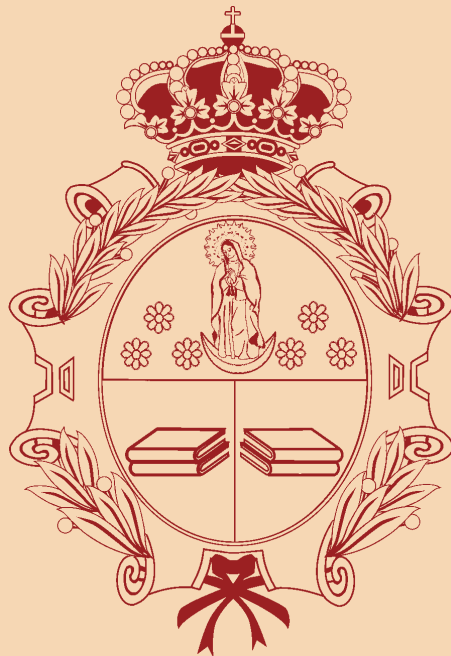


# X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica

Tomo I



**X CONGRESO  
DE LAS ACADEMIAS  
JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA**

# X CONGRESO DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA

Madrid (España) 22, 23 y 24  
de noviembre de 2018

TOMO I



REAL ACADEMIA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
DE ESPAÑA



CONFERENCIA PERMANENTE DE  
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS

EDITORIAL  
**BOE**

Primera edición: octubre de 2019

**Consejo editor: Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España**

**Presidente:** Manuel Pizarro Moreno  
**Vicepresidente:** Rafael Navarro-Valls  
**Secretario General:** Antonio Pau  
**Vicesecretaria General:** Encarnación Roca i Trías  
**Censor:** Gonzalo Rodríguez Mourullo  
**Tesorero:** Ramón López Vilas  
**Interventor:** Juan Antonio Sagardoy Bengoechea  
**Bibliotecario:** Antonio Manuel Morales Moreno  
**Director de Archivo:** Juan Carlos Domínguez Nafría  
**Director de Publicaciones:** Antonio Fernández de Buján y Fernández  
**Vocal:** Luis María Cazorla Prieto

Reservados todos los derechos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de los titulares del copyright, salvo excepción prevista por la ley.

Los trabajos publicados en esta obra han sido transcritos literalmente de los originales enviados por sus autores, siendo de ellos la responsabilidad de sus contenidos y redacción.

© Edición: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

© Textos: sus autores

ISBN: 978-84-340-2596-7

NIPO (papel): 043-19-232-1

NIPO (PDF): 043-19-233-7

NIPO (ePUB): 043-19-234-2

Depósito Legal: M-34116-2019

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

## SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN .....	XIII
DISCURSO DE S. M. EL REY .....	XXI
INTERVENCIÓN DE LA MINISTRA DE JUSTICIA .....	XXV
DISCURSO DE JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España .....	XXIX
DISCURSO DE RAFAEL NAVARRO VALLS, Presidente de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas de Iberoamérica .....	XXXI

## TOMO I

### SECCIÓN 1. ESTADO DE DERECHO: DEFENSA FRENTE AL POPULISMO Y LA CORRUPCIÓN

PONENCIAS .....	3
Estado de Derecho: Defensa frente al populismo y la corrupción, <i>Leopoldo Tolivar Alas</i> .....	5
COMUNICACIONES .....	21
Populismo, controles de cambios y de precios, y nacionalización y estatización, <i>Carlos Eduardo Acedo Sucre</i> .....	23
Frente al populismo y la corrupción, la virtud, <i>Remigio Beneyto Berenguer</i> .....	37
Eficiencia en la lucha contra la corrupción Público-Privada, <i>Efraín Hugo Richard, Carlos Julio Lascano y José Daniel Cesano</i> .....	45
Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude, <i>José Antonio Fernández Ajenjo</i> .....	67

	Pág.
<i>Actio popularis</i> y defensa del interés general en la experiencia jurídica romana, <i>Antonio Fernández de Buján</i> .....	83
Quando al Derecho y a la Política quiere llegar el pensamiento confuso. Algunos aspectos relevantes ante la aceptación conceptual del Estado de Derecho y sus enemigos, <i>Amador García-Carrasco</i> .....	91
Humanización de las relaciones de poder. Estado y Justicia, <i>Victorio Magariños Blanco</i> .....	107
Dos condiciones conceptuales esenciales para evitar la degradación del Estado de Derecho: una justa comprensión del Estado social y democrático de Derecho y de la «Summa Divisio» del derecho en Público y Privado que le es inherente, <i>José Luis Martínez López-Muñiz</i> .....	125
La retórica populista del buen gobernante en el Bajo Imperio Romano: los Panegíricos de Temistio, <i>José Antonio Martínez Vela</i> .....	139
¿Acotar la Corrupción?: Responsabilidad de Funcionarios Públicos y Artículo 144 del Código Civil y Comercial de la República Argentina, <i>Efraín Hugo Richard</i> .....	149
Estado de Derecho: Defensa frente al populismo y la corrupción, <i>Bonifacio Ríos Avalos</i> .....	165
Estado de Derecho. Defensa frente al populismo y la corrupción, <i>Cesáreo Rocha Ochoa</i> .....	181
La corrupción del Abogado, mediante la deslealtad profesional, en el Ordenamiento Jurídico Penal Español, <i>Fernando Rodríguez Alonso</i> .....	199
Estado de Derecho, Populismo y Corrupción, <i>José Sáez Capel</i> .....	209
CONCLUSIONES .....	217
 <b>SECCIÓN 2. ENSEÑANZA Y PRÁCTICA DEL DERECHO EN EL MUNDO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS</b>	
PONENCIAS .....	233
Enseñanza y práctica del Derecho en el mundo de las nuevas tecnologías, <i>Alejandro Sánchez del Campo Redonet, Manuel González-Meneses García-Valdecasas y Alejandro Castex Zaldivar</i> .....	235
COMUNICACIONES .....	237
Revisión de la Integración de las NTIC en la Educación Superior; en particular, en los Estudios de Grado de la Universidad Complutense, <i>Nuria de Nieves Nieto y Sira Pérez Agulla</i> .....	239

	Pág.
Derecho del Trabajo y negociación colectiva en los modelos empresariales de la industria 4.0 y la nueva era tecnológica, <i>José Antonio Gallardo Cubero</i> .....	253
¿El derecho de Reunión Virtual?, ¿Netstrike? o ¿Cibermanifestación? Análisis Jurídico, <i>Ricardo García García</i> .....	267
Equilibrios digitales, <i>Antonio García Padilla</i> .....	287
Enseñanza y aprendizaje del Derecho en la Universidad Nacional de Educación a Distancia con las nuevas tecnologías: el ejemplo de la Historia del Derecho, <i>Consuelo Juanto Jiménez</i> .....	297
El uso del Portafolio Digital para la Enseñanza–Aprendizaje y para la Evaluación Académica en el ámbito del Derecho, <i>M.ª Eugenia Ortuño Pérez</i> .....	311
Inteligencia artificial y otros avances tecnológicos: Nuevos retos jurídicos deontológicos para la Abogacía, <i>José Ricardo Pardo Gato</i> .....	321
Enseñanza y práctica del Derecho en el mundo de las nuevas tecnologías, <i>José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala</i> .....	339
La evolución de la enseñanza universitaria del Derecho desde su origen hasta nuestros días: Especial análisis de la situación actual de la enseñanza <i>on line</i> , <i>María Concepción Rayón Ballesteros y Jordi Regi Rodríguez</i> .....	345
Sobre la operatividad y resultados de la utilización de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho Romano: una experiencia personal, <i>Ramón P. Rodríguez Montero</i> .....	355
Lexnet: el cambio digital en tiempo real para los juristas, <i>Beatriz Sanjurjo Rebollo</i> .....	369
CONCLUSIONES .....	381
 <b>SECCIÓN 3. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO MERCANTIL</b>	
PONENCIAS .....	391
Globalización y Derecho Mercantil, <i>Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano</i> ....	393
COMUNICACIONES .....	411
La Doctrina del levantamiento del velo societario en el Derecho Internacional. Análisis del Caso <i>Venoklim vs. República Bolivariana de Venezuela</i> . Tramitado ante el CIADI, <i>Fernando Andrés Beconi Ortiz</i> .....	413
La incidencia de la globalización en el Derecho Tributario de la Unión Europea y en España, <i>Carmen Botella García Lastra</i> .....	429

	Pág.
La modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de los mecanismos de solución de controversias en materia de remedios comerciales, <i>Óscar Cruz Barney</i> .....	445
La armonización de los Impuestos Especiales en la Directiva 2008/118/CE, <i>Antonio Fernández de Buján y Arranz</i> .....	461
Libre competencia y mercado globalizado, <i>Juan Manuel Fernández López</i> .....	475
El Arbitraje Internacional imprescindible en la Globalización, <i>Julio González Soria</i> .....	495
Globalización y Derecho Mercantil, <i>Juan Carlos Palmero</i> .....	507
Algunas notas sobre globalización y empresas públicas, <i>Manuel Luis Pérez García</i> .....	517
Globalización y Derecho Mercantil, <i>Fernando Sarmiento Cifuentes</i> .....	529
El nuevo paradigma del contrato en la contratación globalizada y estandarizada sin negociación, <i>Antonio Sotillo Martí</i> .....	539
El traslado del domicilio social de las sociedades mercantiles, <i>Francesc Tusquets Trias de Bes</i> .....	547
Globalización y Derecho Mercantil (Ponencia de la Academia Nacional de Derecho de Honduras), <i>Sergio Zavala Leiva</i> .....	559
CONCLUSIONES .....	569

## TOMO II

### SECCIÓN 4. EL DERECHO CIVIL EN IBEROAMÉRICA: INTERCONEXIONES ENTRE LOS DIVERSOS PAÍSES

PONENCIAS .....	3
El Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países, <i>Carlos Cárdenas Quirós</i> .....	5
COMUNICACIONES .....	41
La vuelta de las adopciones simples a España y la comunidad jurídica Iberoamericana, <i>Salomé Adroher Biosca</i> .....	43
Del <i>Pignus Gordianum</i> al derecho de retención de la prenda en el ámbito Iberoamericano. Un estudio comparativo, <i>Juan Antonio Bueno Delgado</i> .....	57



	Pág.
Principio de confianza mutua en la cooperación jurídica civil internacional: su implementación electrónica, <i>Liliana Etel Rapallini</i> .....	91
Una visión panorámica de la evolución del Derecho Civil de Cataluña (1989-2018), <i>Luis Jou I Mirabent</i> .....	101
Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diferentes países, <i>Juan Carlos Palmero</i> .....	113
Aspectos legales y éticos en ciertos nexos sectoriales en El Ecuador, <i>Hernán Rivadeneira Játiva</i> .....	129
El Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países. Vista panorámica desde Puerto Rico, <i>Pedro F. Silva-Ruiz</i> .....	149
CONCLUSIONES .....	157
<b>SECCIÓN 5. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU EFECTIVA TUTELA ESTATAL</b>	
PONENCIAS .....	175
Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal, <i>Jorge Reinaldo Vanossi</i> .....	177
COMUNICACIONES .....	215
Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal, <i>Raúl Enrique Altamira Gigena</i> .....	217
¿Un precedente histórico del reconocimiento universal de los Derechos Humanos?: La Carta de autoridad y confirmación del Rey de Aragón, Sancho Ramírez, otorgada en 1063, <i>Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzal</i> .....	237
Sobre los Defensores de los Derechos Humanos, <i>María Bernal Sanz</i> .....	247
La universalidad de los Derechos Humanos a los setenta años de la Declaración Universal, <i>Antonio Blanc Altamir</i> .....	259
¿Puede el Estado garantizar la tutela efectiva de los Derechos Humanos?, <i>José Luis Cea Egaña</i> , .....	271
La protección de los Derechos Humanos por el Estado, <i>Eduardo Gago Fernández Rubalcaba</i> .....	279
El victimismo nacionalista como fenómeno político, <i>Pedro Francisco Gago Guerrero</i> .....	289

	Pág.
Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal en el ámbito del Derecho Penitenciario español. Especial referencia a los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, <i>Josefina García García-Cervigón</i> .....	299
Acceso democrático a la jurisdicción constitucional, <i>Ernesto Jinesta Lobo</i> .....	309
La Declaración Universal de los Derechos Humanos como consenso jurídico imperativo (convergencia) internacional y límite de los ordenamientos jurídicos de las naciones, <i>Francisco La Moneda Díaz</i> .....	319
Identidad de los menores y reclamación de paternidad extramatrimonial, <i>Carlos Lasarte</i> .....	335
Actuación del Letrado de la Administración de Justicia y garantías constitucionales, <i>Oscar Daniel Ludeña Benítez</i> .....	347
Sobre la inviolabilidad del «Domicilio Constitucional», <i>Agustín Luna Serrano</i> .....	361
Los Derechos Humanos como condición de validez de los tributos, <i>Humberto Romero-Muci</i> .....	373
Arbitraje Internacional por empresas: Prevención ante vulneraciones de los Derechos Humanos, <i>Nazareth Romero</i> .....	397
Un elemento arcaico del Derecho de Familia. La <i>Cognatio</i> , <i>Ángel Sánchez de la Torre</i> .....	407
La constitucionalidad de la educación diferenciada y de su financiación con fondos públicos, <i>Luis Sánchez Socías</i> .....	423
La articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de los Derechos Humanos: El Principio de Subsidiariedad, <i>Alfonso Santiago</i> .....	437
Derechos Humanos y solidaridad humana, <i>Patricia Santos Rodríguez</i> ...	447
Las nuevas tecnologías y su repercusión en los Derechos Humanos, <i>José Antonio Soler Martínez</i> .....	461
Enseñanza superior y religión en el Ordenamiento Jurídico español hasta la Constitución de 1978, <i>Daniel Tirapu</i> .....	477
El acceso al agua limpia y potable como Derecho Humano Primario y <i>sine qua non</i> : Breve mirada sobre la evolución de su reconocimiento en el Derecho Internacional y en el Derecho interno, <i>José Antonio Tomás Ortiz de la Torre</i> .....	489

	Pág.
Derechos Humanos en Europa, <i>Juan Antonio Toro Peña</i> .....	501
Derechos Humanos sin Constitución. Una paradoja del Tribunal Constitucional de Bolivia, <i>Rafael Vergara Sandoval</i> .....	511
<b>SECCIÓN 6. PÚBLICO Y PRIVADO EN EL DERECHO</b>	
<b>PONENCIAS</b> .....	529
Público y privado en el Derecho, <i>Tomás Ramón Fernández</i> .....	531
<b>COMUNICACIONES</b> .....	545
El Derecho Procesal contemporáneo en la encrucijada entre lo público y lo privado, <i>Tomás J. Aliste Santos</i> .....	547
Sobre la dependencia y los derechos del cuidador informal, <i>Rosario Cristóbal Roncero y Nuria P. García Piñeiro</i> .....	557
Importancia de los Principios Generales del Derecho Privado, <i>Francisco Javier Gómez Gállego</i> .....	567
<i>Ius Publicum vs Ius Privatum</i> en el Derecho de Familia actual: Los límites de la autonomía de la voluntad en los acuerdos prematrimoniales, <i>Ania Granjo</i> .....	579
El control de la potestad reglamentaria, <i>Antonio Martínez Lafuente</i> .....	591
Mantener con coherencia la <i>Summa Divisio</i> del Derecho Público y Privado, Exigencia de la diferencia esencial entre el Poder Público («lo Público») y los Particulares («lo Privado»), <i>José Luis Martínez López-Muñiz</i> .....	605
Derecho a la protección de un medio saludable y sostenible, <i>Juan M. Méjica García</i> .....	619
Público y Privado en el Derecho, <i>José Luis Merino Hernández</i> .....	629
La influencia del constitucionalismo español en el Derecho Público Nicaragüense, <i>Karlos Navarro Medal</i> .....	637
Lo Público y lo Privado en el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, <i>Raquel Yolanda Quintanilla Navarro</i> .....	659
Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia, <i>Eduardo A. Sambrizzi</i> .....	667

	<u>Pág.</u>
La protección social complementaria: Concepto y modalidades, <i>Y. Sánchez-Urán Azaña y R. Aguilera Izquierdo</i> .....	681
CONCLUSIONES .....	691
APÉNDICE DOCUMENTAL .....	705

# Presentación

Rafael Navarro-Valls

*Presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas  
Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España*

Con la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España actuando como anfitriona y en su sede, Madrid acogió la celebración del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2018. Al encuentro asistieron los presidentes y/o representantes de las instituciones integrantes de la citada Conferencia, esto es, las Academias nacionales de España (Madrid), Asturias, Extremadura, Granada, Cataluña, Galicia, Valencia, Murcia, Aragón, Valladolid, Islas Baleares, y Sevilla; y sus homólogas al otro lado del Atlántico, Colombia, Costa Rica, Chile, Venezuela, Honduras, Nicaragua, México, Bolivia, Córdoba (Argentina), Buenos Aires, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Brasil y Ecuador. Fueron casi 300 académicos los que durante esos tres días abordaron las principales cuestiones que, en la actualidad, preocupan a los juristas de uno y otro lado del Atlántico.

La inauguración solemne corrió a cargo de S. M. El Rey, Felipe VI. Asistió también la Ministra de Justicia, Dolores Delgado. En su discurso inaugural, el monarca destacó el papel de los juristas de Iberoamérica en su contribución a la construcción de los derechos humanos, y elogió el encuentro calificándolo

como un «excelente ejercicio académico, investigador y de fomento de la cultura» Por su parte, la Ministra de Justicia aludió a la coincidencia en el tiempo de este congreso con la celebración del 40 aniversario de la Constitución Española, una norma que se ha manifestado de extrema utilidad para ordenar la convivencia, el desarrollo y la estabilidad.

El acto inaugural se cerró con las palabras del presidente de la RAJYL, José Antonio Escudero y de su homólogo de la Conferencia Permanente, Rafael Navarro-Valls. El primero centró su intervención en definir el congreso como un lugar de encuentro y baluarte en la defensa de los derechos democráticos, cohesionado por el Derecho y la Lengua común. Por su parte, Rafael Navarro-Valls, invitó a los asistentes a colocar la Justicia en el tablero social y a alejarse del drama del siglo pasado y actual, en donde algunos juristas la han proscrito de la vida social y política, proclamando un Derecho sin Justicia. Al término del acto inaugural, los asistentes a este X Congreso pudieron saludar protocolariamente al Rey Felipe VI.

La organización del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, fue factible gracias al apoyo de los Ministerios de Justicia, Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, y el de Ciencia, Innovación y Universidades. Igualmente fue muy importante el patrocinio de Thomson Reuters España y la colaboración de Casa de América y del Real Centro Universitario María Cristina de El Escorial.

El programa en torno al cual giró el Congreso se centralizó en los siguientes temas:

- El Estado de Derecho Frente al Populismo y la Corrupción.
- El desarrollo del Derecho en el marco del Desarrollo Tecnológico.
- El Derecho Mercantil y la Globalización.
- El Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países.
- Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal.
- Público y privado en el Derecho.

Durante el primero de los días del encuentro científico (22 de noviembre) se desarrollaron las dos primeras secciones del programa. Bajo el título «Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción», la primera ponencia corrió a cargo del presidente de la Academia de Jurisprudencia de Asturias, Leopoldo Tolivar Alas y estuvo coordinada por el presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Gabriel Ruan Santos, y moderada por Josep Guardia i Canela, ex presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. A esta primera ponencia se presentaron catorce comunicaciones.

La sección 2.<sup>a</sup> del Congreso consistió en una interesante mesa redonda sobre el impacto de las tecnologías en el Derecho. En ella participaron el abogado Alejandro Sánchez del Campo Redonet, *Of Counsel* de Garrigues en el área de *startups and open innovation*, el notario Manuel González-Meneses García-Valdecasas y el director de Publicaciones y Formación de Thomson Reuters España, Daniel Tejada Benavides. «El Desarrollo del Derecho en el marco del Desarrollo Tecnológico» estuvo coordinada y moderada por los académicos de la RAJYL Luis María Cazorla y Manuel Pizarro, respectivamente. A esta segunda mesa de trabajo se presentaron once comunicaciones.

En paralelo al programa oficial, el primer día de congreso hubo otros dos actos, una visita guiada al Museo del Prado, destinada a los familiares y acompañantes de los académicos participantes, y una recepción oficial en la Casa de América (antiguo Palacio de Linares), ofrecida por la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional.

La segunda jornada del Congreso, el viernes 23 de noviembre, se centró en el análisis de la Globalización y el Derecho Mercantil, y en el Derecho Civil en Iberoamérica.

El nuevo fenómeno de la globalización lo cambia todo e incide también, y de manera muy aguda, en el Derecho Mercantil y en las relaciones de intercambio de productos y servicios entre países. Así lo hizo notar el catedrático de Derecho Mercantil y académico de la RAJYL Alberto Bercovitz, en la ponencia que dio cuerpo a la Sección 3.<sup>a</sup> del X Congreso, una mesa coordinada por el también académico de la institución anfitriona, Antonio Hernández-Gil, y moderada por el presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia, Ramiro Moreno Baldivieso. A esta sección se presentaron doce comunicaciones.

La Sección 4.<sup>a</sup>, sobre Derecho Civil Iberoamericano, fue dirigida por el presidente de la Academia Peruana de Derecho, Carlos Cárdenas Quirós, que analizó las interconexiones entre los Derechos Civiles de los distintos países de Iberoamérica. Acompañaron al ponente José A. Moreno Ruffinelli, presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales (coordinador de la mesa) y la Académica de la RAJYL y magistrada del Tribunal Constitucional, Encarnación Roca i Trías (moderadora). A esta mesa se presentaron siete comunicaciones.

La jornada central del X Congreso tuvo como especial aliciente una visita de los congresistas al Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial. Los res-

ponsables del Real Centro Universitario María Cristina, obsequiaron con un almuerzo de confraternidad. Asistieron como delegados del Rector el Decano de Derecho Francisco José Zamora García y el profesor de Derecho Internacional, Prometeo Cerezo. De regreso a Madrid, tuvo lugar la reunión del Consejo de Delegados de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas de Iberoamérica.

En la mañana del sábado 24 de noviembre se celebraron las dos últimas sesiones de trabajo, relativas a Los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal, y a la convivencia de lo Público y lo Privado en el Derecho. Fue el Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Jorge Reinaldo Vanossi (académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España), el encargado de analizar el primero de los capítulos, manifestando creer firmemente en la existencia de una «era constitucional», con el triunfo del modelo del Estado Constitucional de Derecho como epicentro. Esta mesa de trabajo estuvo coordinada por Luis Martí Mingarro, académico de número de la RAGYL, y moderada por José Luis Cea Egaña, presidente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales. A esta sección 5.<sup>a</sup> del Congreso se presentaron veinticinco comunicaciones.

El ponente de la última sección del Congreso, referida a lo Público y lo Privado en el Derecho fue Tomás Ramón Fernández Rodríguez, académico numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. La sección estuvo coordinada por el académico de número de la RAJYL y magistrado del Tribunal Constitucional, Alfredo Montoya Melgar, y moderada por Cesáreo Rocha Ochoa, ex presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. A la sección 6.<sup>a</sup> se presentaron doce comunicaciones.

El acto de clausura, celebrado al mediodía del sábado 24 de noviembre, estuvo presidido por el Secretario de Estado de Justicia, Manuel Dolz Lago. En el mismo acto, además, se impuso la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort al presidente de la Academia paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, José Antonio Moreno Ruffinelli y se procedió al nombramiento de Académicos de Honor de la RAJYL de España a todos los presidentes de las Academias presentes en el X Congreso a los que se sumaron los miembros del Comité Ejecutivo de la propia Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

Debo advertir que, aunque pedimos a todos los colaboradores un sumario y un resumen del texto, no todos pudieron enviarlo. De ahí, que en las colaboraciones hemos reproducido solamente los sumarios que los mismos autores nos enviaron.



Pongo fin agradeciendo a todos los que desde diferentes ámbitos nos brindaron su colaboración y apoyo, por ayudarnos a hacer posible la celebración del X Congreso. Nuestro agradecimiento a todos y, de manera especial, al Director General de la «Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado» («AEBOE») don Manuel Tuero Secades, sin cuya colaboración no sería posible esta publicación que esperamos sirva para enriquecer el progreso de la ciencia jurídica.



Con mucho afecto

V- ely R

### **Palabras de Su Majestad el Rey en la inauguración del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica:**

Hoy tengo la satisfacción de volver a esta casa y de asistir junto a todos ustedes al X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, una iniciativa que hunde sus raíces en los mismos comienzos históricos de la corriente ibero-americanista, a finales del siglo XIX. Efectivamente, su precedente más remoto fue el Congreso celebrado también en Madrid, en 1892, durante la regencia de la Reina María Cristina, siendo presidente de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España D. Antonio Cánovas del Castillo.

Pero el Congreso que ahora inauguramos entronca más directamente con los celebrados en distintas ciudades de países iberoamericanos desde los pasados años noventa. Recuerdo con mucho agrado, precisamente, el realizado también aquí en esta capital, en 1996, que tuve el honor de presidir como Príncipe de Asturias. Sin duda, el hecho de que una reunión de Académicos juristas manifieste su voluntad de enlazar con su pasado más lejano, y que renueve su compromiso a lo largo de sucesivas reuniones desde hace ya un cuarto de siglo, es algo que merece ser destacado.

Entre los juristas y académicos de uno y otro lado del Atlántico hay una evidente comunidad de intereses, lenguas comunes y un Derecho –una legislación y una jurisprudencia– que encuentran sus raíces en el Derecho hispano. Todo ello está en la base de este ejercicio académico, investigador y de fomento de la cultura que busca también la mayor colaboración con la Administración. Enhorabuena por este trabajo tan positivo.

Señoras y señores, como en anteriores ediciones, las temáticas de este Congreso son tan relevantes como actuales. Me gustaría referirme a varias de ellas, y comenzaré con la relativa al Derecho en el marco del desarrollo tecnológico.

Se ha recalcado la importancia de que los juristas en todas sus vertientes vayan conociendo y aplicando en su quehacer diario, con visión de futuro, las

nuevas tecnologías; este es, de hecho, uno de los grandes retos que los operadores jurídicos tienen en adelante.

«El mundo jurídico iberoamericano, cuyos integrantes ya caminan juntos a través de sus instituciones en muchas ocasiones, ha de sostener siempre esa convicción común sobre los Derechos Humanos, que forman parte del marco constitucional en el que debe desarrollarse la convivencia política de nuestros países. Unas naciones, las nuestras, que participan de las raíces comunes de nuestra civilización en la que los derechos del hombre y el ciudadano constituyen la piedra angular de todas las libertades y de todas las aspiraciones de justicia.»

La progresiva penetración de Internet en nuestro entorno privado, social y laboral, el creciente protagonismo de las redes sociales y el aumento sucesivo del tiempo que invertimos en interactuar y relacionarnos mediante dispositivos móviles y ordenadores ha afectado también a la manera de entender y concebir los Derechos Humanos. Esto es así hasta el punto de que, cuando se valoran en relación a hechos y situaciones que tienen lugar en estos ecosistemas, se les denomina precisamente derechos digitales.

Y es aquí donde conviene tener presente que nos hallamos ante un campo prácticamente virgen en muchos aspectos; un campo en el que existen innovaciones y retos tan recientes como la computación cuántica, la ubicuidad de las comunicaciones, los macro o metadatos, los coches autónomos, los robots inteligentes, la biotecnología o la nanotecnología. Todos estos elementos hacen que, hoy por hoy, resulte no solo estimulante, sino realmente necesario, intentar prever de qué modo se adecuarán los Derechos Humanos a estas futuras realidades donde los derechos de las personas deben estar protegidos en Internet, de forma que, entre otras previsiones, los Estados respeten y protejan el derecho a la privacidad en las comunicaciones digitales.

Durante estos días tratarán igualmente lo relacionado con el Derecho Mercantil y la globalización. Las modificaciones que está experimentando el tráfico económico privado afectan profundamente a los mercados en los que esas operaciones se desarrollan. De hecho, los mercados tradicionales tienden a ampliarse, dejando obsoletas las fronteras políticas; y, además, surge otro mercado totalmente nuevo, por la aplicación de las nuevas tecnologías, que es el desarrollado en el ámbito de Internet, el cual favorece operaciones económicas –grandes y pequeñas, muchas instantáneas– a nivel mundial, en el contexto acelerado de comunicación y de tráfico globalizados.

Pero estos mercados, para funcionar adecuadamente, tienen que apoyarse en una regulación jurídica que sea lo más uniforme posible, suprimiendo formalismos innecesarios y garantizando la seguridad jurídica.

Me quiero referir, por último, a otra de las materias fundamentales sobre la que trabajarán estos días: los Derechos Humanos y su tutela.

Los juristas de Iberoamérica han contribuido tradicionalmente a la construcción del cuadro fundamental de los Derechos Humanos impulsando su progreso y consolidación. Se trata de una tarea inagotable. Por ello, el mundo jurídico iberoamericano, cuyos integrantes ya caminan juntos a través de sus instituciones en muchas ocasiones, ha de sostener siempre esa convicción común sobre los Derechos Humanos, que forman parte del marco constitucional en el que debe desarrollarse la convivencia política de nuestros países. Unas naciones, las nuestras, que participan de las raíces comunes de nuestra civilización en la que los derechos del hombre y el ciudadano constituyen la piedra angular de todas las libertades y de todas las aspiraciones de justicia.

Señoras y señores, van a ser tres días de intenso trabajo, que, estoy seguro, resultarán muy fructíferos. Estos Congresos contribuyen a fortalecer y profundizar los contactos entre todos ustedes, entre la comunidad académica iberoamericana que tanto ha de seguir aportando a nuestros pueblos. Muchas gracias a todos por su participación y su compromiso, y sean muy bienvenidos a España nuestros hermanos de los países iberoamericanos que nos visitan para esta ocasión.

Ahora me cabe el alto honor de declarar inaugurado el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

### **Intervención de la Ministra de Justicia en el acto de apertura del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica:**

Buenos días,

Como Ministra de Justicia, me siento muy honrada de participar en esta solemne sesión de apertura del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica.

Este encuentro internacional, que reúne a trescientos destacados juristas de uno y otro lado del Atlántico, abordará durante tres días asuntos tan actuales como:

- la defensa del Estado de Derecho frente al populismo y la corrupción,
- el impacto de las nuevas tecnologías en la enseñanza y la práctica del Derecho,
- la aplicación del Derecho Mercantil en un mundo cada día más globalizado,
- los Derechos Humanos y su efectiva tutela estatal,
- las interconexiones del Derecho Civil entre los diversos países de Iberoamérica,
- y lo público y lo privado en el Derecho.

Permítame, por tanto, señor Presidente, felicitarle por la iniciativa de este Congreso organizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española y que reúne a lo más granado de la judicatura mundial.

Una Real Academia que hunde sus raíces en el año 1730, cuando, con la fundación de la llamada «Academia Práctica» o «Junta de Jurisprudencia Práctica», de la mano de un grupo de treinta juristas, pretendían desarrollar el espíritu ilustrado academicista mediante la puesta en común de sus conocimientos.

Desde entonces, han venido desarrollando una ingente labor de recogida y ordenación de textos jurídicos, manuales y documentos históricos, contribuyendo al progreso de la legislación.

Por tanto, esta institución no es cosa del pasado, sino que su misión sigue vigente y su contribución al Derecho es totalmente necesaria.

Esta Academia, al igual que nuestro país, sabe mirar a Europa, pero también a Iberoamérica con cuyas naciones hermanas hemos recorrido gran parte de nuestra historia. El alto número de académicos honorarios residentes en esos países demuestra los estrechos lazos que mantienen las naciones a ambos lados del Atlántico.

No en vano, podemos afirmar que este Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica bebe de aquel Congreso Jurídico Iberoamericano organizado en 1892 para conmemorar el cuarto centenario del descubrimiento de las Américas. Un paso muy importante en el conocimiento y comprensión de pueblos que llevaban 400 años de enfrentamiento ininterrumpido (con la conquista, colonización y posterior independencia).

En las conclusiones de dicho encuentro<sup>1</sup>, leídas el 10 de noviembre de 1892 por el Presidente del Congreso –y también del Consejo de Ministros–, Antonio Cánovas del Castillo, quien precisamente promulgó la Constitución española de 1876 –la más longeva de la historia de España hasta el momento, 47 años en vigor–, al resumir los trabajos de los congresistas destacó lo siguiente:

«la idea fundamental que les presidió fue la de suprimir la guerra resolviendo todo desacuerdo entre las naciones por medio del arbitraje».

Una idea que, años más tarde, completaría Ramiro de Maeztu cuando, en su «Defensa de la Hispanidad», defendió la «comunidad de los pueblos hispanos» como una «comunidad permanente»<sup>2</sup>.

Una comunidad en la que se producen recíprocas influencias entre el constitucionalismo español y el latinoamericano. De hecho, lo que el Derecho castellano no logró en la misma España –es decir, la expansión total, ya que hubo de coexistir con los Derechos forales–, lo logró en Hispanoamérica, donde se difundió por territorios inmensos y acertó a regular la sociedad del Nuevo Mundo. Su huella es tan duradera que existe mayor identidad entre algunas instituciones castellanas y las americanas que entre las castellanas y las europeas, e incluso que entre las castellanas y las forales españolas.

---

<sup>1</sup> Madrid y los Congresos del Cuarto Centenario del Descubrimiento. Cuadernos hispano-americanos, n.º 431 (1986). Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/madrid-y-los-congresos-del-cuarto-centenario-del-descubrimiento-de-america/>

<sup>2</sup> Leído en «El Derecho Español en América», por José M.ª Castán Vázquez. Verbo, núm. 319-320 (1993), 1081-1094. Universidad San Pablo (Madrid). Disponible en <http://www.fundacioncpeiro.org/verbo/1993/V-319-320-P-1081-1094.pdf>

Una tradición y cooperación que seguimos cultivando. Buena prueba de ello es la celebración de este encuentro internacional que inició la Real Academia, que hoy nos acoge, hace más de cien años, y que se ha mantenido, reiterando el compromiso con la justicia, entendida como valor supremo y pauta de comportamiento entre los ciudadanos y los pueblos, que es característica de nuestra cultura común.

Es más, celebro la feliz coincidencia de que la décima edición de este Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica concorra con el cuadragésimo aniversario de nuestra Constitución.

Hace unos días, en la Vigésimo Sexta Cumbre Iberoamericana, ante los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en Antigua (Guatemala), el rey Felipe VI reivindicó la Constitución Española. Permítame, Señor, reproducir sus palabras:

«Nuestra Carta Magna “es un ejemplo extraordinario de acuerdo, de pacto y de reconciliación entre los españoles que trajo convivencia, libertad y democracia a nuestro país y que hoy quiero y debo reivindicar, una vez más, e invitarles a todos ustedes a que se unan al pueblo español en esta importante celebración”»

Sin duda alguna, la Constitución de 1978 ha sido un instrumento útil para asegurar la convivencia democrática de los españoles, promover su desarrollo económico y social y dar estabilidad al sistema político, que ha superado embates de magnitud como el intento de golpe de Estado de 1981 o décadas de agresión terrorista. Después de más de un siglo de experimentos constituyentes desde 1812, una norma fundamental ha logrado dar firmeza y seguridad a nuestro modelo político, y ese es un factor que debemos tener presente antes de empezar un análisis de cualquier tipo.

Para finalizar, quisiera concluir con unas palabras del Rey Emérito que dirigió a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española en la celebración de este mismo congreso en el año 2010: «Cuideme bien ese congreso porque eso significa tener ahí a toda América».

Muchas gracias.



**Palabras de José Antonio Escudero, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (RAJYL):**

Señor:

Unas palabras de respetuosa bienvenida para agradecer vuestra presencia en este Acto inaugural del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, que organiza la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Se hace bueno así hoy ese Alto Patronazgo que el artículo 62 de nuestra Constitución atribuye al Rey, patronazgo que no se limita a una tutela fría y convencional, sino que tiene la realidad del estímulo y del apoyo, y la calidez de vuestra presencia personal presidiendo este solemne Acto.

Acto, en verdad, solemne y extraordinario porque nos reunimos aquí, además de los miembros de esta Academia, los de otras Academias jurídicas de España, y, lo que es más significativo, los de las Academias jurídicas de América. Todas esas ilustres corporaciones han constituido tiempo ha una dinámica comunidad científica, una federación, y también una entrañable hermandad, aplicada a ahondar el conocimiento de las raíces comunes de nuestro Derecho, estudiar y conocer las ricas diferencias de los distintos ordenamientos nacionales, y actualizar añejos problemas en sintonía con las inquietudes del hombre de hoy. En esa comunidad científica, en lo que nos une a unos y a otros, el Derecho y la Lengua son elementos básicos de cohesión. Por ello es muy satisfactorio para mí dar a los congresistas la bienvenida a España, la bienvenida a Madrid y la bienvenida a esta calle de Marqués de Cubas donde en el número 13 tienen su casa, recordando y agradeciendo la labor de los presidentes y equipos directivos de distintos países que a lo largo de años han hecho posible esta empresa colectiva de la Federación de Academias Jurídicas de Iberoamérica. Y de modo especial, en la hora de ahora, a los que han trabajado en la preparación del Congreso que nos reúne, bajo la dirección de su presidente, el Académico D. Rafael Navarro-Valls.

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, surgida como otras en el seno del movimiento ilustrado del siglo XVIII, recibió en esa centuria y en la siguiente diversos nombres, hasta que en 1882 pasó a denominarse Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Con el nuevo nombre debió de recibir también un soplo de universalidad y de conciencia histórica, de la proyección de España al otro lado del Atlántico, pues solo diez años más tarde, en 1892, organizó el que habría de ser el primer Congreso Jurídico Iberoamericano, iniciando un fructuoso camino que, aunque interrumpido, llega hasta hoy. Aquella asamblea, celebrada con ocasión del cuarto centenario del Descubrimiento de América, se aplicó a temas jurídicos de primer orden (entre ellos el arbitraje y el derecho marítimo), intentando nada más y nada menos que sentar las bases de una legislación internacional común a los países asistentes. Fue así un Congreso jurídico de altos vuelos, dirigido por la figura prócer de D. Antonio Cánovas del Castillo, presidente entonces del Consejo de Ministros y de la propia Academia, y fue desde luego un Congreso inequívocamente iberoamericano, al que asistieron como miembros algunos presidentes de diversos países, patrocinando su realización, como honorarios, los Presidentes de diecisiete Repúblicas de Iberoamérica.

Ese egregio hito del Congreso Jurídico Iberoamericano de 1892, que es hoy nuestro lejano pero fundamental punto de referencia, no surgió por otra parte de la nada. Antes de él, los juristas de esta Real Academia ya habían puesto de manifiesto sus inquietudes americanistas con la constitución en 1886 de una «Comisión para entablar relaciones científicas con las Sociedades jurídicas de la América española», y después de él tales inquietudes encontrarán cauce en la Asociación Española de Derecho Internacional, creada en 1928 en el seno de la Academia. Eso en los albores del siglo XX, pues al término de la misma centuria ya se celebrarán en distintas ciudades de España y América los primeros Congresos de la Federación aquí presente y, por tanto, los antecedentes directos del actual.

Majestad, concluyo reiterando nuestro agradecimiento por vuestra presencia y vuestro apoyo, acordes con la sensibilidad tradicional de la Corona por las manifestaciones de la Cultura, pero sobre todo por cuanto tiene que ver con el mundo americano, tan próximo en las preocupaciones del espíritu como en los sentimientos del corazón. Como ya señaló Ortega, y a fuer de no quedar desnortados, los países tienen que orientarse en el mundo a través de su raza, de su lengua, de su historia y de su cultura, porque van sumidos en ellas como la gota de agua en la nube viajera. Un Congreso de esta naturaleza, un Congreso Iberoamericano, es por su propia naturaleza un lugar de encuentro y reencuentro, un acontecimiento doméstico y familiar. Pero además, por servir a la causa del Derecho, constituye un baluarte en la defensa de los valores democráticos, de la convivencia civil y, en última instancia, de la dignidad del hombre. He dicho.

**Palabras de Rafael Navarro-Valls, Presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas:**

*Majestad:*

Permítame que, ante todo, le manifieste el agradecimiento y el afecto de los cientos de académicos aquí presentes. Como sabéis, provienen de todas las Academias Jurídicas situadas entre Río Bravo y Tierra de Fuego, en América, así como de la totalidad de las comunidades de España.

Señor, vuestra formación jurídica le permite entender muy bien que la teoría y práctica del Derecho van muy unidas, de lo que son especialmente conscientes las Academias. Queremos encontrar en nuestras actividades un equilibrio entre los grandes trazos que bosquejan el problema legal (lo que se ha llamado el derecho en «estado de reposo»), y el derecho «en pie de guerra», esto es, el derecho en acción dentro del más concreto mundo real. Esto se manifiesta especialmente en los temas de estudio en los que intensamente trabajaremos estos tres días.

Para esta conjunción entre teoría y práctica del derecho nacieron las Academias de Jurisprudencia en 1730 y se extendieron por toda España y América latina. Hoy somos conscientes de que el Derecho, en este caso el iberoamericano, es el producto de siglos de evolución y de la contribución de miles de profesionales del derecho –incluido los académicos– que han consolidado un Derecho modélico dentro de la familia de derechos en que se encuadra, es decir, los que tienen su origen en el derecho continental europeo. Si me permite una ironía, no es algo reciente que necesite la promoción de la «marca España».

El drama, de nuestro siglo pasado y el XXI que transitamos, ha sido ver que algunos juristas subestimaban la justicia y la proscibían de la vida social y política, puesto que propugnaban un derecho sin justicia. Cuando las masas humanas de todas las partes del universo están más ávidas de ella que nunca,

cuando la reclaman desesperadamente, algunos siguen elaborando un derecho en el que la justicia es ignorada deliberadamente, y en el que se la coloca sistemáticamente «entre paréntesis». Uno de nuestros deberes como académicos es volver a colocar la justicia en el tablero social.

Recuerdo que paseando por Washington leí en el frontispicio del Departamento de Justicia esta frase: «Para que la justicia reine en el Estado, antes es necesario que reine en el corazón y en las almas de los ciudadanos». Las casi treinta Academias aquí presentes sienten este anhelo. Un jurista no puede quedar a un lado en las crisis morales. No puede pretender que no existen. No puede ignorar la injusticia y el odio, pero puede servir de enlace entre la sociedad y la ley, siendo un *nuntius* o mensajero de paz. Esa es nuestra misión estos días y siempre.

Estas Academias son ahora 27, siendo las últimas admitidas la Brasileña y la Ecuatoriana. Aprovecho la ocasión para transmitirles nuestra bienvenida y afecto fraternal.

Este evento que hoy nos congrega debe mucho a cuatro entidades: la Editorial Aranzadi Thomson Reuters, y los Ministerios de Justicia, Educación (hoy Ciencia) y Exteriores. Con gran generosidad sus titulares, antes y después del último cambio político, comprendieron la entidad de este evento y han colaborado generosamente. A ellos nuestro agradecimiento, pues a algunos vemos aquí presentes. En especial a la Ministra de Justicia que ha querido acompañarnos hoy, y también a todas las autoridades aquí presentes –en especial el anterior Ministro de Justicia Sr. Catalá– a los Presidentes de Academias, a los ponentes, moderadores y coordinadores, a nuestra Secretaria Ejecutiva, al Oficial Mayor y al encargado de nuestro Departamento de Prensa, así como a Laura Valero y a todo el personal que ha contribuido y contribuye a su realización.

Un tema nos preocupa a la Comisión organizadora de este Congreso. Se han disparado por encima de nuestras previsiones las cifras de inscripciones, ponencias y comunicaciones. Eso nos satisface, pero nos queda el temor de tal vez no poder atenderos a cada uno como merecéis. Perdonadnos si los organizadores, a veces, no lleguemos a todo.

En fin, Señor, vuelvo al principio, afortunadamente «la Historia echa por tierra las pretensiones impacientes y sostiene las largas esperanzas». Por eso en nuestros trabajos, y siempre, queremos intentar algo que tiene cierto carácter de audacia, no porque se haya intentado pocas veces, sino por lo mucho que anteriormente se ha intentado. Me refiero al esfuerzo de situar el Derecho y la Justicia como estrella polar de nuestros pueblos.

De nuevo, Majestad, nuestro agradecimiento, respeto y afecto.

# Sección 1

*Ponente:*

**D. LEOPOLDO TOLIVAR ALAS**

*Coordinador:*

**D. GABRIEL RUAN SANTOS**

*Moderador:*

**D. JOSEP D. GUARDIA I CANELA**

# **Ponencias**

---

# Estado de Derecho: Defensa frente al populismo y la corrupción

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS

*Presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia  
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo*

SUMARIO: 1. *Justificación y encuadre.* 2. *Corrupción y transparencia contractual en España: 2.1 Sobre la corrupción. 2.2 Referencias a la transparencia en la LCSP 2017.* 3. *El denunciante y su evolución.* 4. *Medidas político-legislativas contra la corrupción y el populismo.*

## 1. JUSTIFICACIÓN Y ENCUADRE

Tanto en las sociedades regidas por un orden constitucional asentado en el modelo del Estado social y democrático de Derecho como en aquellas que intentan acceder a una democracia efectiva, la amenaza, en el primer caso, y el yugo, en el segundo, de la corrupción generalizada y del populismo, suponen uno de los ataques más temibles a los principios basales de la separación de poderes y de la plena protección de los derechos fundamentales.

El fenómeno –y el ataque– sin ser cuestión novedosa, en absoluto, adquieren, bajo distintos ropajes, un riesgo nuevo, de grandes magnitudes, en el mundo actual. Tanto en Europa como en Latinoamérica, los ejemplos son bien conocidos por lo que el tema parece especialmente idóneo para este X Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica.

La literatura jurídico-política es ya muy extensa en ambos continentes, especialmente en los años del presente siglo. La obra colectiva *Twenty-First Cen-*

*tury Populism. The Spectre of Western European Democracy*, editada y coordinada por Daniele Albertazzi y Duncan McDonnell<sup>1</sup>, es un referente en Europa, en tanto que los trabajos, controvertidos, de César Ulloa, como «Populismo y democracia: Venezuela y Ecuador en el ojo de la tormenta», publicado en enero de 2018 y, un año antes, el afamado libro *El populismo en escena ¿Por qué emerge en unos países y en otros no?*, tienen un amplio predicamento en América<sup>2</sup>. Para Ulloa, estamos ante «una estrategia que no enfatiza lo ideológico, se caracteriza por un discurso popular-confrontacional (contra las oligarquías, las instituciones, crea permanentemente enemigos, goza de capacidad de movilización y se dirige a un segmento policlasista, pese a que enfatiza su interés en segmentos de menores recursos económicos». Su recensor, el profesor José Andrés Díaz, dirá que «al reconocer que el populismo es una estrategia, y no una ideología, se parte [de] que este puede ser utilizado tanto por políticos de derecha como de izquierda. Asimismo, al caracterizarlo como estrategia, Ulloa plantea que este debe ser visualizado como un *método* o conjunto de acciones que un político (o grupo político) utiliza para obtener el apoyo popular requerido para hacerse con el control del poder político de un país y, por lo tanto, no debe visualizarse como una pretensión de establecer una alternativa diferente al orden político imperante en una sociedad». Ulloa revisa la relación entre el populismo y la democracia, y cómo el primero afecta o incide en las instituciones democráticas de un país. Tras una revisión de literatura académica sobre el tema, identifica tres perspectivas a partir de las cuales se ha analizado la relación populismo-democracia: a) como un fenómeno que democratiza; b) como un fenómeno que debilita la democracia y obstaculiza el desempeño de las instituciones; y c) como un espejo de la democracia, es decir, un fenómeno que ocurre cuando la democracia no se encuentra funcionando de manera correcta o es cuestionada por la sociedad. En la obra, el autor coteja las peculiaridades del fenómeno en Venezuela, Ecuador y Uruguay. También en Costa Rica de cara al pasado proceso electoral.

Gianfranco Pasquino, por su parte, había publicado, en abril de 2005, *Populism and Democracy*<sup>3</sup>, entendiendo el populismo como «Gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo». Indica que «la famosa sentencia pronunciada por el presidente Abraham Lincoln en su discurso de 1863 en Gettysburg podría ser fácilmente aceptada por demócratas y populistas por igual. La razón es que la fórmula de Lincoln no solo es grandiosa, sino también vaga, hecha de palabras importantes a ser llenadas de contenidos igualmente

<sup>1</sup> Palgrave Macmillan, Londres, 2008.

<sup>2</sup> FLACSO-Ecuador, Quito, 2017. Reseña de José Andrés Díaz González en *Revista Ruptura*, San Pedro de Montes de Oca, Jan./Jun. 2018.

<sup>3</sup> The Bologna Center, The Johns Hopkins University, 2005.



importantes, pero sin especificar». El hecho es que, como dicen la mayoría de los autores «existe una conexión íntima entre democracia y populismo. También hay una tensión inherente, pocas veces bien analizada, entre ambos. La conexión se establece fácilmente ya que tanto la democracia como el populismo se refieren al pueblo y ambos conceptos indican la importancia del pueblo». De hecho, continúa Pasquino, «la famosa frase de Lincoln puede ser interpretada de manera populista, es decir, insistiendo en que cualquier aumento del poder del pueblo es un aumento en la calidad de la democracia (...) ¿Qué elementos de la cultura política son más conducentes a la formación de mentalidades populistas? En mi opinión, hay dos elementos primordiales que crean la oportunidad o el espacio para la aparición de mentalidades populistas. El primero es un tema relativamente común basado en el rechazo de la política y, en consecuencia, de los políticos. Por cierto, no hay contradicción entre el rechazo de la política y el activismo político de los políticos populistas (...) El segundo elemento más reciente, obviamente muy relacionado con la mentalidad anti política, es un sentimiento anti partidista. En términos generales, la mentalidad populista desprecia todas las actividades políticas tradicionales y en curso como contraproducentes y corrompidas y castiga a todos los que participan en las actividades políticas tradicionales, sobre todo los políticos del partido, por subvertir la voluntad del pueblo».

