho, interrelacionar los artículos implicados, ubicar que fuente o fuentes son las que, con mayor grado de certeza, pueden alcanzar a canalizar las respuestas prudentes (Art. 1725 CCCN), siempre en la búsqueda de lograr alcanzar, desde mi perspectiva jurídica, resultados equitativos y éticos, esto es, en definitiva, “lo justo que a cada cual corresponde.”.

REFERENCIAS

ALTERINI, Jorge Horacio. Estudio introductorio. En: PORTALIS Jean-Étienne-Marie. **Discurso preliminar**: código civil francés. Traducción de Silvia de la Canal. Buenos Aires: La Ley-DPFDUBA, 2004.

ANTEPROYECTO de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Buenos Aires: Códice, 2012.

ARAUZ CASTEX, Manuel. **Derecho civil**: parte general. t. I. Buenos Aires: Empresa Técnico Jurídica Argentina, 1965.

ARAUZ CASTEX, Manuel. **Derecho civil**: parte general. t. I. Buenos Aires: Perrot, 1955.

ARAUZ CASTEX, Manuel; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Derecho civil**: parte general. t. I. Buenos Aires: Perrot, 1955.

ARGENTINA. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Doctorado y Posdoctorado. Tabla de defensa de tesis aprobadas - Año 1969. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/doc_tesis_aprobadas_tabla_1969.php>. Último acceso en: 10/03/2021.

ARMELLA, Cristina Noemí; JUSTO COSOLA, Sebastian. **Abordaje teórico-práctico del adelantamiento de la ley de mayoría de edad**: Ley 26.579. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

BARBERIS, Julio A. **Fuentes del derecho internacional**. La Plata: Platense, 1973.

BARBOZA, Julio. **Curso de organismos internacionales**. Buenos Aires: Zavalía, 2017.

BELLUSCIO, Augusto César. **Nociones de derecho de familia**. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1967.

BIDART CAMPOS, Germán José. **La aplicación judicial de la convención sobre los derechos del niño**. t. 150. Buenos Aires: E.D. [S. d.].

BIDART CAMPOS, Germán José. **Nociones constitucionales**: las intersecciones iusnaturalistas de la constitución. Buenos Aires: Ediar / México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán José. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 2020.

BUDANO ROIG, Antonio R. **Lecciones de derecho civil**: parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

BUSSO, Eduardo B. **Código civil anotado**. t. I. Buenos Aires: Ediar, 1944.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada**: tutela de la intimidad. Buenos Aires: La Ley, 2007.

CIFUENTES, Santos. **Los derechos personalísimos**. Córdoba: Lerner, 1974.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (Dir.); NICOLAU, Noemí Lidia (Dir.); FRUSTAGLI, Sandra Analía (Coord.). **Derecho privado**: persona. t. 1. Buenos Aires: Astrea, 2019.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Losada, 1944.

COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

DABOVE, María Isolina. **Derecho de la vejez**: fundamentos y alcances. Buenos Aires: Astrea, 2018.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Convención sobre los derechos del niño**: comentada y anotada exegéticamente. Buenos Aires: Astrea, 2001.

DIETZ, María Fernanda. **Tutela judicial de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea-Rap, 2018.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho de las personas**. Lima: Grijley, 2004.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho y persona**. Buenos Aires: Astrea, 2015.

FORMARO, Juan J. **Título preliminar**. En: BUERES, Alberto J. **Código civil y comercial de la nación y normas complementarias**. t. 1A. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

GIL DOMINGUEZ, Andrés. **El estado constitucional y convencional de derecho en el código civil y comercial**. Buenos Aires: Ediar, 2015.

GIL DOMINGUEZ, Andrés. Supremacía constitucional y convencional.
Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=gcSCB4bBSEQ>>. Último acceso en: 10/03/2021.

GROSMAN, Cecilia P.; MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. **Familias ensambladas**. Buenos Aires: Universidad, 2000.

HERVADA, Javier. **Lecciones de filosofía del derecho**. Pamplona: EUNSA, 1990.

HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés. La capacidad de los menores de edad.
En: **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, n. 3, 2016.

HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés. Título preliminar del código civil y comercial: principios generales del derecho argentino. En: **Revista de Derecho Privado y Comunitario: Claves del Código Civil y Comercial**, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, Num. Extraordinario, 2015.

HOMENAJE a Dalmacio Vélez Sarsfield. Córdoba. El Copista-ANDCSC, 2000. (5 tomos).