El populismo también surge, como medio de protección, de partidos o líderes votados en listas más o menos ortodoxas. Hace años, el profesor Miguel Azpitarte Sánchez comentó la célebre sentencia constitucional italiana sobre la inmunidad del entonces Presidente del Consejo de Ministros<sup>4</sup>, vinculando certera y precozmente la declaración de inmunidad a un movimiento de corte populista. El tiempo le dio la razón.

Desde España, también, la profesora Ainhoa Uribe Otorola<sup>5</sup> destacará que «En Europa asistimos desde hace unos años al resurgir del populismo político» y abordará el nacimiento y causas del fenómeno «Podemos» en España. Para ello, identifica «el populismo como una ideología débil o porosa (Mudde, 2004), que incluso puede ser calificada solo de estrategia política (Weyland, 2001), basada en un estilo comunicativo propio (Jaegers y Walgrave, 2007), centrado en la idealización del pueblo, una retórica antielitista, excluyente o contraria al *statu quo*, que busca la creación de vínculos emocionales con los ciudadanos, con objeto de derrocar a los partidos políticos tradicionales». La hipótesis central del trabajo es que el apreciable éxito electoral del populismo

---

<sup>4</sup> «Las estrategias jurídicas del populismo. Comentario a la sentencia 24/2004 de la Corte Constitucional italiana sobre la inmunidad del Presidente del Consejo de Ministros», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, 2004, pp. 339-362.

<sup>5</sup> «El populismo como vanguardia del desencanto político en Europa: el fenómeno “Podemos” en España», *Revista de Estudios Políticos-CEPC*, n.º 177, 2017, pp. 213-255.

político en España «es consecuencia, en mayor medida, de una crisis política que de una crisis económica, de ahí que podamos hablar de una nueva “vanguardia del desencanto político”. Los problemas económicos suelen ser un referente clásico con el que se explican los cambios políticos y las protestas sociales, pero ello no necesariamente da lugar al surgimiento de un populismo. Para autores como Albertazzi y McDonnell (2008), Pasquino (2008), Freidenberg (2007)<sup>6</sup> o Ulloa (2016) la crisis política o crisis institucional, especialmente del sistema de partidos, es un factor clave en el surgimiento del populismo».

Sobre los aludidos «vínculos emocionales», también autores como Paolo Cosini y Roberto García Alonso<sup>7</sup> han indagado en las razones emotivas que sustentan el fenómeno populista, tanto históricamente como en el presente.

Recientemente, Carlos de la Torre, profesor ecuatoriano de la Universidad de Kentucky, uno de los expertos más reconocidos mundialmente en el estudio del populismo, en su libro *Populismos. Una inmersión rápida*<sup>8</sup>, anuncia que «el siglo XXI será probablemente recordado como el siglo de los populismos». Censura los liderazgos populistas, por su paternalismo, su patrimonialismo, su personalización de la política y, en general, por su poder omnímodo y abusivo. Pero como señala Ángel Rivero en su recensión en *Revista de Libros*, da una «visión del populismo como ariete valioso frente a la falsa democracia, pero como sistema autoritario criticable (con matices) una vez instalado en el gobierno, [y] llega a su paroxismo con el cuadro que nos pinta de las democracias europeas. Al parecer, nos dice el autor siguiendo a Jan-Werner Müller, la raíz de los populismos europeos radica en que, tras la derrota del fascismo en la Segunda Guerra Mundial, los países europeos occidentales establecieron “modelos restringidos de democracia que se fundamentaron en un gran recelo a la soberanía popular”...».

Al margen de la aceptación de esta hipótesis, es cierto que el populismo obedece a numerosas concausas: hastío del modelo tradicional de partidos, de la escasa participación política, de las crisis económicas, de la corrupción, del deseo de revertir el poder de las élites económicas y multinacionales o, inclu-

---

<sup>6</sup> Se refiere a FREIDENBERG, Flavia, *La tentación populista: Una vía al poder en América Latina*, Madrid, Síntesis, 2007. La autora parte de que el populismo «ha sido una fuerza fundamental en la democratización de América Latina y en la incorporación simbólica y efectiva de sectores que se encontraban excluidos tanto política como económicamente del sistema político. Las primeras manifestaciones populistas impulsaron la apertura de regímenes oligárquicos que no permitían (o limitaban) la participación de sectores medios y pobres de la sociedad, favoreciendo la rotación de la élite que controlaba el acceso a los cargos de poder...»

<sup>7</sup> «El papel de las emociones en la Teoría democrática. Desafíos para un uso público de la razón en tiempos de populismo», *Revista de Estudios Políticos* - CEPC, n.º 168, 2015, pp. 291-315.

<sup>8</sup> Barcelona, Tibidabo, 2017, p. 164.

so, de los nacionalismos excluyentes, merecedores de un estudio específico. Pero también, como se ha señalado ya, al coro populista son llamados, en ocasiones, los ciudadanos por quienes ostentan ya el poder, incluso desde tiempo atrás, para perpetuarse en el mismo como reacción ante enemigos reales o imaginarios y, si es preciso, modificar las Constituciones de corte liberal para incluir las peculiaridades y legitimidades del nuevo caudillaje.

Sin duda, la causa de la lucha contra la corrupción es, de entre todas, la que más puede justificar la reacción populista ante la petrificación de esta lacra en los gobiernos y sus Administraciones.

En Europa, la Unión viene vinculando la batalla contra las prácticas corruptas, tan extendidas en campos como la contratación pública o las subvenciones o ayudas de Estado, a la transparencia. No obstante, tras muchas reformas, Directivas y otras disposiciones, el propósito no ha logrado plenamente sus objetivos de erradicación del problema. En las líneas que siguen, me centraré en el ejemplo de la reciente legislación de Contratos del Sector Público en España, como muestra paradigmática de esta preocupación y de esta contraposición entre corrupción y transparencia.

A nivel europeo, del que proviene la legislación española en la materia, el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea se define la corrupción activa como el «hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para este o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función». El Convenio añade que «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales». Por su parte, el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo remite el tratamiento jurídico de la corrupción a «tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico...». Pero se trataría de: «a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que esta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones; b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas

o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones».

## 2. CORRUPCIÓN Y TRANSPARENCIA CONTRACTUAL EN ESPAÑA

Las numerosas leyes habidas en España desde 1995, no han atajado el problema de la corrupción contractual. La reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), utiliza expresamente en once ocasiones el término «corrupción»: cuatro en su Exposición de Motivos y los siete restantes entre los artículos 64, 71, 167, 226, 332 y 334. Valga recordar que la homónima Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, solo lo hacía en una ocasión (artículo 49, a propósito de las prohibiciones de contratar) y el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pese a estar ya más imbuido por el Derecho de la Unión, seguía con una única mención expresa (art. 60, también relativo a las prohibiciones de contratar). Mejor fortuna, en teoría, tenía la expresión «transparencia» (que es virtud, en tanto que «corrupción» es vicio), que en el texto refundido cuenta con veintiuna menciones expresas, desde el texto preambular, y que, en el articulado original de 2007 ya acumulaba ocho referencias, incluida la de la Exposición de Motivos, alusiva a la «preservación de los principios de publicidad, concurrencia y transparencia». Hay que tener en cuenta que, en el interin, se promulgó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia.

### 2.1 Sobre la corrupción

Sin entrar en su articulado, abordado en otro lugar<sup>9</sup>, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cita en muchas más ocasiones, con crudeza, el término «corrupción» que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, de la que trae causa, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Esta se refiere a las prohibiciones a corruptos, personas físicas o entes jurídicos para contratar o, como anuncia el fundamento 126, al hecho de que «la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude. Por ello, a fin de poder facilitar el acceso a los documentos de las partes interesadas, de conformidad con las normas aplicables en materia de acceso a documentos, los poderes adjudicadores deben guardar copias de los contratos de alto valor

---

<sup>9</sup> «Contratación pública: corrupción y transparencia en una sociedad digital», en *Libro homenaje al profesor Jaime Rodríguez Arana por sus XXV años de cátedra*. Coruña, en prensa.

que hayan celebrado». Y, más rotundamente, el artículo 57.1.b), asumiendo el hecho de la corrupción como algo no exclusivo de determinados países de la Unión, recuerda, a propósito de las exclusiones de participación en los procedimientos de contratación, que «uno de los motivos a tener en cuenta por los poderes adjudicadores es la corrupción, tal como se define en el artículo 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo o corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico...»<sup>10</sup>.

La Exposición de Motivos, en su número IV, ya señala que «También dentro del Libro I se introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación».

Por su parte, el romano V, prosigue que «con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado (...) de tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato. En este procedimiento se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en

---

<sup>10</sup> En España parece necesario contar con un Título específico del Código Penal, dentro de su Libro Segundo, que integre, bajo esta rúbrica, los delitos relacionados con la corrupción política, dado que este concepto es el relevante dentro del injusto típico, el cual supera y es distinto de la mera protección de la Administración Pública, tal y como hoy se configuran estos ilícitos. Tal sería el caso de los delitos de tráfico de influencias, cohecho, prevaricación administrativa, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios y autoridades, abusos en el ejercicio de la función, malversación de caudales públicos y fraude a la Administración Pública, etc.

cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias».

Por su parte, el artículo 64 de la Ley se destina a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses<sup>11</sup>, partiendo de que los órganos de contratación deben tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en la licitación. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación, lo que incluye a interesados directos, a afectados y, como luego diremos, a eventuales denunciantes.

El actual artículo 7 de la LCSP, es, en efecto, casi el decano de la lucha contra la corrupción, al reiterar, en general, las añejas prohibiciones de contratar: no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la Ley, las personas en quienes concurren circunstancias como haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios,

---

<sup>11</sup> El artículo 24 de la propuesta Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, señala, a propósito de los «conflictos de intereses», que:

«Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación».

blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio<sup>12</sup>.

Como ya no resulta novedoso, la prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

## 2.2 Referencias a la transparencia<sup>13</sup> en la LCSP 2017

Como ya se ha señalado, en la Exposición de Motivos, IV, se indica que «... persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad».

Por otra parte, debe señalarse que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, «siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

En el siguiente punto de la Exposición de Motivos (V), el legislador muestra su obsesión reiterativa porque «con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la [ya citada] supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía».

En el articulado, desde el artículo 1 se proclama que «la Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores...». Incluso (artículo 3. 4) «los partidos políticos, en el

---

<sup>12</sup> El punto 100 de la Motivación de la Directiva 2014/24, señala literalmente que «no deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo».

<sup>13</sup> Véase la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales...»

### 3. EL DENUNCIANTE Y SU EVOLUCIÓN

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), se atrevió a introducir, entre los postulantes de la apertura de un expediente disciplinario –a ordenar, en su caso, de oficio, de acuerdo con el artículo 423, por el órgano competente–, al denunciante agraviado<sup>14</sup>. Huelga decir que ese «agraviado», a cuya «instancia» podía abrirse el correspondiente expediente, podía ser, visto el catálogo de infracciones, otra autoridad no judicial, un superior, un igual, un subordinado o un justiciable<sup>15</sup>.

Esta «instancia» del perjudicado no encajó en los moldes legales y jurisprudenciales que venían encajando la iniciación exclusivamente de oficio de la potestad punitiva de la Administración sobre su personal. Y, así, en la Exposición de Motivos, VIII, *in fine*, de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se justificó su supresión.

<sup>14</sup> Véase REBOLLO PUIG, Manuel, «Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador», *Poder Judicial*, n.º 29, 1993, pp. 59-78. El número 1 del artículo 415, decía originalmente: «La responsabilidad disciplinaria solo podrá exigirse por la autoridad competente, mediante el procedimiento establecido en este capítulo, incoado ya por propia iniciativa, ya a instancia del agraviado, o en virtud de orden judicial superior, o, a iniciativa del Ministerio Fiscal».

<sup>15</sup> Constituía falta muy grave «los enfrentamientos graves y reiterados, por causas imputables a los Jueces y Magistrados, con las Autoridades de la circunscripción en que desempeñen su cargo» (art. 417.5.º). Se tipificaba como grave, «la falta de respeto ostensible a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad» (art. 418.1.º) y era una infracción leve, tanto «la falta de respeto a los superiores jerárquicos que no constituya falta grave», como «la desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico judicial, con los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados y Procuradores, con los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de los Juzgados y Tribunales o con los particulares que acudieren a los mismos en cualquier concepto» (art. 419.1.º y 2.º). En la actualidad, tras la redacción dada por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, la falta muy grave está tipificada como «la provocación reiterada de enfrentamientos graves con las autoridades de la circunscripción en que el juez o magistrado desempeñe el cargo, por motivos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional»; la grave, permanece sin alteraciones, y, la leve, amén de más descriptiva y actualizada en el nomenclátor funcional, incluye la desatención (no solo la desconsideración) y se proyecta, también, sobre las conductas de jueces y magistrados con graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial. Por su parte, el artículo 423, comenzaba señalando que «el procedimiento disciplinario se iniciará por Acuerdo de la Sala de Gobierno o Presidente que deban conocer del mismo, o, en su caso, del Consejo General del Poder Judicial. En el acto que mande iniciar el procedimiento se designará un instructor de igual categoría, al menos, a la de aquel contra el que se dirija el procedimiento. A propuesta del Instructor se designará un Secretario».



El artículo 415.1, tras esta reforma de 1994, pasó a decir que «la responsabilidad disciplinaria solo podrá exigirse por la autoridad competente, mediante el procedimiento establecido en este capítulo». La redacción tenía parentesco identificable con el artículo 134.1 de la ya por entonces derogada Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958<sup>16</sup>.

Este texto se ha mantenido en la reforma traída por el apartado ciento diecinueve del artículo único de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

Como puede apreciarse, se suprime la referencia al agraviado como instante del procedimiento –lo que chocaba con la normativa general administrativa–, pero se reconoce al perjudicado denunciante no solo el derecho a la notificación de una resolución motivada, sino una eventual legitimación ante la jurisdicción ordinaria y, en vía administrativa, la posibilidad de formular alegaciones al expediente y ser conocedor preceptivo de las resoluciones que en él recaigan aunque sin poder recurrir la decisión del expediente en dicha vía.

Las leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, han traído alguna novedad al respecto. De una parte, esta última, la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, incidiendo en una distinción clara en doctrina y jurisprudencia y también en normativa<sup>17</sup>, señala, en su artículo 25.3, a propósito de los principios de la potestad sancionadora, que «las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo».

Por otra parte, la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, afirma nuevamente en el artículo 63.1, a pro-

---

<sup>16</sup> Por su parte, el artículo 423 LOPJ, tras esta reforma, quedó del siguiente tenor: «1. El procedimiento disciplinario se impulsará de oficio en todos sus trámites, y se iniciará, por acuerdo de la Sala de Gobierno o Presidente que corresponda o, en su caso, de la Comisión Disciplinaria o del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, bien por propia iniciativa, como consecuencia de orden o petición razonada de distinto órgano, o de denuncia. También se iniciará a instancia del Ministerio Fiscal. 2. Toda denuncia sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia en general y de la actuación de los jueces y magistrados en particular será objeto, en el plazo de un mes, de informe del Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, en el que se podrá proponer el archivo de plano, la apertura de diligencias informativas o la incoación directa de expediente disciplinario. 3. La resolución motivada que dicte la Sala de Gobierno o la Comisión Disciplinaria sobre la iniciación del expediente se notificará al denunciante, que no podrá impugnarla en vía administrativa, sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional.

Si se incoare expediente disciplinario se notificarán al denunciante las resoluciones que recaigan y podrá formular alegaciones, pero no recurrir la decisión del expediente en vía administrativa, sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional».

<sup>17</sup> El artículo 127.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señalaba lo contrario: la no aplicación de su regulación al ejercicio de la potestad disciplinaria sobre el personal.

pósito de las especialidades en el inicio de los procedimientos de naturaleza sancionadora, que «los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos». Como toda iniciación de oficio, esta se materializará por «acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia» (art. 58). Se entiende por denuncia, dice el artículo 62.1 de la Ley 39/2015, «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo». Y, aunque no se dé participación en el procedimiento al denunciante, salvo que haya participado en la comisión de la infracción<sup>18</sup>, el legislador reconoce, con una formulación negativa un tanto discutible, que el denunciante, en ocasiones un agraviado, puede ser interesado: «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento» (art. 62.5).

La normativa relativa a la Administración siempre vio en la iniciación de oficio la única forma de poner en marcha el procedimiento sancionador. La Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, así lo imponía en su artículo 134, en relación con el 68: el expediente debía incoarse «por providencia del órgano competente en cada caso», pudiendo adoptarse por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia. Como recuerda González Pérez, la STS de 24 de septiembre de 1976, entendió que, «en puridad la incoación no es un acto discrecional del órgano administrativo, sin que ello obste a que pueda rechazar de plano o no considerar las denuncias apócrifas o carentes de fundamento»<sup>19</sup>.

En el plano estrictamente disciplinario, el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero), establece claramente en su artículo 27, que «el procedimiento se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razo-

<sup>18</sup> «Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado» (art. 62.4).

<sup>19</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 907.

nada de los subordinados o denuncia». Añadiéndose que, «de iniciarse el procedimiento como consecuencia de denuncia, deberá comunicarse dicho acuerdo al firmante de la misma». Pero no la inacción, la adopción de una información previa o la decisión expresa que no suponga el inicio del procedimiento.

El cambio radical de esta situación secundaria, pasiva y poco participativa del denunciante, también en materia contractual, excluida hasta el momento de la regulación general de la Ley 40/2015<sup>20</sup>, vendrá dada con la aprobación –de producirse– de la Ley, iniciada como proposición del Grupo Parlamentario Ciudadanos, Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciante.

Tras las últimas enmiendas registradas por el propio Grupo proponente, el 12 de diciembre de 2017<sup>21</sup>, el artículo 1, b) diría que «la presente Ley tiene por objeto:... regular el procedimiento especial, sumario, preferente y reservado iniciado en virtud de denuncia presentada por altos cargos, funcionarios o empleados del sector público por los hechos a los que se refiere el artículo 3 de esta Ley. La finalidad del procedimiento será determinar los hechos, identificar las personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes de la denuncia, a los efectos de decidir sobre la conveniencia de la apertura del correspondiente procedimiento sancionador o informar a las autoridades judiciales para la depuración, en su caso, de las responsabilidades penales a que hubiere lugar, así como acordar la adopción de medidas de protección a los denunciante».

Por su parte, el artículo 3 ofrece la consideración como denunciante. En su número 1, el concepto incluye «los altos cargos, los funcionarios y el resto del personal al servicio del sector público que revelen información con apariencia suficiente de veracidad sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito o infracción administrativa». Por su parte, y esto es una novedad en sentido doble, ya que no estaba en el texto inicial de la proposición, el número 2 afirma, que «igualmente, podrán ser considerados denunciante los contratistas y los beneficiarios de las ayudas públicas»<sup>22</sup> y, en relación con «los hechos que hubiese podido conocer como consecuencia de la adjudicación de los contratos o de las subvenciones percibidas...»<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Artículo 25.4: «Las disposiciones de este capítulo no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas».

<sup>21</sup> «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», del 19 de diciembre de 2017.

<sup>22</sup> «En los términos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, respectivamente».

<sup>23</sup> «... En el caso de personas jurídicas, la condición será reconocida a las personas físicas que hubiesen prestado servicios al adjudicatario o al beneficiario de la ayuda. 3. Asimismo, a los efectos de la presente Ley, se entiende por sector público el definido como tal en los artículos 2 y concordantes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público».

Los denunciantes, conforme al artículo 4, desde el momento en que presentan su denuncia ante cualquier superior jerárquico, autoridad administrativa o judicial y, en particular, ante la Autoridad Independiente de Integridad Pública u órgano autonómico competente, gozarán de los derechos que reconoce la ley, cuyo beneficio se extenderá durante el tiempo que resulte necesario para la adecuada protección de los denunciantes<sup>24</sup>.

Pero, a los efectos procedimentales, la gran novedad la constituye el artículo 4 ter, que regula los derechos respecto del procedimiento de denuncia. En tal sentido, los denunciantes tienen derecho a conocer el estado de la tramitación de su denuncia y a ser notificados de los trámites realizados y de las resoluciones acordadas respecto de la misma. Todos los trámites y no solo la eventual decisión de abrir el expediente. Y se reconoce, asimismo, el derecho a que la denuncia presentada finalice mediante resolución expresa y motivada en los términos y plazos previstos en la Ley.

#### 4. MEDIDAS POLÍTICO-LEGISLATIVAS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL POPULISMO

Partiendo del deterioro que ambos fenómenos suponen para el Estado democrático, en un caso por perversión dolosa de lo que debe ser la gestión del interés general para el que los representantes son elegidos, en beneficio particular de estos y de su entorno o soporte más cercano y, en otro, por intentar arrumbar las instituciones a través de una magnificación interesada de la democracia directa que acaba desembocando en nuevos caudillajes, prevaleciendo de las carencias del sistema –ninguno es perfecto– y de las propias frustraciones de la ciudadanía, procede examinar, siquiera esquemáticamente, la posibilidad que los propios ordenamientos constitucionales pueden ofrecer para preservar la imagen y la eficacia de la democracia representativa de origen liberal y ya bañada, en muchos textos fundamentales, en el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

En el caso de las prácticas corruptas de gobernantes y administradores, es evidente que ninguna norma suprema va a admitir o tolerar lo que es un vicio del

---

<sup>24</sup> Entre estos están (artículo 4 bis) las garantías de confidencialidad. Así, la Autoridad Independiente de Integridad Pública u órgano autonómico competente establecerá los canales y procedimientos adecuados para garantizar la confidencialidad de las denuncias que le sean presentadas y en todas sus actuaciones se omitirán los datos relativos a la identidad del denunciante, así como los que pudieran conducir a su identificación. Esta garantía de confidencialidad no será de aplicación cuando, con el consentimiento expreso del denunciante, resulte estrictamente indispensable para lograr la aplicación efectiva de las demás garantías legales. En fin, en ningún caso se considerará que los denunciantes incumplen con su deber de sigilo o confidencialidad al que obligan, bajo amenaza de falta muy grave, los artículos 52 y 95.2.e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Empleado Público.

sistema. Muy al contrario, como antes hemos visto a propósito de la contratación pública europea, apostará como antídoto por la virtud de la transparencia. Pero, aun elevando de rango este desiderátum, nada impide que los más aviesos –normalmente más hábiles que el legislador, por ello se modifican continuamente las normas punitivas– encuentren recovecos por los que saciar sus apetencias económicas menos edificantes. La experiencia demuestra, muy paradigmáticamente en España, que la limitación de mandatos reduce las tentaciones de corrupción. El corruptor tarda en ganarse la confianza del objetivo a corromper, siendo mucho más fácil, a salvo personalidades íntegras moralmente, trasladar las propuestas deshonestas en segundos y posteriores mandatos. Ello, unido a una seria fiscalización de los patrimonios «ex ante» y «ex post» de los cargos públicos, supone una modesta, pero sensible, cortapisa a las ambiciones menos confesables. Y para ello, como cierre del sistema, que sí puede detallarse constitucionalmente, es un Poder Judicial auténticamente independiente e inamovible, tan protegido o más en su actuación y en sus medios como el Poder Ejecutivo en los distintos niveles de gobierno. La magistratura, en situaciones de corrupción, sigue siendo el primer objetivo a domesticar –o defenestrar, según los casos– por los políticos corruptos. Insidias, atentados, remociones ilegales, privación del juez natural, son una cara de la moneda. La otra, las dádivas, culto a las vanidades, favores personales y familiares... En suma, extender la mancha de la corrupción hasta llevarla a las togas. De ahí que todo incremento a la protección y estatus de la judicatura sea poca en cualquier reforma constitucional que tienda a cortocircuitar la corrupción generalizada, más allá de la legislación ordinaria administrativa o penal.

En el caso de los populismos, como se ha advertido, obedecen a causas plurales y se ejercen desde posiciones aparentemente inversas. Es populismo el inculcado desde el poder por quienes han llegado al mismo por cauces democráticos –con independencia de las sospechas de irregularidades electorales–, con la finalidad de perpetuarse en el poder limitando la capacidad organizativa o electoral de los opositores y creando, en suma «un régimen» transformador, supuestamente revolucionario, que cercene derechos y libertades, incluso tras algún referéndum o cambio constitucional al gusto de los instalados en el poder. Pero también es populismo el inverso: el que nace, debidamente alentado y programado por personas de ambición y capacidad política probada, eso sí, desde el descontento, la frustración, las carencias de todo orden y el hastío por las formas de gobernar, corrupción incluida. Esa recluta, en los últimos años, por la decrepitud del modelo clásico y los ejemplos casi generalizados de prácticas indeseables, se convierte en una operación exitosa, rápida y para la que siempre se encuentra un buen caldo de cultivo. Sorprendentemente, con las honrosas excepciones que se quieran ver, las masas que abominaban del dirigismo de los partidos clásicos, aceptan que un nuevo modelo de partido, con sus líderes y sus contradicciones, tomen el relevo de la situación. Hay

populismos de izquierdas, a los que les quedan a la derecha los partidos comunistas clásicos y evolucionados y populismos de derechas, anclados muchas veces a la xenofobia o a los nacionalismos excluyentes. Pero el fenómeno es muy similar: busca un nuevo poder basado en una «voluntad espontánea y callejera» de la ciudadanía y entrar en las instituciones para transformarlas radicalmente. En estos casos, la receta constitucional es complicada. Numerosos ejemplos nos ha deparado la Historia y el constitucionalismo comparado de regímenes –no solo totalitarios, por cierto– que intentaron blindarse ante futuras reformas. Vano intento. Las reformas muy rígidas de los textos constitucionales pueden abocar a lo contrario de lo que se pretende. Se puede, sí, reforzar el capítulo de derechos fundamentales para incluir la condena del odio, de la xenofobia, de la disgregación territorial, del supremacismo... Pero todo ello ya tiene encaje, si no en los textos constituciones, sí en la más alta jurisprudencia y en la legislación penal o sancionadora. Se pueden reducir, en teoría, las concentraciones anti-sistema –herramienta clásica del populismo– pero el riesgo de abolir el derecho fundamental de manifestación es evidente.

La lucha contra los populismos organizados debe venir, fundamentalmente, de la recuperación del prestigio de las instituciones democráticas. Del examen de cada uno de los motivos que sustentan el descontento que conduce a tales movimientos. Una economía y una fiscalidad más distributiva y justa; una garantía del acceso universal a los grandes servicios públicos; un sistema electoral equitativo, donde todos se sientan implicados; una regeneración plena –o refundación– de los partidos políticos clásicos; una gestión ejemplar, como los castigos a los que se aprovechan de sus cargos; la ya citada limitación de mandatos con la consiguiente dación de cuentas de los patrimonios personales...

Como puede apreciarse, dentro de las limitadas modificaciones preventivas que pueden realizarse en las normas institucionales de mayor rango para atajar o minimizar corrupción y populismos –entre las que no debe desdeñarse un mayor protagonismo y protección del denunciante– nos encontramos con medidas comunes. Lo que es lógico, ya que ambas amenazas tienen elementos comunes, no solo al final del recorrido o como consecuencia, los segundos, del mal ejemplo de la primera, sino también al comienzo, ya que los egoísmos personales y grupales, están detrás tanto de los engaños, prevalimientos y estafas que enriquecen a los inmorales, como el toque de rebato que concentra a quienes buscan redención a una suerte de determinismo cruel.

# Comunicaciones

---

# Populismo, controles de cambios y de precios, y nacionalización y estatización

Carlos Eduardo Acedo Sucre

*Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales venezolana*

Venezuela es un paradigma del populismo del siglo XXI, pues el chavismo está en el poder desde fines del siglo XX; incide sobre los gobiernos de Nicaragua y Bolivia, e incidió sobre los de Argentina y Ecuador; ha influido en la política de países como España (Partido Podemos); y ha sostenido económicamente el régimen cubano. Hugo Chávez era tan carismático que, antes de fallecer, impuso como sucesor, en la Presidencia de Venezuela, al nada carismático Nicolás Maduro.

El populismo sirve para llegar al poder y luego para conservarlo. La democracia debe defenderse del populismo, ya que puede debilitarla o destruirla. Los controles y equilibrios de la democracia deben ser fortalecidos para contrarrestar al populismo; pero ciertas políticas económicas, cuya génesis está en la izquierda tradicional, debilitan esos controles y equilibrios.

## 1. VULNERABILIDAD DE LA DEMOCRACIA FRENTE AL POPULISMO

El populismo tiene numerosos vicios, que, paradójicamente, son su fortaleza, pues son un factor que debilita los controles y equilibrios de la democracia.

### A) Vicios del populismo

Hay que entender estos vicios, para contrarrestar el populismo. Los vicios del populismo, en el caso de Venezuela, presentan peculiaridades.



### a) *Características generales*

Los vicios del populismo no son novedosos. El principal es la demagogia, que es un concepto que viene de la Grecia antigua; se trata de una «Degeneración de la democracia, consistente en que los políticos, mediante concesiones y halagos a los sentimientos elementales de los ciudadanos, tratan de conseguir o mantener el poder»<sup>1</sup>.

Por ende, otro vicio es la inmoralidad de los dirigentes populistas, prontos a mentir.

El populismo extremista, sobre todo el de izquierda, suele exhibir otros vicios, que estaban presentes en los sistemas totalitarios del siglo pasado. El fascismo, incluyendo el nazismo, tiene su inspiración en ideas socialistas, que privilegian lo colectivo sobre lo individual y le otorgan al Estado un rol en el manejo económico. No es casualidad que el nazismo se llamara Nacional-Socialismo, ni que Mussolini haya afirmado que el fascismo «no es antitético, sino más bien convergente con el programa socialista»<sup>2</sup>. El historiador Norman Davies estima que hay muchos puntos en común entre el fascismo, incluyendo el nazismo, y el comunismo, que resumimos así: (i) ideología con elementos nacionalistas y socialistas; (ii) fines utópicos, adoctrinamiento; (iii) pretendido basamento científico; (iv) sujeción del Estado al partido de gobierno; (v) obediencia sin discusión, culto a la personalidad; (vi) gansterismo; (vii) crecimiento de la burocracia; (viii) propaganda moderna, mentirosa y masiva; (ix) promoción de arte oficial; (x) auto-justificación basada en la existencia de enemigos; (xi) siembra de odio; (xii) censura, información oficial falsa; (xiii) genocidio, coerción; (xiv) colectivismo, uniformización; (xv) militarismo; (xvi) afirmación de valores supuestamente universales; (xvii) desprecio hacia la democracia representativa; y (xviii) el fin justifica los medios<sup>3</sup>.

La demagogia, más la inmoralidad, más los dieciocho puntos enumerados, suman veinte vicios del populismo extremo. Estos veinte vicios forman parte del pensamiento y manera de ser de los líderes populistas radicales.

Esos veinte vicios han estado presentes en los líderes chavistas. El resultado es que el régimen chavista es una organización delictiva. De hecho, el Informe del año 2017 sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, trata detalladamente el «Uso abusivo de la fuerza» por el gobierno en las protestas sociales, que ha

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

<sup>2</sup> Cita frecuente de Mussolini, atribuida al Diario della Volontà del 19 de agosto de 1921.

<sup>3</sup> DAVIES, Norman, *Europe, A History*, Londres, 1997, pp. 945 a 948.

dado como resultado numerosos muertos y heridos; y las «Detenciones arbitrarias, actos de tortura y violencia sexual en el marco de protestas sociales»<sup>4</sup>. Esto fue corroborado el 29 de mayo de 2018 por el Informe de la Secretaría General de la OEA sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela<sup>5</sup>. Además, hay presos políticos<sup>6</sup>, los partidos de oposición más relevantes fueron ilegalizados<sup>7</sup>; sus líderes principales están presos<sup>8</sup>, exiliados<sup>9</sup>, o inhabilitados<sup>10</sup>; y varios candidatos electos fueron privados de su cargo<sup>11</sup>, o de sus atribuciones<sup>12</sup>.

### *b) Particularidades de Venezuela*

Varios vicios del populismo extremo muestran peculiaridades en Venezuela: (i) Pretendido basamento científico: Reescritura de la historia para justificar teorías chavistas. (ii) Gansterismo: Alianza del gobierno con las mafias de las drogas, los secuestros, el contrabando y el tráfico con sobreprecio de bienes escasos de consumo masivo. Promoción de grupos paramilitares para reprimir protestas; invadir industrias, comercios y viviendas; y asesinar, herir e intimidar disidentes<sup>13</sup>. (iii) Promoción de arte oficial: Estética chavista de escaso valor artístico<sup>14</sup>. (iv) Genocidio y coerción: Asesinatos y agresiones con fin político, imputación a opositores de crímenes inventados, campañas de descrédito contra sectores sociales y arrestos de manifestantes y disidentes. Listas de individuos que votan contra el gobierno, a los que amenaza por los medios, niega beneficios sociales, prohíbe entrar a ciertas oficinas y cierra el

<sup>4</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

<sup>5</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>

<sup>6</sup> Son como una puerta giratoria, pues el gobierno libera a unos presos políticos y encarcela a otros.

<sup>7</sup> Principalmente, Primero Justicia y Voluntad Popular.

<sup>8</sup> Principalmente, Leopoldo López, fundador de Voluntad Popular y uno de los líderes más importantes de la oposición, en prisión varios años y actualmente detenido en su casa de habitación.

<sup>9</sup> Principalmente, Julio Borges, de Primero Justicia, hasta hace poco presidente de la Asamblea Nacional, quien huyó al exterior; y Freddy Guevara, hasta hace poco vicepresidente de la Asamblea Nacional, quien se refugió en la Embajada de Chile en Venezuela.

<sup>10</sup> Principalmente, Henrique Capriles, dos veces candidato presidencial apoyado por toda la oposición.

<sup>11</sup> Principalmente, la Diputada María Corina Machado y el Gobernador Juan P. Guanipa del Estado Zulia.

<sup>12</sup> Principalmente, todos los diputados de la Asamblea Nacional (cuyas atribuciones fueron disminuidas por el Tribunal Supremo de Justicia y usurpadas por la Asamblea Nacional Constituyente), y el Alcalde Antonio Ledezma de Caracas (privado de funciones, luego detenido y finalmente escapado al exterior).

<sup>13</sup> Los mal llamados «colectivos» son tratados en el citado Informe de la Secretaría General de la OEA sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela.

<sup>14</sup> Paredes exteriores pintarrajeadas con fin de propaganda y feos monumentos a los héroes del chavismo.

acceso a cargos<sup>15</sup>. Presión a empleados y dependientes del gobierno para que lo apoyen<sup>16</sup>. (v) Colectivismo y uniformización: Rechazo del individualismo por los dignatarios chavistas, al punto que no reconocen a quien piense distinto, organizan eventos frecuentes donde repiten las mismas consignas y suelen vestirse igual, con camisas, chaquetas o corbatas rojas. Imposición de uniforme rojo por numerosos entes públicos. Uso de camisa roja por muchos seguidores del chavismo. (vi) Militarismo: Ascensión de los militares, incluso activos, al poder (Chávez –el «Comandante-Presidente»– era militar, así como buena parte de sus colaboradores y los de Maduro); frecuentes desfiles y otros actos militares, televisados y glorificados; compra sin control de armas; uso de las fuerzas armadas para reprimir las protestas; y burocracia militar enorme, omnipresente, ineficiente, intolerante y corrupta. (vii) Desprecio hacia la democracia representativa: Deseo de aprovechar el prestigio de la democracia, a pesar de despreciarla. (a) Los comunistas –en un giro orwelliano– acuñaron, a mediados del siglo pasado, la expresión «democracia popular», para bendecir sus autocracias con una palabra reputada, vaciándola de contenido. Luego, los populistas impusieron las expresiones «democracia participativa» y «democracia protagónica», igualmente vacías, que el chavismo llevó a la Constitución del año 1999<sup>17</sup>. (b) Esta Constitución debilitó la democracia venezolana<sup>18</sup>. (c) Desde 1999, ha habido elecciones frecuentes, pero el sistema electoral carece de credibilidad<sup>19</sup>.

Otra particularidad de Venezuela es que Maduro y muchos otros dirigentes chavistas tienen un nivel educativo muy bajo, y no entienden ni saben resolver los problemas; a lo que se añade una corrupción extrema<sup>20</sup>, que equivale a

<sup>15</sup> Por ejemplo, la Lista Tascón. Véase Una Década de Chávez, por Human Rights Watch, disponible en:

<https://www.hrw.org/es/report/2008/09/18/una-decada-de-chavez/intolerancia-politica-y-oportunidades-perdidas-para-el>

<sup>16</sup> Por ejemplo, en una reunión de trabajadores de la compañía petrolera estatal, PDVSA, su entonces presidente, Rafael Ramírez, dijo que esta es «roja, rojita», exigiendo adhesión al chavismo. Eso ha sido repetido por Chávez y sus seguidores, refiriéndose a los empleados de todo el sector público. Esto fue tratado por Human Rights Watch, en su citado informe Una Década de Chávez.

<sup>17</sup> La exposición de motivos de la Constitución dice que uno de sus objetivos es el «tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica».

<sup>18</sup> El 10 de mayo de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la Constitución del año 1999 suprimió ciertas disposiciones constitucionales que son importantes para el Estado de Derecho e incluyó varios elementos que afectan la observancia efectiva del Estado de Derecho, con el resultado de que los mecanismos constitucionales no establecen, en situaciones importantes, los controles y equilibrios necesarios para limitar el ejercicio de la autoridad pública y para garantizar los derechos humanos.

<sup>19</sup> Véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 3 de marzo de 2018:

[http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/ACPS\\_Dictamen%20independencia%20e%20imparcialidad%20CNE\\_garant%C3%ADas%20electorales.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/ACPS_Dictamen%20independencia%20e%20imparcialidad%20CNE_garant%C3%ADas%20electorales.pdf)

<sup>20</sup> Venezuela ocupa el lugar número 169 en el Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparencia Internacional, disponible en:

[https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla\\_sintetica\\_ipc-2017.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf)

un saqueo. En todo esto, el parámetro de comparación no son los regímenes mussoliniano, hitleriano o estaliniano, sino la invasión de los bárbaros al Imperio Romano, con la consiguiente destrucción institucional, social, económica y de los servicios públicos e infraestructura.

## **B) Debilitamiento de los controles y equilibrios de la democracia liberal como consecuencia de políticas económicas**

El populismo, con sus enfoques simplistas, apela a los sentimientos, y suele ser impulsado por líderes carismáticos. El carisma de estos líderes genera apoyo para medidas económicas que vulneran los controles y equilibrios de la democracia. Las democracias representativas exhiben una fragilidad frente al populismo, la cual puede agravarse, con este tipo de medidas económicas.

### *a) Vulnerabilidad de la democracia frente al populismo, y posibles antídotos*

Puede suceder que la democracia, al cabo de cierto tiempo, no entusiasme, no apasione. A muchas personas las pueden motivar, más bien, el carisma y las promesas falsas de los líderes populistas, particularmente en momentos de dificultades económicas. La falta de entusiasmo que muchas veces provocan los gobernantes democráticos y el espejismo creado por los populistas hacen que las democracias sean vulnerables.

Bernard Shaw, en las notas a su César y Cleopatra<sup>21</sup>, afirmó, hace 120 años<sup>22</sup>, que «claramente existe campo para grandes cambios en el mundo mediante el incremento del porcentaje de individuos que son educados cuidadosamente y criados con gentileza, hasta finalmente sacarle el máximo provecho a todo hombre y mujer que haya nacido. Pero esta posibilidad existía en la época de los hititas<sup>23</sup>, tanto como existe hoy». En nuestra época, formar a los niños y jóvenes cuidadosamente y con gentileza debe abarcar sembrarles valores democráticos y suministrarles información sobre cómo funciona la economía. Esta es la mejor defensa contra el populismo, pero no basta. Es necesario, además, que existan instituciones sólidas y fuerzas sociales no institucionales igualmente sólidas, para que las unas y las otras sirvan de cortapisa a las

---

<sup>21</sup> Shaw, George Bernard: *Collected Plays with their Prefaces*, tomo II, Londres, 1971, página 296.

<sup>22</sup> Bernard Shaw concluyó su *César y Cleopatra* el 9 de diciembre de 1898 (Shaw: obra citada, página 159), o sea, antes del surgimiento de Lenin, Mussolini y Hitler.

<sup>23</sup> Los hititas son una civilización del Medio Oriente de aproximadamente un milenio y medio antes de Cristo, cuando los griegos ni siquiera habían irrumpido en la historia.

ambiciones de caudillos<sup>24</sup>, que dicen mentiras que mucha gente quiere oír y está dispuesta a creer.

La democracia tiene un basamento institucional en la separación de poderes, el Estado de Derecho, el respeto a los derechos humanos, la protección de las minorías y la alternabilidad a través de elecciones. Pero, para que una democracia sea verdaderamente fuerte, dicho basamento institucional debe estar apuntalado por una clase profesional y empresarial próspera, con movilidad social y oportunidades para todos. La clase profesional y empresarial, en la medida en que sea próspera, puede constituir un impedimento al surgimiento del populismo. No es que la élite económica tenga la capacidad, por sí sola, de evitar que el populismo se imponga, sino que es un obstáculo más para su instauración, pues es un poder adicional al ejecutivo, legislativo o judicial, aunque no institucional. La bonanza de la élite económica, como factor estabilizador, juega un papel similar al de la prensa libre y las iglesias tradicionales. Los profesionales y el empresariado son una fuerza social no institucional, que no conviene debilitar con una intervención estatal que suele afectar adversamente el buen desempeño económico y la prosperidad general. Los gobernantes deben concentrarse en lo fundamental, que es, en nuestro criterio, (i) el Estado de Derecho; (ii) el buen funcionamiento de la policía, los tribunales y las cárceles; (iii) el respeto a los derechos humanos y la protección de las minorías; (iv) un sistema que garantice elecciones periódicas y limpias, sin ventajismo; (v) la educación, la salud y la seguridad social, de calidad y al alcance de todos; (vi) la protección del patrimonio cultural y ambiental; (vii) mecanismos para prevenir distorsiones en el mercado (como los monopolios, la competencia desleal y los abusos contra los consumidores), los cuales implican una regulación y supervisión estatal racional y suficiente, no castrante; y (viii) mecanismos para corregir tales distorsiones en el mercado, los cuales deben ser provisionales y no pueden estar dirigidos a convertir al Estado en un súper empresario. Los gobernantes que se concentran en lo fundamental, dejando que la población trabaje tranquila y libremente, generan bienestar, promocionando una élite económica fuerte, que puede ayudar a contrarrestar el populismo, dificultando su instauración. En caso de que un líder populista tome el poder, esa élite económica fuerte puede debilitarlo, apoyando a la oposición democrática.

#### *b) Políticas económicas favorecedoras del declive y supresión de la democracia*

El caso de Venezuela es emblemático. En los cuarenta años de democracia previos al populismo chavista, llegó a haber control de cambios, control de precios y nacionalizaciones. Dichos controles de cambios y precios fueron un

---

<sup>24</sup> Hay similitud entre el populismo del siglo XXI y el caudillismo de los siglos XIX y XX.

fracaso; pero, como fueron promovidos provisionalmente por los partidos del estatus y sus efectos negativos fueron atenuados por la riqueza petrolera, el pueblo no entendió que estos controles económicos son nefastos. Dichas nacionalizaciones fueron, en cambio, exitosas, por lo menos la de la industria del petróleo, durante la primera presidencia de Carlos Andrés Pérez; con la consecuencia de que estas tomas de propiedades fueron bien vistas por el pueblo, y el Estado pasó a ser el principal factor económico de Venezuela. Los controles de cambios y precios y las nacionalizaciones de los cuarenta años de democracia acarrearón el debilitamiento de las élites económicas de Venezuela, que no tuvieron fortaleza para enfrentar el populismo chavista, como un contrapeso adicional a los institucionales y a los de la prensa y la Iglesia Católica<sup>25</sup>. También acarrearón la receptividad del pueblo a nuevos controles de cambios y precios, y a nuevas nacionalizaciones y estatizaciones.

Durante los gobiernos de Chávez y Maduro, los controles de cambios y precios pasaron a ser permanentes y totalmente irracionales. Además, las nacionalizaciones y estatizaciones devinieron numerosas, casi siempre sin justificación, procedimiento ni indemnización. Todo esto abatió la ya débil élite económica venezolana. A esto se añade que la corrupción y las distorsiones en la economía crearon una nueva clase de supuestos empresarios con enormes fortunas, interesados en que el régimen se mantenga, para tener impunidad. Todo esto ha ayudado a que el chavismo permanezca en el poder, desde hace dos décadas. Estos controles económicos y tomas de propiedades no han arrojado ningún resultado positivo, sino devaluaciones y mega-devaluaciones; inflación e hiperinflación; destrucción del aparato productivo; carestía grave de alimentos, medicinas y otros bienes; y sucesivas reconversiones monetarias, hasta quitarle ocho ceros a la moneda.

Casi todas las normas venezolanas sobre controles de cambios y precios son, además de irracionales, imposibles de cumplir. Fernando M. Fernández popularizó en Venezuela las palabras «corruptentes» o «criminógenos», para calificar a las leyes o decretos que, por su irracionalidad e imposible cumplimiento, convierten en delincuentes a los ciudadanos correctos<sup>26</sup>. Refiriéndose a un libro de este autor –Estado Dual o Anómico: Efectos Corruptentes–, Gabriel Ruan Santos, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, expresó que

---

<sup>25</sup> Hay que reconocer que el carisma de Chávez y su afirmación de que no era socialista ni comunista, sino católico, engañaron a varios dueños de medios de comunicación, empresarios, intelectuales y sacerdotes, que ayudaron a Chávez a conquistar el poder y fueron sus aliados por un tiempo.

<sup>26</sup> Véanse, por ejemplo, las siguientes publicaciones de profesionales de la comunicación:  
<http://www.cesarmiguelrondon.com/opinion/el-espacio-de-mis-amigos/mafias-billetes-fernando-m-fernandez/>  
[http://www.el-nacional.com/noticias/sucesos/falta-control-leyes-incitan-delito-financiero\\_205452](http://www.el-nacional.com/noticias/sucesos/falta-control-leyes-incitan-delito-financiero_205452)

«Particular interés suscita el tema de los "efectos corruptentes" del Estado Dual, a través de los llamados "decretos criminógenos". A este respecto, cita Fernández al maestro penalista venezolano Tulio Chiossone, quien se refería a las "leyes criminógenas", porque lejos de promover su cumplimiento provocaban su incumplimiento o eran la causa de la comisión de delitos. Según Fernández, «son leyes cuya estructura es errónea, confusa o absurda, porque prohíben conductas que no deberían ser castigadas penalmente... suelen estar cargadas de ideología política o de prejuicios y dogmas económicos que no resultan ser soluciones prácticas para la sociedad ni para la economía». A nuestro juicio, buen ejemplo de las leyes criminógenas, cuyo difícil cumplimiento conduce a la ilegalidad a los destinatarios de las normas es el régimen de control de cambios y en especial, la Ley de Ilícitos Cambiarios, que establece el monopolio estatal del comercio de divisas, sin que el Estado provea a los importadores de las que necesitan, obligándolos a recurrir al mercado paralelo ilegal y a hacerse blanco de sanciones desproporcionadas»<sup>27</sup>. Este texto está referido al control de cambios, pero vale para el control de precios, que impone vender a pérdida.

Cuando Chávez instauró el control de cambios en el 2003, dejó claro su fin político, no económico, amenazando a empresarios adversos con no otorgarles divisas<sup>28</sup>. Lo mismo puede decirse sobre el control de precios.

## 2. MEDIDAS ECONÓMICAS IMPLEMENTADAS EN VENEZUELA

La imposición de políticas económicas equivocadas en Venezuela allanó el camino para que el chavismo conquistara y después se perpetuara en el poder. El empobrecimiento, envilecimiento, sumisión o exilio de gran parte de los empresarios y profesionales dificulta que Venezuela recupere su democracia; y es el resultado de la delincuencia común desbocada, de la arbitrariedad, de los controles de cambios y precios, y de las nacionalizaciones y estatizaciones.

### A) Los controles de cambios y precios del régimen chavista

Los controles de cambios y precios, que en la Venezuela chavista tienen carácter prácticamente permanente, son muy destructivos, pues perjudican toda

---

<sup>27</sup> Ruan Santos, Gabriel: Palabras de Apertura de la Presentación de los Libros de Fernando M. Fernández, disponible en:

[http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/Palabras%20de%20apertura%20F.M.Fern%C3%A1ndez.%20\(0326340xC4456\).pdf](http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/Palabras%20de%20apertura%20F.M.Fern%C3%A1ndez.%20(0326340xC4456).pdf)

<sup>28</sup> Por ejemplo, el 23 de enero de 2003, el Ministro de Producción y Comercio declaró que los empresarios golpistas ya no iban a poder comprar dólares; y el 4 de febrero siguiente, Chávez ratificó que el control de cambios era para fines políticos, señalando que les iba a cerrar la puerta a los empresarios golpistas, a quienes no les iba a dar ni un dólar (para él, casi todos los empresarios eran golpistas).

actividad económica, generan corrupción y su regulación está contenida en normas criminógenas.

#### *a) El control de cambios*

El actual control de cambios data del año 2003. Las sucesivas leyes de ilícitos cambiarios, la última de ellas denominada Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, han tenido normas totalmente absurdas, tales como las siguientes: (i) El artículo 22 de esta última ley, cuyo título es «Uso de tipo de cambio no oficial para establecer precios», sancionaba con prisión y multa a «Quienes promocionen, comercialicen o determinen los precios de bienes y servicios utilizando como referencia un tipo de cambio distinto a los permitidos por la normativa cambiaria o al fijado para la operación cambiaria correspondiente por la administración cambiaria». Esto era un contrasentido, pues el sector privado tenía que acudir al llamado mercado paralelo de divisas para atender sus importaciones, ya que la administración cambiaria no le daba acceso a moneda extranjera. (ii) El artículo 24 de la misma ley usaba las palabras «falsa o fraudulenta» con respecto a cualquier «tipo de cambio aplicable a las divisas» que «contraríe o distorsione» el «tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela». Según este artículo, «Se entenderá que una información referida al tipo de cambio... es falsa o fraudulenta cuando contraríe o distorsione los valores aplicables al tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela». Este artículo, cuyo título era «Difusión de información falsa sobre el tipo de cambio», castigaba con prisión la difusión de «información falsa o fraudulenta referida al tipo de cambio», por «comunicación de cualquier tipo». De manera que la ley incurría en el extremo de criminalizar el suministro de información sobre el mercado paralelo de divisas. (iii) El artículo 39 de dicha ley, titulado «Obtención de divisas violando las normas», penalizaba con multa a «Quienes hubiesen obtenido divisas mediante la violación de la normativa cambiaria que regula el régimen de administración de divisas». Además, estos debían realizar el «reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela».

Algunas de las leyes de ilícitos cambiarios que precedieron a la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos llevaron la irracionalidad al punto de castigar con prisión las operaciones del mercado paralelo de divisas<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que estuvo vigente hasta 2014, en el segundo párrafo de su artículo 9, castigaba con multa a la persona que, «en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas», si el monto excedía US\$ 10.000 al año. Según el tercer párrafo de dicho artículo, si el monto excedía de US\$ 20.000 por año, la persona era penada con prisión.



Los artículos 22, 24 y 39 de la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, antes citados, coexistieron con el artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que sancionaba con multa a quienes realizaran «operaciones de negociación y comercio de divisas en el país» en violación de las normas del Banco Central de Venezuela.

Ahora bien, el 2 de agosto de 2018, todas las disposiciones mencionadas fueron derogadas por la Asamblea Nacional Constituyente, a través del Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos. No obstante, el Decreto Constituyente es nulo, porque la Asamblea Nacional Constituyente fue establecida en violación de los requisitos constitucionales<sup>30</sup>, y, en todo caso, no está facultada para derogar leyes<sup>31</sup>. Sin embargo, para el régimen chavista los artículos citados fueron derogados, pues considera que la Asamblea Nacional Constituyente es «soberana y plenipotenciaria»<sup>32</sup>. La Asamblea Nacional Constituyente, mediante el Decreto Constituyente, también derogó cualquier otra disposición que colida con este.

Existen argumentos muy sólidos para sostener que esta derogatoria abarca los artículos 28 y 30 del Convenio Cambiario N.º 39 entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, que establecían un tipo de cambio único, a saber: la Tasa Complementaria Flotante de Mercado, DICOM<sup>33</sup>. En efecto, esta tasa única es incompatible con los considerandos y los artículos de

<sup>30</sup> Véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 20 de junio de 2017:

[http://aciropol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20\(.pdf](http://aciropol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20(.pdf)

<sup>31</sup> Véase el pronunciamiento de las Academias Nacionales del 15 de agosto de 2017:

<http://aciropol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-08-15%20Pronunciamento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>

<sup>32</sup> Por ejemplo, Acuerdo Constituyente publicado en la Gaceta Oficial N° 41.454 del 6 de agosto de 2018.

<sup>33</sup> Artículo 11 del Convenio Cambiario N.º 39: «El listado de las personas naturales y jurídicas; así como las cantidades adjudicadas de monedas extranjeras, será publicado en la página web del Banco Central de Venezuela, así como en la página [www.dicom.gob.ve](http://www.dicom.gob.ve), del Sistema de Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado (DICOM), correspondiente a cada subasta realizada. El tipo de cambio vigente será el de la última subasta». Artículo 28 del Convenio Cambiario N.º 39: «El tipo de cambio de referencia previsto en el artículo 11 del presente Convenio Cambiario, aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado. Asimismo, las operaciones de venta de monedas extranjeras al Banco Central de Venezuela por parte de los sujetos indicados en este artículo se efectuarán al tipo de cambio dispuesto en el artículo 11 del presente Convenio Cambiario, reducido en cero coma veinticinco por ciento (0,25 %)». Artículo 30 del Convenio Cambiario N.º 39: «Todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras no previstas expresamente en el presente Convenio Cambiario, se tramitarán a través de los mercados alternativos regulados en la normativa cambiaria, al tipo de cambio complementario flotante de mercado».

dicho Decreto Constituyente<sup>34</sup>. Sin embargo, las autoridades han seguido declarando que existe un tipo de cambio único y que hay que acabar con el mercado paralelo de divisas. Esto es imposible, pues este mercado es el único mecanismo por el cual personas ajenas al régimen pueden adquirir divisas.

También existen argumentos muy sólidos para sostener que esta derogatoria abarca el artículo 62 de la Ley Orgánica de Precios Justos. Este artículo, titulado «Alteración fraudulenta de precios», castigaba con prisión a «Quien de manera directa o indirecta, con engaño y fines de lucro, aplicare o informare, por cualquier medio, un tipo de cambio distinto al fijado por el Ejecutivo Nacional para la estimación de precios de bienes o servicios, en el territorio nacional». Pensamos que fue abrogado, pues este artículo penaliza una conducta similar a la sancionada en el artículo 22 de la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, el cual, como vimos, fue derogado expresamente. Sin embargo, parece que esto tampoco lo ha entendido el gobierno.

### *b) El control de precios*

Un control de precios con hiperinflación es insostenible. Sin embargo, existe.

La Ley Orgánica de Precios Justos controla, además de los precios, las ganancias. Su artículo 31 dispone que «Ningún margen de ganancia superará el treinta por ciento (30 %) de la estructura de costos del bien producido o el servicio prestado», pero el margen puede ser menor, por decisión de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos. Los proveedores de bienes y servicios pueden documentar sus gastos y costos mediante las facturas correspondientes. Ahora bien, la Superintendencia

---

<sup>34</sup> Los artículos 28 y 30 del Convenio Cambiario N° 39 imponen una tasa de cambio única para todas las operaciones cambiarias que realicen los particulares, tanto las que estén regidas por este, como las que no estén regidas por este. Esa imposición es totalmente incompatible con los postulados predicados por la Asamblea Nacional Constituyente, en cuanto a (i) la necesidad de «que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley» (primer considerando del Decreto Constituyente); (ii) «las garantías para que los particulares sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, puedan participar más activamente en emprendimientos socio-económicos, inversiones, actividades productivas y de desarrollo social, y con el firme propósito de brindar las máximas seguridades para la inversión extranjera productiva» (segundo considerando del Decreto Constituyente); (iii) el «objeto» de «establecer la derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos... con el propósito de otorgar a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, las más amplias garantías para el desempeño de su mejor participación en el modelo de desarrollo socio-económico productivo del país» (artículo 1 del Decreto Constituyente); y (iv) la eliminación, respecto del artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela, del «ilícito referido a la actividad de negociación y comercio de divisas en el país» (artículo 2 del Decreto Constituyente).

puede revisar esas facturas, considerar que existe un sobreprecio y concluir que se obtuvo una ganancia mayor que la permitida.

El artículo 49 de esta ley castiga con prisión a «Quien compre o enajene bienes, productos o preste servicios, con fines de lucro a precios o márgenes de ganancia o de intermediación superiores a los establecidos por la Superintendencia».

De hecho, hay muchos comerciantes detenidos y comercios intervenidos<sup>35</sup>.

## **B) Las nacionalizaciones y estatizaciones del régimen chavista**

Las numerosas nacionalizaciones y estatizaciones tienen como resultado convertir empresas productivas en cementerios, generar escasez, deteriorar servicios públicos, crear enormes pérdidas y destruir la empresa privada. Las transferencias de propiedades al sector público han sido muy variadas; pero el común denominador es que casi siempre son sin justificación, procedimiento ni indemnización.

### *a) Tipos de nacionalización y estatización*

Las transferencias de propiedades al sector público han sido nacionalizaciones, referidas a activos de extranjeros; o estatizaciones, referidas a activos de venezolanos. Las nacionalizaciones y estatizaciones son expropiaciones, usualmente violatorias de la Constitución y la ley; o compras forzadas, en las que el vendedor del sector privado es presionado para vender bienes al sector público, usualmente a un precio bajo<sup>36</sup>. Las nacionalizaciones y estatizaciones han tenido diversas motivaciones: razones ideológicas (ejemplo: industria cementera), venganza o capricho (ejemplo: Centro Comercial Sambil La Candelaria), o deseo de mantener vivas compañías inviables en virtud de medidas económicas del gobierno (ejemplo: Kellogg's). Los bienes nacionalizados o estatizados son acciones de compañías, o directamente activos de compañías.

### *b) Irrespeto de los fines de la expropiación y ausencia de procedimiento e indemnización*

Según el artículo 115 de la Constitución, «Se garantiza el derecho de propiedad», y, «Solo por causa de utilidad pública o interés social, mediante senten-

---

<sup>35</sup> El Fiscal General de la República declaró, según los diarios El Universal, Tal Cual y La Patilla del 29 y 30 de agosto de 2018, que en los últimos días 131 comerciantes han sido detenidos, de los cuales 92 siguen presos, 29 tienen medidas cautelares y 10 fueron liberados.

<sup>36</sup> Chávez llamó estas ventas forzadas «Método Chaz», aludiendo a una operación con los Azpurúa.

cia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes». Esto tiene tres corolarios: (i) Como la expropiación debe ser «por causa de utilidad pública o interés social», no procede expropiar acciones ni activos de una compañía, usados con un fin, para continuar con la misma actividad (la utilidad pública e interés social ya están siendo atendidos por el sector privado). Sin embargo, esto suele ser violado, al punto de que hay expropiaciones para incrementar el porcentaje del sector público en inversiones conjuntas con el sector privado<sup>37</sup>. Además, por ley se declaró que todos los bienes y servicios son de utilidad pública o interés social, desvirtuando dicho artículo y permitiendo expropiar cualquier cosa<sup>38</sup>. (ii) Como la expropiación tiene que ser «mediante sentencia firme», debe haber un procedimiento judicial; pero muchas expropiaciones se hacen por vías de hecho. Han de cumplirse ciertos requisitos en dicho procedimiento, para que el ente expropiante tome el control del bien expropiado, los cuales raramente se cumplen. (iii) Como la expropiación tiene que ser mediante «pago oportuno de justa indemnización», el ente expropiante debe pagar el precio del bien expropiado, fijado de mutuo acuerdo o en el procedimiento, lo que raramente sucede.

En consecuencia, lo que el chavismo llama expropiación es confiscación, contraria al artículo 116 de la Constitución, que solo permite confiscar «los bienes de personas... responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.»

## CONCLUSIÓN

La defensa del Estado de Derecho contra el populismo impone (i) mejorar el sistema educativo, inculcando valores democráticos y enseñando cómo funciona la economía; y (ii) dejar que las élites económicas inviertan, emprendan y trabajen, sin debilitarlas con controles de cambios y precios, ni con nacionalizaciones y estatizaciones, los cuales generan pobreza y corrupción, eliminando un contrapeso a las ambiciones populistas.

---

<sup>37</sup> Por ejemplo, expropiaciones de las participaciones de ConocoPhillips y Exxon en las inversiones conjuntas con PDVSA en dos proyectos petroleros (extra-pesado) de la faja petrolífera del Orinoco.

<sup>38</sup> El artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos declara «de utilidad pública e interés social, todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios.»

# Frente al populismo y la corrupción, la virtud

Remigio Beneyto Berenguer

*Universidad CEU-Cardenal Herrera de Valencia*

SUMARIO: *I. Introducción. II. La templanza. III. La prudencia. IV. La justicia. V. La fortaleza.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Henry Wolfgang Donner, en su «Introduction to Utopia» dice: «La Utopía (de Thomas More) no propone una solución definitiva para los problemas de la sociedad humana –More era demasiado inteligente para intentar lo imposible– pero contiene unas llamadas dirigidas a todos nosotros para que intentemos contribuir a nuestro mejoramiento y aliviar la carga de nuestro prójimo, la mejora de la humanidad y la preparación para la vida futura»<sup>1</sup>.

Tras una reciente visita a la Biblioteca Joanina de la Universidad de Coimbra y observar en uno de sus techos las virtudes de la Universidad, acordé el objetivo de la presente comunicación a la Mesa «Estado de Derecho: Defensa frente al populismo y la corrupción»: llamar a ser hombres y mujeres de bien, incrementando nuestras virtudes y amando a nuestro prójimos. Se hará teniendo en cuenta algunas virtudes porque la virtud es una disposición habitual y firme a hacer el bien, dando lo mejor de uno mismo<sup>2</sup> y las virtudes son perfecciones habituales del entendimiento y la voluntad que regulan nuestros actos, ordenan nuestras pasiones y guían nuestra conducta según la razón y la

---

<sup>1</sup> MORO, T., *Utopía*, Ediciones Orbis (Traducción cedida por Bosch, Casa Editorial), Barcelona, 1991, p. 55.

<sup>2</sup> Catecismo de la Iglesia Católica, número 1803.

fe. Proporcionan facilidad, dominio y gozo para llevar una vida moralmente buena. El hombre virtuoso es el que practica libremente el bien<sup>3</sup>.

Las virtudes cardinales, ya que todas las demás se agrupan en torno a ellas, son: la templanza, la prudencia, la justicia y la fortaleza<sup>4</sup>.

Así se dice también en el Libro de la Sabiduría<sup>5</sup>: «Y cuando la inteligencia obra, ¿quién de los seres es más artista que ella? Y si uno ama la justicia, sus trabajos se tornan virtudes, porque enseña templanza y prudencia, justicia y fortaleza, y nada hay más útil para los hombres en la vida que estas».

## 2. LA TEMPLANZA

El político ha de moderar sus ansias de poder, ha de tener límites en sus objetivos; ha de moderar su voracidad crematística. La austeridad es fundamental para el político. Si el político es austero y equilibrado en las pequeñas cosas, lo será también en los grandes asuntos.

Cuando uno tiene poder, tiene más tentaciones. Por eso es muy importante el autocontrol y el control externo. Los mejores equipos de gobierno han sido equipos de trabajo, que se controlan unos a otros. Es la división de poderes de siempre. No caben, pues, actitudes mesiánicas, ni posiciones cesaristas, ni líderes carismáticos, que van a salvar el mundo.

El político, para contribuir al buen gobierno, ha de moderar también su carácter, su locuacidad. El parlamentarismo ha de tener un nivel elevado, tanto en la forma como en el fondo, fruto de esa colaboración para el interés general. El político debería ser elegante en sus formas y cuidadoso en su oratoria. El diseñador italiano Franco Moschino solía decir: «Si no puedes ser elegante, al menos sé extravagante». Algunos políticos interpretan a su manera el contenido de la extravagancia, atribuyéndose un carácter peculiar y original, ignorando la etimología del término que significa «andar errante por fuera de los límites». Ciertamente sin límites ni control actúan quienes, con un afán de contentar al pueblo, pueden incurrir en un trastorno histriónico de la personalidad, al tener gran necesidad de llamar la atención, realizar apariciones inapropiadas y llamativas, expresar sus emociones de forma intensa y excesiva, manifestar una desmesurada necesidad de apreciación y un comportamiento manipulador persistente para conseguir sus objetivos. Giorgio

---

<sup>3</sup> *Ídem*, número 1804.

<sup>4</sup> *Ídem*, número 1805.

<sup>5</sup> Sabiduría, 8. 6-7.

Armani decía que «la elegancia es la coherencia». Lo más elegante es ser uno mismo, sin demasiadas estridencias, con serenidad y paz interior que procuran equilibrio personal. En el Libro «La puerta de la esperanza»<sup>6</sup>, que relata las conversaciones mantenidas por el doctor Vallejo-Nágera con algunas personas ilustres, el Cardenal Amigo, Arzobispo de Sevilla, decía: «Yo pienso que el atractivo de su personalidad (de Vallejo-Nágera) radicaba en su equilibrio. En Sevilla tenemos un crítico taurino, Filiberto Mira, que dice que lo peligroso para un torero es salir a hombros. Que es mejor saludar desde el tercio, recibir la ovación del público y retirarse discretamente. Y eso es lo que hizo Juan Antonio (Vallejo-Nágera). No era ningún prodigio, ni un hombre carismático, que suelen ser inquietantes, porque siempre desbordan por algún lado. Era un hombre corriente, que hizo bien su trabajo, saludó desde el tercio y se retiró discretamente».

Así debería ser el político: un hombre corriente, que durante un tiempo, presta su servicio a la comunidad, al interés general.

Los políticos han de alabar las ideas y las propuestas de los otros políticos, y apoyarlas si son necesarias para el bien común. La búsqueda de la verdad y el servicio al bien común son imprescindibles para el político.

El Papa Francisco, en el discurso a la clase dirigente de Brasil el 27 de julio de 2013, dijo: «El otro siempre tiene algo que darme cuando sabemos acercarnos a él con actitud abierta y disponible, sin prejuicios. Solo así puede prosperar un buen entendimiento entre las culturas y las religiones, la estima de unas por las otras sin opiniones previas gratuitas y en el respeto de los derechos de cada una. Hoy, o se apuesta por la cultura del encuentro, o todos pierden».

### 3. LA PRUDENCIA

La prudencia es quien guía directamente el juicio de conciencia. Gracias a esta virtud el hombre prudente aplica sin error los principios morales a los casos particulares, superando las dudas sobre el bien que debe hacer y el mal que debe evitar<sup>7</sup>.

La prudencia no se confunde con el temor, con tener miedo. San Juan Pablo II, al inaugurar su pontificado el 22 de octubre de 1978, dijo estas palabras al mundo entero: «¡No tengáis miedo de abrir de par en par las puertas a Cristo!» Más adelante, frente al Cuerpo Diplomático ante la Santa Sede en 2003

<sup>6</sup> OLAIZOLA, J. L., *La puerta de la esperanza*, Planeta, 1991.

<sup>7</sup> Catecismo de la Iglesia Católica, número 1806.

proclamó: «Me impresiona personalmente el sentimiento de miedo que atezna frecuentemente el corazón de nuestros contemporáneos»; y siguió diciendo: «Pero todo puede cambiar. Depende de cada uno de nosotros. Todos pueden desarrollar en sí mismos su potencial de fe, de rectitud, de respeto al prójimo, de dedicación al servicio de los otros. Depende también, evidentemente de los responsables políticos, llamados a servir al bien común»<sup>8</sup>.

El político no ha de precipitarse ni precipitar los acontecimientos. Ha de tener paciencia y saber esperar. Normalmente las catedrales son anónimas y las capillitas tienen autor. Las grandes obras se construyen lentamente. En demasiadas ocasiones al político le vence la prisa, se le agota el tiempo, y, por tanto, sus miras son a corto plazo, como máximo a cuatro años. Haclav Havel<sup>9</sup> afirmaba: «El político de hoy y de mañana debe aprender a esperar. La esperanza debe traducir respeto por el ser, por la naturaleza de las cosas, por su evolución, por su dinamismo autónomo, que se resisten a toda manipulación externa. La esperanza debe apoyarse sobre la voluntad de dar a todo fenómeno la libertad de revelar su propio fundamento, su propia substancia». Por eso muchas veces el político no se embarca en grandes proyectos, que pueden causarle disgustos y sinsabores, y quizá ni siquiera pueda verlos culminados. Prefiere pequeñas acciones que pueda inaugurar.

El político ha de estar dispuesto a sufrir, porque la realidad no se adecúa a su intención, y a veces únicamente se puede hacer lo posible. Ha de ser consciente que tendrá muchas tentaciones, que se aparecerán como buenas acciones porque siempre irán en beneficio de alguien. Pero ha de tener la lucidez de saber distinguir el bien del mal. Y ante el mal ha de saber decir que «NO». San Juan Pablo II resalta el valor de ir contra corriente cuando afirma: «Para un ejecutivo coherente con sus convicciones, siempre será posible negarse a situaciones de injusticia o a desviaciones institucionales, o bien terminar con ellas. Creo que en esto reside lo que corrientemente se llama hoy «el buen gobierno»<sup>10</sup>. Urge saber distinguir lo importante de lo accesorio. El trabajo, la cobertura de las necesidades mínimas, la atención a los dependientes, los derechos fundamentales y libertades públicas, la enseñanza, la sanidad... son prioridades a las que deben atender los políticos. Hay muchísimos otros temas que son accesorios, aunque enerven a las masas y den colorido y espectáculo a esos políticos populistas.

Pero la prudencia implica también identidad y coherencia. El Rector de la Pontificia Universidad Católica afirmaba: «El amor de cada uno a su propio

---

<sup>8</sup> Mensaje de San Juan Pablo II al Cuerpo Diplomático ante la Santa Sede el 13 de enero de 2003, número 2.

<sup>9</sup> Discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París el 27 de octubre de 1992.

<sup>10</sup> *Ídem* número 6.



lugar es fidelidad a Dios porque Él nos regaló esta tierra y este pueblo como un don. Desde este lugar nos abrimos a los demás. No se es auténticamente universal sino desde el amor a la tierra, al lugar, a la gente y a la cultura donde uno está inserto. Porque no hay auténtico diálogo con los diferentes, si uno no tiene clara su identidad personal, si no posee algo verdaderamente propio, si su conciencia es solo una mezcla de ideas y experiencias que acoge indiscriminadamente. ¿Alguien sin identidad puede ofrecer a otro algo verdaderamente personal?»<sup>11</sup>. Muchos políticos no tienen ideología; su ideología es mantenerse en el poder.

El político, cuando entra en la vida pública, debe saber hasta dónde está dispuesto a llegar por conseguir sus objetivos. Uno no puede ceder tanto que pierda su identidad, o su misma dignidad, simplemente para alcanzar el poder o perpetuarse en él. Ha de preguntarse constantemente: ¿Qué hago aquí? ¿Por qué estoy en la política? Ha de saber que al final, después de un tiempo relativamente corto, su única recompensa será el servicio al bien común. Si están en política por dinero, a excepción de la justa retribución por el servicio prestado, mal; si están por honores y vanagloria personal, mal porque tampoco los van a encontrar. Nunca se legisla ni gobierna a gusto de todos. Gobernar es establecer preferencias, saber diferenciar el bien del mal, reconocer lo que es justo. Son fundamentales el diálogo, el buen entendimiento, el respeto. No caben ya políticos aislados, pero tampoco charlatanes ni bufones. El político ha de ser reflexivo, prudente, con vida interior, pero no refugiado en una burbuja; sensible a las necesidades de los demás pero coherente en su vida personal e institucional.

#### 4. LA JUSTICIA

La justicia es la virtud moral que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido<sup>12</sup>. Benedicto XVI en su discurso en Westminster Hall<sup>13</sup> dijo: «Cada generación, al tratar de progresar en el bien común, debe replantearse: ¿Qué exigencias pueden imponer los gobiernos a los ciudadanos de manera razonable? y ¿qué alcance pueden tener?, ¿En nombre de qué autoridad pueden resolverse los dilemas morales? Estas cuestiones nos conducen directamente a la fundamentación ética de la vida social. Si los principios éticos que sostienen el proceso democrático no se rigen por nada más sólido que el mero consenso social, entonces el proceso se presenta

---

<sup>11</sup> Discurso del Rector Pbro. Dr. Víctor Manuel Fernández en su discurso al Claustro docente de la Sede de Rosario el 27 de abril de 2010.

<sup>12</sup> Catecismo de la Iglesia Católica, número 1807.

<sup>13</sup> Discurso de Benedicto XVI el viernes 17 de septiembre de 2010 ante los representantes de la sociedad británica.

evidentemente frágil. Aquí reside el verdadero desafío para la democracia». El mismo Benedicto XVI en 2011<sup>14</sup> añadió: «Parece evidente que en las cuestiones fundamentales del Derecho, en las que está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta».

El político ha de saber que su intervención en la política debe ser un compromiso por la justicia, creando así las condiciones para la paz. Benedicto XVI afirma: «Servir al Derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político»<sup>15</sup>, porque como decía San Agustín: «Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?»<sup>16</sup>.

La preocupación de los políticos honrados y servidores del bien común es la de reconocer lo justo en la resolución de los problemas cotidianos. Benedicto XVI ante el Bundestag recuerda la petición del joven Rey Salomón: «Concede a tu siervo un corazón dócil, para que sepa juzgar a tu pueblo, y distinguir entre el bien y el mal». Pero ¿cómo poder distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho solo aparente? Se requiere mucha lucidez, mucho amor a la verdad, mucha capacidad de servicio. Benedicto XVI sigue diciendo que «el Cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de la revelación. Se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del Derecho». Pero también Benedicto XVI en Westminster se queja de que «la idea del Derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico, de modo que casi nos avergüenza hasta la sola mención del término» y constata que en Europa, en muchos ambientes «se trata de reconocer solo al positivismo como cultura común o como fundamento común para la formación del Derecho, reduciendo todas las demás convicciones y valores de nuestra cultura al nivel de subcultura. Con esto, Europa se sitúa ante otras culturas del mundo en una condición de falta de cultura, y se suscitan al mismo tiempo corrientes extremistas y radicales».

Dalmacio Negro escribe en octubre de 2004 que «Europa no está menos desorientada que el resto del mundo: lo está mucho más» y sigue escribiendo: «Pero ¿se puede innovar históricamente a partir de la nada? ¿No tendría Europa que reflexionar sobre lo que está vivo y lo que está muerto de su cultura, sobre lo que ha agotado sus posibilidades históricas y lo que conserva de su potencialidad

<sup>14</sup> Discurso de Benedicto XVI en el Bundestag, al Parlamento Federal, Berlín el 22 de septiembre de 2011.

<sup>15</sup> *Ídem.*

<sup>16</sup> San Agustín, *De civitate Dei*, IV, 4,1 citado por Benedicto XVI.

creadora?<sup>17</sup>. En palabras de Benedicto XVI no puede olvidarse que la cultura de Europa nació del encuentro entre Jerusalén, Atenas y Roma; del encuentro entre la fe en el Dios de Israel, la razón filosófica de los griegos y el pensamiento jurídico de Roma, y este triple encuentro configura la íntima identidad de Europa.

Si Europa reniega de su patrimonio cultural y de su identidad, difícilmente podrá establecer un verdadero Derecho, servir a la justicia y contribuir a la paz mundial. Para los políticos, en un mundo globalizado, construir la paz a través del diálogo y siendo conscientes de que no hay paz sin justicia, no es una opción, sino una necesidad. Es tiempo de crear, no de destruir; es momento de aunar, no de separar; es la hora de evolucionar, no de revolucionar. Es la oportunidad de tender puentes, de crear lazos, de recuperar lo que nos une; no es el lugar ni el tiempo de nuevos experimentos, de nuevas experiencias sin historia ni futuro. No hay paz desde la revancha, desde la rabia, desde la ruptura. La paz verdadera y duradera solo es posible desde la dignidad, desde el respeto al otro. No procede volver a juzgar la historia. Ignacio Sánchez Cámara afirma que la interpretación de los hechos históricos compete a los historiadores y no a los gobernantes. El problema aparece cuando «hay gobernantes a quienes no les basta el poder político y aspiran a la autoridad espiritual, a mandar sobre las conciencias, a erigirse en propietarios del árbol de la ciencia del bien y del mal, en suma, a suplantar a Dios»<sup>18</sup>

El Papa Francisco en Brasil<sup>19</sup> explica la responsabilidad solidaria de los hombres, el diálogo constructivo en los siguientes términos: «Entre la indiferencia egoísta y la protesta violenta, siempre hay una opción posible: el diálogo. El diálogo entre las generaciones, el diálogo con el pueblo, la capacidad de dar y recibir, permaneciendo abiertos a la verdad. Un país crece cuando sus diversas riquezas culturales dialogan de manera constructiva: la cultura popular, universitaria, juvenil, la cultura artística y tecnológica, la cultura económica, de la familia y de los medios de comunicación. Es urgente confluir todos en el bien común».

## 5. LA FORTALEZA

La fortaleza es la virtud moral que asegura en las dificultades la firmeza y la constancia en la búsqueda del bien común. Es la perseverancia, la capacidad de seguir adelante a pesar de las frustraciones, las dificultades y los obstáculos. El político ha de estar dispuesto a la soledad, a saber que cuando está en

<sup>17</sup> NEGRO, D., *Lo que Europa debe al Cristianismo*. Madrid, 2004, p. 3.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ CÁMARA, I., «La “religión política” y la libertad», en ABC Sociedad, 12 de agosto de 2018.

<sup>19</sup> Discurso a la clase dirigente de Brasil el 27 de julio de 2013.

la cumbre, se encontrará adulado por toda la muchedumbre, pero si mañana cae, los mismos bailarán sobre su cadáver<sup>20</sup>. Pero quizá sea muy difícil estar solo. Se precisa cuidar la vida interior, para seguir siempre adelante. Otros esperan que resistamos. Si algunos se duermen, los demás estamos muertos. Nuestro mundo precisa de hombres de Estado honrados y desinteresados, con profundas convicciones éticas. Hombres que puedan llegar a ser referentes para las nuevas generaciones. En el Libro II de los Macabeos se nos muestra la inmensa dignidad del viejo Eléazar, que no quiso simular y fingir, induciendo al error a las jóvenes generaciones, sino que renunció valientemente a su vida, mostrándose digno de su ancianidad, dejando a los jóvenes un ejemplo generoso para morir valientemente por las sagradas y santas leyes.

San Pablo, en la Carta a los Hebreos, les dice: «Todavía no habéis resistido hasta el derramamiento de sangre en la lucha contra el pecado». Éste es el verdadero reto: las ganas de vivir y de ser felices, de amar, porque, como decía Tagore: «Vivimos en el mundo cuando lo amamos». Este es nuestro destino: seguir luchando por la libertad, porque como apuntaba Máximo en la película *Gladiator*: «Si os veis cabalgando solos por verdes praderas, el rostro bañado por el sol, que no os cause temor, estaréis en el Eliseo y ya habréis muerto. Hermanos, lo que hacemos en la vida, tiene su eco en la eternidad».

Pero quien alberga esperanza, no tiene miedo. Lo penoso, lo triste es la mayoría mediocre, el batallón silencioso de los que miran y no actúan, frente a las minorías vociferantes que se pierden en cuestiones intrascendentes, en fantasías ilusionarias o en reminiscencias neuróticas.

Pero menos mal que conozco a muchos políticos coherentes, dialogantes, pacientes, perseverantes, respetuosos, conscientes de su responsabilidad, fuertes, ilusionados, esperanzados y que lucha diariamente por la libertad, la justicia y la paz. A todos ellos, que renuncian a lo propio por el servicio al bien común, creando espacios de libertad y creatividad, Honor y Gloria.

---

<sup>20</sup> JIMÉNEZ LOZANO, José en *Historia de un otoño*, escribe: «(los hombres) no aman a sus príncipes, les adulan o les obedecen servilmente, pero si mañana fueren derrotados, bailarían sobre su cadáver. Pero un cristiano no traiciona nunca y ama siempre a su príncipe, aunque tenga que hacerle frente».

# Eficiencia en la lucha contra la corrupción Público-Privada

Efraín Hugo Richard, Carlos Julio Lascano y José Daniel Cesano  
*Académicos de Número de la Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Córdoba – República Argentina*

## 1. EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN

En la actualidad es un fenómeno plenamente observable, a través de las investigaciones empíricas desarrolladas por la Criminología, el del maridaje entre lo público y lo privado en casos de corrupción. En efecto, «[d]e un tiempo a esta parte (...) vienen saltando a la palestra casos tanto de consunción entre lo público y lo privado como casos de claras malas prácticas en el seno de sociedades mercantiles de todos los ámbitos y tamaños»<sup>1</sup>. En este sentido, es importante recordar que la corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares; en ocasiones, del titular de esas potestades (funcionario público), pero muchas veces, también, de terceros (que no ocupan un rol funcional en la administración) relacionados con contrataciones estatales, prestatarias de servicios tercerizados, que pueden provocar estas malas prácticas<sup>2</sup>. Una de las estrategias político-criminales para afrontar esta problemática consiste en establecer sistemas de doble imputación en donde no solo se prevea formas de responsabilidad penal individual para los sujetos que han intervenido en aquellas criminalidades, sino, también, paralelamente, prever la imputación penal de la persona jurídica en donde tuvieron lugar aquellas conductas desviadas. Con la sanción de la Ley 27401 (Ley de Responsabilidad Penal Empresarial), el Derecho Penal argentino se ha adherido a esta estrategia. La presen-

---

<sup>1</sup> Cfme. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.: «La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales», en Santiago Mir Puig – Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores), *Política criminal y reforma penal*, Coedición Edisofer – B de F, Madrid – Buenos Aires – Montevideo, 2007, p. 401.

<sup>2</sup> Sobre estos aspectos, cfr. Sáez Capel, José, «Corrupción en el sector privado», en David Baigún – Nicolás García Rivas, *Delincuencia económica y corrupción*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 73/74.

te ponencia se propone analizar la conveniencia político-criminal de este sistema dual; extremo que exige confrontar aquella realidad normativa con los principios que rigen, en un Estado Democrático de Derecho, el diseño del *ius puniendi*; especialmente desde la perspectiva del principio de *ultima ratio*, el cual, entre otros aspectos, supone reservar la imposición de penas para aquellas situaciones en donde han fracasado otros mecanismos de control social destinados a la tuición de bienes jurídicos.

Para ello, en primer lugar, será necesario analizar si la citada Ley 27401 es constitucionalmente tolerable tanto desde la perspectiva de la ley fundamental como de las normas convencionales. Asimismo, deberá indagarse si este cuerpo normativo constituye un instrumento idóneo para cubrir las finalidades que pretende alcanzar; aspecto que requerirá escrutar el diseño dado por el legislador a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Si la respuesta a estos interrogantes fuese negativa corresponderá observar si nuestro ordenamiento jurídico ya cuenta con algunos instrumentos jurídicos suficientes para afrontar el problema de la corrupción. Este análisis supondrá, por una parte, sistematizar las normas penales contenidas en el Código vigente con el propósito de visibilizar la existencia o no de una laguna normativa específica que permita reprimir las conductas individuales vinculadas con estas formas de criminalidad, así como la suficiencia de las normas vigentes. Por otra parte, hará necesario, también, analizar la normativa mercantil, con posible incidencia sobre esta cuestión.

De esta forma, el tratamiento de la temática propuesta habrá de partir de una propuesta epistemológica multidimensional que coloca, en un lugar de privilegio, la perspectiva interdisciplinaria.

## 2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA LEY 27401: PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE EFICACIA

A continuación analizaremos si existe o no tensión entre las disposiciones de la Ley 27401 con los principios de nuestra Constitución al igual que con las normas convencionales internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad federal.

José Daniel Cesano<sup>3</sup> explica que dentro de la «jungla del Derecho Penal Económico», como la denomina Schünemann, nuestro Derecho se caracteriza por su

---

<sup>3</sup> *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 141 y 142.

«promiscuidad»: «Es que, y de allí que utilicemos este calificativo, junto a un nutrido núcleo de disposiciones que intentan solucionar la problemática derivada de este tipo de delincuencia como instrumentos de imputación propios del Derecho Penal convencional (por ejemplo: las cláusulas del actuar en lugar de otro o autoría mediata), rechazando, así, la responsabilidad del ente ideal, se observan algunas leyes que, directamente, establecen la imputación penal de la persona jurídica (así: en el ámbito de los delitos aduaneros, el artículo 888 de la Ley 22415; o en relación al régimen penal de defensa de la competencia que establece la Ley 25156, su artículo 47)». Agregamos el régimen penal cambiario (Ley 19359, art. 2.º, inciso «f») y la ley sobre abastecimiento n.º 20680, artículo 8.º.

En la Parte General del Código Penal argentino no tenemos regulado el repertorio de consecuencias jurídicas para las personas jurídicas que el Código Penal español de 1995 preveía en el artículo 129, según la Ley Orgánica 15/2003, bajo la ambigua denominación de «consecuencias accesorias». Únicamente existe una referencia a las personas colectivas con relación a la pena accesoria de decomiso, en el tercer párrafo del artículo 23 del Código Penal: «Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra estos».

Nuestro Código Penal, a través de la reforma de la Ley 26683<sup>4</sup>, en el título 13 de la Parte Especial –relativo a los delitos contra el orden económico y financiero–, luego del artículo 303 que tipifica de modo autónomo el lavado de dinero, contiene actualmente sanciones para las personas jurídicas en el artículo 304: «Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:...».

Las leyes 26733 y 26734<sup>5</sup> agregaron otros tipos delictivos dentro del mismo título 13 del Código Penal, en los artículos 306 a 312 inclusive; la primera de las mencionadas leyes incorporó el artículo 313: «Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal». El párrafo 2.º de dicho artículo contiene una previsión especial para las personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables; el párrafo 3.º prevé la situación de la persona jurídica concursada.

<sup>4</sup> B. O. del 21/6/2011.

<sup>5</sup> Ambas publicadas en el B. O. 28/12/11.

Frente a una base normativa tan fragmentaria y heterogénea, en nuestra jurisprudencia existen fallos divergentes: los cuantitativamente minoritarios –que a partir de obstáculos constitucionales– son contrarios al reconocimiento de responsabilidad directa de la persona colectiva en aquellas leyes que así lo permiten; en cambio, los mayoritarios admiten tal posibilidad, para lo cual solo reparan en la estructura lingüística de las normas que aplican.

Como muestras más significativas del primero de los lineamientos jurisprudenciales, se exhibe el voto disidente del juez Gustavo Mitchell de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal («Peugeot Citroën Argentina S. A. s/rec. de casación»), al igual que la sentencia de la Sala I del mismo tribunal, en el caso «Fly Machine».

En este último, dicha Sala confirmó el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, en cuanto resolvió declarar la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio (formulados por la querrela y por la Fiscalía), en razón que en ellos se había imputado a una persona jurídica –la empresa «Fly Machine S. R. L.»– la comisión de un delito –contrabando documentado en grado de tentativa (arts. 863, 864 inc. b, 865 inc. f y 871 del Código Aduanero)–; declarándose también la nulidad de todos los actos procesales que referían a la aludida empresa como imputada.

El 30 de mayo de 2006, en la causa «Fly Machine» la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso extraordinario federal interpuesto por la Dirección General de Aduanas. Aunque el voto de la mayoría de los ministros de la Corte, siguiendo el dictamen del Procurador General, rechazó la instancia extraordinaria por fundamentación insuficiente, el ministro Zaffaroni –basado en los principios constitucionales del *nulla injuria sine actione*, de culpabilidad y de personalidad de la pena– sostuvo la vigencia del aforismo «societas delinquere non potest».

Sin embargo, el criterio jurisprudencial prevaleciente es el que convalida la validez constitucional de las normas de Derecho Penal especial que consagran la responsabilidad penal de la persona de existencia ideal. Tal tesis impera respecto de los delitos aduaneros, tanto en la Cámara Nacional de Casación Penal, cuanto en la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

Al respecto, ha dicho Cesano que «...la casación nacional, en el mismo precedente “Peugeot Citroën Argentina S. A.,” a través de los votos de los jueces Riggi y Tragant, sostuvo que: el argumento que dice que responsabilizar penalmente al ente ideal afecta el principio de personalidad por cuanto la sanción alcanza a socios inocentes «no tiene en cuenta que la pena recae sobre la sociedad, la que sí tiene reconocida capacidad penal es una persona distinta



de los individuos (...) que la componen”. La misma línea argumental fue sostenida por dicha Sala en “Inversora Kilmy S. A., s/Recurso de casación”.

En relación a la responsabilidad directa de las corporaciones en el régimen penal cambiario, nuestra Corte Suprema eludió la declaración de inconstitucionalidad, argumentando que era de naturaleza penal administrativa, campo en el que no necesariamente rigen los principios de culpabilidad y personalidad de la pena emanados de la Constitución<sup>6</sup>. Se produjo así un cambio de criterio del Alto Tribunal que anteriormente había admitido la vigencia del principio *nulla poena sine culpa* en dicho ámbito<sup>7</sup>.

Los artículos 2 y 4 del «Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur», suscripto en la ciudad de Fortaleza (Brasil) el 16/12/96, contienen algunas normas que permitirían construir supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas.

José Daniel Cesano<sup>8</sup> entiende que si la Constitución argentina –a partir de la reforma de 1994 y la incorporación de los tratados que enumera el artículo 75, inc. 22, 2.<sup>a</sup> cláusula– reconoce expresamente el principio de culpabilidad, resulta obvio que la posibilidad de construir una responsabilidad penal respecto de los entes ideales, que emana de aquel Protocolo regional, «estaría tensionando, abiertamente, el sistema de prelación normativa que surge del principio de supremacía».

Igualmente, si se ha introducido expresamente el principio de personalidad de la pena, según la cual esta *no puede trascender de la persona del delincuente* (art. 5.º, inc. 3.º CADDHH), ello «impide que a través de la sanción penal de la persona jurídica se castigue indirectamente a personas físicas que no hayan cometido un entuerto en forma penalmente responsable»<sup>9</sup>.

Sin embargo, es atinado el interrogante que se plantea el mismo Cesano<sup>10</sup>: «qué sentido tiene que nos opongamos a que en el Derecho Comunitario se admitan estas formas de responsabilidad si, en nuestro propio Derecho Penal especial, encontramos ejemplos de ello».

<sup>6</sup> «Wlodavsky» (Fallos 298:440) y «Banco Santander» (L. L., 1978-D, p. 235).

<sup>7</sup> «Parafina del Plata», Fallos 271:298.

<sup>8</sup> CESANO, José Daniel: *La responsabilidad Penal de la persona jurídica en los artículos 2.º y 4.º del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur. Un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional*, en «Ley, razón y justicia», Neuquén, año 5 – n.º 8, setiembre de 2003 – mayo de 2004, Alveroni, p. 124. El mismo autor, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 132 y ss.

<sup>9</sup> BALCARCE, Fabián I., y CESANO, José Daniel: *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina*, en «Derecho Penal Económico - Parte General», tomo 1, Director Fabián I. Balcarce, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 219.

<sup>10</sup> *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, p. 141.

Si bien es cierto que, a diferencia de las modificaciones del Código Penal efectuadas por las leyes 26683 y 26733, la ley de responsabilidad penal empresarial número 27401 introdujo un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas en sí mismas, no es menos exacto que las discusiones que se produjeron en orden a la naturaleza de la responsabilidad que establecían los artículos 304 y 313 del Código Penal, han perdido su razón de ser en la actualidad y también las relativas a su compatibilidad con los principios fundamentales del bloque de constitucionalidad federal. Ello es así por cuanto, a pesar de razonables cuestionamientos doctrinarios basados en su tensión con principios constitucionales, la responsabilidad penal de personas jurídicas en sí mismas y las sanciones aplicables a estas, han llegado para quedarse en legislación de países de órbita del Derecho continental europeo, entre los que nos contamos.

También debemos interrogarnos si la Ley 27401 constituye o no un instrumento idóneo para cubrir las finalidades que pretende alcanzar; aspecto que requerirá escrutar el diseño dado por el legislador a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La mencionada ley de responsabilidad penal empresarial es un producto precipitado y no resultan claros los motivos de la premura del embate reformista que tuvo origen en el proyecto elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y enviado al Congreso por el Presidente el 20/10/16, que culminó con la sanción de una ley complementaria del Código Penal que tuvo el propósito de introducir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos de corrupción pública. Ello es así más aún si tenemos en cuenta que en el ámbito de la misma cartera ministerial se encontraba trabajando desde varios meses atrás una Comisión designada por el Decreto número 103/2017 del P. E., integrada por prestigiosos juristas, magistrados judiciales y representantes del gobierno, a la cual se le había fijado el plazo de un año desde que quedó formalmente constituida, para elevar un proyecto de reforma integral al Código Penal argentino, comisión que –según lo han explicado algunos de sus miembros en el panel que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 15 de septiembre de 2017<sup>11</sup>– habría consensuado la necesidad de la recodificación mediante la incorporación al Código Penal de las normas de contenido punitivo dispersas en leyes complementarias y especiales y en leyes sobre diversas materias no penales.

La mayoría de las últimas y espasmódicas reformas, que han acentuado la alarmante pérdida de sistematicidad de la legislación penal argentina, origi-

---

<sup>11</sup> En el marco del XVII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.

nada en una improvisada política criminal, han tenido su origen en recomendaciones de organismos internacionales como el FMI, GAFI, OMC, OCDE, etc. En el caso de la Ley 27401, en el mensaje de elevación del proyecto del P. E. a la Cámara de Diputados de la Nación se propone «adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales la República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicha convención, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997, fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación por Ley 25319 (B. O. 18/10/2000) y entró en vigor para la Argentina a partir del 9 de abril de 2001...». En esa línea, el miembro informante del dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Ernesto Martínez, en la sesión del 20/9/17, expresó: «... Se tuvo en cuenta la media sanción de Diputados y se procuró, fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de Derecho Comparado, tanto de Francia, España y Chile y la opinión ...-de la delegación y los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel, fue recogida para redactar este despacho del modo que sucintamente traté de sintetizarlo ...». Concluyó diciendo que ello es «lo que específicamente necesita Argentina para ingresar en un organismo internacional».

Pese a que el diseño del sistema de imputación penal de las personas colectivas establecido por la Ley 27401 parece priorizar el modelo de responsabilidad por defecto de organización, ello podría generar bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica, ya que una empresa podría contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal<sup>12</sup>. Sería preferible pensar que –en realidad– se trata de un «modelo vicarial» de heteroresponsabilidad penal porque implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en provecho de la empresa, actuando en el marco de sus funciones.

En efecto: la ley sancionada por el Congreso argentino en varias disposiciones expresamente se refiere a la «persona humana que cometió el delito» (art. 2.º, último párrafo), a las «personas humanas autoras o partícipes del

---

<sup>12</sup> DE LUCA, Javier Augusto: *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, «La reforma penal del nuevo milenio», en el encuentro organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 14 y 15 de septiembre de 2017, 3.º Panel. Parte Especial, Delitos Económicos, inédita.

hecho delictivo» (art. 4.º), a la «persona humana que hubiere intervenido» (art. 6.º). Agregamos que el artículo 6.º del texto legal en análisis –bajo el rótulo «Independencia de las acciones»– expresa: «La persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica».

Aunque se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica y se le imponga una sanción por el hecho individualmente cometido –en el marco de la organización del ente corporativo y en beneficio de este– por las personas físicas que como órganos suyos la administran y adoptan decisiones, tal circunstancia no debería impedir la punición de estas últimas –pese a que puedan no estar identificadas– toda vez que la responsabilidad penal del ente corporativo no es accesoria ni subsidiaria de la responsabilidad individual, sino independiente de la misma.

Por ello –en consonancia con el texto del artículo 37 del anteproyecto elevado al Poder Ejecutivo por los miembros de la Comisión de Reforma Penal designada en el año 2017– postulamos incluir en el Código Penal la cláusula de la actuación en lugar de otro, para cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de delitos.

De tal modo, junto a la previsión de dicha cláusula y la adopción de criterios de imputación de responsabilidad penal individual a directivos de las personas colectivas fundada en la omisión impropia por su posición de garante, se podría evitar la «organizada irresponsabilidad», a la que aludía Tiedemann, la cual genera importantes espacios de impunidad en materia de *criminalidad de la empresa* y de corrupción pública y privada. Para ello es importante establecer cuál ha sido la contribución de cada una de esas personas físicas intervinientes en el delito y el posible incumplimiento de deberes específicos, porque el solo hecho de ocupar un cargo de jerarquía en la estructura empresarial no significa que, automáticamente, se le deba atribuir responsabilidad penal; de lo contrario, podríamos acercarnos a un Derecho Penal de autor, en contraposición al Derecho Penal de hecho, propio del Estado constitucional de Derecho.

En la hipótesis que las personas físicas que administran la empresa organizada bajo la forma de una persona de existencia ideal, con anterioridad al hecho del proceso hubiesen implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la Ley 27401, no resulta plausible

que –si concurren simultáneamente las otras circunstancias exigidas por el artículo 9 de dicho texto legal– la empresa pueda verse beneficiada con la exención de pena. Lo apropiado sería que tales comportamientos –debida y eficazmente controlados judicialmente– deberían valorarse positivamente para la atenuación de las sanciones aplicables a los entes corporativos.

Debería establecerse legalmente que si la persona jurídica fuera una de las contempladas en la ley n.º 25.300 de fomento a la pequeña y mediana empresa, y las personas físicas que cometieron el delito hubieran sido penadas, el tribunal tenga la facultad de no imponer sanciones a la entidad, a condición que previamente se repare el daño causado y se decomisen bienes que hayan servido de instrumento del delito o constituyan efectos del mismo, sin exigir a las Pequeñas y Medianas Empresas la implementación de «programas de integridad».

Todo ello permitiría evitar que algunos titulares de grandes empresas del «capitalismo prebendarlo», también denominado «patria contratista» –al ser imputados por asociación ilícita, cohecho, defraudación en perjuicio de una administración pública y otros delitos cometidos en hechos de corrupción funcional mediante cartelización y sobreprecios en la obra pública o aprovechando indebidamente subsidios estatales a concesionarios de transporte, peajes u otros servicios públicos– no solo puedan acogerse a la Ley 27304 en calidad de lo que eufemísticamente se denomina «arrepentidos» o «imputados colaboradores», cuando en realidad se trata de «delatores premiados» con una importante reducción de la escala penal que les correspondería (art. 41 ter C. P.), sino que además, logren la exención de sanciones a la persona jurídica que dirigen, con el cumplimiento de los requisitos del artículo 9 de la Ley 27401, entre ellos, la implementación de «programas de integridad». Además, es un imperativo de justicia que sean obligados a reparar el daño causado. En conclusión, la Ley 27401 es un texto legal inmaduro y una manifestación más de un Derecho Penal puramente simbólico.

### 3. LA CORRUPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

La corrupción, tal como la caracterizamos, puede asumir dos formas: por una parte, como un delito contra la administración pública y, por otra, como una modalidad de ataque al patrimonio o al orden económico (y, dentro de este, más específicamente, a la competencia).