IZQUIERDO, Florentino Valerio; SÁNCHEZ TORRES, Julio C.; CÓRDOBA, Jorge Eduardo. **Vélez Sarsfield**: vida y obra codificadora. Córdoba: Advocatus-ANDCSC, 2000.

JUSTO COSOLA, Sebastian. El título preliminar del código civil y comercial de la nación y la función notarial: tesis sobre la argumentación notarial del derecho. En: **Revista Notarial**, La Plata, Ed. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, v. 122, n. 982, p. 745-781, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2007.

LAMBER, Néstor D. Comentarios al título preliminar. En: CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (Coord.). **Código civil y comercial de la nación**: comentado, anotado y concordado. t. I. Buenos Aires: Astrea, 2015.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil**: parte general. t. I. Buenos Aires: Perrot, 1991.

LLERENA, Baldomero. **Derecho civil**: concordancias y comentarios del código civil argentino. tomo primero. Buenos Aires: Sociedad Bibliográfica Argentina, 1931.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. En: LÓPEZ MESA, Marcelo J.; BARREIRA DELFINO, Eduardo (Dir.). **Código civil y comercial de la nación**: comentado; anotado. t. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado**: código civil y comercial de la nación argentina. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Título preliminar. En: LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.). **Código civil y comercial de la nación comentado**. t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis; HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. **Código civil y comercial de la nación**: proyecto. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012.

MACHADO, José Olegario. **Exposición y comentario del código civil argentino**. t. I. Buenos Aires: Mayo-J.E.Hall, 1912.

MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2017.

MARTÍNEZ PAZ, Enrique. **Dalmacio Vélez Sarsfield y el código civil argentino**. Córdoba: El Copista-ANDCSC, 2000.

MASSINI CORREAS, Carlos. **El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.

MASSINI CORREAS, Carlos. **Los derechos humanos en el pensamiento actual**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

MIZRAHI, Mauricio Luis. **Responsabilidad parental**. Buenos Aires: Astrea, 2016.

NEGRI, Héctor. **Sobre el derecho y los derechos del hombre**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

NIETO, María Bibiana. El nombre de las personas humanas. En: LIMODIO, Gabriel (Ed.). **Derecho y persona humana en el código civil y comercial**. Buenos Aires: Educa-El derecho, 2016.

ORGAZ, Alfredo. **Personas individuales**. Buenos Aires: Depalma, 1946.

ORGAZ, Alfredo. **Personas individuales**. 2. edición. Córdoba: Assandri, 1961.

ORGAZ, Alfredo; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (Dir.). **Las personas humanas**: esencia y existencia. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Constitución de la nación argentina comentada**. Buenos Aires: Zavalía, 2012.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Lecciones de derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

RABBI-BALDI, Cabanillas; RENATO Y SOLÁ, Ernesto. Comentarios al título preliminar. En: RIVERA, Julio César (Dir.); MEDINA, Graciela (Dir.); ESPER, Mariano (Coord.). **Código civil y comercial de la nación comentado**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2014.

REDONDO, María Belén. **Tratados internacionales de derechos humanos comentados**. Rosario: Juris, 2020.

RENARD, Georges. **Introducción filosófica al estudio del derecho**. t. I. Buenos Aires: Dedebech-Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947.

REUTER, Paul. **Introducción al derecho de los tratados**. México: Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, 1999.

RIVERA, Julio César. **Instituciones de derecho civil**: parte general. t. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2020a.

RIVERA, Julio César. **Instituciones de derecho civil**: parte general. t. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2020b.

RIVERA, Julio César; CROVI, Luis Daniel. **Derecho civil**: parte general. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

ROSATTI, Horacio Daniel. **El código civil y comercial desde el derecho constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

SALERNO, Marcelo Urbano. El código de Vélez Sarsfield. En: SALERNO, Marcelo Urbano et al. **La codificación**: raíces y prospectiva: la codificación en América. t. II. Buenos Aires: El Derecho, 2004.

SALVAT, Raymundo Miguel. **Tratado de derecho civil**: parte general. t. I. Buenos Aires: TEA, 1958.

SAUX, Edgardo Ignacio. Los derechos personalísimos en el código civil y comercial. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=dM18wsV-YpI>>. Último Acceso: 9/03/2021.

SEGOVIA, Lisandro. **El código civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas.** tomo primero. Buenos Aires: Pablo E. Coni, 1881.