En el primer caso (corrupción pública), la regulación que realiza el Código Penal argentino es bastante satisfactoria; especialmente a través de las previsiones contenidas en el Libro Segundo, Título XI, Capítulo VI, intitulado «Cohecho y tráfico de influencias». Dado el carácter trasnacional que actualmente

asume la criminalidad económica en un mundo globalizado, la mencionada Ley 27401, ha perfeccionado la tutela de estos bienes jurídicos merced a la nueva redacción conferida al delito de cohecho internacional (art. 258 bis, CP). Asimismo, este cuerpo legal ha incorporado, respecto de todo el Capítulo, la imposición de una multa conjunta; sanción pecuniaria esta que se determina de acuerdo al sistema proporcional (art. 259 bis). Dos aspectos, quizá, merecerían ser regulados en forma particular para perfeccionar la protección penal; concretamente: a) extender la jurisdicción argentina, que si bien está prevista para el cohecho internacional no lo está para las otras figuras contenidas en el capítulo, y b) la recuperación de los bienes estatales que pudieran verse afectados por esos ilícitos. Ambas falencias han sido subsanadas por el Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión designada por Decreto 103/2017. En efecto, este documento amplía la jurisdicción de la justicia argentina para investigar los delitos de corrupción en general (definidos por el art. VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada a nuestro Derecho interno por la Ley 24759), en tanto introduce el principio de nacionalidad activa y pasiva, al incorporar, en el inciso 4.º, del artículo 1.º, la aplicación del Código Penal «[p]or delitos cometidos en el extranjero por nacionales argentinos o contra ellos, en los supuestos no comprendidos en el primer párrafo del inciso 3.º de este artículo, pero que según los tratados o convenciones internacionales puedan ser juzgados en la República Argentina». De esta manera, la justicia argentina podrá intervenir en casos de corrupción ocurrida en otros países, como por ejemplo, en Brasil.

Por otra parte, el Anteproyecto incorpora una previsión tendente a recuperar los bienes materiales que fueron sustraídos del patrimonio del Estado como consecuencia de estos delitos. Con tal propósito se modificó el instituto del decomiso (art. 23), modernizándolo. Así, en el Anteproyecto se propone que el decomiso abarque toda cosa o bienes que hayan servido de instrumento o medio en la comisión del hecho y de los que constituyan el producto, provecho o la ganancia, directos o indirectos del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar tanto para personas físicas como jurídicas.

Si se articula el desarrollo que venimos realizando, podrá concluirse que, a través de estas innovaciones y de sancionarse el texto proyectado, los instrumentos jurídicos para afrontar esta forma de criminalidad que involucra a privados y funcionarios públicos, habrá alcanzado un notable grado de perfeccionamiento que permitiría a nuestro país contar con un sistema de tutela de eficiente.

No sucede lo mismo, en nuestro medio, con respecto a la denominada corrupción privada. La historia de la corrupción privada «como infracción

penal aparece (...) vinculada desde sus orígenes a la figura del cohecho, paradigma de la corrupción pública, y lo hace en ese sentido negativo o excluyente»<sup>13</sup>, donde la tipificación expresa de esta criminalidad se concibe como complementaria y limítrofe del cohecho, de modo que «lo que haya de recibir su tratamiento a través del delito de corrupción en el sector privado escaparía al tratamiento penal del cohecho y viceversa»<sup>14</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con la corrupción pública, el Código penal argentino evidencia un tratamiento deficitario de esta materia. Para llegar a esta conclusión el análisis debe partir de una necesaria referencia al Derecho extranjero. En este sentido, si se repara en algunos países pertenecientes al ámbito del Derecho continental europeo, se podrá observar la existencia de algunos sistemas normativos que han incluido la figura delictiva de corrupción en el sector privado. Así, la Ley Orgánica 1/ 2015, de 30 de marzo, que modificó el texto del Código Penal español, prevé en su artículo 286 bis, 1.º y 2.º párrafos, sanciones para: «1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales (...)» y para quien «por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales». Este artículo, sistemáticamente, se ubica en el Libro II, Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), Capítulo XI (De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores), Sección 4.ª (Delitos de corrupción en los negocios).

También se encuentran antecedentes, en esta dirección, en el parágrafo 299 del Código Penal alemán, introducido en 1997<sup>15</sup>, aunque modificado, el 20 de

<sup>13</sup> Cfme. Gili Pascual, Antoni: *El delito de corrupción en el sector privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 304.

<sup>14</sup> Cfme. Gili Pascual, *El delito de corrupción...*, *op. cit.* 304.

<sup>15</sup> En su versión original, el § 299 del StGB sancionaba: «(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. (2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para este o para un tercero como contrapres-

noviembre de 2015, a partir de la sanción de la *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*<sup>16</sup>. Según el texto de esta reforma el tipo capta las siguientes situaciones: 1) quien, en el tráfico comercial como empleado o directivo de una empresa, a) exija, permita que le prometan o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para favorecer de otra manera desleal en la competencia nacional o extranjera en la adquisición de mercancías o servicios, o bien, b) exija, permita que le prometan o acepte una ventaja para sí o para un tercero sin consentimiento de la empresa, para realizar u omitir un acto en la adquisición de mercancías o servicios e infringiendo con ello sus obligaciones frente a la empresa; y 2) quien como empleado o directivo, en el tráfico comercial, a) ofrezca, prometa o conceda una ventaja para él o para un tercero como contraprestación para que le prefiera a él o a otro de manera desleal en la competencia nacional o extranjera, o bien, b) ofrezca, prometa o conceda sin consentimiento de la empresa, una ventaja para esta o para un tercero como contraprestación para que realice u omita un acto en la adquisición de mercancías o servicios infringiendo con ello sus obligaciones con la empresa»<sup>17</sup>.

El Código Penal argentino vigente, según lo adelantamos, no contiene una tipificación específica de este delito. Sin perjuicio de que algunas de las conductas que integran este tipo de criminalidad puedan ser captadas por ciertos tipos que integran el Libro II, Título VI, Capítulo IV (Estafas y otras Defraudaciones), como sucede con la figura de la administración fraudulenta (art. 176, inciso 7.º, C. P.); es indudable que la falta de especificidad de esta última figura torna insuficiente la posible protección tangencial del bien jurídico al que afecta el delito de corrupción en el sector privado; con lo cual, se hace necesaria su previsión. También resulta insuficiente el actual artículo 312 del digesto punitivo en tanto se halla acotada a instituciones financieras y a aquellas que operan en el mercado de valores<sup>18</sup>.

Por tal motivo, se considera relevante la norma que se incluye en el Anteproyecto de Código Penal mencionado, en tanto, en su artículo 302, dentro del Título XIII (Delitos contra el Orden Económico y Financiero), Capítulo I (De los fraudes al comercio y la industria), establece la imposición de pena para: el «directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa o persona jurídica pri-

---

tación para que prefiera a él o a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales». Señala GILI PASCUAL, *El delito...*, *op. cit.*, p. 30, que el legislador reformista español de 2015 «siempre (...) miró», como fuente de inspiración, «el modelo competencial alemán del parágrafo 299 StGB, aunque después este ha sido, a su vez, objeto de reforma».

<sup>16</sup> GILI PASCUAL: *El delito...*, *op. cit.*, p. 31 y nota 3.

<sup>17</sup> El precepto en cuestión se ubica en Sección Vigésimosexta del StGB, «Hechos punibles contra la competencia».

<sup>18</sup> Cfr. MUNILLA LACASA, Hernán: «El delito de soborno entre privados finalmente se incorporará al Código Penal», *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tº 78, Nº 1, agosto de 2018, p. 85.



vada de cualquier clase que, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, requiriere, aceptare o recibiere dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecerlo en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales»; sancionando, también, «a quien, por sí o por persona interpuesta, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, diere, ofreciere o concediere a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa o persona jurídica privada de cualquier clase, dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos, un beneficio o ventaja indebida, para ellos o para terceros, como contraprestación para ser favorecido, él o un tercero, en la adquisición o venta de mercaderías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales».

Indudablemente, esta previsión es acertada. Estimamos que constituye una norma útil en la medida que, cual sucede en algunos modelos legislativos que tipifican estas conductas, puede resultar un medio eficaz para tutelar el orden económico; especialmente merced a la protección de una leal competencia.

#### 4. LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES COMERCIALES Y SU RELACIÓN CON ESTA PROBLEMÁTICA

Junto al perfeccionamiento de leyes penales que tutelan la administración pública y el orden económico, merced al castigo de conductas individuales, existe un valioso instrumento en nuestro Derecho comercial, que permitiría enfrentar los delicados problemas que representan estas formas de criminalidad.

En efecto, el artículo 19 de la Ley General de Sociedades –LGS–, vigente desde el año 1972 sobre «actividad ilícita» de sociedades es una herramienta efectiva, con drásticas soluciones de liquidación de la sociedad, responsabilidad de administradores e incluso de socios que no acrediten buena fe, y – en caso de sobrantes– la extinción de dominio en favor del Estado.

¿Qué se prevé sobre actividad ilícita de una sociedad? El artículo 19 LGS prescribe: «Sociedad de objeto lícito con actividad ilícita» Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo anterior». E integrando lo dispuesto en el artículo 18 LGS sobre sociedades con objeto ilícito, al que se remite, transcribimos del mismo: «Objeto ilícito. Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar

contra los socios la existencia de la sociedad sin que estos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aun para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. Liquidación: Declarada la nulidad se procederá a la liquidación por quien designe el juez. (3er. Párrafo): Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el remanente regresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. (4to. Párrafo): Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y a quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados».

La norma enfrenta una actividad contraria al sistema jurídico, al orden público. Similar a las previsiones y efectos de la nulidad absoluta del artículo 397 CCC, y acordes con la existencia de personalidad o sea de relaciones de organización personificadas, aparece la previsión de actividad ilícita.

Acercamos alguna doctrina tradicional. Fargosi<sup>19</sup>, uno de los firmantes del proyecto de la Ley 19550, señaló al respecto: «... el limitar la consideración al objeto ilícito... significa, por la pasiva, dificultar el persegui-miento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del artículo 1.655 CC, sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los artículos 944, 953 y concordantes del CC- Esa es la razón de ser del artículo 19, aun cuando en una lectura ligera, superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico, pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos». Enfatizó: «Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos.- Señaló este autor que «actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común» y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados... Obviamente la actividad se presenta como un comportamiento que debe ser continuado y orientado... La valoración de la actividad, entonces, debe responder a criterios axiológico-jurídicos, sea para reprimirla o para permitirla...» De este modo<sup>20</sup> cuando en un supuesto concreto se trate de establecer si se configuran actividades ilícitas subsumibles en el dispositivo a que nos

<sup>19</sup> FARGOSI, Horacio P., en «Estudios de Derecho Societario», Editorial Ábaco Buenos Aires, 1978, el artículo *Sociedad y actividad ilícita* pág. 49 y ss, particularmente p. 59 en adelante.

<sup>20</sup> FARGOSI, *ob. cit.* p. 66.

referimos, la valoración debe ser hecha objetivamente y teniendo en vista si, por con conjunto de actos teleológicamente vinculados y coordinables entre sí, se persigue una finalidad antijurídica. Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto<sup>21</sup>. La sucesión de actos orientados entre sí en finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Betti<sup>22</sup> remarca esa concepción de la ilicitud. Sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli<sup>23</sup> distingue entre actos que no van contra el Derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del Derecho.

«La ilicitud en este caso no se refiere al objeto social, sino a la actividad desplegada para su cumplimiento<sup>24</sup>. Se ha definido<sup>25</sup> «actividad» como una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común. ...Dado el tenor amplio de su redacción, resulta indiferente a los fines del artículo el hecho de que la actividad ilícita haya sido planeada originariamente o la ilicitud sea sobreviniente<sup>26</sup>... Normalmente no es suficiente un solo acto ilícito

---

<sup>21</sup> OTAEGUI, Julio César: *Invalidez de los actos societarios* p. 365; ESCUTI, Ignacio, *Sociedad e invalidez: algunos aspectos* RDCO VI n. 53.

<sup>22</sup> BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*, p. 93.

<sup>23</sup> L'antigiuridicità parte 1 p. 7 entendiendo que «un acto puede ser ilegal, por no responder en todo o en parte a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por ello pueda decirse que es antijurídico...; el autor del acto ilegal no va contra el Derecho sino que va por un camino por donde no obtiene la protección del Derecho; no se dirige contra otro interés jurídicamente tutelado sino que omite la realización de las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica del interés propio...». Esto se compadece con el criterio que hemos sostenido en cuanto a la validez de los actos individuales, sin perjuicio de rescatar la sancionabilidad de la actividad.

<sup>24</sup> ZALDÍVAR, Enrique; MANOVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo; ROVIRA, Alfredo, y SAN MILLÁN, Carlos, «Cuadernos de Derecho Societario», Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, t. 1, p. 259.

<sup>25</sup> ASCARELLI, Tullio: «Iniciación al estudio del Derecho Mercantil», Ed. Bosch, Barcelona, 1962, p. 139.

<sup>26</sup> HALPERIN, Isaac: «Curso de derecho comercial», Ed. Depalma, Buenos Aires, 197, p. 343.

En sentido contrario: CNCCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S. A. s/ sumario, [www.microuis.com](http://www.microuis.com): Tratándose de una sociedad que, al intermediar con habitualidad en la oferta y demanda de recursos financieros desarrolló una actividad ilícita, no puede disponerse la nulidad como en el caso del objeto ilícito, porque el vicio no es contemporáneo a la

to, pero podría llegar a serlo atento su magnitud<sup>27</sup> o significado jurídico<sup>28/29</sup>. A decir de Richard, un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: v.gr. la actividad de intermediación financiera no autorizada<sup>30</sup>. Agrega Fargosi, que la actividad no requiere estar dirigida a sujeto o sujetos determinados y esto marca una diferencia significativa con el acto jurídico, que naturalmente supone un destinatario, lo que hace necesario el establecimiento de pautas especiales de interpretación ya que se trata de precisar los alcances de un comportamiento y no de una declaración de voluntad<sup>31</sup>. ... Por ello, al tratarse de un caso de desviación del objeto social<sup>32</sup>, no se declara la nulidad de la sociedad, sino que la misma se disuelve y se procede a su liquidación<sup>33</sup>. Respecto a las sociedades extranjeras cabe agregar que constatada la ilicitud de su actividad, corresponde la aplicación del artículo 19 LGS, no solo por el negocio ilícito en sí mismo sino también por la actuación irregular de esa sociedad violando disposiciones del artículo 124 LGS»<sup>34</sup>.

Esa liquidación no necesariamente extingue actividades empresarias, que pueden transferirse por un monto de dinero, satisfaciendo así la previsión de la Corte sobre que el Juez «debe apreciar objetivamente si el deudor ha contrariado la finalidad económico-social del concurso preventivo, que está dada no solo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores ...».

Caso paradigmático es la causa «Ballester Rolando Alberto y otros c/ Viparita S. A. s/ sumario», en la cual la Cámara Comercial de la Capital, del 23 de junio de 2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3 de abril de 2001, Juzgado n.º 11 a cargo del Dr. Bargallo, sec. N.º 21), y dispuso

---

constitución, sino que resulta del funcionamiento del ente; no se trata de un vicio del contrato, sino de una desviación del objeto social.

<sup>27</sup> Ej: Una enorme operación de contrabando.

<sup>28</sup> Ej: Un monopolio prohibido.

<sup>29</sup> HALPERIN, Isaac: «El régimen...», *op. cit.*, p. 560.

<sup>30</sup> RICHARD, Efraín HUGO: «Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)», *El Dial. Express*, Lunes, 16 de marzo de 2009 – Año XI – N.º 2739, [www.eldial.com](http://www.eldial.com). CNCom., 23/06/2004; Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S. A. s/ sumario, [www.microuis.com](http://www.microuis.com): La actividad de intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros desarrollada por la demandada sin que mediare autorización de autoridad de aplicación, en tanto prohibida por ley, ha devenido ilícita y, por tanto, subsumible en la normativa del artículo 19 de la LS.

<sup>31</sup> FARGOSI, Horacio: «Nota sobre Sociedades Comerciales y Personalidad Jurídica», LL, 1988-E, p. 66.

<sup>32</sup> COLOMBRES, Gervasio: «Curso de derecho societario», Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 167.

<sup>33</sup> HALPERIN, Isaac: «El régimen...», *cit.*, p. 560.

<sup>34</sup> RICHARD, Efraín H: «Actividad ilícita...» *cit.*

aplicar las previsiones del artículo 19 de la entonces Ley de Sociedades por actividad ilícita<sup>35</sup>. Ese fallo tiene connotaciones en torno a cómo calificar una actividad de ilícita, hoy aplicable a varias causas de exposición pública en los medios judiciales: a) Determinar que se trata de un tema de interés público, cuando no de orden público, por lo que el Tribunal puede actuar de oficio, lo que indirectamente señala en torno a la legitimación activa. b) Respecto al tema de la actividad ilícita en sí mismo, distingue entre acto y actividad; que no necesita ser genética, sino que la sociedad puede asumir posteriormente una actividad ilícita, no necesariamente total sino de importancia en la genérica que desarrolla. c) La ponderación de actividad ilícita que debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el artículo 19 LS. d) Que no se trata de actividad prohibida, regulada por el artículo 20 LGS. La antijuricidad se objetiva y la responsabilidad sancionada es automática<sup>36</sup>.

Se ha teorizado sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado<sup>37</sup>. Más que sancionar el abuso de la personalidad jurídica o la responsabilidad de administradores y controlantes, debería sancionarse a la propia sociedad, por su uso antifuncional, por actividad ilícita.

El artículo 19 LGS es técnica y doctrinariamente correcto. La remisión al artículo 18 LGS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio –e iniciación del proceso de liquidación–, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que –al referirse a la actividad– afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el

---

<sup>35</sup> RICHARD, E. H.: «Sociedades constituidas en el extranjero (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)», en libro colectivo *La estructura societaria y sus conflictos* Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

<sup>36</sup> RICHARD, E. H.: *Actividad ilícita de sociedades* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre de 1992 Actas tomo II Pág. 575; *Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros* en «Derecho y Empresa» Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en Libro colectivo de nta. coordinación Anomalías Societarias, Ed. Advocatus. *Actividades ilícitas - banca de hecho*. Ed. Advocatus julio 1992; *Banca de hecho. Actividad ilícita* Comentario a jurisprudencia «Romeo Anunciada M. E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario», pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos n.º 7 noviembre diciembre 2000, Buenos Aires febrero 2001.

<sup>37</sup> RICHARD, E. H.: *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Bs. Aires 2004, tomo XV p. 313.

efecto sobre los socios que acrediten buena fe<sup>38</sup>, y no estar alcanzados por la previsión integratoria del artículo 167 in fine CCC.

Dentro de una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, anti monopolio o anti trust, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales, o registrales de publicidad. Las que den prebendas a funcionarios públicos para obtener beneficios, o dejar fuera del mercado a competidoras. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial.

Sobre actividad ilícita, uso abusivo de la técnica organizativa, ilegalidad y responsabilidad, hay que sacarse la venda como lo hizo la Corte en el caso «Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.», aunque no llegó a aplicar la norma del artículo 19 LGS, disponiendo la apertura de la quiebra en el país de sociedad *off shore* constituida en el extranjero, ante la ilegalidad de la operatoria. La Corte reconoció esa operatoria en el pedido de quiebra en el país de la Compañía General de Negocios, domiciliada en Uruguay y ante un documento aparentemente pagadero en ese país. La petición había sido rechazada en primera y segunda instancia, pero la Corte ordenó receptar la petición al haberse acreditado que tal Compañía extranjera operaba casi con exclusividad en el local de la Ciudad de Buenos Aires del Banco General de Negocios, sistema bien conocido en otras bocas de inversión de otras compañías. Las referencias del caso contienen la calificación de ilicitud. Y tal calificación permite tipificar la sanción por «actividad ilícita» contenida en la LGS, que autoriza ante tal constatación la actuación oficiosa de cualquier juez para disponer la liquidación de la sociedad, con responsabilidad solidaria de socios y administradores con el alcance previsto en el artículo 19 LGS.

La justicia debe sacarse la venda de los ojos, pero no para mirar al justiciable, sino para mirar la prueba y la realidad de los negocios como requería Joaquín Garríguez. Lo importante es la manda legal del artículo 19 LGS para aplicarse de oficio, suerte de penas patrimoniales ante la ilicitud acreditada, pero dentro de la teoría general de la responsabilidad civil con base subjetiva, previsio-

---

<sup>38</sup> RICHARD, E. H.: «Banca de hecho. Actividad ilícita», Revista de las Sociedades y Concursos, Buenos Aires, 2000; «Nulidad absoluta de sociedades», RDPC, 1997-274; «Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirect doing business) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)», el Dial. Express, lunes, 16 de marzo de 2009 – Año XI– N.º 2739, www.eldial.com. Sociedades constituidas en el extranjero (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?) en libro colectivo «La estructura societaria y sus conflictos» Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, p. 101 y ss.

nes por actividad ilícita deberá ser expansiva a otras modalidades en que las sociedades causan daño a sabiendas.

Creemos que en el fallo anterior como en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, SALA E, en expediente 86657/2002 Incidente N.º 54 –«Banco General de Negocios, S.A. s/quiebra s/incidente de revisión de crédito por BEADE de Bargallo Cirio, María Matilde Juzg. 1 Sec. 2 13-2-4, en Buenos Aires, el 2 de junio de 2017, se desaprovechó el efecto expansivo del artículo 19 LGS, pues haciendo referencia a la norma del artículo 19 LGS y al fallo en el caso VIPARITA, se fijó una responsabilidad personalizada.

3. La Corte se ha referido a las actividades ilícitas en sociedades en casos paradigmáticos. Lo hizo al referirse al apalancamiento financiero en perjuicio de la sociedad y la minoría en el caso Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S. A.<sup>39</sup>. Extractamos las consideraciones que fundan la cuestión: «... impugna las asambleas debido a que en ellas se ha resuelto, en síntesis, endeudar a la sociedad por obligaciones ajenas, esto es, pasivos que –por imperio de la ley– estaban a cargo exclusivo de los socios titulares de las acciones clase A. .... en el *sub lite* se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte y a la casi totalidad de la doctrina autorizada para la cual rige la máxima *quod ab initio vitio sumest non potest tractu tempo convallescere* (conf. Llambías, Jorge Joaquín “Efectos de la Nulidad y de la Anulación de los Actos Jurídicos”, cit., pág. 81). En una línea afín de pensamiento con este principio, en el paradigmático precedente de Fallos: 179:249 ya citado, el Tribunal expresó que “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”...»

Se trató de un caso de *leverage buy out*, donde los socios mayoritarios también intentaron –como lo lograron en prácticamente todos los casos de privatización– hacer que la sociedad asumiera deudas del grupo clase A. Sin duda el socio Estado Nacional podría apelar a la imprescriptibilidad para requerir la reversión de las deudas de los socios asumidas por la sociedad. Pero en el caso no fue ese socio el que formalizó la demanda, sino la Provincia de Chubut que también era socia en el caso que falló la Corte.

<sup>39</sup> Publicado en: La Ley, 2002-E, 863.

Este comentario se hace para que funcionarios del Gobierno Nacional tomen conciencia de la magnitud de las maniobras en numerosas sociedades, accionando por la nulidad absoluta de las maniobras que generarán acciones de reintegro y responsabilidad en beneficio de esas sociedades y del erario público.

Si el Poder Ejecutivo no lo hace, lo podrán intentar los legisladores o los partidos políticos.

## 5. CONCLUSIÓN

1. La complejidad de las prácticas ilícitas y su conexidad entre personas jurídicas, sus representantes orgánicos, socios de control, socios de buena fe y terceros, aconseja un prolijo examen de las normas dictadas y en análisis, sobre las que hemos formalizado reflexiones.
2. La responsabilidad penal de la persona jurídica incluida en la Argentina a través de la Ley 27401 tensiona principios constitucionales. Por otra parte, las previsiones que la integran ofrecen diversiones imperfecciones técnicas derivadas de su precipitada sanción. Un déficit central, en este sentido, es el no haber establecido una regulación especial para el caso de las pequeñas y medianas empresas, respecto de las cuales, los programas de cumplimiento que exige la ley resultarán, por su costo y complejidad, de muy difícil implementación.
3. Por otra parte, la previsión constitucional que veda en materia penal la aplicación retroactiva de una norma más gravosa, hace que estas previsiones rijan a futuro; con lo cual, innumerables casos de corrupción privada y pública, en donde la persona jurídica ha constituido el escenario para la comisión de ilicitudes individuales, y que se cometieron antes de la vigencia de la Ley 27401 quedarán fuera del ámbito de su aplicación temporal.
4. Por tal razón, una lucha efectiva contra esta forma de criminalidad no requiere la previsión de un sistema de imputación corporativa. Por el contrario, la utilización de ciertas disposiciones del Derecho Comercial vigente, junto al perfeccionamiento de algunas figuras delictivas, puede constituir un medio eficiente para enfrentar estas formas delictivas.
5. En el orden de las figuras delictivas, de *lege ferenda*, la inclusión de la figura del soborno entre privados, que prevé el Anteproyecto de reforma al Código Penal de 2018, constituye un innegable avance, al cubrir una laguna de impunidad.



6. Merece destacarse la norma sancionatoria contenida en la Ley General de Sociedades, por cuanto permite ser declarada de oficio, asegura el derecho de defensa por su cuestionamiento apelativo, no requiere que la ilicitud sea penal, consagra la responsabilidad solidaria de administradores y socios –subsumiendo largos juicios en tal sentido–, autoriza que los socios de buena fe puedan ser excluidos de las sanciones, no afecta a terceros, y de haber remanente en la liquidación de la sociedad se produce una suerte de «extinción de dominio». A su vez la liquidación de la sociedad con actividad ilícita no impide la transferencia de las actividades lícitas viables que desarrollara. Muchas causas que se han desarrollado o desarrollan en nuestro país encontrarían buen marco basado en la justicia, equidad y buena fe, en la aplicación de la referida norma.

# **Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude**

**José Antonio Fernández Ajenjo**

*Académico Correspondiente de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación de España*

## **1. INTRODUCCIÓN**

En la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, Unamuno denunció duramente en 1917 los males de la corrupción que se reflejaban en la esfera universitaria: cátedras utilizadas como trampolines para escalar en la política, puestos refugio de personas incapaces o enfermas, claustros cons-truidos por intereses clientelares de los titulares ministeriales, rectorados concedidos basándose en la arbitrariedad política, calidad educativa medio-cre ante la ausencia de inspección técnica o abuso de la libertad de cátedra para practicar el absentismo. Los resultados de los índices y encuestas de Transparencia Internacional, así como la mera revisión diaria de los *mass media*, demuestran con rotundidad que un diagnóstico similar puede reite-rarse 101 años después en muchas de las esferas administrativas de los países iberoamericanos.

Esta conclusión negativa debería ser especialmente sorprendente porque, aun reconociendo la naturaleza dramática y periódica de la lucha ética (Méndez, 2013), desde tiempo inmemorial los regímenes políticos no han cesado de buscar antídotos frente a esta lacra social. En el caso español, en el Antiguo Régimen ya se incorporaron instituciones dirigidas a evitar las malas prácti-cas administrativas (Mendizábal, 2001) como la Contaduría Mayor de Cuen-tas castellana, el Maestro racional aragonés o la Cámara de Comptos navarra. En el posterior régimen constitucionalista decimonónico, la asunción de la separación de poderes constituyó un Tribunal de Cuentas de adscripción par-

lamentaria (Velarde, 2007), un Consejo de Estado siguiendo la tradición francesa (Pérez, 2005) y una novedosa Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) vigilante con carácter previo de la disposición de los fondos públicos (Gutiérrez, 1993).

Con posterioridad a la advertencia unamuniana, la incorporación acumulativa de instrumentos dirigidos a subsanar los males del Estado se produjo siguiendo las tendencias del panorama internacional. Así, en España, se instauró el Tribunal Supremo de la Hacienda Pública en 1924 (Fábregas, 2005), siguiendo el modelo norteamericano de órgano único de control económico, inspirado en la *U. S. General Accounting Office*, y que también sería adoptado en la América hispana por recomendación de la misión estadounidense Kemmerer mediante la figura de las Contralorías Generales (Grosso, 2009). Tras esta efímera etapa (Mendizábal, 1968), en 1930 se restauró la tradicional división entre el Tribunal de Cuentas externo y la Intervención General de la Administración del Estado interna.

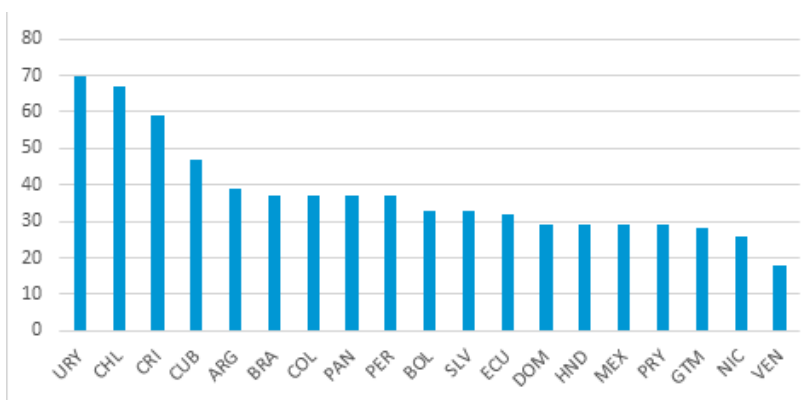
A estas entidades de naturaleza económico-financiera, la Administración controladora española ha sumado desde finales del siglo XIX nuevas instituciones: Abogacías del Estado en apoyo, en principio, de la lucha contra el fraude tributario (Martín-Retortillo, 1986), Inspecciones de Servicio centradas en el régimen disciplinario y de incompatibilidades (Páramo, 1981), Defensores del Pueblo que tratan de revertir los casos de mala administración (Fairén, 1982), Oficinas de Conflictos de Intereses centradas en las incompatibilidades de altos cargos (García, 2008) o los recientes Consejos de Transparencia y Buen Gobierno (Sendín, 2014). Entre los últimos hitos en desarrollo cabe citar la creación de Agencias Anticorrupción especializadas (Ponce, 2017) y los canales de denuncias y la protección del denunciante (Fernández, 2018).

El ejemplo español es representativo de la tendencia a la *hiperinstitucionalización* a nivel internacional, singularmente en Iberoamérica. Si nos centramos en el ejemplo de la lucha contra la corrupción en Colombia, magníficamente descrito en la tesis doctoral de Sandoval (2016), el solapamiento institucional producido por las sucesivas reformas ha llevado a un déficit de gobernanza, con numerosas instituciones multinivel que no cooperan, sino que actúan como frenos en el ejercicio de la responsabilidad fiscal.

Sin duda, ha habido casos de éxito en la innovación institucional de la lucha contra la corrupción, como la reconocida Oficina de Investigación de Actos Ilícitos de Singapur (Klitgaard, 1994) que ha logrado transformar el país desde la corrupción sistémica en 1960 a la actual situación privilegiada que le otorgan indicadores de Transparencia Internacional, aunque con la asunción de unos poderes exorbitantes poco homologables en un Estado de Derecho.

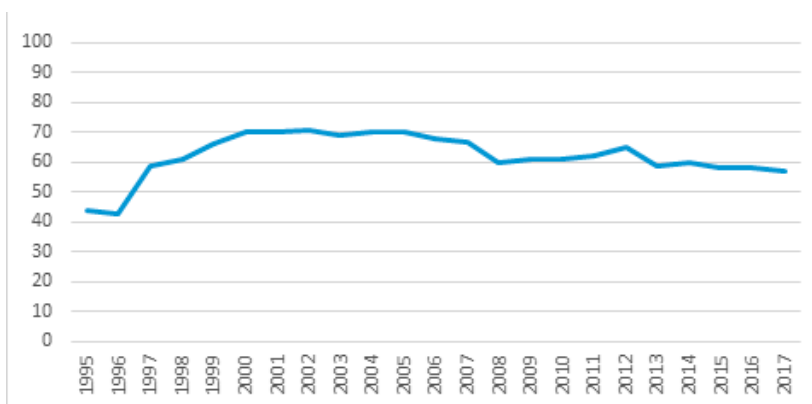
No obstante, esta revolución incrementalista en organismos y recursos no ha seguido siempre la misma suerte, lo que hace sospechar que el proceso reformista ha valorado más cuestiones populistas y de cosmética electoral. Así se puede observar en el siguiente gráfico de evolución de la situación en la América Latina obtenido del Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional en 2017, en el que todos los países de encuentran muy alejados del nivel del 90 % que marca la excelencia.

**ÍNDICE DE PERCEPCIÓN CORRUPCIÓN 2017  
AMÉRICA LATINA**



Fuente: Transparencia Internacional y elaboración propia.

**ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE CORRUPCIÓN ESPAÑA**



Fuente: Transparencia Internacional y elaboración propia.

En este trabajo se tratará de analizar las causas de este fracaso, a partir de la naturaleza jurídico-institucional de la función de control, en su aplicación específica a la lucha contra la corrupción, y las ventajas e inconvenientes de los esquemas institucionales que han ido incorporándose a los ordenamientos jurídicos, tomando como referencia específica el modelo español, cuyos datos, como se detalla a continuación, tampoco son esperanzadores.

## 2. LA FUNCIÓN DE CONTROL COMO INSTRUMENTO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DENTRO DE LOS ESTADOS DE DERECHO

Todos los regímenes políticos se preocupan de vigilar que los administradores públicos no antepongan los intereses personales por encima de los generales. En los regímenes democráticos esta preocupación se convierte en crítica, en tanto que la *res publica* forma parte inherente a su naturaleza. Por ello, antes de entrar en el desarrollo institucional, es conveniente analizar los caracteres y las modalidades de la función de control.

Al igual que las empresas, las Administraciones Públicas tienen una serie de funciones operativas, si bien, la producción se sustituye por políticas de gasto y la comercialización por las políticas fiscales, principalmente. En los Estados constitucionales, el ejercicio de estas funciones se somete al Estado de Derecho, al margen de las exigencias técnicas propias de cada profesión, bajo el principio de legalidad de la acción administrativa. Ante este esquema, el control se convierte en una función instrumental dirigida a garantizar que la actuación administrativa cumple con los mandatos del ordenamiento jurídico.

En esta tarea, la lucha contra la corrupción se inserta como el objetivo de más alto nivel del ejercicio de la función de control pues, si confirmar el cumplimiento de los mandatos administrativos o técnicos resulta imprescindible, verificar que no se han producido distorsiones derivadas de intereses espurios es indispensable para comprobar la buena salud de los sistemas democráticos.

Entre las funciones administrativas, el control desarrolla una actividad declarativa de juicio encargada de «conocer y juzgar la actividad ajena» (Rubio Llorente, 1993). En el ámbito de la función pública puede definirse como «la potestad o el derecho subjetivo que ostenta un sujeto (órgano controlador) de emitir una declaración de juicio crítico (juzgar) acerca de si la actividad de una Administración Pública (órgano controlado) es conforme a los mandatos de un sistema normativo de referencia (norma)» (Fernández, 2011).

Históricamente pueden encontrarse numerosas fórmulas de control que constituyen especies del género común (Rivero, 2006) como, por ejemplo, en

el ámbito iberoamericano, las tradicionales contadurías, veedurías, oidorías, censuras, comisarías o superintendencias; o las más actuales de fiscalización, intervención, inspección o auditoría. No obstante, cabe categorizar este conjunto heterogéneo de formulaciones del juicio de valor crítico en seis grandes modalidades que aportan progresivamente un mayor grado de intensidad (Fernández, 2011):

- a) *La función de asesoramiento*, que presta consejos no vinculantes sobre las decisiones políticas y administrativas (Cavero, 2001), a través fundamentalmente de dictámenes.
- b) *La función de evaluación*, que cuantifica el grado de ejecución de las políticas públicas (Fuentes, 1999) mediante informes de evaluación o auditorías operativas.
- c) *La función de intervención*, que realiza un control concomitante de la actividad administrativa (Fábregas del Pilar, 1958) como la recepción de inversiones o el visado de pagos y transferencias.
- d) *La función de fiscalización*, que informa de la regularidad normativa (jurídica, económica o técnica) de los actos administrativos (Fábregas del Pilar, 1958), mediante el examen de los expedientes administrativos.
- e) *La función de inspección*, que investiga la realidad oculta que se encuentra tras el «muro de papel» de los expedientes administrativos (Bermejo, 2000) y que se refleja generalmente en las actas de inspección.
- f) *La función de enjuiciamiento*, que revisa y sanciona, a través de un juicio crítico completo y con amplios poderes, las decisiones de los poderes públicos (Santamaría, 2004).

Aunque aparentemente no resulten especialmente indicadas, las modalidades de control menos inquisitivas (*asesoramiento y evaluación*) deben prestar un buen servicio frente a los intentos de atentar contra los intereses generales. En ocasiones, tan decisivo puede ser un dictamen del Consejo de Estado para evitar una huida del Derecho administrativo auspiciada por razones espurias, como los informes de evaluación que muestran sobrecostes en la ejecución de las políticas públicas que únicamente pueden entenderse por razones poco éticas.

Sin embargo, la función de control libra la lucha contra la corrupción principalmente a través de la intervención, fiscalización, la inspección y el enjuiciamiento. En primera instancia, la *intervención* debe verificar que los pagos de los servicios públicos se correspondan con gastos reales, evitando intrusos ficticios en las nóminas, salidas de fondos sin contrapartida efectiva o abono de inversiones inexistentes. Con posterioridad, la *fiscalización* debe alertar de forma preventiva de los riesgos de fraude detectados en el examen de los expedientes administrativos como adjudicaciones directas injustificadas,

fraccionamientos de gastos para evitar procedimientos más garantistas u ofertas de licitadores con estructuras sospechosas de colusión. De forma más específica, la *inspección* se convierte en el eslabón de enlace entre las funciones preventivas y represivas, realizando pruebas como visitas *in situ* o conciliaciones de información de terceros que puedan descubrir fraudes de los que se deriven responsabilidades personales de los funcionarios públicos. Finalmente, el *enjuiciamiento* cierra el sistema de control mediante la labor represiva de investigar los casos de corrupción para determinar las responsabilidades patrimoniales, disciplinarias o penales.

### 3. LA FUGA DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL PREVENTIVO EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

En la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) de 2003 se resalta que una buena política antifraude debe priorizar la prevención y no descansar exclusivamente en la represión. No obstante, en análisis de la evolución histórica de las instituciones de control preventivo se puede comprobar, como ha denunciado buena parte de la doctrina española (Malem, 2002; Sabán, 1991; o Sánchez Morón, 1997), la tendencia a la fuga institucional en la detección de responsabilidades contra los casos más graves de atentados a los intereses generales, refugándose en funciones menos comprometidas como informes de legalidad o técnicos meramente formales.

En especial, cabe resaltar la reiterada omisión de las instituciones de control de los fondos públicos, tanto en su versión interna en forma de intervenciones generales o auditorías internas, como en los ejemplos externos propios de los tribunales de cuentas o las contralorías generales. Bajo el lema de «los auditores no somos policías», los auditores públicos se han declarado de forma mayoritaria incompetentes para ejercer la inspección administrativa del fraude al Erario Público.

Esta respuesta de los profesionales de la auditoría pública resulta especialmente llamativa, no solo por ser contraria a sus raíces, como se justificará a continuación, sino porque se trata del único ámbito de la llamada Administración controladora que se muestra incapacitado funcionalmente para detectar las infracciones que defraudan los intereses públicos. En el propio campo económico, las instituciones de vigilancia de los sistemas tributario, bancario, de seguros o competencia no dudan en ejercer su función de inspección del fraude. De la misma forma actúan las instituciones encargadas del control en otros campos administrativos como las inspecciones laborales, medioambientales, sanitarias, educativas, etc.

Como consecuencia, tras cada crisis nacional o internacional se instauran nuevos instrumentos e instituciones encargadas de evitar la proliferación de la corrupción. Así, las actuales Agencias Anticorrupción (ACAs) aportan una respuesta institucional a un problema de naturaleza funcional como es la falta de responsabilidad en el ejercicio de las funciones de fiscalización e inspección de las instituciones preexistentes.

Si seguimos el ejemplo de la ardua instauración del Estado liberal en la España decimonónica, encontramos la creación del Tribunal de Cuentas y la IGAE como órganos dirigidos a evitar la expropiación de las arcas públicas. El Tribunal de Cuentas refundado en 1851 mantiene el mandato de su antecesor, la Contaduría Mayor de Cuentas, destinado a evitar las malas prácticas de los administradores (Velarde, 2002), exigiendo las correspondientes responsabilidades en caso de alcance a los fondos públicos. Por su parte, la IGAE surgirá en 1870 con profundas raíces antifraude (Gutiérrez, 1993), pues como ilustrativamente reflejaba la Real Orden de 16 de noviembre de 1819, como otras muchas dictadas durante el siglo XIX, «El Rey nuestro Señor ha visto con justo sentimiento que al mismo tiempo que ocupa todos sus desvelos en proporcionar alivio a sus pueblos y el debido cumplimiento de todas las obligaciones de la Monarquía, se descubren alcances crecidos contra los empleados de la recaudación de su Real Hacienda».

Empero, y dando un gran salto temporal hasta la actual España democrática, se puede observar cómo cada una de estas instituciones han ido orillando sus funciones originarias vinculadas a la lucha contra la corrupción. El Tribunal de Cuentas diseñado tras la Constitución de 1978 ha reemplazado la tradicional misión de censura y enjuiciamiento de las cuentas públicas por la renovada visión de la Declaración de Lima de 1977 de la INTOSAI sobre las Entidades Fiscalizadoras Superiores. En este documento se prioriza la fiscalización de legalidad y operativa, dirigida a coadyuvar en la buena gestión financiera basándose en recomendaciones, sobre la detección de anomalías en la gestión de los fondos públicos (Friedmann y Weber, 1997).

En todo caso, la norma constitucional es heredera de la visión tradicional del Tribunal de Cuentas y ordena en el artículo 136 que «cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido». Esto ha motivado en los años 90 un intenso debate que, en el ámbito científico (Nieto García et. al., 1997), se ha decantado en favor de que la institución juegue un papel clave en la lucha contra la corrupción. Por el contrario, en el seno de la propia institución, ha contado con posturas encontradas, como se puede observar en el número monográfico de la Revista Española de Control Externo de 1999. Como conclusión, mayoritariamente se ha seguido la tesis, en línea con el criterio manifestado en la INTOSAI, de



que el papel del Tribunal de Cuentas no era de protagonismo, sino complementario, pues únicamente podía detectar «riesgos morales» (Nieto de Alba, 2006), es decir, advertir de posibles indicios que correspondería investigar a las instituciones represivas.

En el actual régimen constitucional, la mayor parte de Comunidades Autónomas han constituido tribunales de cuentas propios, que responden a la denominación genérica de Órganos de Control Externo (OCEX). Tras los escándalos de los años 90 (v. gr., caso Roldán o caso Fondos Reservados), estas entidades mostraron su disposición en la Declaración de Pamplona de los Presidentes de los Tribunales Autonómicos de Cuentas de 16 de junio de 2006 a asumir objetivos de control más ambiciosos que, sin llegar a vincularse directamente en la investigación del fraude, se implicarían en realizar auditorías urbanísticas para detectar las prácticas irregulares que se estaban poniendo de manifiesto en el sector local (Jiménez, 2007).

No obstante, las conclusiones de los XI Encuentros Técnicos de los OCEX de 2015 afirmaban que «como en una “carrera de relevos”, los OCEX entregan el testigo cuando termina la fiscalización» (Arias, 2015). En el mismo sentir mayoritario, los XII Encuentros Técnicos de los OCEX de 2017 declaran que, si bien la fiscalización sirve de prevención, «es importante que se explique a la sociedad que el ordenamiento jurídico encomienda a los OCEX exclusivamente una función técnica que no comprende la investigación del fraude y de la corrupción» (Arias, 2017).

Por su parte, la evolución reciente de la IGAE ha priorizado, siguiendo el camino de las instituciones de control externo, los controles de legalidad y eficacia, obviando su finalidad originaria de «perro guardián» de los recursos públicos. En el ejercicio de las funciones interventoras de naturaleza previa se han restringido las facultades de practicar revistas y visitas sin previo aviso y los controles posteriores realizados con técnicas de auditoría se han ceñido a la revisión de expedientes administrativos para comprobar su regularidad jurídica, económica o contable (Fernández, 2011).

En cuanto a las Intervenciones Generales a nivel autonómico, puede llegarse, a priori, a una conclusión similar, en tanto que han reproducido el esquema establecido a nivel estatal, si bien incluso con un menor nivel de profundidad. A modo de ejemplo, en numerosas Comunidades Autónomas no se ha creado un cuerpo especializado de interventores y auditores para el desarrollo de estas funciones (Jiménez y Fernández, 2017) por lo que deben recurrir, en muchas ocasiones, a profesionales de otros cuerpos ajenos a estas funciones.

Finalmente, la Declaración de Toledo del VII Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público de 2016 ha destacado «la evaluación del riesgo de

fraude en lugar preferente en los trabajos de fiscalización, asumiendo una actitud proactiva en su detección y en la lucha contra la corrupción, colaborando e interactuando con las oficinas antifraude u organismos homólogos, así como con la Fiscalía y los tribunales de justicia, dentro del estricto respeto a las respectivas competencias» (Arias, 2016).

#### 4. LAS NUEVAS ALTERNATIVAS INSTITUCIONALES PARA LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN: LAS AGENCIAS ANTICORRUPCIÓN ESPAÑOLAS Y EL SERVICIO NACIONAL DE COORDINACIÓN ANTIFRAUDE

Si estudiamos el modelo del Sistema Nacional de Integridad español, es decir, del conjunto de instituciones instauradas para garantizar la probidad de los funcionarios públicos y luchar contra la corrupción (Villoria, 2012), puede observarse una fuerte asimetría en los instrumentos preventivos que han carecido de fuerza real (Transparencia Internacional, 2012). Ante la inhibición de las instituciones administrativas, tanto las de naturaleza financiera (Tribunales de Cuentas e Intervenciones Generales) como las generalistas (Inspecciones Generales de Servicio, Abogacías oficiales o Consejos consultivos), la lucha contra la corrupción ha descansado especialmente en la jurisdicción penal vinculada a esta materia: Audiencia Nacional, Fiscalía Anticorrupción, Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal (Policía Nacional) y Unidad Central Operativa (Guardia Civil).

Tras esta etapa de institucionalización especializada débil en el ámbito administrativo, en la última década se han establecido Agencias Anticorrupción (ACAs) dotadas de independencia y fuertes prerrogativas. Con ello se trata de imitar el modelo de la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF), constituida a finales del siglo XX para hacer frente a la crisis institucional provocada tras la dimisión de la Comisión Santer por los graves escándalos de fraude en materia de subvenciones comunitarias (Dolz, 1995). No obstante, al contrario que las pioneras ACAs, la OLAF ejerce investigaciones de naturaleza exclusivamente administrativa, si bien revestida de poderes *cuasipoliciales*, como las entrevistas personales con garantía de derechos de los investigados o las operaciones digitales forenses (Vervaele, 1999).

En España, este modelo se ha seguido tempranamente por la Oficina Antifraude de Cataluña en 2008 (Escoda, 2014), pero no ha sido hasta los graves escándalos de corrupción de la última década cuando se ha promovido la creación de ACAs en todos los niveles de Administración Pública (Ponce, 2017). Hasta el momento se han creado en esta nueva etapa, a nivel autonómico, las ACAs de Baleares (2016), Valencia (2016), Aragón (2017) y Navarra

(2018), y se encuentran en tramitación parlamentaria, autonómica o estatal, organismos de similares características.

No obstante, el caso más ajustado a la tradición española sería, conforme hemos propuesto en anteriores trabajos (Fernández, 2011), la creación en el ámbito económico-financiero de servicios especializados de investigación del fraude dependientes de los Tribunales de Cuentas y las Intervenciones Generales, y en el ámbito administrativo de las Inspecciones Generales de Servicios. Este ha sido el camino seguido parcialmente por algunas Comunidades Autónomas como solución al problema de la lucha antifraude. Por ejemplo, Galicia, que ha habilitado al Consejo de Cuentas en 2015 la competencia en la prevención de la corrupción, y Castilla y León, que ha atribuido a la Inspección General de Servicios la tramitación y protección de los denunciantes en 2016.

Esta solución también ha sido la adoptada para la implementación del servicio de coordinación antifraude (AFCOS) exigido por el artículo 3.4 del Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). Dentro de las alternativas, España ha optado por el modelo seguido mayoritariamente por los Estados miembros de asignar esta función al Ministerio de Hacienda y, en concreto, a la IGAE (Fernández, 2017).

En virtud del requerimiento comunitario, el Real Decreto 802/2014, de 19 de septiembre, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, han establecido el régimen jurídico del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA). Se trata de un órgano con rango de Subdirección General que, dentro de la estructura orgánica de la IGAE, actúa con independencia, supervisión de la Oficina Nacional de Auditoría y asistencia de un Consejo Asesor, en el ejercicio de las siguientes funciones (disposición adicional 25.2 LGS):

- «a) Dirigir la creación y puesta en marcha de las estrategias nacionales y promover los cambios legislativos y administrativos necesarios para proteger los intereses financieros de la Unión Europea.*
- b) Identificar las posibles deficiencias de los sistemas nacionales para la gestión de fondos de la Unión Europea.*
- c) Establecer los cauces de coordinación e información sobre irregularidades y sospechas de fraude entre las diferentes instituciones nacionales y la OLAF.*
- d) Promover la formación para la prevención y lucha contra el fraude.»*

En todo caso, y siguiendo el criterio de Meagher (2014), el SNCA debe considerarse por su naturaleza una ACA, en tanto que ostenta el liderazgo a nivel nacional de la lucha contra el fraude de los intereses financieros comunita-

rios, si bien de carácter parcial pues no asume algunas de las competencias clásicas de estos organismos, como las funciones de investigación. Como ha señalado Ponce (2017), no cabe establecer un modelo único de ACAs, pues presentan distintas características orgánicas y funcionales, si bien todas ellas tienen como denominador común la función de liderar la lucha antifraude.

De esta forma, la IGAE se suma así a otros órganos de control financiero que han asumido total o parcialmente funciones en la lucha contra el fraude en el panorama internacional. A nivel de control externo pueden citarse los casos de la U. S. *General Accountability Office*, que ha asumido en 2004 entre sus funciones la lucha contra las actividades ilegales e impropias (Jiménez, 2007), o el Tribunal de Cuentas de Portugal, bajo cuya adscripción se ha establecido en 2008 un Consejo de Prevención de la Corrupción encargado de evaluar los planes y medidas en esta materia (Arias, 2016). Entre los órganos de control interno hay que recurrir al ejemplo iberoamericano de la Contraloría General de la Unión de Brasil (actual Ministerio de la Transparencia y la Contraloría General de la Unión de Brasil) que ha asumido desde 2003 funciones en la prevención y lucha contra la corrupción.

## 5. EPÍLOGO: LAS BUENAS PRÁCTICAS DE GOOD GOVERNANCE PARA EVITAR LOS POPULISMOS COSMÉTICOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La *good governance* es una idea-fuerza que trata de acabar con los modelos de reformas meramente incrementalistas, es decir, aquellos que ante los problemas plantean como solución más legislación, más administración y más controles. Esta forma de abordar las reformas administrativas ha llevado a fenómenos como la legislación motorizada o la *hiperinstitucionalización* que no han servido para resolver ninguno de los problemas planteados.

Bajo esta concepción de la gobernanza, el artículo 6 CNUCC únicamente reclama la definición clara de cuáles son los órganos especializados en la prevención de la corrupción, sin exigir ni decantarse por ningún modelo. Por lo tanto, deberá corresponder a cada Estado determinar las características institucionales y funcionales del Sistema Nacional de Integridad.

En todo caso, las reformas deben evitar las soluciones meramente cosméticas, es decir, aquellas que tratan de acallar la preocupación de la opinión pública mediante medidas como la creación de instituciones con nombres relevantes y altisonantes que, por la ausencia de estudios previos sobre cómo encajan en el sistema institucional preexistente o la falta de dotación posterior de medios personales y materiales, quedan convertidos en organismos meramente ornamentales. Para evitar este problema, contrario a los principios de *better regu-*

lation, pueden establecerse, siguiendo las recomendaciones de Ponce (2017) y Benítez (2017), tres criterios para decidir entre las diferentes alternativas:

- 1.º *Evaluación de los impactos internos y externos para evitar la hiperinstitucionalización*: las reformas deben abordarse aplicando técnicas de evaluación legislativa (Ponce, 2017) para determinar si es conveniente modernizar los organismos existentes o constituir nuevas entidades. Como analiza la Guía Técnica CNUCC de 2010, antes de optar por la constitución de nuevos órganos, debe considerarse la posibilidad de dotar de mayor responsabilidad a los existentes.
- 2.º *Definición de funciones adecuadas y medios suficientes para evitar instituciones meramente ornamentales*: si se decide establecer una Agencia Anticorrupción especializada, deben dotarse de funciones bien definidas y medios suficientes (Benítez, 2017). A este respecto, la citada Guía Técnica CNUCC de 2010 incluye, entre otras, el siguiente catálogo de posibles funciones: impulsar planes de prevención, facilitar las reclamaciones ciudadanas, ejercer facultades investigativas o valorar la aplicación de los planes aprobados.
- 3.º *Diálogo interinstitucional para evitar el despilfarro de los recursos limitados*: los organismos que asuman las funciones de prevención de la corrupción se van a encontrar una «jungla de controles» (Ponce, 2017) preexistentes, por lo que debe evitarse una competición interna que desaproveche los recursos limitados (Benítez, 2017). En este sentido, la Guía Técnica CNUCC de 2010 estima que la colaboración interinstitucional es especialmente necesaria en materia de denuncias y elaboración de estrategias.

El fin último es evitar la creación de instituciones que constituyan modas pasajeras como las recientes propuestas surgidas en el ámbito de América Latina de supuestos Zares Anticorrupción (Perú, Colombia, Panamá, Guatemala o México) que, con el paso del tiempo, se han quedado en meros organismos administrativos sin relevancia alguna en la lucha anticorrupción.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RODRÍGUEZ, A., Encuentros técnicos de los órganos de control externo. Algunas conclusiones valientes, 21 de junio de 2015, <https://fiscalizacion.es/2015/06/21/encuentros-tecnicos-de-los-organos-de-control-externo-algunas-conclusiones-valientes/> [22 de junio de 2018].
- Declaración de Toledo, 19 de noviembre de 2016, <https://fiscalizacion.es/2016/11/19/declaracion-de-toledo-2016/> [22 de junio de 2018].

- La corrupción y el bacalao a la portuguesa, 9 de diciembre de 2016. <https://fiscalizacion.es/2016/12/09/anticorruptionday-2016/> [2 de julio de 2018].
  - Disponible el n.º 70 de Auditoría Pública, 6 de diciembre de 2017, <https://fiscalizacion.es/2017/12/06/disponible-el-no-70-de-auditoria-publica/> [22 de junio de 2018].
- BENÍTEZ PALMA, E., «La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción». Auditoría Pública, n.º 69, 2017.
- BERMEJO VERA, J., «La Administración inspectora», en SOSA WAGNER, F. (coord.), El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CAVERO LATAILLADE, I., La función consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico: Lección inaugural, Apertura del Curso Académico 2001-2002, Universidad San Pablo, CEU, Madrid, 2001.
- DOLZ LAGO, M. J., Los fraudes agrarios a la Unión Europea, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995.
- ESCODA RUANES, E., «La Oficina Antifraude de Cataluña», en Nieto Martín, A. y Maroto Calatayud, M. (coord.), «Public compliance»: prevención de la corrupción en Administraciones Públicas y partidos políticos, Universidad de Castilla-La Mancha y Tirant lo Blanch, 2014.
- FÁBREGAS DEL, PILAR, y DÍAZ DE, CEVALLOS, J. M., Ley de Contabilidad y Fiscalización e Intervención de los derechos y obligaciones del Estado, con la colaboración de RUIZ JAIME, F., Madrid, 1958.
- «Nociones de carácter general sobre el control de la actividad fiscal del Estado», Revista Española de Control Externo, n.º 50, 2005 [publicado originalmente en FÁBREGAS DEL PILAR y DÍAZ DE CEVALLOS, J. M., Ley de Contabilidad, de Fiscalización e Intervención de los Derechos y Obligaciones del Estado, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958, que coincide con una Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 8 de febrero de 1956].
- FAIRÉN GUILLÉN, V., El Defensor del Pueblo: Ombudsman, tomo I, Parte General, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción: Especial referencia al Tribunal de cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado, Aranzadi, 2011.
- El papel del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude en el proceso de lucha contra la corrupción, Revista Internacional de Integridad Pública, n.º 5, 2017.
  - «Canal de información de fraudes e irregularidades del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude», en CAMPOS ACUÑA, C. (coord.), Especial *Compliance* en el Sector Público, Wolters Kluwer, 2018.

- FRIEDMANN, B., y WEBER, H., «La lucha contra las irregularidades y el fraude: La contribución del Tribunal de Cuentas Europeo», Auditoría Pública, n.º 10, 1997,
- FUENTES VEGA, S., El gasto público: Ejecución y control, Instituto de Estudios Fiscales/Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1999.
- GARCÍA MEXÍA, P., «Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y GARCÍA MEXÍA, P. (dirs.), El derecho a la buena administración pública, Junta de Castilla y León, 2008.
- GUTIÉRREZ ROBLES, A., Historia de la Intervención General de la Administración del Estado, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1993.
- GROSSO RINCÓN, C. A., Desarrollo histórico y ámbito de acción de la planeación en Colombia, Administración & Desarrollo, n.º 37, 2009.
- JIMÉNEZ RIUS, P., El control de los fondos públicos: Propuestas de mejora, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- JIMÉNEZ VACAS, J. J., y FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., «Una ventana de oportunidad política, para la creación de un Cuerpo profesional de Intervención y Auditoría de la Comunidad de Madrid», Auditoría Pública n.º 69, 2017.
- KLITGAARD, R., Controlando la corrupción: Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1994.
- MALEM SEÑA, J. F., La corrupción: Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Editorial GEDISA, S. A., Barcelona, 2002.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., La defensa en Derecho del Estado: Aproximación a la historia del Cuerpo de Abogados del Estado, Civitas, Madrid, 1986.
- MEAGHER, P., (2004) «Anti-corruption agencies: A review of experience». Center for Institutional Reform and the Informal Sector at the University of Maryland, paper 04/02, [http://www.iris.umd.edu/Reader.aspx?TYPE=FORMAL\\_PUBLICATION&ID=3dca81ee-16c2-46f6-a45c-51490fcb3b99](http://www.iris.umd.edu/Reader.aspx?TYPE=FORMAL_PUBLICATION&ID=3dca81ee-16c2-46f6-a45c-51490fcb3b99) [16 de agosto de 2017].
- MÉNDEZ, J. M., Introducción a la axiología, Sepha, Málaga, 2013.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, R., «El Tribunal Supremo de la Hacienda Pública», Revista de Administración Pública, n.º 56, 1968.
- «Función y esencia del Tribunal de Cuentas», Revista Española de Control Externo, n.º 3, 2001 [publicado originalmente en Revista de Administración Pública, n.º 46, 1965].
- NIETO DE ALBA, U., «Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales», Revista Española de Control Externo, n.º 23, 2006.
- NIETO GARCÍA, A., Corrupción en la España democrática, Ariel, Barcelona, 1997.
- PÁRAMO FERNÁNDEZ, J. F., «La inspección de los servicios en la Administración civil del Estado», en VV. AA., Estudios conmemorativos de la inspección general de la Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

- PÉREZ-TENESSA, A., Historia, cosas e historias del Consejo de Estado, Consejo de Estado/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.
- PONCE SOLÉ, J., «Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo». Revista Internacional de Transparencia e Integridad, n.º 3, 2017 <http://revistainternacional-transparencia.org/wp-content/uploads/2017/04/Julio-Ponce.pdf> [16 de agosto de 2017].
- RIVERO ORTEGA, R., «Inspección y control de riesgos en materia de emisiones contaminantes», Noticias de la Unión Europea, n.º 258, 2006.
- RUBIO LLORENTE, F., La forma del poder: Estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SABÁN GODOY, A., El marco jurídico de la corrupción, Civitas, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «La corrupción y los problemas del control de las Administraciones Públicas», en LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S. (eds.), La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- SANDOVAL NAVAS, L. A., El control multinivel del gasto público en Colombia: propuestas de reforma institucional para la gobernanza. Tesis doctoral dirigida por Prof. Dr. D. Ricardo Rivero Ortega, y Prof. Dr. D. Antonio Arias Rodríguez. Universidad de Salamanca, 2016.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas», en SAINZ MORENO, F. (dir.), Estudios para la reforma de las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.
- SENDÍN GARCÍA, M. A., «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 33, 2014.
- VELARDE FUERTES, J., «Utilidad del control interno para el control externo: Propuestas para una mayor eficacia», Cuenta con IGAE, n.º 5, 2002.
- «Prólogo», en JIMÉNEZ RIUS, P., *op. cit.*, 2007.
- VERVAELE, J. A. E., «¿Hacia una Agencia Europea Independiente para luchar contra el fraude y la corrupción en la Unión Europea?», Revista del Poder Judicial, n.º 56, 1999.
- VILLORIA MENDIETA, M., Integridad, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, n.º 1, septiembre 2011-febrero 2012.



# *Actio popularis* y defensa del interés general en la experiencia jurídica romana

Antonio Fernández de Buján

*Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid  
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España*

SUMARIO: 1. *Observaciones preliminares.* 2. *Triple vertiente de legitimación popular.*  
3. *A modo de epílogo*

## 1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

En el Derecho español, así como en el Derecho iberoamericano y en el Derecho internacional, la acusación popular está de actualidad. En los últimos años se ha abierto en España un debate doctrinal y político, sobre la conveniencia de reformar su régimen jurídico, mediante una mejor delimitación de su objeto y finalidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid., entre otros autores, en Fernández de Buján, Recensión a Di Porto, *Res in usu publico e «beni comuni»*. *Il modo de la tutela*, Torino, Giapichelli 2013, p. XXVI + 89, en *IURA*, LXIV, pp. 420-423; Id. La Acción Popular, un apunte histórico, *La Revista*. Thomson Reuters 2016; Id. Un apunte sobre legitimación popular, *RGDR*. Iustel, n. 29, dcbr. 2017; Id. La actualidad de la acción popular, Discurso de Doctorado Honoris Causa por la Universidad San Pablo Ceu, dos de marzo de 2018. Universidad San Pablo 2018; Id. «Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur». D. 47. 23. 1. Ponencia presentada en el Pleno de Numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, el 28 de mayo de 2018, en *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España - Thomson Reuters Aranzadi* 2018, en prensa.; Id. La acción popular en Derecho Romano como garantía de los derechos de la ciudadanía, *Estudios Homenaje al Prof. Francisco Ramos Méndez*, pp. 837-848, 2018, en prensa.

Una reflexión histórica sobre el ejercicio por los ciudadanos romanos de los interdictos y las acciones populares, en su doble vertiente pública y privada, ayudará a valorar si las soluciones con las que se afrontaron, en la República y en el Imperio, los problemas planteados en esta materia, puede resultar de utilidad en este tema, ciertamente nuclear para la investigación histórica, la dogmática jurídica y la jurisprudencia, al afectar a las nociones básicas de soberanía y ciudadanía.

Se prevé la acción popular en las Constituciones españolas de 1812, 1869, 1931, limitada a supuestos específicos de naturaleza penal, y en la CE de 1978.

En el artículo 125 de la CE de 1978 se configura la acción popular como una institución de raíz democrática y una manifestación de la participación del ciudadano en la administración de justicia al establecerse que: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado en aquellos procesos penales que la ley determine».

Lo primero que se conserva de la acción popular romana es la propia denominación que se corresponde con la de *actio popularis*.

Se reconoce, por otra parte, a la acción popular, en nuestro Ordenamiento Jurídico, y en las constituciones latinoamericanas, un papel destacado en relación con la regulación, más restringida, de esta institución en las constituciones y textos legales de las naciones europeas.

La acción popular tiene su origen en la Atenas clásica de hace 2.500 años, y el desarrollo de su régimen jurídico en la República romana, en un contexto histórico y político lejano en el tiempo, pero no muy divergente del actual si nos atenemos a la realidad social que hizo posible el nacimiento y desarrollo de la legitimación popular.

En el año 594 a. C., en la Atenas clásica, el legislador Solón estableció el carácter público de todas las acciones penales, y atribuyó a cada ciudadano el derecho de acusar de cualquier delito, según nos informan en sus obras Aristóteles y Plutarco.

## 2. TRIPLE VERTIENTE DE LEGITIMACIÓN POPULAR

En la Roma republicana el ejercicio de las *acciones* de legitimación popular correspondía a cualquier ciudadano, a lo que se hace referencia en las fuentes

con expresiones como *qui volet, quivis de populo, quivis ex populo*, o *quiquunque agere volet*, y tenía una triple vertiente, según que afectase a:

1. Delitos públicos, *crimina*.
2. Delitos privados previstos en leyes, o en edictos de los pretores o de otros magistrados con potestad jurisdiccional, *delicta*. Y, en tercer lugar:
3. Infracciones del uso público de las cosas públicas.

Procedo a continuación a analizar brevemente esta triple vertiente de legitimación popular:

1.<sup>a</sup> En primer lugar la legitimación popular, ligada a la tutela de intereses generales, mediante la persecución de delitos públicos, *crimina*, que se sustancia, a partir del III a C., en juicios públicos, *iudicia publica*, y ante tribunales penales, a cada uno de los cuales se le atribuye competencia para el conocimiento, y sanción, con una pena personal, de los crímenes previstos en las leyes.

A partir de la reforma de Sila, de finales de la República, se prevén de forma definitiva las *quaestiones perpetuae*, que son tribunales permanentes, ante los que se ejercita la acusación pública para perseguir cada uno de los crímenes específicos tipificados en las leyes comiciales.

Los procesos públicos ante los que se sustancian los *crimina* se pueden iniciar:

- Mediante acusación particular.
- De oficio, por *accusatio publica* de los magistrados competentes, y
- Mediante acción de legitimación popular o acción pública.

2.<sup>o</sup> La segunda vertiente de legitimación popular está ligada a la tutela conjunta de intereses públicos y privados, mediante la persecución de determinados delitos privados, *delicta*, o cuasidelitos, previstos o bien en leyes públicas o bien en edictos pretorios, que se sustancian, en ambos casos, mediante el ejercicio de una acción penal en un juicio ordinario, y se sancionan con penas pecuniarias.

En relación con la pena pecuniaria, cabe resaltar que en la mayoría de los casos en los que el delito se prevé en una ley pública, el importe de la misma se ingresa en el erario o en el fisco, según la época, mientras que si la previsión tiene lugar en los edictos pretorios u honorarios, la regla general es que la cantidad prevista como pena se atribuya al actor victorioso, es decir, a quien ejercitó la acción popular.

En relación con los delitos privados previstos en numerosas leyes comiciales, municipales, coloniales o provinciales, cabe subrayar que en muchas de estas

disposiciones legales se establecían supuestos de legitimación popular, es decir, se confería, *quisque de populo* o *qui volet*, el ejercicio de acciones persecutorias de determinados delitos privados sancionados con penas pecuniarias.

En relación con los delitos privados previstos en los edictos de los magistrados, titulares de potestad jurisdiccional, y sancionados por *actiones* populares pretorias u honorarias, cabe subrayar que Paulo en los Comentarios al Edicto, contenido en el fragmento primero del capítulo específico, D. 47. 23, dedicado en el Digesto a las acciones populares, da un concepto de *actio popularis*, conforme al cual: denomina acción popular la que tutela el derecho propio del pueblo. «Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur».

La expresión *actio popularis* se utiliza en 22 fragmentos contenidos en textos de juriconsultos clásicos, la mayoría de ellos correspondientes a los Comentarios de Paulo o Ulpiano al Edicto, o a obras de Gayo y Marciano.

Los supuestos de legitimación popular previstos en las leyes aprobadas en el periodo republicano y en el siglo primero del Principado, habrían sido tenidos en cuenta, en todo caso, por los pretores para crear la categoría de las *actiones* populares, dado que los delitos previstos por los pretores en sus edictos y los delitos previstos en las leyes, eran en su mayoría, idénticos o análogos, en atención a que los intereses que tutelaban ambos tipos de *actiones* eran los mismos.

No hay, por tanto, grandes diferencias entre las *actiones qui volet* de las leyes comiciales, municipales o colonias y las *actiones* populares pretorias o honorarias.

El ejercicio de acciones populares, pretorias o edictales, por cualquier ciudadano está previsto para perseguir a los autores de los numerosos hechos delictivos; así, entre otros supuestos:

- El que profanare un sepulcro, *actio de sepulchro violato*.
- El ocupante de una vivienda que hubiera colocado o suspendido un objeto con riesgo de caer en la vía pública, *actio de positis et suspensis*.
- El usuario de una vivienda desde la que se han arrojado cosas sólidas o líquidas a la vía pública, *actio de effusis et deiecitis*.
- El que depositare objetos de desecho en lugares públicos o causare un daño de cualquier naturaleza a la vía pública, *actio de via publica*.
- El que procediere de forma ilícita a la apertura de las tablas testamentarias, *actio de testamento aperto*.
- El que no acatare o desobedeciere las resoluciones judiciales, *si quis iusdicens non obtemperaverit*, así por ejemplo, no compareciendo ante el magistrado en una citación a juicio, *si in ius vocatio, ito*, y
- El que desplazare o alterase los confines de las fincas, *actio de termino moto*.

3.<sup>a</sup> La tercera vertiente de legitimación popular abarca las infracciones del uso público de las cosas públicas, *res publicae in uso publico*, que se perseguirían mediante el ejercicio de interdictos públicos, *quivis de populo*, en una esfera ligada, con carácter prevalente, a la utilidad privada del *civis*.

Se trata de interdictos populares, *utilitatis publicae causa*, que tutelan bienes públicos sobre los que los particulares tienen un derecho de uso, como son los lugares públicos, vías públicas, ríos, riveras y alcantarillado público.

Los interdictos eran disposiciones de carácter administrativo, por medio de las cuales los magistrados, con la finalidad de tutelar intereses públicos o privados, ponían fin a una controversia *inter partes*, de forma sumaria y con carácter provisional, sin entrar por ello en el fondo del asunto, en atención a la posible revisión de la resolución interdictal en un juicio ordinario.

La decisión interdictal tenía naturaleza declarativa, no sancionatoria, y consistía, en su caso, en una prohibición, exhibición o restitución a favor de una de las partes.

El núcleo más antiguo de interdictos probablemente haya sido el constituido por los mencionados interdictos públicos destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares de dominio público, *interdicta de publicis locis: loca, itinere, viae, flumina, ripae*, y susceptibles de ser ejercitados por cualquier ciudadano, *quivis de populo*.

### 3. A MODO DE EPÍLOGO

En los últimos decenios el ejercicio de la acción popular en materias como los derechos humanos, el medio ambiente, la salud o la protección de espacios marítimos, ha sido aceptada por la jurisdicción de Tribunales internacionales, al configurarse como una institución invocada con frecuencia en demanda de tutela en la práctica internacional, lo que ha generado también en este ámbito un debate sobre la oportunidad de una regulación específica sobre la materia.

El uso espurio de la acción popular por litigadores profesionales que, al igual que sucedía en la Roma republicana, la ejercen como fines vindicativos, de política partidista o de chantaje a los acusados, está en el origen del debate sobre la reforma de la regulación popular.

Ya en la obra de Plauto, *nihil novum sub sole*, conforme a la expresión bíblica contenida en el libro del Eclesiastés, atribuida al rey Salomón, se critica a quienes se dedican a ejercer determinadas acciones populares penales en las

que el autor del hecho delictivo es sancionado con condena pecuniaria, con la única finalidad de enriquecerse con la cantidad, *praemium* que, conforme a la ley, correspondía al litigante victorioso, y que en el caso de daños causados a cosas públicas podía llegar al cuádruplo del daño ocasionado, de ahí la denominación de cuadruplicadores, dada a estos actores procesales.

El uso inadecuado de la acción popular, sin embargo, no pone en cuestión, a mi juicio, su papel de refuerzo de la conciencia cívica del ciudadano en determinados supuestos de especial gravedad, como la corrupción o la conculcación de intereses generales ligados al uso público de los bienes públicos o al medioambiente.

Fuente jurídica más relevante:

Título 23, del Libro 47 del Digesto: *De popularibus actionibus*.

Digesto. Libro 47. Sobre los delitos privados.

Digesto. Libro 48. Sobre los delitos públicos.

Digesto. Libro 47. Título 23. 8 fragmentos.

D. 47. 23. 1. Decimos que es popular la acción que defiende el derecho propio del pueblo (Paulo, 8 libro ad Edictum).

«Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur».

D. 47. 23. 2. Si son varios los que intentan utilizar una acción popular, el pretor debe elegir al más idóneo (Paulo, libro 1 ad Edictum).

«Si plures simul agant populari actione, Paetor eligat idoneiorem».

D. 47.23. 3. Cuando por la misma causa se ejercita varias veces la acción, siendo el mismo hecho, se puede oponer la excepción vulgar de cosa juzgada (Ulpiano, libro 1 ad Edictum). Cosa juzgada material, en sentido negativo.

«Sed si ex eadem causa saepius agatur, quum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur».

1. En las acciones populares es preferido el que tiene más interés (Ulpiano, libro 1 ad Edictum).

«In popularibus actionibus is, cuius interest, praefertur».

D. 47.23. 4. La acción popular se concede a la persona plenamente capaz, es decir, a aquella a quien el edicto le permite defender una causa en juicio (Paulo, libro 3 ad Edictum).

«Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est, cui per Edictum postulare licet».

D. 47.23. 5. El que fuere demandado con la acción popular puede nombrar procurador para que le defienda, pero el demandante no puede comparecer mediante procurador (Paulo, libro 8 ad Edictum).

«Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest, is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest».

D. 47.23. 6. A la mujer y a la persona sujeta a tutela, no se les reconoce el ejercicio de las acciones populares, salvo que la cosa (o el asunto) les pertenezca o sea de su interés. (Ulpiano, libro 25 ad Edictum).

«Mulieri et pupilo populares actiones non dantur, nisi quum ad eos res pertineat».

D. 47. 23. 7. Las acciones populares no se transfieren al fideicomisario a quien se traspa la herencia en virtud del senadoconsulto Trebeliano. (Paulo, libro 61 ad Edictum).

«Populares actiones non transeunt ad eum, cui restituta est hereditas ex Trebeliano Sentusconsulto».

1. Asimismo, no se considera más rico quien dispone de estas acciones (Paulo, libro 61 ad Edictum).

«Item qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior».

D. 47.23. 8. Las acciones populares ni se atribuyen contra los herederos (de quien ha cometido el delito), ni subsisten después de un año (Ulpiano, libro 1 ad Edictum).

«Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur».

# **Cuando al Derecho y a la Política quiere llegar el pensamiento confuso. Algunos aspectos relevantes ante la aceptación conceptual del Estado de Derecho y sus enemigos**

**Amador García-Carrasco**

*Doctor en Derecho, abogado del ICAM, académico correspondiente de la RAJL  
Escritor, miembro de la AEAE*

## **INTRODUCCIÓN**

Quisiera afrontar esta comunicación al modo del observador que sirvió de guía en la redacción de mi libro «Democracia y Estado de Derecho: una visión cultural». (Editorial Amarante, 2017). «Contemplata aliis tradere». De este modo quedará libre de cualquier pretensión didáctica, y podré limitarme al roce con la realidad, en la forma de visión propia y la que considero ajena, dentro del ámbito de la libertad con que el intelecto y la conducta nos hace «ver» las cosas. Las cosas y sus nombres, la posición ante los conceptos.

Y así vamos ya comenzando la dialéctica, una afirmación que me recuerda a Erasmo, pues cualquier dialéctico podría en un par de frases dar al traste con la mía. «Aurículas teneras mordaci radere vero». Herir vuestras tiernas orejas con la verdad.

Y en esta aproximación del observador ya tropezamos con el título de la encomienda: *Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción*. Muy expresivo, pero algo equívoco. Lo que, en lugar de desmerecer, acrecienta su interés en la materia. Y es que, situándonos frente al paisaje y su horizonte, parece que «Estado de Derecho» es, de principio, una defensa frente a la corrupción y el populismo. ¿Es así, de forma incuestionable o puramente nominal, a saber, si lo que denominamos Estado de Derecho responde a los principios y contenidos, y consecuencias que debe tener, y cuáles son estas, y



cómo se conocen y de qué forma se subvierten o alteran, para con ello dejar de serlo? Y no me estoy refiriendo a «normas» y «leyes» menores, en especial las burocratizadoras, en las que la UE es consumada especialista inflacionaria. En este momento histórico las «fuentes» nacen como arroyos periféricos por todas partes, instituciones, negocios, ideologías, tendencias, y el legislador se convierte en un mediador tardío del uso, o en un recolector de las inquietudes de grupos de presión. Me refiero, por tanto, a lo esencial, lo que importa, a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Española (CE) y a los contenidos en las Declaraciones y pactos internacionales, desde hace más de dos siglos.

¿Cómo se sitúa el Estado ante el Derecho, ante ese derecho fundamental, si es que lo comprende? ¿Reconoce auténticamente los derechos que, por extensión, llamamos humanos, y actúa diligentemente en su preservación? Esta observación «in media res» al estilo horaciano, viene a cuento de –tomemos el ejemplo– algunas distorsiones sobre el derecho a la propiedad privada. Hay propuestas parlamentarias para controlar el derecho de propiedad, y eso significa que no se reconoce o no se sabe qué es. Un Estado de Derecho sí tiene que saberlo y aplicarlo. De facto, como sucede con el sistema impositivo, es una configuración sobre exposiciones recaudatorias, que, bien analizadas por otros más sabios, darían lugar a presentar las primeras dudas razonables concretas sobre si esos «Estados avanzados» no desvirtúan su naturaleza por medios indirectos. Pero, es propio de especialistas entrar en el detalle. «Plura legan –dicant– vacui», que dijo Marcial.

¿Y qué decir de la pedagogía dirigida, como derecho, a justificar elementos estructuralmente antidemocráticos como el terrorismo, el odio racial y el fomento de la mentira histórica? No es tema secundario, porque esa es la formación de cientos de miles de españoles, que crecen en la deformación y defienden por ello de buena fe principios que, en los clásicos, llamaríamos producto de la anagnórisis, pues, como sucedió con Segismundo, en «La vida es sueño», otra decisión tomarían si conocieran la verdad.

¿Y del flagrante incumplimiento de la CE en el uso de la lengua, discriminando hasta límites extremos la española en más de una Comunidad autónoma, y ello con normas, es decir, con obligatoriedad técnica de sujeción a la ley?

Se está construyendo, si no se ha terminado ya de modelar, un arquetipo social y cultural, impregnado de legislación propia, que subvierte, a mi juicio, la estructura del derecho en el Estado al que damos tal nombre.

Anticipo que no haré una re-escritura de los argumentos vertidos en mi tesis de 1998, «El Derecho y la transformación de los arquetipos», pero sí que algu-

na de las referencias sobre la estructura del Derecho y la justicia que allí toco son plenamente aplicables. Paolo Grossi, en «Mitología de la modernidad», 2003, Editorial Trotta, hace algunas referencias interesantes sobre la materia, distinción entre ley y Derecho, escenario jurídico formado por modelos (el estado-persona y el individuo acomodado, dice, pág. 51), y lo que yo llamo «ley del Príncipe», reducto del antiguo régimen, a través, por ejemplo, de los Reales Decretos Leyes, denominación fastuosa y excepcionalmente expresiva.

Pido disculpas por las auto citas, obligadas por hacer más personal este análisis, aunque con ello pierda solvencia intelectual, pues creo que estas ponencias deben estar centradas en la aportación personal y no en la divagación teórica. Máxime en este momento (verano de 2018) en que los «máster» y las tesis de tantos hombres públicos –no digo, al estilo de lo políticamente correcto, mujeres públicas, por razones obvias– están en entredicho.

Discúlpeame, también, la a veces incompleta o desordenada referencia bibliográfica, por ese mismo motivo, el de la consulta breve y rápida, por referencia más memorística que indagatoria, de tal suerte que desaparecen las «notas» y se incluyen en el texto.

«Excusatio non petita...»

## QUÉ ES CADA COSA EN LA SOCIEDAD ACTUAL DEL PENSAMIENTO CONFUSO

**Qué es Estado de Derecho.** Puede parecer ocioso entrar en este punto: un estado sujeto a la ley. Pero ¿es que hay alguno que no lo esté? Definimos, pues, el Estado de Derecho no solo como el sujeto a la ley de forma teórica o técnica, sino el que obliga a respetar la ley, y, más aún, el que se somete a la ley como estructura básica de su obligación de crearlas justas y orientadas al bien común. De ahí mi advertencia al acatamiento y cumplimiento sin confiscaciones terminológicas y sufrientes alardes al buenismo y la connotación «social» de todo cuanto se mueve. Connotación evidente, pues somos sociedad, y así lo dice nuestra CE, un tanto redundantemente, pero que algunas versiones del «socialismo antiliberal» trasladan a la confiscación de derechos. Este concepto, como el de democracia, se utiliza notoriamente mal, en función de los intereses y la planificación. Porque hay partidos con planes, como hubo en otros tiempos, planes sin partidos o con un partido único. Así, democracia se utiliza tautológicamente, para significar que cualquier «supuesta» mayoría es democrática. El juego de las mayorías puede llevar a la destrucción de la auténtica mayoría social, democrática, a manos de mayorías

asociales o antidemocráticas, solo porque estén en un ámbito parlamentario técnicamente democrático.

La CE (Constitución Española de 1978) es democrática, está votada por la mayoría del pueblo español con derecho a voto. Sin embargo, no es aceptada, o es rechazada por alguno de esos partidos. Por tanto, su voto no es democrático. Es «técnicamente» útil para sumar, con el objetivo de destruir al demócrata, enemigo. Y quien se prevalece de ello –el candidato– sabe que está jugando sucio. Por tanto, su irresistible ascensión está viciada.

Eso es corrupción. No solo meter la mano en el bolsillo.

Mi comunicación se va a sustentar no tanto en la económica sino en la «corrupción de estado».

Sin describir la teoría de Estado, sí diré que Estado de Derecho es un término que puede englobar estados no democráticos que se sujeten a la ley. Por tanto, más bien tendremos que hablar de estados democráticos, como un todo. La democracia sin el Estado de Derecho carece de sentido, y éste sin democracia no es el objeto de nuestro análisis. El riesgo que se plantea es el de los ataques del populismo y la democracia contra el estado democrático, que, ahora sí, pasamos a rebautizar como Estado de Derecho. Volveríamos un tanto difuso el pensamiento si ahora entramos al debate de la democracia, ya que ese término también está sometido al juicio del intelecto y de la historia. No es que queramos volver a la griega, que nada tendría que ver ahora, sino que en lo que llamamos hoy democracia se introducen vicios y bacterias que la corrompen. Lo mismo que con las leyes «injustas» que pudren el «Estado de Derecho», esos virus letales acaban con la democracia. Que léxicamente subsiste, merced a la gran habilidad de los profesionales de la política, a la manipulación y sobre todo, a la mitificación del derecho y las ideas esgrimidos por... los populistas. Y aquí de nuevo sigue la tragedia. Porque populismo puede referirse a la doctrina manipuladora de las masas ignorantes o al movimiento frente al Estado de la gente que pretende que no le nieguen sus derechos. Aunque no los conozca, al estilo de las obligaciones de la administración frente a la jurisdicción civil. Ya lo gritó Hamlet: El mundo está desquiciado. ¡Qué fastidio haber nacido yo que tener que arreglarlo! Porque tampoco el populismo es un concepto limpio. En realidad, deberíamos decir «demagogia», que es, en efecto, una degeneración de la democracia.

Así, pues, entramos en la corrupción como forma no económica de corromper el Estado. Populismo de Estado. Corrupción ética y moral. En dos líneas: la directa, según el plan. La indirecta, a través de la pedagogía y la manipulación. Por eso quieren los «populistas» el control de los medios. Encontramos

multitud de teóricos y teorías que de forma más o menos críptica nos explican que el comunismo no es totalitario y la izquierda es progresista. Al contrario, la derecha –si sabemos qué sea eso– es capitalista en su grado de perversión explotadora, y sus pensadores, mediocres y rotulados de eso que dan en llamar «fascistas», un sello patentado a grito limpio. Por tanto, lo que haga la izquierda, incluyendo «la revolución», con toda su sangre e injusticia, está justificada, divinizada por el dios ateo del populismo corrupto, y el exterminio del enemigo –o sea, el otro– debe ser un objetivo, una obligación. El Estado tiene su ley, naturalmente, y se llama popular o democrático, o las dos cosas.

Ello no obsta a que exista populismo y totalitarismo de otra parte, y que se invierta la divinización de unos y persecución de otros. Así, la derecha totalitaria califica de asesina y preconizadora de miseria a la izquierda que la perturba. ¿Podrá existir un equilibrio? No ayuda demasiado el intelectualismo que devotamente preconiza la indignación en un solo sentido, (Hessel) o que «las revoluciones se dan en los callejones sin salida» (Brecht).

Lo cierto es que se aprovecha la debilidad del sistema democrático para entrar en él y romperlo. Oponerse a ello es una obligación del Estado. Del Estado democrático de Derecho. Con la ley y los medios necesarios. Sin complejos. De otra forma se estaría alimentando su propia destrucción.

La proliferación de partidos antidemocráticos, inconstitucionales, es una muestra clara de este «plan». Ha sido muy inteligente aceptar la invitación del sistema y aparentemente ceñirse a él. Como demócratas. Aceptando la constitución y las leyes. pudiendo corregirlas de las formas adecuadas. Pero no es así. Desde el primer momento, con esa fórmula saducea de «por imperativo legal», que es un fraude de ley que jamás debió aceptarse, hasta el programa rupturista o terrorista. Hay leyes que permiten declarar ilegales esos partidos. Pero nos limitamos a hacer ejercicios de retórica política. Es la corrupción del poder, que afecta a unos, derechas, y a otros, izquierdas.

¿Cómo se defiende el Estado de Derecho de ese populismo y corrupción? Con las armas de la democracia, la cultura, la moralidad y la ética. La cultura porque la formación evita la manipulación. La moralidad porque los principios que se traducen en los «*Tria iuris praecepta*» hacen del individuo un ser social digno. La ética porque su conducta será reflejo del modelo de la regla universal kantiana.

Al ámbito político del Estado de Derecho pertenecen las decisiones interesadas que dejan a un lado las reglas del juego, o las cambian sobre la marcha, o inventan atajos, como los RDL o las proposiciones no de ley para desvirtuar

las mayorías representativas por otras pactadas o consensuadas en el seno parlamentario, por su posterior desenvolvimiento en leyes. Son factores de distorsión democrática que corrompen la estructura, lo que llamo corrupción de estado. No todo Estado de Derecho es democrático, y no toda democracia es Estado de Derecho. Deben ir juntas y son inseparables. Lo otro es un fraude y una logomaquia manipuladora, populista o no. Corrupta. Democracia real no es funcional o de forma. Aunque la forma, de lege, es, como procedimiento, lo que debe cumplirse. En Cataluña se alecciona hoy 12 de septiembre 2018 contra el Estado de Derecho, desde las agendas escolares a los cuerpos de seguridad. Se dice que hay rebeldía o no aceptación de las leyes porque son injustas.

En «¿Es posible un derecho justo?» (Editorial Difusión jurídica, 2010) trato esta materia.

Las desviaciones de poder, el abuso de autoridad, son proscritos por el poder judicial, y por tanto por el Estado de Derecho. La discriminación puede alcanzar a las minorías y al propio estado. No es lo mismo –cito a Rawls, en «Claves para entender y transformar el derecho», Difusión jurídica, 2009)– igualdad de oportunidades que discriminación positiva. Por ejemplo, las leyes LGTB y del mal llamado género, el feminismo radical, como reacción frente al odioso machismo, que está llevándonos a cotas de ridículo en el lenguaje y la prueba, la de pseudo memoria histórica a medias, que está apoyando obsesiones escatológicas de índole Jungniana sobre sepulcros y cruces, y, además, contrarias a derecho, el falseamiento de la verdad... Ya hay movimientos sociales –esas que antes citaba como fuentes o arroyos dispersos, que, según a donde conduzcan son o no atendidos por el «poder»– que descubren desequilibrios incluso inconstitucionales en ciertas formas de discriminación ad inversam.

Suecia entró en el populismo buenista y no sabe cómo salir. Hay una forma: Por el derecho y la democracia bien ordenada. Pero no con la ideología como ley, que lleva al automatismo en el castigo y sanción sin pruebas. El criterio sin definición de límites. Todo pensamiento confuso. El populismo llega también a resoluciones de la UE. Los magistrados españoles no saben menos ni son menos demócratas que los de la UE. Y España no es un país sin derecho. Interpretan, algunos, el espacio común de forma unilateral y periodística. Es una forma de populismo. Y genera corrupción moral por atender intereses espurios de los que no respetan nuestra CE ni por tanto el Estado de Derecho. Altas instancias de nuestro sistema judicial sostienen la necesidad de defensa de la inmunidad de jurisdicción de España, cuando el Estado de Derecho de la UE es también un problema. Y genera populismo y corrupción.

## DERECHO Y POLÍTICA ANTE EL POPULISMO Y LA CORRUPCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

Conviene hacer una aclaración conceptual respecto a la imbricación de Derecho y política, ya que esta va a ser motor de alguno de los puntos que trato en el epígrafe. No voy a remontarme a los estudios de Aristóteles o Cicerón, sabiamente glosados por Ángel Sánchez de la Torre en sus nuevos libros: «Raíces del ordenamiento jurídico» y «La trama del derecho», edic. Clásicas, 2018, pues me resulta más inmediato acudir a la bien tratada y documentada recopilación de los discursos de la RAJL que hace María Isabel Lorca «El concepto de derecho de un siglo...» (Dykinson, 2016). En la pág. 63 cita el de José Posada, a la sazón presidente de la academia matritense de J. y L., en su sesión inaugural de 1864. Sabido es que uno de los conceptos de «idiótes» se aplicaba a quien no se preocupaba por la vida pública. Pues el ilustre juriconsulto D. José, tomando como referencia a Cicerón, coincide en que la política es la ciencia que más acerca al hombre al numen de los dioses. No sé si pensaría lo mismo de esta política en minúscula que sufrimos hoy. Pero sí interesa destacar –pág. 64– que encuentran ambas –ciencias– Derecho y Política- un fundamento común que es la moral.

Nuestra ausencia de pedagogía y teología, como citaba el paradójico –determillante y desconsolador– protagonista de «La conjura de los necios» (J. K. Toole, Anagrama, 1982), ha hecho olvidar conceptos cuya aplicación respondería a la formulación de esta ponencia. Así, pág. 66, «la democracia expresada en lenguaje jurídico es el Estado de Derecho, la racionalización jurídica de la vida, porque el pensamiento jurídico consecuente conduce a la democracia, como única forma del Estado de Derecho... el Derecho Constitucional... es el conjunto de formas jurídicas de la democracia, del Estado de Derecho». Finalmente, no es auténtica democracia la que se apoya en las mayorías, sino la que abraza los principios del Derecho respecto al democrático bien común. Y como estamos oyendo, a estas alturas del ya vencido verano de 2018, que en las Cortes reside la soberanía popular –no se dice soberanía nacional, como expresa la CE– vale recordar, ya que es tan citado el término «nación», que la soberanía nacional se llama así porque se refiere a la nación entera, y no a grupos o facciones incluso del mismo pueblo. ¡Cómo echamos de menos a Donoso Cortés y a Galdós!

Volvemos al asunto del voto y la fuerza, que, si no funciona el voto, se aplica para que sea «el pueblo» –una desviación partidista– o sea, el programa del populista, quien se imponga. *Panem et circenses*. Ese «pueblo» seleccionado es un instrumento de guerra, como se vio en la II República, y motivó el «No es eso, no es eso» del mismo Ortega. Creo que el Estado de Derecho puede confundirse con cualquier positivismo, pero, una vez avanzados los lustros de

la conceptualización filosófica e histórica, y con la experiencia de los ultras de uno y otro signo, debemos concluir que solo puede llamarse así al democrático. Como digo, coloquialmente, en «Democracia y estado...», cit., es una tarta que no puede comerse separando sus componentes, un sándwich compacto, el Estado de Derecho sin democracia estaría hueco y vacío, y la democracia sin Estado de Derecho carecería de virtualidad. No me cansa decir que para eso está la CE, y su no cumplimiento nos saca del Estado de Derecho y de la democracia. Introduce en el populismo y fomenta la corrupción moral, estatal, pedagógica...

Solo puede oponerse a ello la educación de la gente, que no se deje manipular, que pueda opinar, y, si decide adherirse, que lo haga. La libertad es el primer principio. Pero no hay libertad sin conocimiento y formación.

No hagamos del Estado un delincuente moral. Como diría Hart, una cosa es verse obligado y otra estar obligado. Claro que eso se percibe mejor fuera del Estado de Derecho, democrático, en el que la debilidad aparente del sistema hace que «valga todo» para quienes romperlo o utilizarlo. Incluyendo los propios políticos, no solo los invasores –quienes pretenden destruirlo desde dentro. Políticos que no acatan la CE y quieren romperla, por ejemplo, fuera de los cauces legítimos. La CE es la «norma de reconocimiento» recordamos al mismo Hart, y con ella se rige la nación y los funcionarios, y las instituciones y los ciudadanos y sus funciones. Además, es normativa, creadora de normas de desarrollo. No hay lugar al equívoco. Si un tribunal dicta una sentencia contra la CE, es técnicamente prevaricador. Y suele haber votos disidentes. El efecto es el mismo («Democracia y estado...» pág. 122) de quien utiliza el nombre de la democracia para perpetuar la dictadura del político y sus clases dominantes.

La corrupción –general– debe tratarse como un virus de la propia visión del político, que le dificulta la realidad o que promueve su alteración. Es el tratamiento partidista. Los líderes de «izquierda progresista» no son corruptos. Son protectores del pueblo, populistas. Todo les está permitido. La corrupción, como apunta Gustavo Bueno en su «Fundamentalismo democrático», (Planeta, 2010, pág. 46), se reduciría a un asunto puramente ideológico. Pero «quien reconozca la importancia filosófica del análisis de la democracia desde la idea de la corrupción no retrocederá ante el partidismo que dicho análisis arrastra». Quien la ve «desde lejos», sin percatarse de que puede encontrarse a «quien hierde de lejos», ese epíteto de Apolo. O un «voluntario en la causa», todo según la buena fe, y no «el plan» que existe para destruirla. La corrupción interna es lo que realmente considero un riesgo grave no el latrocinio o el nepotismo de ocasión, sino la perversión del lenguaje que nos confunde –pensamiento confuso– y la toma de posiciones para destruir la democracia

y el Estado de Derecho –ese compuesto inseparable– mediante las armas del mismo Estado de Derecho democrático... hasta que no resulten útiles.

Es la base, por ejemplo, de la ruptura catalana. La debilidad anticonstitucional del gobierno de España hace que la corrupción desde dentro –sin dejar a un lado los lustros de permisividad en la pedagogía deformada, la reiterada leyenda negra y la toma de posición antiespañola de los medios de comunicación, todo ello financiado por el Estado– esté ya eclosionando el monstruo. Lazos amarillos, símbolos que en Europa se aceptan como democráticos, demandas contra jueces españoles, embajadas de la república, programa de ruptura, movimiento de rebelión, marchas nazis con antorchas, al estilo del «pueblo de los señores», insultos a la CE y las leyes y sus símbolos. La libertad de expresión pisoteada y blandamente tolerada por el poder judicial y un ejecutivo que no aplica la ley de partidos –artículo 6, principios democráticos y de legalidad, es decir según lo dispuesto en la CE y en las leyes– ni la CE. Y un pueblo constitucionalista perseguido y maltratado –identificación, amenazas, agresiones–. Como el mismo G. Bueno dice –pág. 62. *Op. cit.*– «la corrupción del sustrato correspondería a su transformación interna... las partes formales del sustrato, interactuando entre sí –“corrumperé”– darían lugar a la transformación del sustrato originario en sustrato corrupto...».

En mi «Derecho y transformación de los arquetipos» (1998), defiendo la tesis de que el Derecho posee un valor autárquico capaz de resolver ese conflicto... si se aplica. Es así como se ve nítidamente el valor de la CE respecto a los ciudadanos, y viceversa. Ese Estado de Derecho constitucional no admite la corrupción. Solo cuando deja de aplicarse. La cuestión es que, de ser como debe ser, las normas que desarrolla la CE tienen que ser no las que convengan al gobierno –como los RDL y su abuso– sino las emanadas del Parlamento, que debe ser, igualmente democrático. Al aceptar un Parlamento antidemocrático y anticonstitucional, comienza por las raíces la corrupción. El consenso o las mayorías encubre a veces la corrupción.

## EL ABUSO DE DERECHO EN LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO

El Estado es sujeto de la ley. El Estado es una forma de regulación política, y no le es ajena ni una sola de las condiciones impuestas al individuo que lo hace necesario o posible. Esto no es así de hecho, dado el sistema de privilegios, y, como estamos viendo en este verano de 2018, en el uso abusivo a ideológico de los Real Decreto Ley. para gobernar legislando sin cumplir los requisitos constitucionales *ad hoc*. Sea cuales sean estos, los principios permanecen. El individuo espera que el Estado, en sus formas de instituciones, autoridad, organización, responda a sus expectativas: «do ut des». Los servi-



dores del Estado deben servir al individuo, cuyos intereses comparten, es decir, en su versión y visión del mismo bien común. Por eso es tan difícil cumplir ese rol de servidores del Estado, y suelen engañar esas denominaciones, que encubren trapacerías y sinecuras. Pero cuando el modelo fundamental, que es el Ejecutivo, se desvía, mediante un ejercicio de pactos de dudosa o nula acepción democrática –aunque sea técnicamente viable de forma reglamentaria– y por el abuso del poder defraudando de nuevo la exigencia de la buena fe, no se está cumpliendo con el modelo. Para que el estado sea Estado democrático de Derecho, y por tanto no populista ni corrupto, debe cumplir con el estatuto de la ética política y jurídica. Debe «funcionar» como tal. Y no acogerse al «nomen iuris» viciado de «la realidad», en este caso «la réalité tell que je suis», pero dejemos descansar al poeta.

Pero cuando los ciudadanos son tratados discriminatoriamente, por ejemplo, por razón del sexo, inversión de la carga de la prueba, una aberración, la prevalencia de lo administrativo, situado en una cómoda poltrona pagada por todos, en las administraciones tributarias, penalización por multas sin prueba funcional, se trata de una corrupción «democrática», aunque se haga por mayorías, porque no responde a los principios de la CE, es, en unos casos, pura ideología, y en otros, abuso de derecho. La posición dominante da lugar a otras corrupciones, las purgas en instituciones públicas, como las televisiones, los nombramientos a dedo en perjuicio del mérito...

Los programas de algunos «medios» son un ejemplo de manipulación. El más grave es la pedagogía, con enseñanzas, por ejemplo, hispanofóbicas, exaltación de la raza, prohibición del uso del español como lengua común, al más puro estilo de lo que quiere combatir, pero con la gravedad añadida de la deformación histórica, la discriminación de personas, compra real de votos... Corrupción populista, que complace a sus «masas» al estilo fascista o comunista. Es la praxis de la democracia. Praxis que *a sensu contrario* será muy bien acogida por los políticos profesionales, tan bien tratados por el sistema. Adorados, porque se comportan como dioses o ídolos, orgullosos de servirse a sí mismos... porque representan la soberanía... Popular. El «pueblo», manipulado, paralizado, polarizado, instrumento del voto, o el voto como instrumento. En «Democracia y Estado de Derecho», cit., pág. 176, ss. hablo del mito de la democracia y la democracia como «religión». Mitos de la modernidad o el regreso a una falsa Ilustración. El escudo de la corrupción del otro para corromper. En su lugar debemos situar Estado de Derecho y la transformación social. Huir de la inflación de conceptos y de normas. Y analizar, para hacerla más somera, la burocracia de la Unión Europea.

Educación por la cultura jurídica o recuperación de los principios a través de una revolución humanística. (De «Claves para entender y transformar el derecho ...», pág. 182).