TORRENS, María Claudia. **Autonomía progresiva.** Buenos Aires: Astrea, 2019.

TRAVIESO, Juan Antonio. La protección del menor en la constitución reformada. JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, XVI. 1996. Colegio de Escribanos de Capital Federal. Mesa Redonda del 11 de Junio de 1996, Comisión de Derecho de Familia. Biblioteca, Caja 21-5.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A.; DALLA VÍA, Alberto Ricardo. **Tratados internacionales, integración y derechos humanos.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2019.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho:** de Radbruch a Alexy. Buenos Aires: DPFDUBA-La Ley, 2006.

ZARINI, Helio Juan. **Constitución argentina:** comentada y concordada. Buenos Aires: Astrea, 1996.

Submissão em: 22 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 21 de julho de 2021

Como citar este artigo científico

JUSTO COSOLA, Sebastian. Interpretación de los atributos de la personalidad y los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 2, p. 266-290, maio-ago. 2021.

A Benyújtás Feltételei	Conditions for Submission
Amodau Cyflwyno	Conditions for Submission
Başvuru Koşulları	Conditions for Submission
Bedingungen für die Einreichung	Conditions for Submission
Betingelser for Indsendelse	Conditions for Submission
Betingelser for Innending	Conditions for Submission
Coinníollacha Maidir le hAighneacht	Conditions for Submission
Condiciones de Envío	Conditions for Submission
Condicións para o Envío	Conditions for Submission
Condicions per a L'enviament	Conditions for Submission
Condiții de Depunere	Conditions for Submission
Conditions de Soumision	Conditions for Submission
Conditions for Submission	Conditions for Submission
Condizioni per la Presentazione	Conditions for Submission
Cumhachan Airson Tagradh	Conditions for Submission
Esitamise Tingimused	Conditions for Submission
Esityksen Ehdot	Conditions for Submission
Iesniegšanas Nosacījumi	Conditions for Submission
Konditioune fir d'Soumission	Conditions for Submission
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni	Conditions for Submission
Kushtet e Paraqitjes	Conditions for Submission
Pateikimo Sałygos	Conditions for Submission
Podmienky Predkladania	Conditions for Submission
Podmínky pro Předkládání	Conditions for Submission
Pogoji za Oddajo	Conditions for Submission
Skilyrði fyrir Framlagningu	Conditions for Submission
Тапсыру Шарттары	Conditions for Submission
Uslovi za Podnošenje	Conditions for Submission
Uvjeti za Podnošenje	Conditions for Submission
Villkor för Inlämning	Conditions for Submission
Voorwaarden voor Inzending	Conditions for Submission
Warunki Przedłożenia	Conditions for Submission
Услови за поднесување	Conditions for Submission
Услови за подношење	Conditions for Submission
Условия подачи	Conditions for Submission
Условия за Подаване	Conditions for Submission
Умовы для Прадстаўлення	Conditions for Submission
Умови подання	Conditions for Submission
Проўпoтэсeіc γia Упoбoлή	Conditions for Submission



CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1.º As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

Art. 2.º Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

Art. 3.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

Art. 4.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

Art. 5.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

Parágrafo único. Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

Art. 6.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

Art. 7.º Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

Art. 8.º A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

Art. 9.º Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 1.º Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

§ 2.º O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

§ 3.º As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

§ 4.º As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;

- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

§ 5.º O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

§ 6.º As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

Art. 10. Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

Art. 11. Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Excetuam, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

CAPÍTULO II

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Art. 12. Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

Art. 13. Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

Art. 14. Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

Art. 15. Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

Art. 16. Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

Art. 17. Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

CAPÍTULO IV A SUBMISSÃO

Art. 18. A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

Parágrafo único. O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

Art. 19. A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

- I – é inédito;
- II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;
- III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;
- IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

§ 1.º Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

- I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;
- II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;
- III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

§ 2º. Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

Art. 20. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

Art. 21. A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

Art. 22. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

Parágrafo único. Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

Art. 23. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

Art. 24. Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 25. Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

Art. 27. O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

Parágrafo único. As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

Art. 28. O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

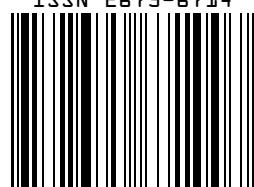
Professor Mestre Richardson Xavier Brant

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataide, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

ISSN 2675-6714



9 772675 671007