El Estado también puede ser parte del problema, y por ello la ley debe recuperar su esencia estructural, el Derecho, el fin justo y conveniente de acuerdo con el sistema de principios. La estructura social es el objeto primario de la justicia. Ahora bien, un jurista no puede de forma permanente someter a crítica los componentes de la norma que debe estudiar y aplicar con el referente de la justicia, con el riesgo de suplir la posición del legislador o del juez, pero en modo alguno su papel es el contrariamente pasivo o conservador. Esta aparente disyuntiva –y viene aquí la respuesta a cómo podemos contribuir a desterrar la corrupción y el populismo y garantizar un Estado de Derecho– se resuelve siquiera parcialmente mediante la influencia en la toma de decisiones legislativas, en la adopción de posiciones de los colectivos –Colegios profesionales, Magistraturas, Universidad, exégesis doctrinales y jurisprudenciales, Instituciones que como las RAJL contribuyen al desarrollo, supuestamente crítico, de la legislación– y la sociedad viva, a veces no bien dotada de mecanismos de representación, extremo que dotaría de contenido a una tesis política al respecto, ya que técnicamente esos mecanismos existen en una «sociedad bien ordenada». El Estado de Derecho sin populismo ni corrupción tiene en cuenta que «la justicia será aquella forma de aplicación del derecho que haya nacido de la previa consideración de la transformación o mantenimiento del arquetipo social»... el objetivo... es contribuir al establecimiento de la sociedad del bienestar en la que lo natural –moral y políticamente– es la justicia.

En esta tesis de la transformación y preservación social por el Derecho (pág. 187) ...el Derecho posee esencialmente la capacidad de transformar los modelos arquetípicos que impiden u obstaculizan su propio ejercicio –por ejemplo, mediante la aplicación de la CE, y no su conformación al interés político, como se hace preservando en democracia partidos antidemocráticos que corrompen el sistema, y ese es el gran problema de la estructura: la cesión de ésta al poder; no solo en caso de las dictaduras totalitarias, también en las apariencias democráticas, en las que la manipulación es también de la excelencia teórica, como vemos hoy permitiendo desde Interior que golpistas sean saludados como líderes–. La CE avala este planteamiento cuando incorpora textualmente en su artículo 10 la Declaración Universal de Derechos Humanos o la vialidad interpretativa de su título primero y cuando confirma en su artículo 53 la garantía de libertades y derechos fundamentales que vinculan a los poderes públicos e informan la legislación positiva y la práctica judicial'. Preservar el Estado de Derecho del populismo y la corrupción es aplicar los principios constitucionales, y no soslayarlos, como se hace por la política corrupta. En Europa se comenta que el estado español es antidemocrático y perseguidor de las libertades, como en su día se dijo que quemábamos brujas todo el tiempo. La propaganda funciona. Como dijo Elena F.-Miranda, si exhumamos a Franco, también había que hacerlo con Napoleón. O primero con el emperador dictador.

El artículo 24 de la CE ha resuelto muchos problemas de tutela judicial formalista como la audiencia al rebelde, soslayando así cierta indefensión. Pero no debe esto apoyar la indefensión del ciudadano por el populismo de poder o de partido. En el libro «Claves...» pág. 196, hago una propuesta utópica y otra pragmática. Las resumo muy brevemente, acuciado por la premisa de no superar la extensión de las Comunicaciones, y tal vez por el «tedium viate» que me empieza a acosar como observador de un paisaje tan deteriorado.

La utópica, desglosada en política, económica y jurídica.

«La política es que los políticos sirvan a los intereses generales, no tengan prebendas, carezcan de influencias por su posición, reciban un estipendio razonable y no puedan desempeñar cargos en entidades de contenido económico después de su mandato... Las consecuencias serán... el establecimiento de una clase política honesta, ocupada en el bien común, a la que el ciudadano respete, que no influya en las decisiones de otro por el puesto que ocupa y que no se lucre a costa de los demás.

La económica es la distribución de los excedentes del capital –para lo cual debe haber primero capital, y no la preconización de la miseria del populismo y socialismo alabado por la progresía, hasta que llegan al nomenclátor y se hacen capitalistas *de facto*– cambio del modelo impositivo, en cascada ahora, y recortes sustanciales del «gasto público». Control de las «subvenciones» partidistas. Véanse ahora las de los Ayuntamientos más importantes de España.

La tercera utopía es la jurídica: ...Que las leyes sean transparentes y radicales, es decir, conforme a las raíces de los asuntos que se cuestionan. Parece fácil. Eso afecta al sistema electivo, al Parlamento, a la representatividad de los diputados. Y con la fuente de la CE y nuestros excelentes sistemas de Códigos. De ahí se derivan las «concreciones pragmáticas» y también modificaciones como, por ejemplo, que la moción de censura sirva para quitar o consolidar a un presidente, pero no para poner a otro que no sea votado en elecciones. La censura «ganada» supondría *ipso facto* disolución de Cortes y elecciones. De otro modo la representatividad sería la aceptación y seguimiento de consignas. El encaje pragmático de la propuesta política es que las elecciones aboquen a una representatividad real.

¿Cómo podemos garantizar que el llamado Estado de Derecho nos preserve del populismo y la corrupción, si él mismo es populista y corrupto? El apoyo dialéctico de ese falso estado democrático es el llamado estado de bienestar. Aceptando la débil parodia, su estructura está basada en la educación, la enseñanza y las pensiones. Su costo real no llega al treinta por ciento de lo recaudado por la cascada impositiva. El resto es para sostener el aparato. Gastos públi-

cos. Nada de mejorar al «pueblo», al contrario, su fórmula es subir impuestos, y no reducir el gasto que les afecte. ¿No es una desviación de la tarea parlamentaria del Estado de Derecho, y por tanto una corrupción del mismo?

La única fórmula anti populista es esta: Menos impuestos, más inversión en educación, sanidad, servicios públicos, pensiones, seguridad, y no en demagogia y falta de realismo presupuestario. Reducción del gasto público. Cortar privilegios al político, sin merma de su digna remuneración, controlar los nombramientos y proscribir las purgas, priorizar a los funcionarios de carrera o por antigüedad, y no a los clientes y paniaguados, aplicar la CE a los partidos inconstitucionales, no enriquecer a los golpistas...

Los lobbies actúan como si España fuera una dictadura totalitaria. Pero lo que hay es una dictadura de lo políticamente correcto. (Democracia y Estado de Derecho. Una visión cultural, pág. 120).

Los demócratas ganan a los anti demócratas porque la fuerza interior de su modelo es paradójicamente más fuerte en la democracia. Porque la democracia respeta los modelos del individuo en la defensa de su dignidad. El Derecho que no protege ese modelo se deforma. (Por ejemplo, las connivencias con la ilegalidad). Es la construcción política del Estado de Derecho. Ese es el constructo político del Estado de Derecho que pasa a ser estado totalitario. Crean la «verdad», mienten y manipulan, castigan la excelencia y ni siquiera distribuyen bien ni recortan el gasto. Se abre un escenario dramático que evidencia la necesidad de recuperar el Estado de Derecho con unas elecciones libres y generales y no manipuladas. Pero para que sean efectivas, sin dirigismo, ¡cuánto tenemos aún que aprender! Lo dijo Isócrates: «serás sabio si quieres aprender». Y sin una cultura de los derechos, quedan en agua de borrajas, incluso se rechazan por contrarios a los derechos. Es decir, se asocian los intereses políticos y los compromisos con la ignorancia y el resultado es más o menos el mundo que nos rodea.

La cultura de los derechos es el único núcleo cultural que queda, tras la caída del marxismo y del liberalismo económico, frente a la política, con su manipulación multiculturalista y pseudo cultural.

Yo creo que los grandes esquemas, es decir, los grandes paradigmas, se configuran conforme a los pequeños que van nutriéndolos. Y eso se aplica a las civilizaciones en su esfera universal –los llamados Oriente y Occidente– como a las naciones –cuyas identidades se han ido forjando y destruyendo– las religiones, las culturas. Pero también a las normas codificadas, a las reglas del juego político, a los partidos, por ejemplo. Hoy asistimos, probablemente, al final de un ciclo histórico de algunos de estos paradigmas,

como los explícitos en las definiciones de terrorismo y contraterrorismo, el bien y el mal, las izquierdas y las derechas, las culturas y las multi culturas, el derecho y su violación, la política real y la política retórica, los bloques antagónicos, el comunismo y el capitalismo, pero no vamos a caer en la simplificación, por muy documentada que parezca, de que está en marcha la guerra entre civilizaciones. Yo creo, al margen de lo que digan los expertos, que las guerras nunca lo son del todo entre sistemas e ideologías políticos, entre civilizaciones y religiones. Las guerras son la consecuencia de una destrucción del espíritu cultural de los derechos, y eso puede proceder de dichos conflictos.

El poder se abre paso como una máquina imparable, y llega también a la independencia e imparcialidad de la comunicación. ¿Quién encuentra ahora no ya un medio completo, sino un profesional enteramente independiente? No pidamos demasiado.

En otras posiciones humanas la modernidad supuso una ruptura con la historia. Se trataba más bien de una «pose» cultural: «Un automóvil es más bello que la Victoria de Samotracia». (Futurismo. Pero ya dijo el plagiado Paul Valéry: «El futuro ya no es lo que era»). Ahora se trata más bien de la confrontación de modelos organizados, uno de los cuales no acepta las reglas del juego y quiere que el otro las incumpla también para así identificarse en casi todo. Ese es el reto de nuestro tiempo. Y de otros, porque recordemos: «nada tan antiguo como una novela moderna». Por no ser frívolo citando «la moda es lo que pasa de moda» de la gran Chanel.

Esto ha explicado la pervivencia de bloques políticos y de esquemas culturales y religiosos. Su deformación impulsa también el fanatismo y la psicosis colectiva. Las guerras apoyadas en arquetipos cuya defensa se supone inexcusable. El ataque violento para la obtención de un propósito. Y una de estas guerras es la de la soberbia del poder populista, que se cree a salvo de cualquier crítica, que considera un ataque al «representante del pueblo», aunque no haya sido electo. El olvido de los principios informadores de la cultura jurídica avanzada de las democracias asimilará los dos modelos y convulsionará hasta la confrontación total los esquemas de poder de las sociedades. El ejercicio del poder político es plenamente adecuado solo cuando es ejercido de acuerdo con una Constitución cuyas esencias puedan razonablemente apoyar todos los ciudadanos libres e iguales, a la luz de principios e ideales aceptables a su común razón humana. Un cambio de modelo, al estilo de Saint-Exupéry: «Hacedles construir juntos una catedral y acabarán comprendiéndose».

La conclusión del espectador retorna al comienzo: Y se da cuenta de que esa porción del mundo que es la sociedad evolucionada y privilegiada política-

mente llamada democrática puede ser, si no corregimos su desviación populista y la corrupción de estado, una de las más insinceras, hipócritas y engañosas de la historia –por degeneración y corrupción de sus principios– cuyo argumento se reduce al uso de la palabra y con ello engaña el contenido de lo que significa. Las izquierdas y las derechas radicales parecen incapaces de ver un universo ajeno a su singularidad. Por eso lo llamamos falsa democracia como lo fue la del nazismo –populismo de libro– e incluso aquí por dejar que nos representen partidos antidemocráticos –a pesar de la ley– Pero este observador no es como Polonio que veía en las nubes todo lo que Hamlet quería. Ni inventa ni complace, quiere entender, como Spinoza. Pero está a muchas leguas del gran Baruch.

# Humanización de las relaciones de poder. Estado y Justicia

Victorio Magariños Blanco

*Académico de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*

El Estado como organización compleja exige, por razones de eficacia, la concentración de una alta dosis de poder en muy pocas personas.

Para que las personas que lo ostentan, que tienden naturalmente a perpetuarse en él y a extender su ámbito, no lo utilicen arbitrariamente y de forma abusiva, es preciso delimitar su ámbito y controlar su ejercicio.

En los últimos siglos se ha ido consolidando teóricamente en Occidente, y desde hace bien poco también en la práctica, un modelo democrático, que es generalmente considerado como el más adecuado para alcanzar el objetivo de la paz social en libertad. Supone la utilización del poder de modo más humano, es decir, más respetuoso con la libertad y la igualdad, y, por lo tanto, con la justicia. Tal sistema se ha desarrollado y asentado dentro del ámbito del Estado nación, el cual ha sobrevivido como referencia jurídica y territorial, y sobre la base esencial del Derecho.

Veamos qué ha sucedido con estos pilares que actualmente conforman la organización social de los países que más paz y justicia han proporcionado.

## 1. ESTADO NACIÓN

El Estado Nación es el resultado de una evolución social y política, de una consolidación histórica, que ha tardado siglos en cuajar, después de confrontaciones y ajustes.

Hasta hace bien poco los Estados se mantenían a distancia, dentro de sus fronteras, en situación de alerta y de comunicación mínima. Salvo en el ámbi-

to comercial en el que las naciones han llegado a acuerdos, tratados, que se han extendido a derechos humanos, si bien con escasa contundencia obligatoria y, por tanto, con eficacia insuficiente.

En los últimos tiempos se han producido dos fenómenos que han roto el esquema tradicional: uno de integración y otro de comunicación.

a. Por un lado, la Unión Europea. Proceso jurídico de unión de Estados para constituir un espacio más amplio de libertad e igualdad, y, por tanto, de justicia. Ha supuesto una mayor solidaridad y libertad para los ciudadanos de los Estados de la Unión.

Pero la integración ha exigido una cesión importante de la soberanía nacional, y, en consecuencia, pérdida de control por los ciudadanos de los Estados miembros. Que, en los últimos años, han sufrido la imposición de una serie de medidas restrictivas, desde la lejanía de las autoridades europeas, influidas por la idea hegemónica de la bondad de la economía ultra liberal.

La aplicación rígida de la desregulación de los mercados y la afirmación de la competitividad a ultranza, unidas a la ausencia de frenos sociales y morales y a la dilución de responsabilidad que se trata de evitar por medios y vías jurídicas retorcidos e indetectables, han sido causa relevante en la crisis económica de los últimos años<sup>1</sup>.

Crisis que desde los órganos de gobierno de la Unión no se ha tratado con la urgencia y equidad que de ellos se esperaba, lo que ha provocado en los ciudadanos de la Unión un sentimiento de abandono e impotencia y pérdida de confianza. También una reacción de autoprotección y refugio en el Estado nación, frente a decisiones políticas que consideran reductoras del grado de bienestar que habían conseguido después de muchos años de trabajo y sacrificio.

Desde otro punto de vista, el alejamiento por parte de las instituciones europeas de los problemas singulares de cada Estado y la apertura no mensurada de fronteras han provocado una paralización y retraimiento respecto a la integración de mayor alcance, y una crisis de crecimiento.

De ahí el auge de los partidos y movimientos nacionalistas, a un lado y otro del espectro político, que reivindican la toma de decisiones dentro del ámbito tradicional del Estado nación y también la huida de la Unión Europea.

---

<sup>1</sup> Economistas como Krugman, Milanovic o Piketty, han señalado que la idea ultraliberal asumida como hegemónica por la Unión ha sido causa de parálisis del crecimiento y del aumento de la desigualdad.



Habrá que meditar pues sobre los medios necesarios para consolidar los avances conseguidos, también sobre un ritmo de integración más equilibrado, sobre la necesidad de un mayor acercamiento y de una implicación de los ciudadanos en los asuntos de la Unión potenciando una ciudadanía europea a través de consultas y medios de participación más directa, hasta crear un *demos* europeo.

Si se logran superar los problemas que plantea la integración apresurada de Estados muy diversos, la excesiva, poco madura y teorizada planificación, el abuso de burocracia; si se respetan la cultura y peculiaridades emocionales de cada nación, evitando inmisiones invasivas; si se superan las tendencias todavía muy intensas de las naciones a mantener poder y apegos tradicionales excesivos; si se consigue vencer tales dificultades podrá el Derecho europeo aportar una justicia de más alto alcance que la del actual Estado nacional.

b. El otro fenómeno, imparable, es la comunicación internacional, la globalización, que discurre bajo dos ideas antitéticas en cierto modo y paralelas: la necesidad de extender la justicia y la protección de nuestro planeta y que el mercado no tiene límites ni fronteras (capitalismo global).

La progresión hacia la Justicia y la humanización de las relaciones exige que los Estados tengan una permeabilidad que evite el aislamiento y el cierre obcecado a la universalidad de un mundo comunicado, que necesita la participación solidaria de todos, para conseguir una mayor dosis de justicia y de seguridad.

Sin embargo, el Estado nación ha de conservar, por ahora, la suficiente fortaleza que impida intromisiones excesivas, que pongan en riesgo la paz social. Una piadosa inmisión multicultural acelerada, sin medir los tiempos, podría provocar una reacción de autodefensa, de encerramiento protector, paralizante de la necesaria expansión de la justicia.

Lo que explica el proceso iniciado por algunos Estados, de freno y prohibición frente a la inmigración masiva de personas no integradas en su cultura y hábitos. Se trata de una reacción natural, pero que está siendo utilizado por líderes oportunistas, que basan principalmente en ella su programa político de acceso al Poder, promoviendo el enquistamiento medroso del Estado, y poniéndolo en pie de guerra defensiva, que podría degenerar en ofensiva.

Problema que habrá que resolver de forma equilibrada estableciendo un nuevo ritmo, que evite el encerramiento defensivo del Estado nación. Que, por otra parte, sigue siendo todavía, no puede olvidarse, institución básica del asentamiento democrático.

## 2. ESTADO DEMOCRÁTICO

La democracia supone que el Poder se alcanza por decisión del pueblo, y que se ejerce con la transparencia necesaria para que los ciudadanos estén informados y puedan controlar, además, el ejercicio del mismo.

En esencia, la democracia es un método, un sistema de limitación y control del Poder, tanto en su origen como en su ejercicio. Control que se realiza principalmente a través de la soberanía popular, intensa en el momento inicial constitutivo, y de órganos complementarios de control, conectados algunos a la soberanía popular y otros distantes y separados de la misma, como veremos.

Sin embargo, existe un primer límite conceptual. El pueblo no puede elegir un sistema que elimine los controles sobre el ejercicio del poder sin desnaturalizar la democracia misma. Si en un momento inicial el pueblo decide prescindir de su control posterior, está eligiendo un sistema autoritario, bien distinto al democrático. Tal decisión sería un democidio<sup>2</sup>.

No podemos olvidar que a esta opción se puede llegar en casos de fuerte desequilibrio e injusticia o de rechazo a una democracia mal gestionada o degradada cuando hayan sido manipulados arteramente, de modo abusivo, sus mecanismos de funcionamiento; o en situaciones de crisis que provoquen reacciones emocionales extremas.

De ahí la importancia que la cultura y el equilibrio económico tienen en la configuración y grado de perfeccionamiento de un Estado democrático. Y que su desarrollo sea muy distinto y alcance niveles muy variados en los diversos países que lo han adoptado<sup>3</sup>.

Desde otro punto de vista, el control del Poder en que consiste esencialmente la democracia, es relativo y limitado. Conviene dejar claro que los fines de un Estado avanzado y humanizado no se consiguen solo con la democracia. Palabra esta que se ha mitificado y desbordado en su ámbito y contenido. Es preciso recordar sus límites estructurales y funcionales, así como la necesidad de otros componentes que garanticen la eficacia de un Estado justo.

---

<sup>2</sup> El pacto constitutivo, constitucional, aunque goce del refrendo popular, tiene que recoger los fines del Estado y la estructura y modo de funcionamiento del sistema democrático, como un *prius* necesario. Desde el punto de vista democrático no se concibe un refrendo del pueblo a un sistema que cercene los controles del Poder.

<sup>3</sup> El Estado democrático necesita para su implantación, desarrollo y mantenimiento un cierto grado de cultura, que implica honestidad y prudencia, sobre todo, de la persona que asumen el poder.

## A. Soberanía popular

En un sistema democrático, en principio y en teoría, el pueblo determina y fija la estructura y funcionamiento del Estado, elige los órganos de poder político y controla su actuación.

Pero, a poco que uno adentre en el alcance y posibilidades de la soberanía popular se da cuenta de la gran dificultad de su realización práctica. Desde una visión real, no distorsionada, hay que reconocer que existen fuertes limitaciones funcionales y estructurales.

### a. Limitaciones funcionales

La organización jurídica de la sociedad, en que consiste el Estado, se realiza a través de múltiples instituciones, que se ramifican hasta llegar a las que se relacionan directamente con el ciudadano.

La mayoría de ellas tienen fines y formas de actuación que exigen métodos alejados de la soberanía popular para la selección de las personas que las dirigen.

Dentro de este entramado institucional complejo están las Administraciones Públicas. Para que sea eficaz su funcionamiento, sus miembros deben estar cualificados técnicamente, y, por tanto, su selección alejada de toda inmisión política y partidaria. Sin que pueda utilizarse el argumento de la soberanía popular, que en este ámbito tiene una clara limitación funcional<sup>4</sup>.

También deben quedar libres de la injerencia política, y del método democrático de elección, las personas que ejercen funciones públicas, que por propia naturaleza exigen métodos de selección basados en precisiones técnicas. Así, las personas que componen órganos rectores de la sanidad, la enseñanza, la empresa pública, la función judicial y notarial, cuya neutralidad es básica para su buen funcionamiento.

Tampoco la soberanía popular puede resolver cuestiones estrictamente morales o de justicia, que, por propia esencia, no admiten tal medio de determinación y solución.

Una visión humanizada del Estado no puede hacer de la democracia el paradigma para resolver todos los problemas sociales (fundamentalismo demo-

---

<sup>4</sup> La formación de los funcionarios de la Administración ha de ser continua, a través de la cual se promueva el espíritu de servicio y ayuda al ciudadano, que evite el distanciamiento y la burocratización. Y el ascenso ha de estar libre de interferencias partidarias, basado solo en la eficiencia, dedicación y mérito. Habrá que conseguir, además, una Administración cercana y humanizada.

crático). Su ámbito debe mantenerse dentro de sus límites funcionales y estructurales.

*b. Límites estructurales*

Además de las limitaciones funcionales de la soberanía popular, existen también límites estructurales.

1. En primer lugar, el pueblo no es un conjunto homogéneo y unitario de ciudadanos con el mismo grado de cultura, información e inquietud. En la realidad, el pueblo se descompone en grupos con opiniones, situaciones, preferencias e ideologías diversas y, a veces, muy distantes, sobre todo cuando son dogmáticas o totalizadoras. Grupos que no siempre se consolidan en una organización cohesionada, que le permita hacer llegar su inquietud y propuestas e influir en la configuración y ejercicio del poder.

Existe pues pluralismo, que algunas Constituciones, como la portuguesa y la española, lo elevan a la categoría de valor, al mismo nivel que la libertad y la justicia.

Pero conviene aclarar aquí que el pluralismo político no es un valor en sí mismo. Es una realidad social y un derecho a disentir. El verdadero valor no es la discrepancia sino la confluencia, la síntesis objetivada, el tratado, el convenio, que son instrumentos de concordia y de paz social.

2. En segundo lugar, el pueblo no decide de forma directa sino mediante delegación en un número reducido de personas. La democracia representativa se ha consolidado conceptual y prácticamente, frente a la democracia directa, como una exigencia derivada de la necesidad de compatibilizar la soberanía popular con la difícil y complicada realización práctica de los fines del Estado.

Pero la delegación plantea serios problemas: diversidad de preparación y cultura de los electores, dificultad para conocer y seleccionar las personas dispuestas a asumir la representación, y también para organizar y costear el complejo proceso electoral.

Para resolverlos, se hizo imprescindible la creación de instituciones intermedias que se interponen entre el ciudadano y los posibles representantes: los partidos políticos<sup>5</sup>. La delegación se hace así a través de entidades interpues-

---

<sup>5</sup> Hasta tal punto que se podría sostener, como lo hizo Kelsen, que sin partidos no hay democracia.

tas, que se han erigido en el medio imprescindible para la organización del proceso democrático.

Y aquí surge en la mayoría de las democracias un serio problema, que hace de ellas un sistema frágil. Por qué:

- a. Los partidos políticos no son el pueblo, en sentido estricto. Han derivado en organizaciones destinadas a tomar y ejercer el Poder, especializadas en técnicas de propaganda y captación de clientela. Integradas por personas políticamente activas, profesionalizadas, con férrea disciplina y obediencia a las consignas del grupo que los lidera; que terminan posponiendo los intereses de los ciudadanos a los del partido en aras de la conquista y permanencia en el poder<sup>6</sup>.
- b. Suponen una reducción inexacta de la verdadera opinión de los ciudadanos, que tienen que decantarse por soluciones integradas en el programa de cada partido, pero que no comparten en su totalidad. Los partidos durante mucho tiempo han tomado fuerza de las ideologías, que han utilizado como señal de identidad. Sin embargo, en muchas ocasiones, las ideologías han sido una fuente de simplificación y de distorsión; y también un señuelo para la atracción de votos, encubriendo bajo su manto, en muchos casos, la falta de idoneidad de los pretendidos representantes.

Por otra parte, las viejas y persistentes ideologías, como cosmovisión teórica, además de su radicalización e insuficiencia para resolver los problemas sociales de forma equilibrada, no se han actualizado. Han ido quedando como residuos fosilizados de enganche y aparente distinción de los partidos.

En la práctica, los partidos políticos se han ido adaptando a los problemas reales de la sociedad, alejándose de la idea eje o fuerte inicialmente tomada como referente. Obviándola según las circunstancias. Acercándose entre ellos cada vez más, no solo mediante la adaptación de sus programas a las circunstancias, sino también en las técnicas de conservación del Poder, que convirtieron en objetivo prioritario.

- c. Los partidos (intermediarios necesarios) no seleccionan los futuros representantes en base a sus cualidades y aptitudes, sino atendiendo a la fidelidad y subordinación a sus líderes. Designan candidatos sumisos, en la mayoría de los casos desconocidos por los ciudadanos.

---

<sup>6</sup> La tendencia de los partidos a permanecer en el poder y extender su ámbito los ha llevado en algunos países a invadir campos que por su naturaleza deberían quedar al margen de la política, y a aprovecharse ilícitamente de su posición privilegiada. Invadiendo instituciones civiles y colonizándolas.

Con lo que la representatividad queda gravemente dañada. Tanto, que, en ocasiones, la soberanía popular quedará tan filtrada y minimizada, que no se podrá hablar de verdadera democracia sino en sentido nominal, y sí, más bien, de oligarquía.

d. En consecuencia, la actuación de los partidos ha provocado una reducción progresiva de la soberanía popular. Sus líderes se han distanciado de los ciudadanos, hacia los que se vuelven cautelosos y amables en época electoral<sup>7</sup>.

La incongruencia entre las ideas y planes que exhiben y la actuación cuando acceden al Poder; el incumplimiento de lo ofrecido en los programas, que utilizan como señuelo y propaganda; la inmisión, utilización y colonización de las instituciones neutras con el fin de conservar el Poder; el engaño continuo, sistemático, acudiendo en ocasiones, cínicamente, a razones de Estado; todo ello, unido a pactos espurios e interesados, disfrazados bajo el manto de la estabilidad y necesidades de gobierno, intolerables desde el punto de vista de la Justicia, ha afectado el buen funcionamiento del Estado, generando un serio deterioro del mismo<sup>8</sup>.

Existe una evolución degenerativa de los partidos políticos que ha provocado la desconfianza y el rechazo de una gran parte de los ciudadanos. Evolución que pone en grave aprieto el sistema democrático<sup>9</sup>.

La insatisfacción de aquellos y, lo que es peor, las dudas sobre la eficacia del sistema de partidos han dado lugar a la irrupción de líderes que tratan de atraer a la población que se siente asqueada y traicionada. En algunos casos hacia caminos ya conocidos y fracasados, pero con tal osadía e imprudencia que podrían poner en peligro el equilibrio institucional y la verdadera democracia.

Nuevos políticos que tratan de canalizar el descontento, y que aprovechan el malestar y ansia de cambio para acceder al Poder por la vía de la seducción y el agasajo al sector más dolorido de la población, a través de voto impuro basado en el rechazo emocional del sistema.

Se trata de alternativas de nuevos políticos que prometen atender de modo directo las necesidades de la sociedad y se muestran a los ciudadanos (la gente en la nueva terminología) con una apariencia resolutiva, enfrentándose a la élite hasta hace poco gobernante (liberales y socialdemócratas en alternancia

---

<sup>7</sup> Además, los representantes tienden a sobrevalorar su legitimación de origen y consideran la delegación como un refrendo personal, un cheque en blanco, que los lleva a saltar los programas y ofertas electorales, y el mismo Derecho y controles del poder.

<sup>8</sup> Véase el reciente pacto del Gobierno de España con los partidos nacionalistas, más bien, regionales independentistas.

<sup>9</sup> Según el euro-barómetro, primavera 2015, no llega al 30 % la confianza en los partidos políticos en Dinamarca (nivel más alto) y en España al 5 %.

oligárquica) con la promesa de realizar con honestidad y lealtad el control del poder y la justicia.

Habrà que ver hasta qué punto tales movimientos o derivaciones de la intermediación política servirán para encauzar la democracia, aunque sea provocando por reacción un giro de moralidad y prudencia en el ejercicio del poder, y la regeneración de los partidos tradicionales. La opción popular por el *brexít* o el resultado de las elecciones norteamericanas, no anuncian buenos pronósticos. Al contrario que el pueblo francés que ha sabido utilizar su cultura política distanciándose del discurso emocional.

En España es de notar que los partidos tradicionales, debido a su desquiciamiento ideológico y a su parquedad y escaso sentido de Estado, han sufrido últimamente un contagio que les conduce hacia políticas oportunistas e inconsistentes, tratando de llamar la atención del pueblo sobre cuestiones secundarias y poco trascendentes. Apartando a los que de algún modo mantienen una posición crítica en defensa del Estado.

Por todo ello, si se quiere salvar el sistema democrático, que tantos años de progreso social ha brindado, habrá que considerar la necesidad de remodelar los partidos políticos, mediante una democratización interna, actuación transparente y sujeción a los límites que impone el Derecho y los fines del Estado, los cuales en modo alguno deberán traspasar, sin que puedan esconderse tras propuestas correctoras, con alta dosis de apariencia, provocación emocional y finalidad publicitaria, como la impulsión de un superfeminismo epatante, por ejemplo, u otras propuestas extravagantes, desviándose de lo que en el momento actual importa prioritariamente, que es el equilibrio económico e institucional, con atención especial a la reconducción de la solidaridad territorial, al sector en el umbral de la pobreza y a la enseñanza, desde el respeto al Derecho, en el cual deberían estar recogidos los fines del Estado.

Habrà que esperar que los partidos se renueven, y que surjan nuevos grupos políticos, integrados por personas rectas y cultas, en el sentido que a la cultura se da en este trabajo, como veremos, que actúen con lealtad, transparencia y honestidad, y den nuevas esperanzas a una ciudadanía deprimida e indignada.

Es preciso evitar que la fatiga democrática, de la que hablan algunos sociólogos, provoque el voto sin vuelta atrás que ponga en marcha sistemas autoritarios.

5. La evolución degenerativa de los partidos políticos ha provocado la desconfianza y el rechazo de una gran parte de los ciudadanos<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Según el euro barómetro, primavera del 2015, no llega al 30 % la confianza en los partidos políticos en Dinamarca (nivel más alto) y en España al 5 %.

El control del Poder a través de la soberanía popular por la vía indirecta de intermediación partidaria se ha revelado insuficiente.

Habrá que pensar en la necesidad de complementar el sistema con una colaboración participativa continua, más sosegada y reflexiva de la sociedad en su totalidad, la cual ha de impulsar, a través de organizaciones neutras, civiles, una labor constante, nunca acabada de reflexión y vigilancia.

Sin descartar medidas de intervención directa, como referendums, iniciativa o ratificación popular para determinadas decisiones de especial trascendencia, o consulta revocatoria. Con una regulación rigurosa, que impida utilizar tales medios como instrumento de políticos oportunistas que deriven la voluntad mayoritaria hacia posiciones radicales imprudentes o conflictivas<sup>11</sup>.

## **B. Limitación y control del ejercicio del poder**

En la primera fase de elección de representantes, los ciudadanos ejercen el control directamente, aunque, en la mayoría de los casos, previa la interposición de los partidos políticos. Pero, a partir de entonces, el pueblo pierde el control efectivo e inmediato del ejercicio del Poder, que no recupera hasta que se celebren nuevas elecciones, cuando caduque el mandato<sup>12</sup>.

En esta segunda fase, el control del Poder se realiza a través de órganos y mecanismos algunos cercanos y otros distantes de la soberanía popular.

1. Así el control del ejercicio del poder del Ejecutivo, que es el órgano de gobierno que más poder real y efectivo acumula, se realiza, de modo más directo por el órgano legislativo, constituido por personas elegidas por intermediación de los partidos, tal como hemos visto.

Para que el control sea eficaz, el órgano legislativo tiene que ser inmune a la influencia o presiones del Ejecutivo y de los líderes de los partidos, que han seleccionado previamente sus componentes. Si, como sucede en algunos Estados, los miembros del Legislativo, impuestos por los partidos políticos,

---

<sup>11</sup> Conviene recordar que cada vez se acude más a métodos de democracia directa, incluso al sistema de sorteo, como se ha ensayado ya en algunos países como Irlanda, por ejemplo. Lo que da idea de hasta qué punto existe una devaluación o superación de la democracia representativa. Habrá que pensar, por otro lado, en las posibilidades que ofrecen las nuevas técnicas de comunicación, las cuales están ya utilizándose con resultados de atracción irracional que los políticos más osados e inconsistentes utilizan a su favor.

<sup>12</sup> Una vez depositado su voto, los ciudadanos se desentienden, se alejan de las actuaciones de los gobernantes, confían en la maquinaria institucional del Estado.



son personas dependientes de estos, su función de control queda prácticamente anulada, sobre todo en el caso de mayoría absoluta. Y la representatividad alterada y dañada cuando se desvían de sus programas e ideas sobre las que han basado su propaganda y el acceso al Poder.

Por otra parte, el Legislativo, en su función de dictar normas jurídicas, está sujeto, a su vez, a los principios y fines que configuran el Estado de Derecho, que están determinados en el pacto inicial constitutivo, en la Constitución. Al Legislativo le sobrepasa pues el Derecho y también los fines del Estado humanizado, que deben estar presentes en toda la actuación política, como veremos.

2. Si el órgano encargado de legislar no estuviera mediatizado de modo partidario, y estuviera constituido por personas rectas y cultas y, por tanto, actuara con rigor y neutralidad, sería el primer garante y cuidador leal de los fines del Estado. Pero, en la práctica y en la mayoría de los Estados democráticos, no funciona con tal pulcritud, de ahí la conveniencia de controlar e impedir que se desvíe del cauce constitucional a través de Tribunales encargados específicamente de tal fin.

3. A estos órganos de control hay que añadir los encargados de vigilar la realización de una gestión equilibrada, de fiscalizar la actuación política e impedir su expansión fuera de su ámbito limitado, es decir, la inmisión impropia y la colonización de instituciones neutras.

Para que tales órganos de control sean eficaces es necesaria su independencia del Poder político. La importancia de esta exigencia es tal, que se sitúa en el frontispicio de la democracia, como elemento sustancial de la misma, pues deviene de una lógica inatacable.

Inicialmente se formuló tal principio como de separación de poderes, referida al legislativo, ejecutivo y judicial.

Sin embargo, en lugar de separación es más preciso hablar de independencia, pues el Legislativo y el Ejecutivo están en continua interconexión.

Es la independencia de los órganos de control la que resulta imprescindible para evitar el abuso de poder, y, en consecuencia, una de las claves para lograr la humanización de las relaciones políticas.

4. Para que el control del poder sea eficaz, es preciso, además que se ejerza con transparencia. Para lo cual es esencial la existencia de medios de información que indaguen y aclaren la actuación política, sin interferencias ni presiones. De ahí que la libertad de información sea otro de los principios básicos en un Estado democrático.

De especial importancia es la prensa, por la profesionalidad de los que los que en ella trabajan, por el carácter reflexivo de sus análisis, y por la capacidad y libertad que deberían tener para indagar, descubrir y denunciar errores, desvíos, abusos, de modo responsable, y para indicar las vías de corrección.

La prensa y demás medios de comunicación son cruciales en una sociedad avanzada, facilitando que los ciudadanos conozcan con mayor exactitud el comportamiento de sus dirigentes, y puedan elegir con más rigor a sus representantes, a la vez que alertan a los órganos de control y estimulan su actuación correctora<sup>13</sup>.

La prensa libre ayuda a formar la opinión de los ciudadanos, constituyendo así una vía de realización mediata e indirecta de la soberanía popular.

Pero es la televisión el medio más influyente, a cuya posesión y manipulación no renuncian los partidos políticos cuando llegan al poder. De ahí que sea necesario que su organización y dirección estén presididas por el principio de neutralidad, y su actuación por el rigor de información.

5. Hoy, habrá que tener en cuenta, además, la influencia y la capacidad controladora de la opinión directa de los ciudadanos, canalizada a través de los medios técnicos de comunicación.

En efecto, están surgiendo ya, con la fuerza expansiva que le dan las nuevas técnicas, corrientes de opinión que no se limitan a participar en el momento de las elecciones, sino que intervienen, de forma continua y masiva, haciendo llegar de forma directa la crítica sobre decisiones y actuaciones políticas concretas.

Pese a la improvisación y falta de rigor con que se manifiesta, habrá que contar con este medio y determinar para el futuro su integración en el sistema, así como el grado de influencia y ámbitos a los que deba extenderse, al margen de la presión real que ya hoy, de hecho, implica, y que, según su intensidad y extensión, condiciona el Poder político.

### 3. ESTADO DE DERECHO

Para lograr una convivencia pacífica, presidida por la justicia, no basta que un Estado sea democrático. No basta el control de la soberanía popular.

---

<sup>13</sup> Hasta tal punto, que constituyen un medio de control más eficaz que el de los propios órganos directamente encargados del mismo, y, desde luego, que los partidos políticos, sumidos en sus intereses parciales, que a menudo anteponen, a veces actuando de consuno, a los generales del Estado.

El Estado de una sociedad avanzada ha de ser además un Estado de Derecho. En principio, el Estado es el Derecho mismo; no se concibe sin una regulación normativa. Sin embargo, aquella cualificación supone que el Derecho ha de tener un origen, un procedimiento y unos fines que lo legitimen: que no se imponga al pueblo por poderes que este no controla, que sea síntesis objetiva, resultante de un debate entre personas rectas y cultas, y que persiga la convivencia pacífica bajo los principios de libertad, igualdad y seguridad, como veremos.

El Derecho como determinación lógica, producto de una síntesis objetiva, que incorpora los principios necesarios para lograr la paz social, y cumple la finalidad de ser norte y marco delimitador de los poderes que integran el Estado. El Derecho como cauce que conduce a todos los ciudadanos en sus relaciones sociales importantes para la convivencia y, consecuentemente, como medio de defensa frente a la posible arbitrariedad de las personas que ejercen el Poder.

El Derecho es, pues, uno de los principales resortes del equilibrio social y de la realización de la justicia y, en consecuencia, instrumento necesario para lograr la humanización de las relaciones de poder, no solo porque tenga legitimidad democrática de origen y lógica de procedimiento, sino por algo que trasciende la soberanía popular y, por tanto, a la democracia misma, que son los fines dirigidos a la realización de la paz social y la justicia que han de inspirar su elaboración, y de los cuales deberá estar transido todo el Ordenamiento jurídico<sup>14</sup>.

El verdadero Derecho exige no solo una formulación justa, sino también que se asegure su cumplimiento, a través de un órgano técnico separado e independiente, el órgano judicial, cuya función, en el momento actual, es servir de com-

---

<sup>14</sup> El armazón jurídico que supone una Constitución, que tiene legitimación directa y recoge los principios básicos necesarios para la realización de la paz social y para que los individuos puedan desarrollar su proyecto vital con dignidad, en una sociedad libre y sin privilegios, junto al resto del sistema jurídico, si es legítimo y justo, que la desarrolla y acompaña, es la clave y sostén del Estado de una sociedad avanzada.

Las normas jurídicas deberán tener legitimación popular de origen. El órgano deliberante y decisorio deberá estar formado por personas idóneas, es decir, que sean rectas, prudentes, ecuanimes, conocedoras de los intereses generales, y que merezcan la confianza de los ciudadanos. Cualidades indispensables para que el Derecho pueda ser el resultado de una síntesis objetiva y desideologizada de las distintas posiciones, previo debate y conjunción. Modo, el más idóneo, para evitar desequilibrios, proporcionar estabilidad y, por lo tanto, seguridad, y justicia.

Hay que reconocer que, en la realidad, es difícil llegar a tal confluencia objetiva, por lo que habrá que acudir a la técnica de la mayoría. Ello supone un defecto connatural que es preciso aceptar, mientras no se alcance un alto nivel de rectitud y cultura. Tal deficiencia implica que la voluntad del pueblo, expresada a través de sus representantes puede quedar escindida, y que la norma es probable que nazca con el estigma de la provisionalidad, sobre todo si se desvía de los fines que el Estado debe realizar y pierde su legitimación axiológica

plemento necesario del Derecho; es consustancial al mismo, tan importante, que se considera como un poder del Estado, junto al Legislativo y al Ejecutivo.

Pero los Jueces y Tribunales de Justicia no son un poder en sentido estricto y sustancial. Carecen de la potencialidad creadora y organizativa del poder político y no tienen, tampoco, el carácter expansivo y degenerativo de los poderes ejecutivo y legislativo<sup>15</sup>.

Verdaderamente el llamado poder judicial es una función básica del Estado de Derecho para asegurar su cumplimiento.

Para que la función judicial pueda realizarse con rigor, los órganos encargados de la misma han de gozar de la mayor protección institucional y de independencia organizativa y funcional. Y desde luego ha de estar separada, esta función sí, y alejada del poder político. Han de constituirse como órganos independientes y distintos, diferenciados, separados del resto de la organización del Estado, para que puedan aplicar las leyes sin interferencia alguna.

De ahí que la selección de las personas encargadas de administrar justicia deba hacerse a través de métodos objetivos, de acuerdo con la naturaleza de la función, que exige conocimientos y cualidades específicas. Y de ahí también la insuficiencia de la soberanía popular a tal efecto, como hemos visto al analizar las limitaciones funcionales de la democracia.

#### 4. FINES DEL ESTADO

Por último, es preciso tener en cuenta los fines que el Estado de una sociedad avanzada tiene que realizar. Además de recogerse en el Ordenamiento jurídico e impregnar su contenido, han de estar presentes como norte y guía de toda actuación de poder, aunque sea discrecional, política o marginal al Derecho.

No basta que el Estado sea formalmente democrático y de Derecho. Es preciso que desde todos los ámbitos del Poder se realice su finalidad básica, que es la consecución de la paz social, a través de la conjunción y equilibrio de la libertad, igualdad y seguridad.

---

<sup>15</sup> Es cierto que los Jueces y Tribunales de Justicia, para aplicar el Derecho, dada la elasticidad de éste y la necesidad de interpretar su sentido, tienen un campo de acción amplio, que se puede calificar de creativo. Pero en modo alguno supone un poder con el carácter discrecional y organizativo del poder político. El cauce judicial es estricto, formal y regulado, y siempre limitado a aplicar el Derecho que le viene dado. Y por mucha libertad interpretativa que se le conceda, y cuya amplificación algunos juristas han defendido, siempre tendrán que atenerse a lo que la norma dice, sin que puedan forzar su significado cuando es clara, ni los principios inspiradores del Ordenamiento jurídico en todo caso.

Estos tres valores constituyen un «prius», una condición necesaria para el desarrollo del Estado democrático de Derecho, ya que para que la soberanía popular sea efectiva, es decir, para que los ciudadanos puedan tomar decisiones relativas al Poder, tienen que estar en condiciones de libertad, igualdad y seguridad. Pero, además, tales valores deberán mantenerse como faros o guías de toda la actividad política, puesto que la libertad junto con la igualdad y seguridad, en justo equilibrio, constituyen la clave de la convivencia en una sociedad avanzada y humanizada.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la libertad y la igualdad son conceptos relativos y que su realización tiene importantes limitaciones. En efecto, la libertad está naturalmente limitada por exigencias de la propia convivencia, y también por la necesaria integración institucional, que imponen deberes, que constituyen otros tantos límites naturales de la libertad<sup>16</sup>.

En cuanto a la igualdad, la absoluta, real y efectiva, es prácticamente inviable en una sociedad libre, que permita al individuo el despliegue de sus facultades, valoradas por la sociedad de modo desigual. Sin embargo, el Estado, por vía de intervención e imposición tiene que lograr un mínimo: la igualdad de oportunidades. Y, además, corregir desigualdades incompatibles con el desarrollo de la personalidad y la dignidad, ya sean de origen o sobrevenidas.

En la cabecera de los fines del Estado debe situarse la justicia, que es la razón final del Estado, pues la paz social que es su objeto inmediato solo es duradera y auténtica si se basa en la justicia. Valor que aparece en lontananza como deseo de todos los ciudadanos. Es el fin último y radical.

Pero en la medida que la justicia, referida a las instituciones, a las normas jurídicas, es el resultado de la suma compatible de los tres valores libertad, igualdad y seguridad, los dos primeros variables e indeterminados, es en sí misma un concepto relativo y difícilmente determinable, y, por tanto, de realización aproximativa.

Por lo que su realización o aproximación pone a prueba la calidad o bondad de las personas que ejerzan el Poder, la sabiduría política.

Hasta aquí he procurado sintetizar las claves de un Estado humanizado y justo. Pero hay algo más.

---

<sup>16</sup> En tal situación de dependencia institucional, la misión del Estado es mantener y lograr el máximo posible de libertad. Lo cual es siempre indeterminado, por lo que el acercamiento a ese máximo calificará la bondad y pertinencia de las medidas que los representantes del pueblo adopten.

## 5. CULTURA, ÉTICA Y PARTICIPACIÓN

De nada sirve que todos los medios analizados se articulen formalmente, ni que las Constituciones recojan y regulen con pulcritud los principios adecuados a una sociedad justa, si las personas encargadas de aplicarlas, con actitud desleal, traicionan el esquema del Estado democrático de Derecho y se sirven de él, para mantenerse en el Poder, eludiendo o incumpliendo las normas; y la sociedad, pasiva, inerte, renuncia a la participación política y a la exigencia del encauzamiento.

Por eso, la clave final y verdaderamente eficaz para el buen funcionamiento del Estado es la cultura. Una cultura basada no en la erudición, sino en la rectitud y la moral.

Una cultura ética que parta del conocimiento y consiga el convencimiento de que el poder es limitado, delegado y finalista, de que el respeto y el cumplimiento de los controles que el Poder humanizado exige, han de realizarse con pulcritud y lealmente. Que los cargos son temporales y de servicio, y que el cese o la consulta deberá ser normal cuando no se puede cumplir en lo sustancial lo prometido o se incurre en errores constatados. Y que el daño derivado del ejercicio culposo del poder genera consecuente responsabilidad.

Una cultura que mantenga vivo el espíritu crítico y participativo de los ciudadanos, a través de instituciones civiles y neutras, con peso social suficiente para frenar la tendencia expansiva del poder político y facilitar el control de su ejercicio.

La crisis que llevamos padeciendo ha puesto en evidencia que la democracia representativa ha de completarse con una participación activa de la sociedad civil.

Para lo cual sería útil el fomento de organizaciones independientes, que ofrezcan a los ciudadanos un análisis riguroso y continuo del comportamiento de los que ostentan poder político y económico, de la eficacia de las instituciones públicas, de posibles soluciones y de los medios para corregir errores de organización o funcionamiento de las mismas.

La evolución degenerativa de los partidos políticos en los últimos años exige una corrección del sistema para que los partidos políticos pierdan peso, se ajusten a sus límites funcionales y dejen de ser los únicos protagonistas de la acción política. Es preciso que los ciudadanos colaboren organizadamente en el análisis y elaboración de decisiones, en la denuncia y rechazo de cualquier intento de abuso o de inmisión degenerativa.

El equilibrio necesario para el buen funcionamiento del sistema democrático requiere alta precisión. Basta la inoperancia de los mecanismos de control o su

manipulación inapropiada, o el simple abandono de participación, para que se pueda producir una desviación hacia Estados realmente despóticos, autoritarios, aunque se mantenga formalmente, pero fosilizado, el esquema democrático.

Para todo lo cual habrá que potenciar una educación que conduzca a una cultura ética, humanista, tal como se ha ido construyendo en el pensamiento occidental.

Una educación que permita y promueva un movimiento intelectual que vitalice y conmueva a la sociedad, que la empuje, y que impulse el perfeccionamiento institucional y político por medio de una labor pedagógica que señale las bases racionales, éticas y de elegancia que deben presidir la actuación política y ciudadana. También la elegancia, sí, a la que una sociedad avanzada debe aspirar, y que se manifiesta sutilmente en la ejemplaridad de la conducta, al lado de la moral, pero en otro ámbito o rango, al que no son ajenas la humildad, la sencillez, el diálogo, la austeridad y el espíritu de servicio.

# **Dos condiciones conceptuales esenciales para evitar la degradación del Estado de Derecho: una justa comprensión del Estado social y democrático de Derecho y de la «Summa Divisio» del Derecho en Público y Privado que le es inherente**

**José Luis Martínez López-Muñiz**

*Académico de número de la Real Academia de Legislación  
y Jurisprudencia de Valladolid  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Profesor Emérito de la Universidad de Valladolid*

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Componentes esenciales del Estado social y democrático de Derecho:* 2.1 *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, normativamente predeterminados, como fundamento, fin y condicionante de toda su organización y actividad.* 2.2 *La separación de Poderes como instrumento estructural determinante.* 2.3 *De las libertades a los derechos fundamentales.* 2.4 *Del Estado «liberal» al Estado social de Derecho: el principio de subsidiariedad.* 3. *La distinción radical entre personas libres y Poderes públicos a su servicio, inherente al Estado de Derecho, como fundamento de la summa divisio entre Derecho privado y Derecho público en la unidad sustancial y teleológica del Derecho:* 3.1 *El Estado de Derecho se asienta en la distinción radical entre las personas libres y Poderes públicos a su servicio.* 3.2 *Vinculación negativa, extrínseca, del ser humano al Derecho: la libertad de todas las personas humanas en sus relaciones recíprocas, de la que participan –aun limitadamente– las personas jurídicas privadas, objeto propio del Derecho privado.* 3.3 *Vinculación positiva, intrínseca, de todo Poder público al Derecho, sin libertad propia pero al servicio de la libertad y de todos los derechos fundamentales de las personas particulares: su ser y su operar son conformados por el Derecho público.*



## 1. INTRODUCCIÓN

La solidez y permanencia del Estado de Derecho, frente a los riesgos de su degradación que puedan provenir, entre otras causas, del populismo y la corrupción, tienen seguramente estas dos condiciones esenciales de las que me ocuparé aquí brevemente, solamente para destacar algunos aspectos en los que me parece especialmente conveniente insistir porque tal vez muchos no los comprendan así, marginen su relevancia o incluso la excluyan: me refiero ante todo –aunque pudiera parecer cosa superflua– a la necesidad de una justa comprensión de lo que sea el Estado, hoy social y democrático, de Derecho, su fundamento, fines y principios esenciales; pero también, enseñada, a la justa comprensión también de la *summa divisio* del Derecho en público y privado que nos parece le es inherente. Esta distinción ha sido conocida, con uno u otro sentido, siglos antes de que a alguien se le ocurriese hablar del Estado de Derecho, pero, de lo que este comporta, deriva su necesidad en su fundamentación conceptual y aplicación eminentemente subjetiva, en el contexto de la unidad teleológica de todo el Derecho.

## 2. COMPONENTES ESENCIALES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

### 2.1 **Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, normativamente predeterminados, como fundamento, fin y condicionante de toda su organización y actividad**

En la concepción hoy generalmente admitida del Estado de Derecho este se identifica con la entera conformación del Poder público por el Derecho y más específicamente, por la legitimación de su existencia, organización y actuación en el Derecho. Un Derecho, además, entendido no como cualquier sistema de regimentación coercible de la sociedad, sino propiamente como conjunto de exigibilidades interpersonales predeterminadas normativamente como coercibles, ancladas en la dignidad personal, básicamente igual, de todos los seres humanos, que se traducen en las libertades y derechos fundamentales que en su naturaleza se enraízan y en los diversos derechos e intereses legítimos que de ellos derivan en función de las cambiantes circunstancias espacio-temporales y de las incesantes actuaciones de cuantos integran la sociedad<sup>1</sup>. Los derechos humanos –las libertades y derechos fundamenta-

---

<sup>1</sup> Se ha advertido muy claramente en la doctrina que la noción actual de Estado de Derecho solo puede sostenerse «desde una posición de Derecho Natural» que es la que ha presidido «toda la evolución política de Occidente hasta nuestros días» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FER-

les-, inherentes a la igual naturaleza personal del ser humano, son así el auténtico pilar del Estado de Derecho, cuya justificación reside cabalmente en la necesidad del Poder público para el esclarecimiento, promoción y garantía efectiva de todos ellos, en sí mismos y en sus múltiples implicaciones, pero que debe satisfacerse con una configuración y sometimiento efectivos de ese Poder público, en su origen, en sus fines y en toda su actuación, a las exigencias propias de esos mismos derechos humanos, en principio debidamente determinadas de manera abstracta, general e igual, de modo que el Estado, los Poderes públicos, sean enteramente creación y hechura del Derecho, al servicio del Derecho, y del Derecho comprendido del modo indicado, radicado en el ser mismo de la persona humana, de su doble dimensión individual y social, y en la naturaleza de las «cosas» materiales e inmateriales objeto de las actuaciones de aquella con alguna incidencia o relevancia interpersonal o social<sup>2</sup>.

El Estado de Derecho se basa, en fin, como algo esencial, en el ejercicio de los derechos humanos y es medio imprescindible para su protección y garantía de su satisfacción: tiene, pues, su fundamento y su fin en los derechos humanos. Aunque, por ello mismo, a la vez, haya de someterse a ellos, debidamente predeterminados normativamente, en toda su organización y actuación.

## 2.2 La separación de Poderes como instrumento estructural determinante

Para cumplir adecuadamente con su fin, el Estado de Derecho se ha configurado a la vez con un principio instrumental estructurante, también esencial a su noción generalmente aceptada: la separación de poderes con que debe implantarse constitucionalmente. La distinción y separación en el Estado de

---

NÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, I, 15.<sup>a</sup> ed., Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 456).

<sup>2</sup> En este sentido, el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978 afirma que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político*, que se traduce, según su artículo 1.1, en la Constitución de España (art. 1.1 de la Constitución), en cuanto *Nación* (inicio del Preámbulo y artículo 2 de la Constitución, además de la forma adjetivada empleada al referirse el artículo 1.2 al sujeto de la soberanía, que también el Preámbulo auto-atribuye expresamente a la Nación), *en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*. Porque, como comenzara diciendo en su Preámbulo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», siendo «esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho».

Hace años mostramos nuestra básica concepción «Sobre la esencia del Derecho», *Libro Homenaje al Profesor Iglesias Cubría*, II, Universidad de Oviedo, Oviedo 1994, 533-567.

un Poder legislativo, que pueda representar al pueblo para aprobar las leyes, un Poder ejecutivo, también elegido directa o indirectamente por el pueblo, que dirija el Estado y gobierne la Nación, sometido a las leyes y al Derecho y haciéndolos cumplir, y un Poder judicial, independiente, que juzgue o dilucide los conflictos o litigios concretos en la aplicación de las leyes y el Derecho y haga ejecutar lo juzgado –con auxilio del Ejecutivo–, se consideran imprescindibles a todo Estado de Derecho<sup>3</sup>. La evolución institucional ha hecho además recomendable en algunas tradiciones la conveniencia de identificar y separar otros Poderes públicos principales<sup>4</sup>.

Distinto será, en cualquier caso, el Poder constituido por el pueblo mismo, en el que reside la soberanía nacional en cada momento, aun auto-regulada constitucionalmente en su ejercicio. Pero este Poder dirige el *Estado democrático*, eligiendo a sus representantes, al menos, en el Poder Legislativo –del que depende, en los regímenes parlamentarios, la confianza que permite, al menos, el nombramiento y la continuidad del Gobierno que encabeza el Ejecutivo– y pudiendo o debiendo ser consultado conforme a las previsiones constitucionales. Conserva además, de uno u otro modo, las llaves para la revisión o reforma del orden constitucional. La dirección popular propia del Estado democrático y su consiguiente exigencia de control político se proyectará en el Legislativo y en el Ejecutivo, pero no, propiamente, en el Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional, definidos previamente por su independencia<sup>5</sup>.

### 2.3 De las libertades a los derechos fundamentales

Es bien sabido que históricamente el Estado de Derecho pudo adjetivarse de liberal porque los *derechos naturales e imprescriptibles del hombre* que procla-

<sup>3</sup> Como ya dijese la Declaración francesa de 1789, de derechos del hombre y del ciudadano, en su artículo 16, *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*. La «Constitución» simboliza entonces lo que luego hemos llamado el Estado de Derecho. Vid. también, anteriormente, el artículo 5 de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776.

<sup>4</sup> En la continental europea –latina y germánica principalmente–, en las que se sometió al Poder judicial al imperio de la ley del Poder legislativo sin que su jurisdicción alcanzara a cuestionarla, se ha venido a erigir un cuarto Poder público jurisdiccional diferenciado e independiente que ha sido el Tribunal Constitucional, en orden a garantizar la Constitución sobre todo frente a las leyes precisamente. La tradición parlamentaria más ampliamente europea ha llevado también a afirmar un quinto Poder distinto, de carácter eminentemente representativo y simbólico, aunque dotado además de más o menos atribuciones para la «moderación» de los Poderes legislativo y ejecutivo, que es la Jefatura del Estado: la Corona en las Monarquías, la Presidencia en las Repúblicas.

<sup>5</sup> *Administran* o aplican estos, sin embargo, la justicia que *emana del pueblo*, como dice el artículo 117 de la Constitución Española, porque, en efecto, su obligación es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme a la Constitución y las leyes, que proceden del pueblo, del *δemos*, garantizando el Constitucional que estas se sometan a aquella, aunque colabore también a ello el Poder judicial mediante el planteamiento ante él de la cuestión de constitucionalidad.

para la conocida Declaración francesa de 1789, no eran sino derechos de libertad, libertades. Esta misma Declaración los concretaba genéricamente como *la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*<sup>6</sup> y los concretaba en el derecho a no ser dañado por otro, o no ser objeto de otras actuaciones policiales o judiciales ni de otras penas que las autorizadas o establecidas por la ley por necesidad proporcionada, la libertad de pensamiento, expresión y religiosa, o el derecho a la propiedad. Se proclamaban también los derechos políticos a no ser gobernados sino por autoridades emanadas de la soberanía nacional y de la voluntad general debidamente representada, y a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas. Las Constituciones de la llamada etapa liberal proclamarían esas y otras libertades. No hay derechos humanos *prestacionales* ni se proclaman aún perfiles a garantizar en derechos como el derecho al trabajo o el derecho al matrimonio.

Los derechos de libertad del primer constitucionalismo, de las primeras etapas del Estado de Derecho –comenzando por el derecho a la vida y a la integridad física y moral–, irían mostrando progresivamente sus exigencias y conexiones, evidenciando la necesidad de más coherencia con el principio de igualdad –por donde llegará, entre otras cosas, el énfasis en el *Estado democrático*–, de ir garantizando diversas dimensiones propias de la dignidad humana y de proclamar incluso determinados derechos fundamentales de contenido prestacional, que obligan al Poder público a promover o a tomar las medidas necesarias para que se satisfagan determinadas necesidades vitales de todas las personas, sin limitarse, pues, a garantizar las libertades con que hipotéticamente podrían satisfacerse. La crítica también a las libertades meramente formales, no acompañadas del derecho a los medios para ejercerlas, contribuiría a este desarrollo y profundización en los derechos humanos.

## 2.4 Del Estado «liberal» al Estado social de Derecho: el principio de subsidiariedad

Se ha ido produciendo así la evolución progresiva del Estado liberal de Derecho hasta convertirse en el Estado social de Derecho generalizado hoy en las sociedades más adelantadas.

La implantación del Estado social de Derecho logra la superación de las insuficiencias del Estado liberal de Derecho, pero solo se llega a él marginando o

---

<sup>6</sup> *That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety*, había ya proclamado el artículo 1 de la Declaración de Derechos de Virginia en 1776.

rechazando –tras caer en ella temporalmente en no pocos casos– la «tentación totalitaria» que llevó a tantos regímenes de «socialismo de Estado» y a los mayores conflictos y tragedias sociales del siglo XX por ellos provocados, con el naufragio completo del Estado de Derecho al desvincularse por entero de la garantía de las libertades.

El Estado social de Derecho asume plenamente su asiento en las libertades y su efectiva garantía, manteniendo como principio fundamental el principio *pro libertate* y, por lo mismo, la prevalencia de la libertad –no limitable ni condicionable sino por causas proporcionadamente justificadas, radicadas en la necesidad de proteger las mismas libertades, así como los derechos fundamentales– y de la presunción de que, por sí misma, responsablemente ejercida en un marco de regulación razonable, tiene capacidad de atender la mayor parte de las necesidades individuales y sociales de la sociedad. Aunque sobre ello se pueden identificar posiciones de pensamiento variadas, cabe considerar incluso que el Estado social ha de favorecer al máximo las posibilidades de expansión responsable de esa libertad, debidamente ordenada, pues de ello depende la mayor plenitud posible de desarrollo, en todos los órdenes, de la dignidad personal de quienes forman la sociedad.

Pero el compromiso del Estado social de Derecho con la garantía efectiva de todos los derechos fundamentales de todos –valga la aparente redundancia– le obliga también, no solamente a marcar los límites de ordenación de las libertades –negativos y positivos– que sean necesarios –con sus correspondientes salvaguardas y sanciones–, sino a promover e incluso a llevar a cabo, en tanto el ejercicio de tales libertades resulte insuficiente, las actuaciones complementarias que sean necesarias en cada circunstancia y lugar para la efectiva satisfacción, con regularidad, continuidad, seguridad, básica igualdad y adaptación al progreso tecnológico, de las necesidades fundantes de los correspondientes derechos. Aunque sin dejar de buscar siempre los medios que permitan ensanchar siempre más, aun con las debidas cautelas y garantías, el ámbito de lo que pueda ser asumido por la libertad e iniciativa de los ciudadanos.

Hace años que sostenemos que el principio vertebrador esencial del Estado social de Derecho es precisamente el llamado principio de subsidiariedad, debidamente entendido<sup>7</sup>. Requiere este, en efecto, que los Poderes públicos

---

<sup>7</sup> Vid. nuestros estudios «Nuevo sistema conceptual», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3 (1999): *Privatización y liberalización de servicios*, ed. a cargo de ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Universidad Autónoma de Madrid / BOE, Madrid 1999, pp. 138-140; «El principio de subsidiariedad», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1275-1310; «Liberalización y simplificación administrativa», en *Anuario del Gobierno Local*, 2013 (*¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013*), 189-193, y «Modalidades contractuales

hagan lo necesario para la debida satisfacción de los derechos fundamentales de todos, pero dando la debida primacía a la libertad y, en consecuencia, a la iniciativa y a la actuación privada, debidamente ordenada, y también, en otro plano, dentro de las actuaciones que hayan de adoptar los Poderes públicos, dando preferencia a la de los radicados en entidades de menor dimensión territorial que puedan ser suficientes para su correcta ejecución, en condiciones económicas razonables.

### 3. LA DISTINCIÓN RADICAL ENTRE PERSONAS LIBRES Y PODERES PÚBLICOS A SU SERVICIO, INHERENTE AL ESTADO DE DERECHO, COMO FUNDAMENTO DE LA *SUMMA DIVISIO* ENTRE DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO EN LA UNIDAD SUSTANCIAL Y TELEOLÓGICA DEL DERECHO

#### 3.1 El Estado de Derecho se asienta en la distinción radical entre personas libres y Poderes públicos a su servicio

Con la implantación del Estado de Derecho a partir de la Revolución norteamericana de 1776 y de los efectos que a la larga tendría la francesa de 1789, la separación entre lo privado y lo público se erige en axiomática: si, como proclamara la Declaración de Independencia de las trece colonias americanas, «todos los hombres son creados iguales» y «dotados por su Creador con determinados derechos inalienables», o como repetiría, trece años más tarde, la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», a nadie le corresponde por sí, por su cuna o condición innata alguna, lo que no corresponda igualmente a todos los demás en cuanto se refiere precisamente a la posibilidad de dictar normas o ejercer jurisdicción o gobierno en la sociedad.

Aunque en las monarquías que se mantienen bajo el Estado de Derecho se haría una excepción con la Corona, en aras de la continuidad y de la paz social y para disponer a la vez de un símbolo de la unidad y permanencia de la nación y del Estado por encima de las legítimas discrepancias partidistas, tal excepción se vaciaría de todo contenido sustantivo de poder jurídico-político efectivo, para retener la institución solamente en su dimensión simbólica y como elemento unificador. En todo lo demás, se suprimirían todas las fun-

---

de prestación de servicios hidráulicos. En particular, la sociedad de economía mixta», en EZQUERRA HUERVA, Antonio, y NAVARRO CABALLERO, Teresa M. (dirs.), *Contratación Pública y Agua (El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el Derecho de Aguas)*, Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 111-158.

ciones públicas hereditarias o reservadas a determinados estamentos sociales, se establecería el principio de temporalidad en los cargos públicos legislativos y ejecutivos, y se regularía el acceso al ejercicio de funciones públicas de aplicación de la ley sin margen para opciones políticas –tanto la judicial como las funciones administrativas subordinadas– abriéndolo a todos los ciudadanos bajo criterios de igualdad, y separando netamente lo relativo al ejercicio de la función pública y las actividades privadas.

El Estado, los distintos Poderes públicos, aun requeridos por la naturaleza del hombre y de la sociedad, y, en consecuencia, por las exigencias inherentes al Derecho, se comprenderán como realidades generadas por las personas humanas, que en su concreta y contingente realización histórica no dejan de ser organizaciones «artificiales» y, desde luego, instrumentales para la consecución precisamente de los fines que las justifican: entidades por naturaleza, pues, serviciales, al servicio de los derechos fundamentales de quienes las constituyen y aún de cuantos, sin ser sus ciudadanos, conviven más o menos ocasionalmente en la sociedad o comunidad política correspondiente.

Las personas humanas se afirmarán, por exigencia de su propia naturaleza, como titulares de libertad y de todos los derechos requeridos por su dignidad propia, en tanto que las organizaciones políticas, los Poderes públicos, serán realidades exclusivamente establecidas para las tareas que se les impongan en orden al bien común social, sin que tenga sentido predicar de ellos libertad alguna o derechos humanos, cuyo servicio, sin embargo, bajo las reglas que se les imponga, les justifica.

Ocurre, sin embargo, como es obvio, que los Poderes públicos han de ser «encarnados», «actuados» por personas humanas, que son los únicos seres sustantivos de toda sociedad; las organizaciones, también las públicas, son meros conjuntos relacionales, generados y comprendidos en su inmaterialidad por la razón inmaterial del ser humano, pero, para que puedan actuar y se les pueda considerar como si fuesen realidades sustantivas, como si fuesen efectivamente «personas», sujetos de actuación y de imputaciones, se hace necesario identificar a tales efectos con ellas, funcionalmente, a determinadas personas físicas que actuarán en su nombre y representación o, como explica la moderna teoría orgánica, como sus órganos. Es algo que hace posible el Derecho: que algunas personas físicas, que algunos ciudadanos, manteniendo esta condición en todo lo demás e incluso en su relación de servicios con la entidad pública en la que se integren, se incorporen como órganos –o como titulares de los órganos– de los Poderes públicos correspondientes. Una incorporación que, ya hemos dicho, habrá de ser temporal en los órganos de decisión legislativa o de gobierno ejecutivo, y podrá ser profesional y permanente en órganos judiciales y de ejecución administrativa.

Pero toda persona física, en cuanto actúa como incorporada a un órgano público, no actúa ya como tal persona física –aunque no pierda por ello, repetimos, su condición ni sus derechos humanos a determinados efectos– sino como componente del Poder público correspondiente. Ya no podrá ejercer la libertad que como persona humana le corresponde –en cuanto actúa como órgano público–, quedando sometida a las exigencias propias del Poder público que ha pasado a encarnar a tales efectos.

Es verdad que algo análogo podría decirse que ocurre cuando una persona física actúa como órgano o componente activo de una organización social y jurídica privada –una asociación, una fundación, una sociedad, una entidad privada cualquiera–, debiendo deslindarse también entre lo que atañe a esa persona física como tal o entra dentro de su libertad y derechos, y lo que le corresponda o pueda hacer o no hacer en cuanto actúa como componente de la entidad privada para la que trabaje.

Hay sin embargo una diferencia trascendental entre las organizaciones privadas y las públicas: aquellas surgen y son proyección de la libertad de las personas en sus relaciones privadas con otras personas también privadas, en tanto que las públicas siempre surgen de un acto imperativo de imposición adoptado por la comunidad política suprema –soberana– en su conjunto, o por el Poder público competente creado directa o indirectamente por esta. Las personas jurídico-privadas surgen de la libertad y se sostienen en ella; las jurídico-públicas surgen de actos imperativos de imposición, obligatorios para cuantos forman parte de una colectividad política o conviven en ella (al menos para sustentarlas). Las privadas son instrumentos, que a nadie se imponen sino contra su voluntad, para potenciar o hacer más efectivo y permanente el ejercicio de la libertad de sus creadores o adherentes en objetivos de actuación determinados, libremente elegidos y libremente mantenidos; las públicas son instrumentos que se imponen a toda una colectividad, sin necesidad del unánime y permanente asentimiento de cuantos la constituyen, para regular, promover y garantizar las libertades y los derechos fundamentales de todos en el bien común de la colectividad. La diferencia es palmaria y cargada de implicaciones.

El Estado de Derecho se ha ido afianzando con la neta diferenciación de cuanto se refiere al despliegue de su libertad y al ejercicio de sus derechos por parte de los ciudadanos y de todas las personas humanas, en sí mismas, y en sus organizaciones privadas, y de cuanto comporta la organización y actuación de los Poderes públicos, aunque estas no pueden producirse sin la incorporación a ellos de algunos ciudadanos que, en cuanto formen esa organización o se ocupen de esa actuación, no actuarán como tales ciudadanos sino precisamente como Poderes públicos. En el ámbito privado todos siguen sus propios fines e intereses –aunque a la vez sirvan a los intereses de otros y a los



intereses generales–, en tanto que en el público no existen los intereses propios, o, por mejor decir, no hay más intereses propios que el servicio a los intereses generales, a la efectividad de la conjunción de las libertades y derechos de todos. Los intereses propios de las personas físicas incorporadas a los Poderes públicos deben marginarse en su organización y actuación, aunque, ciertamente, a la vez se mantengan y deban ser protegidos en el ámbito de la relación de servicios que las vincula e incorpora a ellos.

### **3.2 Vinculación negativa, extrínseca, del ser humano al Derecho: la libertad de todas las personas humanas en sus relaciones recíprocas, de la que participan –aun limitadamente– las personas jurídicas privadas, objeto propio del Derecho privado**

*Ubi homo, ibi societas, ibi ius*, ciertamente. No es posible el ser humano sin sociedad y sin el Derecho que esta en todo caso requiere. Pero el conjunto de las exigibilidades coercibles interpersonales que el Derecho comporta para toda persona humana en su relación con las demás personas humanas en cuanto tales, les vincula a todas de forma extrínseca y negativa: esas exigibilidades no son constitutivas de su ser, por relevantes que sean para la consecución de su desarrollo y de sus fines; no les configuran en cuanto personas, sino que se asientan precisamente en esa su condición personal y, por lo mismo, libre, a la que le marcan unos límites externos, derivados de la misma condición personal de cuantos conviven en la sociedad. Las personas humanas somos enteramente libres para hacer o no hacer cuanto no queda exigido, condicionado o prohibido por las exigibilidades jurídicas que benefician a otros: tales exigibilidades propias del Derecho determinan, pues, un marco de limitaciones –generalmente negativas, pero también algunas positivas– de la libertad de cada uno, que, por lo demás, se corresponden con legítimas posibilidades de acción u omisión de otros, en forma de derechos e intereses legítimos, que se integran en su libertad.

Esta primacía de la libertad –en todas sus dimensiones, también las materiales que se traducen destacadamente en el derecho a la propiedad– y de la afirmación del Derecho como su necesario límite –extrínseco y esencialmente negativo, aunque algunos de los límites puedan tener carácter positivo como obligaciones activas y cargas– preside lógicamente el Derecho necesario para cuanto se refiere a las relaciones de las personas humanas entre sí en cuanto tales, como sujetos que dan en llamarse privados, por contraposición a las organizaciones del Poder público, o también particulares, como partes que son del todo social. De ahí que sea algo esencial y determinante del Derecho privado, que tiene por objeto propio cabalmente esas relaciones interpersonales de las personas en cuanto que sujetos privados.

Esa misma primacía de la libertad y su sujeción al Derecho como límite extrínseco y básicamente negativo, núcleo vital del Derecho privado, se aplica asimismo a las organizaciones generadas y sostenidas voluntariamente por la libertad privada a las que la doctrina jurídica, en la tradicional continental europea, denomina personas jurídicas privadas. Hay ya, no obstante, una importante diferencia entre la sujeción al Derecho de estas organizaciones y las personas individuales, por la elemental razón de que toda organización es una criatura jurídica y no tiene otro ser propio, otra naturaleza que la que le proporciona esa creación organizativa jurídica. El Derecho es, pues, ya para estas organizaciones no algo meramente extrínseco sino también intrínseco, configurador de su propio ser. Hay que tenerlo, desde luego, en cuenta. Pero, a la vez, su origen en la libertad y la voluntariedad de sus creadores o fundadores privados no deja de manifestarse en la configuración de su objeto y fines, y de sus medios: aquellos tendrán que ser determinados, pero la determinación puede hacerse y habitualmente se hace de manera amplia, que permite flexibles posibilidades, y estos dependerán siempre de un modo u otro de la libertad de sus fundadores o/y de sus sustentadores voluntarios. La libertad que las origina no deja de reflejarse, pues, en la amplia libertad con que se les dota, además de seguir siempre sostenidas exclusivamente por la libertad cuando tienen naturaleza asociativa o social y no fundacional. Sin perjuicio, pues, de su intrínseca conformación y condicionamientos jurídicos como organizaciones y personas jurídicas que son, su actuación y sus relaciones interpersonales no dejan de estar presididas a la postre por los criterios propios del Derecho privado, bajo la primacía, pues, de la libertad de su actuación –dentro de los límites de sus fines y objeto estatutarios– y una conformación extrínseca por el Derecho similar a la que recae sobre la conducta de las personas físicas como sujetos privados. Aun con las matizaciones expuestas, las personas jurídico-privadas son apropiado objeto del Derecho privado, cuando son expresión e instrumento de personas privadas y, por ello, libres.

### **3.3 Vinculación positiva, intrínseca, de todo Poder público al Derecho, sin libertad propia pero al servicio de la libertad y de todos los derechos fundamentales de las personas particulares: su ser y su operar son conformados por el Derecho público**

El Poder público, como organización institucionalizada de la comunidad política para su bien común, no puede ser, desde luego, como ya hemos dicho, sino creación jurídica que resulta necesariamente, en el Estado democrático de Derecho, directa o indirectamente de la voluntad suficientemente concorde –no necesariamente unánime– del conjunto de quienes forman la correspondiente comunidad política. Como las organizaciones privadas es, pues, siempre criatura del Derecho: su ser, su naturaleza, es un conjunto interrelacional jurídico que configura una unidad inmaterial a la que se puede tratar

como sujeto del Derecho; el Poder público es, por ello, intrínsecamente jurídico; el Derecho le conforma y configura por entero desde dentro, máxime en el Estado de Derecho, precisamente.

A diferencia de las organizaciones o personas jurídicas privadas, además, el Poder público no emerge de la libertad, del voluntario y unánime acuerdo cuando se erige por y en una colectividad, ni es, por ende, como hemos dicho, un instrumento para ejercer sus creadores su libertad, potenciándola al unir varios una parte de sus posibles manifestaciones o acotando determinados recursos para prolongar algunas de sus específicas metas en el tiempo. El Poder público comúnmente, por no decir siempre, se genera, en su nivel más básico y supremo, en una decisión que unos –aunque sean mayoría– imponen a los demás que quieren o necesitan vivir en una misma colectividad política territorial, y así se conforma, erigiéndolo no como instrumento para prolongar la libertad y derechos de quienes lo crean, sino como medio necesario para ordenar, promover y garantizar la libertad y los derechos de todos en el bien común mediante una asignación estricta de cometidos y con unas reglas también estrictas sobre los medios y recursos a emplear para ello. Todo lo relativo a su organización y actividad queda y ha de quedar, específicamente en el Estado de Derecho, bajo la determinación de la Ley y el Derecho, que, por lo tanto, bajo ningún aspecto, son para el Poder público algo meramente extrínseco y limitador, sino, por el contrario, intrínsecamente conformador de todo su ser y actuar, aun cuando en algunas de sus manifestaciones sea necesario reconocerle márgenes de apreciación razonables. Pero el Poder público ni tiene libertad ni participa en modo alguno del atributo de la libertad que es propio de los ciudadanos que le sostienen y de todas las personas privadas que a él quedan sometidas, ni, como hemos dicho, es en puridad *longa manus* instrumental de la libertad de sus ciudadanos, quienes, por el contrario, estarán sujetos a él obligatoriamente, incluso cuando sean contrarios o disientan de su existencia, sus modos organizativos o sus criterios y formas de actuación.

El Poder público viene obligado a servir a todos con criterios de igualdad; no está para servir los intereses u objetivos, por buenos que puedan ser, de unos y no de otros, aunque sus decisiones legislativas o ejecutivas sigan, dentro del margen disponible de apreciación, el criterio preferido por las mayorías de cada momento, que siempre habrán de respetar y satisfacer, con todo, las libertades y derechos de todos, también de las minorías. Nunca puede perseguir el Poder público fines o intereses de parte, particulares, por respetables que puedan ser: esto es lo propio de los sujetos privados, tanto las personas físicas como las jurídicas. Y ello sin perjuicio de que al servir el interés general, e incluso para hacerlo adecuadamente, lógicamente el Poder público dé la satisfacción debida a los derechos e intereses particulares implicados, lo mismo que, por su parte, la prosecución por los particulares o sujetos priva-

dos de sus propios intereses y la satisfacción de sus derechos o el ejercicio de sus libertades, sea algo que de ordinario redunde a la vez en el interés general.

No está la distinción esencial entre sujetos privados y Poder público en el tipo de intereses que unos y otros persigan<sup>8</sup>: el interés general no es algo exclusivo del Poder público: está unido habitualmente al interés particular debidamente ordenado que persiguen los sujetos privados y además nada impide que estos se propongan específicamente servir al interés general con sus actuaciones haciendo consistir su interés particular en estas precisamente en ese servicio al interés general. Y, por su parte, aunque es claro que el Poder público está esencialmente vinculado al llamado interés general, no es menos cierto que este suele traducirse en la justa y debida atención y servicio a determinados derechos e intereses particulares legítimos, de sujetos privados concretos. Lo que sí distingue al Poder público de las personas privadas es que, en efecto, es erigido y conformado precisamente para la necesaria ordenación, promoción y garantía del interés general, cuya realidad, sin embargo, comprende y armoniza los intereses individuales, las libertades y derechos de todos. No es otra su razón de ser. Carece de intereses particulares, privados, aunque deba ocuparse justamente de los legítimos intereses particulares –sobre todo de los derechos y libertades– de cuantos están sujetos a él. Mientras que, como es lógico, la noción misma de intereses particulares, empezando por las propias libertades y derechos fundamentales, se vincula a las personas privadas, como partes que son del conjunto social. Pero intereses particulares e interés general, derechos y libertades individuales y bien común no son para el Derecho sino perspectivas distintas de la misma realidad: no son en rigor cosas distintas, con independencia de que tantas veces aparezcan como contrapuestos, precisamente cuando se «desajustan» cuando dejan de guardar entre sí el orden debido, el orden justo, para cuyo esclarecimiento, promoción y garantía existe cabalmente el Poder público del Estado de Derecho.

Es el peculiar origen, objeto y fin del Poder público lo que exige y justifica el, por eso mismo, llamado Derecho público, contrapuesto como tal al Derecho privado. No porque las exigibilidades coercibles interpersonales que comprende no impliquen también a las personas privadas, pero porque solo lo hacen en cuanto estas se relacionan precisamente con los Poderes públicos, que son el objeto propio y específico, en su ser y en su actuar, de dicho Derecho público.

---

<sup>8</sup> Los dualismos que han radicalizado la distinción entre Derecho público y privado, rompiendo la unidad de todo el Derecho en sus fines y fundamento –como los basados en defectuosos modos de concebir la distinción entre Estado y Sociedad– no raramente han conducido a monismos excluyentes. Como se ha recordado no hace mucho, aunque refiriéndose principalmente al marxismo, el socialismo «rechazó la base de la distinción entre Derecho público y Derecho privado», y lo mismo ocurrió con el nacionalsocialismo (GRIMM, Dieter, *Sobre la identidad del Derecho público*, tr. de Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, del original de 2012, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/CEPC, Madrid, 2015, pp. 26 y 27 (nota 35).

Una parte no poco importante del Derecho público tiene incluso por objeto ordenar y garantizar debidamente el Derecho privado, haciendo posible y coherente con el Estado de Derecho que el Poder legislativo adopte las leyes necesarias, estableciendo el Derecho judicial o procesal –y, en su caso, el Derecho Penal necesario– adecuados para garantizar su cumplimiento y el de todo el Derecho privado, y, en fin, determinando ciertas actuaciones de la Administración pública –del Ejecutivo, *lato sensu*– que coadyuven a ello<sup>9</sup>.

Pero el Derecho privado, que, como hemos recordado, tiene por objeto a las personas privadas en sus relaciones con las demás personas privadas, carece de la perspectiva, del enfoque y de la capacidad adecuadas para conformar al Poder público y su actuación propia y específica, lo que no puede ser sino el objeto del Derecho público<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Con un planteamiento que es expresamente presentado como instrumentalmente limitado, se ha propuesto no hace mucho un concepto, restrictivo en parte (deja al margen, destacadamente, cuanto pueda referirse el Derecho parlamentario, el judicial o procesal, o el penal), y ampliatorio en otro sentido (todo lo que toca la Administración quedaría por ello mismo ya publicado), del Derecho público, identificándolo con aquel cuyo cumplimiento se garantiza por la Administración pública, mientras que el del Derecho privado se confía a los Jueces (VELASCO CABALLERO, F., *Derecho público «más» Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid 2014, más particularmente pp. 101 y ss.). Aunque el propio autor ya lo advierte de alguna manera al señalar los límites de su propuesta, no debe confundirse el Derecho público de la supervisión o control, en el plano adjetivo, con el carácter jurídico-privado que puede mantener lo supervisado o controlado, aunque sea verdad que la intervención administrativa tiende a insertar lo intervenido en el Derecho público y en sus propias perspectivas, en cuanto resulta intervenido; pero las limitaciones a las libertades deben someterse siempre a los mismos principios y la intervención administrativa no necesariamente excluye la continuidad de la eventual sumisión de lo intervenido al orden jurídico-privado que corresponda. La intervención administrativa no debe producirse, por lo demás, en las relaciones entre sujetos particulares si no hay razones que lo justifiquen proporcionalmente, como puede ser la necesidad de proteger con suficiente eficacia determinados derechos –comunes, por lo general, a muchos– de quienes pueden encontrarse en situación de manifiesta inferioridad, para cuya salvaguarda no sería suficiente la directa actuación judicial.

<sup>10</sup> Nos ocupamos de una fundamentación más amplia de estas tesis, que aquí concretamos con alguna expresión nueva, en nuestra *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid 1986, pp. 16-22, y en *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 23 de octubre de 2009, pp. 9-29 (este texto fue también publicado por *Revista General de Derecho Administrativo* (iustel.com), núm. 26 (2011), pp. 1-26, *Revista Peruana de Derecho Público*, núm. 21/2010, pp. 13-56, y *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, n.º 105, mayo/junio 2016, pp. 565 y ss.).

# La retórica populista del buen gobernante en el Bajo Imperio Romano: los Panegíricos de Temistio

José Antonio Martínez Vela  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

Sin duda uno de los términos que mayor dificultad y complejidad presenta a la hora de proceder a su conceptualización y definición es el de «Populismo»; como señala Zanatta «el populismo es, de hecho, un término de destino variable, que como un río cárstico, aparece y desaparece del léxico político y del imaginario colectivo. Sin embargo, por su naturaleza es difícil, si no imposible, colocarlo a lo largo del eje ideológico derecha-izquierda y asignarle una base social precisa. No al azar a menudo se ha considerado un concepto inservible. El hecho de que con el tiempo el término haya adquirido una acepción negativa, y que nadie o casi nadie acepte definirse como populista, no ha servido para aclarar su significado. Sin embargo, la palabra retorna para evocar un "cierto" fenómeno para el que nadie encuentra un nombre más adecuado»<sup>1</sup>.

No obstante, de modo descriptivo y muy amplio, una definición del mismo podría ser, siguiendo a la Prof. TORRES BALLESTEROS, la de movimiento político (o fase de un movimiento más amplio) cuya eficacia se basa en amplias movilizaciones de masas partiendo de una retórica de contenido básicamente emocional y autoafirmativo, «centrada en torno a la idea de "pueblo" como depositario de las virtudes sociales de justicia y moralidad, y vinculada a un líder, habitualmente carismático, cuya honestidad y fuerza de voluntad garantiza el cumplimiento de los deseos populares»<sup>2</sup>.

En todo caso, si hay algo que define la actual caracterización de los populismos es el hecho de que los mismos son inconcebibles fuera de un contexto

---

<sup>1</sup> ZANATTA, L., *El populismo*, 2014, pp. 19-20.

<sup>2</sup> TORRES BALLESTEROS, S., «El populismo. Un concepto escurridizo», *Populismo, caudillaje y discurso demagógico*, Centro de Estudios Sociológicos, Madrid, 1987, p. 171.

ideal democrático<sup>3</sup>, esto es, fuera de un contexto donde se haya establecido que el poder reside en el pueblo, pues «precisamente en eso reside la modernidad del populismo, que no puede vivir en contextos culturales que no admiten la soberanía popular como fundamento del orden público»<sup>4</sup>.

No es la intención de esta comunicación analizar con detalle el populismo o cuáles son sus principales caracteres<sup>5</sup>, si bien sí consideramos necesario poner de relieve algunos de ellos, como serían el recurso al líder carismático autoritario<sup>6</sup>, la necesidad inmanente a este mismo movimiento de un enemigo en el cual focalizar la culpa por los males de la sociedad<sup>7</sup>, o el hecho de que ideológicamente estos movimientos suelen caracterizarse más por la retórica que por las ideas<sup>8</sup>, pues vamos a tratar de evidenciar cómo algunas de las herramientas propias de los modernos populismos fueron ya utilizadas en el mundo antiguo en un contexto político radicalmente diferente como fue el régimen político del Bajo Imperio.

Como señala el Prof. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, con el advenimiento al poder en el año 284 d. C. del emperador Diocleciano comienza «una nueva etapa de gobierno absoluto en el que todo el poder recae en el *dominus* o emperador»<sup>9</sup>, caracterizada por el carácter autoritario en el ejercicio del poder. Ahora bien, son precisamente de esta época de donde nos han llegado el mayor número de panegíricos<sup>10</sup> o discursos laudatorios al emperador reinante; ciertamente,

<sup>3</sup> A este respecto, son claramente reveladoras las afirmaciones de DE LA TORRE, C. «El populismo y la promesa de una democracia más inclusiva», *Geografía del populismo. Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*, ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 57, para quien: «el populismo no es una aberración ni una desviación de patrones de democratización; más bien, como lo señalan trabajos recientes, es parte constitutiva de la democracia»; o, las de RIVERO, A. «Populismo: ¿cómo destruir la democracia en nombre de la democracia?», *Geografía del populismo* cit., p. 35, quien considera como una de las principales características del populismo: «la crítica radical a la democracia representativa, en la medida en que esta ejemplifica de la mejor manera la división pueblo-élite, al establecer una diferenciación funcional entre representados y representantes».

<sup>4</sup> ZANATTA, L., *op. cit.*, p. 23.

<sup>5</sup> Puede destacarse con relación a esta cuestión, el decálogo que como mínimo común denominador exponen VALLESPÍN, F. / BASCUÑÁN, M. M. *Populismos*, Alianza ed., Madrid, 2017, pp. 55-57.

<sup>6</sup> Como señalan KAISER, A. / ÁLVAREZ, G., *El engaño populista*, Barcelona, 2016, p. 26: «políticamente, el populismo suele encarnarse en un líder carismático, un redentor que viene a rescatar a los sufrientes y asegurarles un espacio de dignidad en el nuevo paraíso que este creará».

<sup>7</sup> Ver RIVERO, A., *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>8</sup> TORRES BALLESTEROS, S., *op. cit.*, p. 176, indica precisamente: «no parece que deba hablarse de ideología populista sino de retórica. Por lo que se refiere a las ideas que, tomadas de aquí y de allá, puedan incorporarse a dicha retórica, también son secundarias».

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, 21.ª ed., Pamplona, 2018, p. 211.

<sup>10</sup> Ver: BURDEAU, F., «L'empereur d'après les panegyriques latins», *Aspects de l'empire romain*, París, 1964, pp. 1-60; BERANGER, J., «L'expression de la divinité dans les panegyriques latins», *ME*, XXVII, 1970, pp. 242-254; WHITBY, M., (ed.) *Propaganda of power. The role of panegyric in late antiquity*, Leiden, 1998; GUZMÁN ARMARIO, F. J., «Teoría y praxis del poder imperial

hay ejemplos anteriores, como el conocidísimo Panegírico a Trajano elaborado por Plinio el Joven y pronunciado en el año 100 d. C. ante el Senado de Roma, pero es precisamente en esta época cuando los mismos se generalizan y multiplican, siendo buen ejemplo de ello la conocida colección de *panegyrici latini* atribuida a diversos rétores de origen galo, y pronunciados entre los años 289 y 389 d. C., o los discursos políticos pronunciados por el rétor pagano Temistio en la segunda mitad del siglo IV d. C., constituyendo estos últimos el objeto de nuestro estudio.

El género del panegírico puede caracterizarse por constituir su principal objetivo el elogio del emperador reinante, para lo cual se recurría a una variada argumentación, si bien solían sujetarse a una estructura bastante específica<sup>11</sup>: un breve «exordio» donde se fijaban las causas que conducían al pronunciamiento del discurso; la «proposición» o parte central del mismo en el que se desarrollaban las causas que hacían grande al emperador elogiado; y, la «perorización», donde se resumían los beneficios que tal política reportaba al Imperio, siendo, por otro lado, pronunciados estos discursos en situaciones o momentos de especial trascendencia, como el ascenso al poder de un nuevo agosto<sup>12</sup>, el inicio del nuevo año<sup>13</sup>, la celebración de los quinquenales del emperador reinante<sup>14</sup>, o una importante victoria sobre los enemigos del Imperio, ya fueran externos<sup>15</sup> o internos<sup>16</sup>. Sin duda, estos discursos constituyeron un muy eficaz medio de difusión de la propaganda imperial, «ayudando a formular las bases teóricas de la política oficial»<sup>17</sup>, pues aunque en un principio eran pronunciados oralmente ante el emperador, o bien en el Senado de Roma o Constantinopla, o ante las curias municipales de alguna de las principales ciudades del Imperio, era práctica igualmente habitual su posterior redacción escrita para su más amplia difusión por todo el territorio del Imperio. Por otro lado, aunque ciertamente es innegable que estos discursos estaban muy cargados de un lastre laudatorio, esto no los invalida como instrumentos que pueden proporcionar informaciones válidas para conocer el funcionamiento del sistema jurídico postclásico, tal y como fue señalado con carácter general por RODRÍGUEZ GERVÁS<sup>18</sup>.

---

en el siglo IV: lo que nos enseñan los panegíricos», *Toga y Daga: teoría y praxis de la política en Roma. Actas del VII congreso de la asociación interdisciplinaria de estudios romanos*, 2010, pp. 265-276; LOPETEGI SEMPERENA, G., «Retórica e imagen imperial en la obra de los epitomadores y panegiristas del siglo IV», *Veleia*, 32, 2015, pp. 63-82.

<sup>11</sup> Ver RODRÍGUEZ GERVÁS, M. J., *Propaganda política y opinión pública en los panegíricos latinos del Bajo Imperio*, Salamanca, 1991, pp. 11 y 27.

<sup>12</sup> Ver TEMISTIO, Or. VI.

<sup>13</sup> Ver TEMISTIO, Or. IV, V y IX.

<sup>14</sup> Ver TEMISTIO, Or. VIII y XI.

<sup>15</sup> Ver TEMISTIO, Or. X y XVI.

<sup>16</sup> Ver TEMISTIO, Or. VII.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ GERVÁS, M. J., *op. cit.*, p. 27.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ GERVÁS, M. J., *op. cit.*, p. 142.



Nuestra atención se va a centrar, como ya hemos indicado, en los discursos políticos pronunciados por Temistio<sup>19</sup>, rétor nacido el 317 d. C. en la región de Paflagonia (Asia Menor). El motivo que nos ha llevado a esta decisión ha sido el hecho de que el mismo abarca un período bastante amplio de tiempo, pues suele fecharse el primero de dichos discursos hacia el año 350, mientras que el último se sitúa hacia el año 386 d. C., habiendo además empleado sus habilidades retóricas a favor de muy diferentes *princeps*: Constancio II, Juliano, Joviano, Valente, Graciano o Teodosio I, como puede apreciarse aquí se encuentran emperadores cristianos y paganos, cristianos nicenos y cristianos arrianos, cristianos más tolerantes hacia el paganismo y cristianos abiertamente intolerantes con las prácticas religiosas tradicionales romanas. Ahora bien, pese a las importantes diferencias de los destinatarios de sus discursos, en todos ellos es posible encontrar una línea homogénea en cuanto a las ideas que trata de manifestar, como son el elogio al emperador como defensor del pueblo romano, y la preocupación de este para tratar de frenar y perseguir a los enemigos de dicho pueblo, ya sean internos como externos.

En primer lugar, uno de los tópicos más utilizados por Temistio es el relativo a la *virtus* del *princeps* como rasgo que lo diferencia y caracteriza, y esto ya desde la época de Octavio Augusto, siendo una cualidad otorgada por los dioses, una mezcla de coraje, independencia y tenacidad, no expresando solo valentía humana, pues trasciende dicho concepto para asentarse en lo divino, pues es la aquiescencia de los dioses la que otorga su *virtus* al emperador<sup>20</sup>; así, en su discurso titulado *El amor fraterno* o *Sobre la humanidad*, dirigido al emperador Valente, afirma:

«Luego al verdadero rey no le conviene devolver las ofensas, sino, haciendo el bien, quedar por encima de quien le causa aflicción. Ésta es, en efecto, la victoria de la virtud; la venganza lo es de la fuerza. Hay que hacerse grande no con la ira, sino con la clemencia, pues esta es grande y divina, mientras que

<sup>19</sup> Ver: DAGRON, G., *L'empire romain d'Orient au IV siècle et les traditions politiques de l'hellenisme. Le témoignage de Themistios*, 1968; SAYAS ABENGOCHA, J. J., «Aportaciones de Temistio a determinados problemas imperiales», *Hispania Antiqua*, 2, 1972, pp. 35-54; DALY, L. J. «In a border land: Themistius' ambivalence toward Julian», *Byzantinische Zeitung*, LXIII, 1980, pp. 1-11; BRANCH, T., «Themistius and the emperor Julian», *Byzantion*, LXIII, 1993, pp. 79-115; RAIMONDI, M., «Temistio e la prima guerra gotica di Valente», *Mediterraneo Antico*, III.2, 2000, pp. 633-683; RITORÉ PONCE, J., «Tradicción y originalidad de la concepción temistianiana de la tolerancia religiosa», *Habis*, XXXII, 2001, pp. 521-540; RITORÉ PONCE, J., «La clemencia del monarca y la insuficiencia de la ley en la antigüedad tardía: el testimonio de Temistio», *Habis*, 33, 2002, pp. 507-520; RAIMONDI, M., «Costantinopoli e la politica militare nei discorsi di Temistio a Costanzo II», *Mediterraneo antico*, V.2, 2002, pp. 769-812; SÁNCHEZ MEDINA, E., «Entre filantropía y pragmatismo: los «discursos políticos» de Temistio al emperador Teodosio y el problema bárbaro», *Toga y Daga: teoría y praxis de la política en Roma: actas del VII Coloquio de la Asociación Interdisciplinaria de Estudios Romano*, 2010, pp. 291-306; PASCALE, G., «Ricerche sulla tradizione manoscritta delle Orazioni di Temistio», *Aevum*, 84.2, 2010, pp. 361-402.

<sup>20</sup> Ver RODRÍGUEZ GERVÁS, M. J., *op. cit.*, p. 78.

aquella es mezquina y humana, y prevalece sobre hombres humillados, nunca sobre hombres erguidos. Mi deseo sería no tener que temeros a vosotros, sino temer por vosotros, y que este temor de todos vuestros súbditos, igual que el que sentimos los unos por los otros, guardara vuestro imperio<sup>21</sup>.»

Puede igualmente apreciarse en este texto, cómo el panegirista no se limita a elogiar la *virtus* del *princeps*, sino que pone el acento en que la ejerce sobre «hombres erguidos», no sobre «hombres humillados», esto es, sobre, en principio, sus iguales, que reconocen su superioridad en base a la citada *virtus*. Precisamente, en otro de sus discursos, en este caso dirigido al emperador Constancio, incide nuevamente en esta misma idea, al tiempo que ridiculiza al resto de pueblos:

«El príncipe es el mayor filósofo por ser el que más encomienda sus asuntos a la guía de la razón, con lo que sus súbditos no lo temen, sino que temen por él. A él no lo eligen los hombres en la embriaguez y el hartazgo de un banquete [...]. Nace, por el contrario, de manera espontánea y se cría, como la reina de una colmena, autosuficiente y autodidacta, mientras a su alrededor zumba y revolotea gozoso y de buen grado el enjambre; y no porque los aventaje en envergadura o sea mayor de lo normal [...]. Es rey por naturaleza aquel que, por el contrario, no debe su condición al relincho de un caballo, ni a un yelmo de bronce empleado como copa, ni a una mujer lidia encolerizada por haber sido vista desnuda sin su consentimiento, sino a la filosofía, que ha demostrado perfectamente su superioridad con respecto a sus súbditos: solo por ella un hombre puede prevalecer sobre otro. No lo hacen superior la tiara, ni el caftán, ni la capa, ni la cimitarra de oro, ni los collares y brazaletes, ni los lanceros, los lictores, los melóforos o la tropa “inmortal” de soldados que van muriendo<sup>22</sup>.»

Puede, pues, apreciarse aquí claramente como no son aspectos externos ni la fuerza lo que otorga su posición al emperador, sino la filosofía, su *virtus*, lo que en terminología actual denominaríamos su «carisma». Ahora bien, junto a la misma, el orador inviste al *Princeps*, igualmente, de otra serie de virtudes también predicadas hoy día de los líderes populistas, como son la moderación o el espíritu de sacrificio por el pueblo. Podemos así leer en su discurso *Al emperador Constancio, que el Príncipe es el mayor filósofo*:

«En medio de las fatigas el cuerpo del emperador es más duro que el diamante. ¡Tanta es la facilidad y la soltura con que lo mortifica en la privación, lo aflige en la sed, lo estimula en la acampada, lo expone al mal tiempo y lo somete al bochorno!<sup>23</sup>.»

<sup>21</sup> TEMISTIO, *Or.* VI.15.

<sup>22</sup> TEMISTIO, *Or.* II.22.

<sup>23</sup> TEMISTIO, *Or.* II.28.

Mientras que en su *Discurso de embajada pronunciada en Roma en nombre de Constantinopla* afirma:

«¿Qué es entonces lo que ha de admirar? ¿Qué es lo que dice el veredicto de la filosofía? Pues que vences con tu mansedumbre, que vives con más moderación que los más mesurados ciudadanos, que tienes la máxima estima por la cultura, que sigues los pasos de la filosofía. En esto consiste tu poder, tu ejército tus guardianes y tus lanceros: los que te han protegido de daños a ti solo entre tus hermanos, y con los que has dado su merecido a quienes te ultrajaron. Con todos estos efectivos has plantado batalla al mayor de los dos. Con ellos has alcanzado tu incruenta victoria<sup>24</sup>.»

En esta misma línea, es posible también encontrar incluso la referencia a otro tópico también habitual, como el del líder forjado a sí mismo, creciendo en un ambiente duro y difícil, como puede apreciarse en *El amor fraterno* o *Sobre la humanidad*:

«En efecto, reconozco claramente en tus palabras las precisiones del divino Platón sobre el arte de gobernar, aunque cambie su formulación: que es de gran provecho para los gobernados que los reyes se hayan hecho previamente a sí mismos, que hayan recibido una educación dura y libre de adulación, cultivando el campo, sirviendo en cargos públicos, durmiendo al raso, participando en campañas militares y creciendo en la dureza de la vida humana<sup>25</sup>.»

No obstante lo anterior, dentro de la obra encomiástica de Temistio existen igualmente otros fragmentos realmente interesantes en cuanto, aun con una intención evidentemente tendente a buscar el elogio del emperador al cual va dirigido su discurso, se trata de poner de relieve la clara conciencia ya existente en esa época de la necesidad de aplicar unos principios básicos en materia de gestión financiera y presupuestaria por parte del Estado<sup>26</sup>, en cuanto a la necesidad de equilibrar ingresos y gastos, así como que la excesiva presión fiscal puede en muchas ocasiones resultar contraproducente; así, en el discurso dirigido a los emperadores Valente y Valentiniano en el año 370 d. C. titulado *Por los cinco años de reinado* o *Sobre la naturaleza del Príncipe*:

«En todos los soberanos, y en casi todos los hombres, la virtud relativa a las riquezas comprende dos aspectos: ingresar lo necesario y gastar adecuadamente. Si cada uno de ellos dependiera de sí mismo y se pudiera o bien gas-

<sup>24</sup> TEMISTIO, *Or.* III.9.

<sup>25</sup> TEMISTIO, *Or.* VI.16.

<sup>26</sup> Con relación a los principios que caracterizaron la actuación financiera y tributaria en Derecho romano, ver: BLANCH NOUGUÉS, Juan M., «Principios básicos de justicia tributaria en la fiscalidad romana», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 48, n.º 247, 1998, pp. 53-84; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., «Ius fiscale: instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano», *IURA*, 58, 2010, pp. 1-32.

tar sin recaudación alguna, o bien recaudar sin previsión alguna de gasto, yo estimaría que ambos merecen la misma atención; pero, dado que una cosa depende de la otra y que no resulta posible gastar del tesoro público sin que se hayan efectuado en él ingresos previos, afirmo que han de extremarse las precauciones justo en aquello que permite proceder con liberalidad en el gasto. Y por ello se debe alabar ante todo no a los que son más pródigos de lo necesario, sino a quienes recaudan menos de lo acostumbrado, pues no es posible gastar con despreocupación si no se atesora con injusticia<sup>27</sup>.»

Incluso, nos encontramos con una referencia expresa a la necesidad de eliminar gastos superfluos:

«No ignoras en modo alguno los gastos que exige tu diligencia, pero recordas día tras día los superfluos para poder atender a los necesarios<sup>28</sup>.»

Tras esta introducción, el rétor procede a alabar a ambos emperadores por su política fiscal distinta a la de sus antecesores, por haber adoptado medidas dirigidas precisamente a rebajar la presión fiscal de los particulares, como prueba de su generosidad:

«Esta es, por lo tanto, la conclusión de mi razonamiento: la generosidad de un príncipe se mide por lo liviano de su presión fiscal. Pero el caso es que en el Imperio romano se había renunciado ya a este principio y más bien se le había dado la vuelta, ya que la cuantía de los impuestos venía aumentando año tras año: el año anterior siempre era más llevadero que el año en curso, y el siguiente más oneroso que ambos. Vosotros, sin embargo, habéis logrado atajar este pernicioso incremento, y durante tres años seguidos el mal ya no progresó como acostumbraba, pero al cuarto año nos habéis aliviado de una parte proporcional de la carga. Se han podido leer unos decretos increíbles: las contribuciones se reducirán en tantas fanegas de trigo y en tantas cótilas de vino, y todo lo demás se reducirá en la misma proporción<sup>29</sup>.»

Como justificación de estas medidas, el orador pasa a señalar que es una forma de hacer partícipe a todo el pueblo de los éxitos alcanzados, pues:

«En definitiva, lo que afirmo es que lo único que es capaz de conciliar una aprobación unánime es lo que reporta aprovechar a todos. Y no se trata de recuperar la región situada entre los dos ríos, ni de reprimir a los escitas de la otra orilla, ni de forzar a los germanos a reconstruir las ciudades que destruyeron, pues incluso aunque lo lográramos, solo llegarían a enterarse los sirios, los tracios y los gálatas, o lo que es lo mismo, la tierra vecina del escenario de cada victoria. En cambio, la moderación en los impuestos es

<sup>27</sup> TEMISTIO, *Or.* VIII.17.

<sup>28</sup> TEMISTIO, *Or.* VIII.22.

<sup>29</sup> TEMISTIO, *Or.* VIII.18. Ver también TEMISTIO, *Or.* X.1, *Or.* XV.9 y *Or.* XVIII.8.

beneficio general para todos los que viven de la tierra. El provecho que reportan botines y prisioneros solo alcanza a los que llevan las armas, lo que no es en modo alguna una situación equitativa [...]. Sin embargo, cuando todos tienen parte en las ganancias, los unos tomando más de los enemigos, y los otros pagando menos de lo propio, podría decirse que estamos ante un triunfo de la felicidad colectiva<sup>30</sup>.»

En último lugar, hemos de aludir a la presencia en estos discursos de otro tópico muy habitual en la retórica populista actual, como es la existencia de una élite corrupta que perjudica al pueblo, y la cual ha de ser objeto de represión y sanción por parte del líder, que es concebido como fuente de toda prosperidad y riqueza para el pueblo.

Así, dentro del ya varias veces citado discurso *Por los cinco años de reinado o Sobre la naturaleza del Príncipe*, encontramos expresa referencia a la preocupación de los emperadores dirigida a poner fin a las numerosas y frecuentes prácticas corruptas llevadas a cabo por muy diversos funcionarios imperiales:

«Si, por lo tanto, sometes a una rigurosa inspección a tus oficiales y centuriones y sufre una depuración tu pareja de generales, ¿vas a descuidar acaso a los magistrados civiles? ¿podrán escapar de tu mirada los corruptos, los prevaricadores, los que han dictado sentencias ilegales o los que han ofendido de cualquier otra manera a tus súbditos? [...] Tú en cambio, vuelves la mirada desde los misios hacia los fenicios y diriges tu ira contra los que cometen injusticia. De ahí que casi hayas acabado con los arribistas y no se expongan ya los cargos a la venta pública<sup>31</sup>, ni se pregonen los gobiernos de las provincias como si fueran mercancías: ha retornado el antiguo respeto por la justicia y por la experiencia<sup>32</sup>.»

En esta misma línea, continúa el discurso alabando a ambos emperadores por su búsqueda de funcionarios honestos, pues por muy justas y equitativas que puedan ser las leyes, si no lo son los hombres que han de aplicarlas, la injusticia persistiría:

«De las muchas cosas que admiro en tu reinado lo que más me admira de todo es que hayas puesto en vigor una ley que se había visto postergada con el paso del tiempo, y que hayas sabido pedirle a tus amigos que no te regalen caballos ni perros ¡por Zeus! (pues es más propio de un rey regalar estas cosas que recibirlas), sino hombres honrados y competentes para el gobier-

<sup>30</sup> TEMISTIO, *Or.* VIII.20.

<sup>31</sup> Sin duda, la venta de cargos públicos a finales del siglo IV d. C. y principios del siglo V d. C. debió de ser una práctica bastante frecuente, tal y como atestigua el título XXVI del Libro IX del Código Teodosiano, en el cual, bajo la rúbrica *ad legem Iuliam de ambitu*, se contienen cuatro constituciones fechadas en los años 397, 400, 403 y 416.

<sup>32</sup> TEMISTIO, *Or.* VIII.24.

no, sin los cuales los súbditos no pueden apreciar los cuidados que les dispensen (pues por mucho que decretes la rebaja de un cuartillo o de una còtilla, toda esta generosidad tuya es estéril y vana si la gestión es mala). Nada resulta tan penoso a la hora de pagar los impuestos como las dificultades que en sí misma encierra la operación: el cuándo y el cómo [...]. Todo esto convierte lo pequeño en grande y lo sencillo en complicado, y una tasa de dos óbolos sale por un talento; pero la ley es insuficiente para regularlo, ya que la naturaleza de estas cosas escapan a toda tipificación. Lo que se necesita es una ley viviente que se adapte a cada circunstancia y una justicia más apegada a la tierra, siempre y en cada momento al servicio de los súbditos<sup>33</sup>.»

Igualmente, en un discurso posterior, en concreto en el dirigido a Valente *Por los diez años de reinado*, pone el acento –como sucede hoy día con el populismo– en la idea de que la preocupación del *princeps* se dirige a todo el pueblo en su conjunto, como un todo unitario, sin distinguir entre campo y ciudad, entre capitales provinciales y ciudades menores:

«De semejante providencia y atención por parte de nuestro soberano no solo tienen noticia las ciudades más grandes en detrimento de las más pequeñas, ni gozan de ella las más importantes mientras que se margina a las más humildes: igual que el grandioso Sol o su creador infunden el alma en los seres vivos y la infunden en las plantas (y también dependen de ellos los cuerpos inanimados), nuestro magno soberano promociona las grandes ciudades y promociona también las pequeñas; unas las embellece, otras las engrandece, y a algunas que carecían de magistraturas se las otorga. Parecería como si la totalidad del imperio creciera como un tejido [...]. En un lugar se abre un puerto, en otro se le cierra el paso al mar, en otra se tiende un puente sobre un río en otro se allana un camino escabroso, y en cada ciudad progresan las edificaciones de nueva planta, o se ejecutan reconstrucciones, o se practican ampliaciones<sup>34</sup>.»

Incluso, es posible encontrar el tópico del gobernante como promotor de la riqueza para el pueblo; así, en el discurso que le dirige a Graciano en el año 376, afirma:

«Y de este modo, los hombres de hoy pueden contemplar un espectáculo increíble e impensable entre los antiguos romanos; a cada momento el oro emprende desde el erario público el camino de retorno. Esto habría sido antes tan imposible como rescatar a alguien del Hades: afluyera a la corte con justicia o sin ella, había de envejecer allí o salir por cualquier otro sitio; pero no se concebía que retornara a su lugar de procedencia [...]. En estos momentos es más nítido y justo el rastro del oro que sale que el del que entra. Sin duda, es bastante célebre esta frase de Tito “Hoy no he reinado, pues no he beneficiado a nadie”. Y Graciano, por su parte, alaba la sentencia,

<sup>33</sup> TEMISTIO, *Or.* VIII.26.

<sup>34</sup> TEMISTIO, *Or.* XI.14.

pero ni siquiera desperdicia ese único día. Nuestro soberano ha dispuesto que nunca le falte la ocasión de hacer el bien, y que todo el que lo desea tenga a su disposición de día, de noche y en todo momento la tinaja generosa y rebosante de los bienes<sup>35</sup>.»

En otras ocasiones, siguiendo esta misma idea, pone el acento en su actuación como el «buen padre» protector de su pueblo. Así, en el discurso titulado *A Teodosio, de cuál es la más regia de las virtudes*, puede leerse:

«Nadie acude a la corte con el corazón palpitante, sino con ánimo confiado y renovado, como al asilo de un templo. ¡Tan benévolo es tu semblante y tan serena tu voz y tanta la calma que inunda todo tu rostro! Nadie que dirija su mirada hacia ti se queda sin arrojar todo temor de su alma<sup>36</sup>.»

A la vista de los distintos fragmentos reseñados a lo largo de esta comunicación, creemos haber podido acreditar como aun cuando no puede, lógicamente, predicarse la existencia de un movimiento político populista en el Bajo Imperio romano, los emperadores de esta época recurrieron a una retórica muy similar a la utilizada en la actualidad por los líderes populistas. Los panegíricos tar-doimperiales se caracterizan por ser una herramienta retórica dirigida a poner el énfasis en las virtudes del *princeps* a quien van dirigidos, al mismo tiempo que se le trata de personificar como protector del pueblo frente a los enemigos internos y externos que amenazan la prosperidad de este último.

---

<sup>35</sup> TEMISTIO, *Or.* XIII.15.

<sup>36</sup> TEMISTIO, *Or.* XV.8.

# ¿Acotar la Corrupción?: Responsabilidad de Funcionarios Públicos y el artículo 144 del Código Civil y Comercial de la República Argentina

Efraín Hugo Richard

*Profesor Emérito de Universidad Nacional de Córdoba  
Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba*

Hemos esbozado en una comunicación con distinguidos colegas<sup>1</sup> sobre alguna temática en relación a la corrupción de los funcionarios públicos y su vinculación a las personas jurídicas privadas. Nuestra mayor preocupación es la lasitud de las condenas penales a esos funcionarios. Un ex Presidente viene eludiendo la condena penal de un hecho acaecido hace 23 años por un recurso ante la Corte no resuelto en los últimos 3 años.

## 1. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Por eso vimos una luz en el nuevo artículo 144 del Código Civil y Comercial –CCC– que rige en Argentina desde el 1.º de agosto de 2015, referido a la «inoponibilidad de la personalidad jurídica» que permite imputarle al controlante directo o indirecto de una persona jurídica pública o privada los daños causados por vía civil, sin esperar necesariamente ninguna condena penal. Se trata del llamado «levantamiento del velo»<sup>2</sup>, que se acepta doctrinal y judicialmente en el Derecho comparado, pero que solo estaba legislado en Argentina y Uruguay en sus leyes de sociedades.

---

<sup>1</sup> «Eficiencia en la lucha contra la corrupción público-privada» CESANO, José Daniel; LASCANO, Carlos Julio, y RICHARD, Efraín Hugo.

<sup>2</sup> MOEREMANS, Daniel, «Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del disregard of the legal entity» en RDCO n.º 131, 1989, p. 713/723.



Deslizamos una visión diferente en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos o representantes del Estado en ciertas relaciones. Tratamos de generar un debate sobre aspectos controvertidos, con visión académica pero no alejado de la realidad. Nos gusta jugar con la fantasía imaginando nuevas interpretaciones para rescatar los valores que nos impulsan, para buscar la afirmación o el descarte de esa hipótesis.

En el tema que abordamos nos fundamos en referencias a las Personas Jurídicas en el CCC Argentina, que tiene 4 artículos generales en la Sección Primera («Personalidad. Composición» –título poco claro–) del 141 al 144 que abarca tanto las personas jurídicas privadas como las públicas<sup>3</sup>, que recién se clasifican en la Sección 2.<sup>a</sup> artículos 145 y ss. CCC.

Centramos nuestra atención en el alcance del artículo 144 CCC que norma: «Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.– Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que pueden ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.», y la posible aplicación de esa norma a funcionarios públicos con capacidad de decisión o sea de control sobre la persona jurídica pública.

Parecería, que la cuestión de responsabilidad de funcionarios ha sido eliminada del CCC para tratarse en ley especial 26.944 –dictada con anterioridad al CCC que lo fue por ley 26.994–, congruente como se sancionó el artículo 1764 CCC haciendo inaplicables el cap. I o sea de los artículos 1708 a 1788 a la «responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria», complementada por el artículo 1765, y el artículo 1766 referido a la responsabilidad de sus funcionarios y empleados públicos «en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por el Derecho administrativo».

Pero, si entendiéramos aplicable el artículo 144 CCC a funcionarios públicos con control de la persona jurídica pública que representan orgánicamente –o controlan indirectamente–, podríamos sostener que se trata de un caso específico de imputabilidad que no ha sido desviado al Derecho administrativo o local. No se trata de pensar en la aplicación de la norma sobre personas jurí-

---

<sup>3</sup> Salvo el artículo 142 que expresamente se limita a las personas jurídicas privadas para determinar que se las considera tal desde su constitución.

dicas a un tema de responsabilidad por riesgo, o de aplicación generalizada a todos los funcionarios (empleados) públicos, sino de un supuesto muy particular de uso abusivo –corrupto– de la persona jurídica pública reglado específicamente por una norma disciplinaria, que regula el buen uso del sistema de organización del Estado, nacional, provincial, municipal u organizaciones descentralizadas del mismo.

Hoy es un tema de debate público, de consternación social, la actuación de altos funcionarios argentinos, que ocupan titulares de los diarios del mundo en maniobras de corrupción con grave perjuicio para el Estado. Hasta se intenta contar con una inmediata ley de transferencia de dominio de los bienes mal habidos, que obviamente no les alcanzará por su temporalidad.

Se cita como antecedente de esa norma el artículo 54 ter de la Ley de Sociedades.

## 2. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LAS LEYES SOCIETARIAS

Solo dos legislaciones tratan específicamente la cuestión en sus leyes de sociedades: la argentina y la uruguaya.

La norma que trata la cuestión en la legislación uruguaya fue promulgada en el año 1989, o sea, seis años después de la norma del Derecho argentino. En la sección XV se trata «De la inoponibilidad mejorando el precedente. Su artículo 189 dispone «Procedencia. Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando esta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.– Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados», o sea que la norma se limita en esta parte a determinar los supuestos de aplicación y la carga probatoria. Pero luego, en el artículo siguiente precisa los efectos de la norma que es lo que, a nuestro entender, aporta significación más que la denominación de la acción: artículo 190: «Efectos. La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, solo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.– A esos efectos, se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.– En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.– Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos»<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> RIPPE, Siegbert, *Sociedades comerciales. Ley 16.060 Decreto Reglamentario 335/990 Ley 16125*», Edición Fundación de Cultura Universitaria 5.ª edición ampliada y actualizada, Montevideo 1992, pág. 84 y ss.

Se distingue claramente imputación y responsabilidad, que va añadida y corresponde a todos los que hayan desplegado conductas generadoras de responsabilidad de base subjetiva, por acción u omisión.

Se trata, frente al uso antifuncional de una persona jurídica –pública o privada–, de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros y del Estado mismo.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias, usando las expresiones «disregard of the legal entity o percing of the corporate veil<sup>5</sup>».

### 3. INTERPRETACIÓN AMPLIA

Nuestra interpretación, que limitamos concretamente al análisis del precepto del artículo 144 CCC abre una puerta ante actos dañosos, incluso escandalosos, imputables a funcionarios públicos o ex funcionarios que han ocasionado un grave daño al Estado, a particulares y especialmente a la comunidad, alterando las reglas de libre competencia, lealtad comercial, buena fe, obstaculizando el desarrollo del país y generando déficit e inflación al aumentar gastos y costes que se hubieran evitado de ejercer lícitamente sus funciones y los controles consiguientes. Idéntica consideración –entendemos– debe asignarse a la responsabilidad de los funcionarios públicos en todo lo relativo a la preservación del medio ambiente y su diligencia y compromiso en la protección de este supremo interés de toda la humanidad.

La norma del artículo 144 CCC sanciona a los controlantes –directos o indirectos–, con la consiguiente responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, como consecuencia de la actuación de una persona jurí-

---

<sup>5</sup> Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation y Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

dica –pública o privada– con fines que constituyan un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar los derechos de terceros.

El artículo 144 CCC no indica su aplicación exclusiva a las personas jurídicas privadas, como lo hace el artículo 142, por lo que aparece abarcando todos los géneros de las personas jurídicas, incluso por expresa referencia del artículo 143 CCC.

Si la conducta del agente contraría una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el Estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional y constitucional.

Coincide con nuestra postura Rafael Manóvil<sup>6</sup>: «Como la norma se halla en la parte general de la parte general de las personas jurídicas, también es aplicable a las personas jurídicas públicas». Jose W. Tobías, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Buenos Aires, duda de esta interpretación pero nos apuntó<sup>7</sup> que el tema está bien vigente. Tanto que afirma Juan Navarro Floriá<sup>8</sup>: «Como esta norma se ubica en la parte general de las personas jurídicas, cabe preguntarse no sin cierta perplejidad, si es aplicable también a las personas jurídicas públicas y, en tal caso, con qué alcance. Las consecuencias pueden ser inesperadas ...». También Ricardo Nissen<sup>9</sup> sostiene que en ciertos supuestos podría ser aplicable a las personas jurídicas públicas.

#### 4. HERRAMIENTA EN FAVOR DEL ESTADO, NO EN SU CONTRA

No se trata de la responsabilidad del Estado sino de funcionarios o todas aquellas personas humanas –o jurídicas– que puedan entenderse como «controlantes directos o indirectos» que «hicieron posible» la «actuación» antijurídica *de una persona jurídica pública* –agregamos–, «quiénes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados». Estos serán los legitimados pasivos. Los activos los que acrediten daño e intenten responsabilizarlos. Incluso el propio Estado. Obviamente la actuación u omisión no debe ser

<sup>6</sup> MANOVIL, Rafael M., «¿Hacia un nuevo derecho de las sociedades en la ley 26994? en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, Ed. Fidas, año 17, 2016-2, pág. 3 y ss., específicamente pág. 6 y ss., punto C, donde también hace referencia a las fuentes de la norma.

<sup>7</sup> En reciente reunión conjunta de las Academias Nacionales de Argentina.

<sup>8</sup> «Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil», en *El Derecho* 263-583, Buenos Aires.

<sup>9</sup> «Estudio sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas», *El Derecho* 263-782, Buenos Aires.

meramente culposa, entendemos que el supuesto implica una acción u omisión dolosa. Al mismo tiempo al referirnos a funcionarios públicos, que en estricto criterio jurídico comprende a empleados públicos, lo hacemos con criterio casi social que implica funcionarios con capacidad de decisión, que con su actuación u omisión pueden modificar la actuación prevista para la persona jurídica pública, como por ejemplo no controlar concesiones ni privatizaciones, permitiendo administración fraudulenta en las personas jurídicas privadas beneficiadas, en perjuicio de la posición del Estado o de los administrados.

Es objetivo, desde una perspectiva de los valores éticos pero también de los constitucionales, que existan normas claras y contundentes y de rápida tramitación, para que los daños materiales que sufran los administrados y el propio estado representado orgánicamente por el abusador, configurado como el ilegítimo obrar de un funcionario público de rango, sean reparados en base a criterios de integralidad. Se afirma<sup>10</sup> que «Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso... no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas»<sup>11</sup>.

Piénsese en los casos que la realidad, y no nuestra imaginación, nos muestra, donde esta acción por daños podría, luego de una medida cautelar sobre los bienes de un enriquecimiento ilícito, concluir con la hoy promocionada «extinción de dominio» de esos bienes (a través de responsabilizarlos y cobrarse de ellos), pensada para la conclusión de un juicio penal. Porque no determinarlo en un juicio civil, más rápido para alcanzar los efectos patrimoniales lógicos –la reparación del daño–, sin perjuicio de una condena de índole penal, pero incluso independizándola en los términos del inciso b. del artículo 1775 del CCC de cualquier prejudicialidad, por la dilación del procedimiento penal ante «una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado».

Una nueva forma de enfrentar la corrupción.

<sup>10</sup> ZINGARETTI, Giselda, «La responsabilidad civil del Funcionario Público: El nuevo Código Civil, versus la Ley de Responsabilidad del Estado» en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni Editores T. I 2015-1, págs 303 y sgts, con cita de GORDILLO, Agustín, *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, Cap. V.

<sup>11</sup> Citando a DALMACIO ANDRADA, Alejandro, «Responsabilidad del Estado de los Funcionarios Públicos», La Ley Bs. As. 2008, págs. 478-479.

## 5. APLICACIÓN INMEDIATA

Un aspecto interesantísimo es la aplicación inmediata de la norma del artículo 144 CCC, pues conforme al artículo 7 CCC «se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes», lo que sin duda permitirá que volvamos sobre la cuestión, no solo para meditar sobre aspectos que se dubiten o contradigan, sino en torno a la aplicabilidad de la norma. A esta fecha, ya anticipamos que avizoramos la posibilidad de su aplicación a actuaciones generadas hace muchos años, como lo sería la reciente condena a un jefe de Estado y a dos de los miembros de su gabinete por distraer fondos reservados para beneficiar a sus colaboradores<sup>12</sup>, o la falta de control de servicios públicos, o el «leverage buy out» en las privatizaciones de los 90, la actividad financiera ilícita tolerada<sup>13</sup> y todo lo que el abuso de control, o la falta de control por no ejercitar las facultades propias del Estado que haya generado daño a la Nación, la Provincia, Municipio o a terceros. O sea, una herramienta contra la corrupción, los ineptos, los desinteresados...

## 6. PRELACIÓN DE NORMAS. CONSTITUCIONALIDAD

Lo venimos afrontando. El CCC sancionado como Ley 26.994, como así también la anterior Ley N.º 26.944 llamada de Responsabilidad del Estado, incurren en una confusión (deliberada o no) de agrupar de una manera simplista, bajo la denominación de «responsabilidad del estado o de los funcionarios públicos», cuestiones que exigen un método de análisis de los distintos supuestos posibles, y de los diversos ordenamientos jurídicos que se ven afectados.

Sin este necesario análisis y tarea adicional de precisión temática, se viola la Constitución Nacional, los Tratados internacionales suscriptos por la República Argentina, con vigencia operativa en todo su territorio (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y las leyes, entre las que adquiere significativa relevancia el nuevo CCC y sus normas específicas en cuanto confirmen y resguarden derechos impuestos por la Carta Magna.

Si la conducta del agente contraría una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el

<sup>12</sup> Si bien es descartable por razones prácticas, porque la condena ha previsto la ejecución del daño al Estado.

<sup>13</sup> «Depositos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (La denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)» en El Derecho diario del 7 de marzo de 2005, págs. 1 y ss.

estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional y constitucional. El tema de la responsabilidad no puede sustraerse del CCC, conforme su artículo 1716, a Códigos Administrativos o Contencioso administrativos provinciales o municipales, generando recaudos especiales para reparar el daño, pues se violaría el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, con lo que concordó en su disertación inaugural de las Jornadas de Academias de Derecho Argentinas el Profesor Emérito Dr. Julio Altamira, Presidente de la de Córdoba.

Por eso debe indagarse sobre el límite del Derecho Administrativo Federal y Provincial, de lo que son las atribuciones delegadas por las provincias al Congreso de la Nación en resguardo de derechos de rango superior y que se regulan de manera uniforme para todo el país, pues se trata de garantizar la libertad y la igualdad de todos los argentinos, preservando el catálogo de derechos que menciona la Constitución entre ellos el derecho de propiedad.

El derecho de daños no puede ser limitado por normas provinciales.

En esta interpretación<sup>14</sup> que refiere específicamente a la responsabilidad de los funcionarios públicos, frente a la ilegitimidad de determinados actos u omisiones en el ejercicio del cargo o función, deberán ser sometidas al control judicial de los tribunales, civiles, penales o en lo contencioso administrativo, conforme sea la fuente legal que contemple la conducta reprochable o sea el ordenamiento legal que resulte de aplicación de manera expresa o por vía de interpretación e integración jurisprudencial determinará la competencia judicial del caso. La ley aplicable será la determinante de la jurisdicción. El presupuesto la existencia del daño y su conexidad a un obrar ilícito, arbitrario, de funcionarios públicos con poder de decisión.

La personalidad jurídica, y particularmente la de entes públicos, está destinada a asegurar el funcionamiento regular no solo de una sociedad, sino de todo un país, incluso en el contexto internacional.

El uso antifuncional de esa personalidad por quienes tengan poder de control altera el sistema, pues si se aparta o apartan de sus obligaciones y derechos, en actuación u omisión ilegítima, se perjudica al Estado y/o a terceros.

---

<sup>14</sup> Sostenida con el Catedrático Dr. José Luis Palazzo, Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en «El artículo 144 Código Civil y Comercial (inoponibilidad de la personalidad jurídica)», publicado en LA LEY año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016.

Nos parece que sería injusto atribuir la ubicación definitiva del artículo 144 CCC a un error del legislador, tanto de la Comisión Reformadora del P. E. y de los miembros del Congreso que avalaron la redacción. La ley se desprende de la intención del legislador, y debe ser interpretada conforme su posición sistemática, y adviértase que pese a la manifestación inicial limitativa, luego se expresa en la amplitud «utilización desviada del recurso de la personalidad que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica», y sin duda en la persona jurídica pública, en sus diversas manifestaciones, como venimos interpretando.

Por otra parte, la Ley 26944 hace referencia al Código Civil vigente y no al Código Civil y Comercial cuyo artículo 144 entendemos tiene un alcance sobre el punto generado por la ley posterior 26.944.

La interpretación extensiva no es contraria al sistema jurídico y antes de regularse por primera vez en el mundo el artículo 54 ter de la Ley de Sociedades, la jurisprudencia ya lo había entronizado. Introducimos la interpretación extendida pues para tener solo alcance sobre la persona jurídica privada la norma debió ser insertada con posterioridad y con expresa referencia a las mismas –como se acota en el artículo 142 CCC– si se intentaba excluir a las personas jurídicas públicas de esa norma, y frente al artículo 143 que lo integra.

Quizá como travesura de jusprivatistas, pero la norma es aplicable a todas las personas jurídicas por su colocación sistemática. De no estaría mal construir la Sección 1 con sus cuatro artículos, previos a la Sección 2 «Clasificación», donde recién se señala en el artículo 145 «Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas», y derivados casos gravísimos, incluso del Estado contra sus funcionarios públicos, a un régimen procesal contencioso-administrativo que deriva en poner –por lo menos inicialmente– el problema en manos de los compañeros o correligionarios del imputable.

Si la tesis restringida hubiera sido la decisión definitiva, la norma de previsión sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica debió incorporarse en la Sección 3, que va del artículo 151 en adelante. En los cuatro artículos de la Sección 1, cuando se quiso hacer diferencia entre persona jurídica y privada se lo hizo, como lo hace el artículo 142 CCC, lo que no acaece respecto del artículo 144 de la misma sección.

Es aplicable, en suma, a las personas jurídicas públicas, específicamente por la expresión «controlantes directos o indirectos» a quienes hayan abusado de las mismas.



## 7. IMPUTACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Cuando se habla de imputar, puede asignarse a esta expresión un doble sentido<sup>15</sup>:

- 1) Imputación (o atribución) material (cuestión que es emplazada en el terreno de la relación causal y se circunscribe a determinar la autoría del hecho ilícito o del incumplimiento obligacional).
- 2) Imputación en el plano axiológico, que puede ser subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (riesgo, garantía, equidad, etc.). La imputación aquí actúa como factor de atribución, o sea, el elemento axiológico o valorativo con arreglo al cual el sistema justifica que el sindicado como responsable deba resarcir el daño.

Responsabilizar significa atribuir (imputar) a alguien las consecuencias de un hecho dañoso (ilícito extracontractual o incumplimiento obligacional), lo cual supone algo más que la autoría material del hecho y la existencia de un factor de atribución: requiere esencialmente de daño y, además, en la inmensa mayoría de los casos, de antijuridicidad subjetiva en la conducta del dañador.

Los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la persona jurídica, implica una imputación de los perjuicios: la responsabilidad solidaria e ilimitada.

Es una integración de la teoría de la responsabilidad en las relaciones de organización personificadas. Autoriza una suerte de acción directa contra el controlante de hecho o de derecho que generó el daño abusando de la persona jurídica pública. No creemos que esté condicionada esta acción a una investigación o sumario previo, es una acción que nace del Código Civil y Comercial argentino dentro de la teoría general de la responsabilidad y del daño, no descartándose la posibilidad de unir la acción con la de prevención normada por los artículos 1710 y ss. CCC. El legitimado pasivo no podrán intentar ampararse en que no se le ha hecho sumario y que se ha violado el debido proceso exigido por la Constitución Nacional. Nada tiene que ver con la posibilidad de que sea el funcionario demandado suspendido, cesanteado o exonerado, que es un problema administrativo.

De lo dicho se sigue que la imputación de la actuación desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichos controlantes de derecho o de hecho (art. 144 CCC) queden obligados personalmente

---

<sup>15</sup> «Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad», en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n.º 2008 - 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010. Obviamente no se había formalizado aún el Anteproyecto cuando escribimos ese ensayo, pero la terminología es similar.

por las obligaciones de la persona jurídica, no es más que la aplicación de los principios que rigen la inoponibilidad como especie de la ineficacia de los negocios jurídicos<sup>16</sup>. Es fundamental que la inoponibilidad de la personalidad jurídica no significa la desaparición o desconocimiento de la persona jurídica pública, sino la atribución del daño a quien amparándose en el control que ejerce sobre esa persona, perjudicó a sabiendas, a la misma persona o a terceros.

## 8. CASOS. IMPRESCRIPTIBILIDAD. PREJUDICIALIDAD

Remarcamos que el artículo 144 no hace a la responsabilidad del Estado, sino a la de los que se ampararon en la persona jurídica pública para generar daño en las situaciones que indica la norma.

Se trata particularmente que el propio Estado pueda promover la acción contra el alto funcionario público que desvió sus funciones, en beneficio propio o de terceros. Todo el daño se trasladaría a quien actuó contrariamente a sus funciones, desvirtuando el sistema para responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

La interpretación restrictiva nacerá particularmente de los poderes del Estado y sus vinculados para evitar una acción rápida y eficiente para reequilibrar el daño. Pero creemos que la norma interpretada ampliamente actuaría disuasoriamente del obrar ilícito, evitando tentaciones de usar el poder que les ha otorgado el pueblo o las instituciones, en su beneficio directo o de terceros, posiblemente con beneficios indirectos imposibles de probar.

Imaginamos supuestos extremos, que siempre hemos podido advertir en los hechos y actos, que incluso pueden reiterarse. Así el P. E. nacional formalizó pagos en negro a altos funcionarios con los que intentaron justificar enriquecimientos ilícitos, y aceptó como normal el «leverage buy out». Este último se practicó en casi todas las privatizaciones al comienzo de los 90. Se entregaban bienes o concesiones libres de pasivo, manteniendo el Estado el 5 % y el 10 % para los obreros –Programa de Propiedad Participada (PPP)–, pero representados por un funcionario designado por el Estado y que seguía las políticas del gobierno central, que toleró que lo que debían pagar al Estado los titulares del 85 % del paquete como precio del mismo, lo asumiera la sociedad, perjudicándola y también a los socios minoritarios. El artículo 144 CCC se podría aplicar a los representantes del Gobierno Nacional y del PPP que votaron favorablemente esos desatinos ilícito.

---

<sup>16</sup> OTAEGUI, JULIO, «Inoponibilidad de la Persona Jurídica» en AA. VV., de nuestra dirección, *Anomalías Societarias*, de nuestra Coordinación, Ed. Advcatus, Córdoba, pág. 110.

Pero hubo un caso de privatización con otro socio que marcó esa ilicitud, fue la Provincia de Chubut que era un tercer socio estatal en una de las sociedades «privatizadas», llevando a nuestra Corte Suprema a expedirse en el caso «Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S. A»<sup>17</sup>, donde la Corte apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público ... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: «Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original».

Pensemos en la posibilidad actual de intentar reparar el daño causado en esa ocasión o en los múltiples casos posteriores que inundan las páginas de nuestros periódicos, y la posibilidad de aplicar la norma conforme el artículo 7 CCC, pues no se trata de generar un «efecto retroactivo», sino de aplicar el CCC «a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes».

Esa jurisprudencia de la Corte del año 2002 viene a reforzarse con el reciente fallo de la Cámara de Casación Penal, Sala IV, integrada por los Dres. Borinsky, Gimignani y Hornos en segundo fallo requerido por la Corte, con fecha 29 de agosto de 2018 en el caso «IBM-DGI» declarando imprescriptibles los delitos de corrupción en la década del 90 por sobreprecios millonarios en licitación. Esto se combina con la interpretación que hemos dado al artículo 144 CCC. La oposición de esta interpretación nacerá fundamentalmente de los propios posibles destinatarios de la previsión normativa. La experiencia en los juicios penales y la indemnización por los funcionarios de los daños por ellos causados, es frustrante<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Publicado en: La Ley 2002-E, 863.

<sup>18</sup> «Justicia y Derecho», págs. 419 a 430 para la Comisión n.º 3 «Justicia y Derecho, en libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho. Córdoba 1998*. En la causa penal se investigaba una supuesta estafa de los demandados, que habían sido administradores de la sociedad anónima de la cual los actores eran accionistas. Los demandantes también iniciaron una acción civil para determinar la responsabilidad de los procesados en el marco de una locación de servicios, y si realizaron un ardid para inducir a la damnificada a «realizar actos de disposición patrimonial» ruinosos a sus intereses «y en beneficio de los administradores de sus bienes». Sin embargo, el juez de Primera Instancia entendió que en ambos procesos había «comunidad de causa» dada «la coincidencia de imputaciones respecto de la vulneración del derecho a la información, doble contabilidad y afectación del patrimonio de los accionistas que no participaban en la administración de la sociedad. *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, editado en Córdoba 1998.

Los juicios penales sobre situaciones similares alientan las reales posibilidades de la vía civil que abre esta interpretación.

Ahora existen dos alicientes: la posibilidad de optar por la aplicación directa, lisa y llana del artículo 144 CCC o de escapar a la prejudicialidad por la demora del proceso penal, buscando la indemnización a la Nación o a la institución pública que corresponda. En reciente fallo la Cámara Comercial de la Capital Federal recordó que la regla de prejudicialidad en favor de lo que resuelva la Justicia Penal a la hora de seguir con una causa civil no es absoluta, sino que admite excepciones, principalmente en casos en donde se puede llegar a presumir que el juicio criminal se extienda indefinidamente.

Con ese criterio, la Sala F de la Alzada revocó una resolución de Primera Instancia que decidió la suspensión del trámite de la causa «K. D. S., M. O. y Otros c/ M. M. N. s/ Ordinario» hasta tanto exista sentencia firme en la causa penal seguida contra la demandada por defraudación por administración fraudulenta y asociación ilícita<sup>19</sup>. En ese contexto, los camaristas Rafael F. Barreiro, Juan Manuel Ojea Quintana y Alejandra N. Tevez analizaron la causa dentro de los parámetros del artículo 1775 del Código Civil y Comercial de la Nación, que prescribe que «si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad». Además, los magistrados interpretaron que la prejudicialidad «resultará de aplicación siempre que un juicio civil se encuentre íntimamente vinculado al resultado de un proceso penal, atento que en todos los casos existe la misma razón de orden público que fundamenta aquella norma», aunque reconocieron que «en forma previa, debe establecerse si ambas acciones nacen del mismo hecho (arg. art. 1774 CCC) porque si no fuera así, las sentencias a dictarse no tendrían influencia alguna en la solución de la otra causa».

---

<sup>19</sup> En la causa penal se investigaba una supuesta estafa de los demandados que habían sido administradores de la sociedad anónima de la cual los actores eran accionistas. Los demandantes también iniciaron una acción civil para determinar la responsabilidad de los procesados en el marco de una locación de servicios, y si realizaron un ardid para inducir a la damnificada a «realizar actos de disposición patrimonial» ruinosos a sus intereses «y en beneficio de los administradores de sus bienes». Sin embargo, el juez de Primera Instancia entendió que en ambos procesos había «comunidad de causa» dada «la coincidencia de imputaciones respecto de la vulneración del derecho a la información, doble contabilidad y afectación del patrimonio de los accionistas que no participaban en la administración de la sociedad».

Aplicada la norma a la causa en estudio, los camaristas admitieron que la prejudicialidad «no reviste carácter absoluto y cabe estar para resolverla a las particularidades de cada caso concreto», y juzgaron que era inaplicable el instituto «cuando la dilación indefinida del trámite y de la decisión en el juicio penal provoca una restricción en el derecho de defensa por cuanto una sentencia fuera de tiempo es una sentencia en sí misma injusta y viola el artículo 18 de la Constitución Nacional», elementos que concurrían en este expediente. «Se presenta indefinida la duración de la causa penal, a poco que se repare en la circunstancia de que han transcurrido seis años desde su promoción y su estado actual es el de plena tramitación ante el Tribunal Oral Criminal n.º 22, siendo que fue elevada a esa sede el 11/3/2013 llevándose a cabo en la actualidad la instrucción suplementaria pertinente», explicaron los magistrados<sup>20</sup>.

El artículo 1775 CCC es una norma que permite al Juez, a su correcto arbitrio evitar la prejudicialidad de una cuestión penal sobre la acción de reparación de daños. Pensemos en daños generados por abuso de autoridad, pudiendo configurar el delito tipificado por el artículo 248 del Código Penal.

## 9. INTERPRETACIÓN POSIBLE

Se trata de una imaginación controlada por la norma, una interpretación posible pues no se infringe ley alguna, la «fantasía» de imaginar situaciones límites y acotarlas en una norma, particularmente para que los actores que dañaron no se enmascaren en la aparente legitimidad de una actuación estatal –nacional, provincial, municipal o de entidades públicas similares–. No se trata de dejar libre la imaginación, sino liberar la fantasía intelectual para imaginarse situaciones y ponerlas en un marco normativo, sistémico y lógico, asegurado, es la intuición socio jurídica, la fantasía controlada o sea la intuición axiológica y la percepción sociológica (política), asegurada normativamente<sup>21</sup> y siempre dentro del marco de nuestra Constitución Nacional.

<sup>20</sup> Puede verse en Permalink: <http://www.diariojudicial.com/nota/75819>

<sup>21</sup> PANUCCIO, Vincenzo, *La fantasia nel diritto*, Milano 1984, Giuffrè Editores: «24. Fatto ormai, se pur in largo senso, lo status quaestionis può ora riprenderis, con pú meditato discorso, el quesito sul comi si collochi la fantasi del soggetto nell'ambito del quell'insieme di atti teleologicamente orientati verso il ristato interpretativo, chque constituye appunto la interpretazione giuridica» pág. 65... la scienza giuridica, come scienza ermeneutica tende alla conoscenza della realtà empirica e storica dello spirito umano; se é vero a que ogni scienza ermeneutica cerca de interpretarae un linguaggio, é anche vero che uesta interpretaciones vuele esse conoescenza. Solo ue in alcuni delle sue forme piú complesse queda realtà rientra nel quadro delle scienze dello spirito, e aquince participa del caratteri generali dell'interpetazione soprandicati. ... Questo profilo genera un altro aspetto importante per il controllo della fantasia: la interpretazione non può condurer a norme impossibili, irrealizzabili, inattuabili, e debe por nell'ambito del realizzabile, dell'attuabile, dare la preferencia a ciò que meliio risponde alle esigenze pratiche del azione (p. 73)... inoltre, como sappia-

¿Por qué poner al margen de este sistema al funcionario público que usa la persona jurídica pública para su beneficio o para terceros, perjudicando a la misma persona jurídica pública o a terceros?

Nuestra opinión, es afirmar categóricamente que el derecho local provincial, no puede afectar los derechos y garantías que protegen el derecho de propiedad que emana de la Constitución Nacional.

No rechazamos la posibilidad del reclamo en sede administrativa, solo sostenemos la existencia de otra vía genérica, quizá mucho más efectiva y que aceptada por la doctrina actúe disuasoriamente sobre la tentación de funcionarios con poder.

## 10. INVITACIÓN A MEDITAR

«La dogmática jurídica cumple un papel sobresaliente, al elaborar conceptos y clasificaciones que facilitan el trabajo del operador jurídico, investido de la función de decidir. Así considerada, la Dogmática aparece como lo opuesto de la justicia. Mientras esta expresa la unidad del sistema aquella refleja su complejidad... hoy se tornan predominantes los procesos de decisión compleja, fundados en una epistemología constructivista que reivindica criterios de unidad y apertura sistémica, junto con recursividad transformacional y perspectiva teleológica... “La ley no está determinada ni por autoridades exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina; la ley está determinada de manera autorreferente, descansa sobre su propia realidad positiva. La ley debe su validez a esta autorreferencialidad: la aplicación de operaciones legales a los resultados de las operaciones legales. Por tanto, la validez del Derecho no puede ser importada desde fuera, sino solamente producida desde dentro del Derecho...” Implica que el Derecho se ha emancipado de otro tipo de racionalidad y cuenta con enfoques y respuestas propias frente a sus problemas... el tema crucial de nuestro tiempo: la complejidad. Al hacerlo, han permitido advertir, en lo que al Derecho concierne, el aumento incesante de la opacidad, que acompaña al incremento también incesante de complejidad, como consecuencia de la mayor diferenciación del subsistema jurídico, de la variabilidad en aumento de sus

---

mo, la fantasia intellettuale tende alla conoscenza, questa come ogni sapere deve essere logicamente apprendibile. Il controllo logico (formale o non) e reale, non resta dunque inerte di fronte alle acquisizioni fantastiche. Ma certo non basta: potrà spiegare la coerenza interna, ma non ancora la validità sul piano della realtà della conoscenza acquisita... Questa reazione emozionale che realizza una sorta di controllo di plausibilità può segnarsi in vario modo, ma significa in definitiva il senso comune, o specificamente per la nostra materia, il senso giuridico –que es una cualidad de intuición, agregamos–, elemento emocional che fa parte del sentimento comune, del sentimento giuridico, di cui el senso comune, il senso giuridico constituye una componente» (pp. 132 y ss.).

prestaciones y de la singularización permanente de sus comunicaciones»<sup>22</sup>. Y en la ruptura del contrato social, de la ética, de la convivencia...

Quizá se imponga pensar en procesos complejos constructivistas con unidad sistémica. Una interpretación dúctil del Derecho, siempre bajo el palio constitucional, que otorgue previsibilidad tanto al obrar como al sentenciar. Eso hace a la seguridad jurídica, a la previsión del funcionario que si desvía ilícitamente su obrar deberá reparar daños, con similar conclusión para el perjudicado: que podrá reclamar directamente al funcionario arbitrario, sin enredarse con la forma de litigar del Estado, que todos conocemos y padecemos.

Insistimos en algo fundamental: la aceptación de esta vía tendría un efecto disuasorio, por presencia previniendo actos de corrupción. Esta visión generará debate que, sin duda, es el motor del perfeccionamiento del sistema jurídico desentrañando el verdadero alcance y efectos de las normas, conforme sus valores y principios<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> CÁRCOVA, Carlos María, *Las teorías jurídicas Post Positivistas*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009, pp. 262 y ss.

<sup>23</sup> «Sobre el título preliminar del proyecto de código Civil y Comercial» en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

# Estado de Derecho: Defensa frente al Populismo y la corrupción

Bonifacio Ríos Ávalos<sup>1</sup>

*Secretario de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales*

## 1. INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho en la actualidad, su desarrollo, se vincula con los tratados internacionales, los organismos mundiales, regionales y fundamentalmente se vincula con los derechos humanos, que los Estados se obligan a respetar; sin embargo, aun así avanza un populismo en cierto momento agresivo y amenazante a la vigencia del Estado de Derecho.

En América esta idea se encuentra respaldada por la Convención Interamericana de los Derechos Humanos que ha creado el Tribunal Supranacional, que

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Civil (Obligaciones) y Derecho Comercial (Derecho Bancario) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Ex presidente de la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay. Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el año 2003. Ex miembro del Consejo de la Magistratura.

Obras publicadas: «Hechos y Actos jurídicos», con 14 ediciones. La lesión como vicios en los actos jurídicos» dos ediciones. «La teoría del Derecho y el contrato colectivo en la función pública» dos ediciones.

«Derecho comunitario», una edición. «La Responsabilidad Civil del Estado», 1 edición. Derecho Bancario, 6 ediciones, en coautoría con los profesores José Raúl Torres Kimrser y José Antonio Moreno Rodríguez y Aldo Rodríguez.

«La responsabilidad civil en el Derecho». Coordinador de la obra en común de «Derecho Mercantil, parte general», con Fernando Beconi y otros. Coordinador de las publicaciones de la ley, del «Código civil paraguayo comentado», libro segundo. «El daño moral, doctrina y jurisprudencia» La Ley 2011. «Factores de atribución de la responsabilidad civil». Editorial La Ley, año 2015. Independencia de los Poderes del Estado. Principios y Realidades. Editorial La Ley, 2016.

Miembro de número y secretario general de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Académico correspondiente de la Academia Gallega de Legislación y jurisprudencia. Académico correspondiente de la academia de Nicaragua de Legislación y jurisprudencia.

Coordinador de los cursos de doctorado y maestría en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.



inspira el accionar de las naciones nucleadas en torno al Pacto de San José de Costa Rica, en la idea de que esa asociación produzca un derecho común en materia de derechos humanos, para la vigencia del Estado de Derecho en el sentido en que pretendemos atribuir.

Estamos ante la necesidad de ese *ius commune* que debe proponerse como meta del proceso integrativo regional y mundial. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los Estados miembros se obligan a respetar y a adecuar sus legislaciones conforme a los principios del Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos.

El éxito en el funcionamiento de todo sistema radica en el grado de acatamiento que cada nación brinda a las normas contenidas en los tratados de derechos humanos y a las sentencias de los tribunales regionales, tránsito fundamental para la consolidación del Estado de Derecho en sentido puro.

## 2. LA CULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO DE DERECHO

El fenómeno cultural de respeto de los derechos humanos ha evolucionado lentamente en la historia mediante la consagración del Estado de Derecho, recién en los últimos siglos ha cobrado cuerpo en las legislaciones. La revolución francesa ha creado el germen del gobierno de las leyes y el respeto a la personalidad humana como fin principal y último del Estado.

Otras materias científicas, como la Física, Matemática o Medicina han evolucionado con mayor celeridad en la historia, que la ciencia jurídica. La ciencia del Derecho cuyo objeto es la regulación de la conducta humana en sociedad, advierte una incapacidad por varios siglos para detener a la fuerza organizada como medio de presión y de llegada al gobierno.

«El siglo xx ha sido el ambiente en el que se aclimató definitivamente el principio de la soberanía popular; esto dio lugar a que, por inspiración del postulado de autodeterminación de los pueblos, floreciera la propuesta democrática, primero como método de legitimación del poder y, luego, como forma de vida.

En esa atmósfera de transformaciones que se suceden, se va a operar la plena institucionalización del Estado de Derecho y, con ello, un paso más adelante, toma cuerpo la noción de que los Estados, como actores de las relaciones internacionales, deben afianzar sus vínculos enunciando como vectores de ese proceso a los presupuestos de un nuevo pacto social que diera cabida a los principios de no intervención, igualdad, defensa de la paz, solución pacífica de los conflictos, cooperación, autodeterminación de los pueblos, etcétera.

Esos lineamientos, cargados de un profundo *telos* axiológico, generaron dos consecuencias inmediatas para la humanidad. Una fue la internacionalización de los Derechos humanos; la otra se dio en llamar «integración»<sup>2</sup>.

En la post guerra mundial, se ensayaron procesos asociativos para unificar pautas de convivencia. Se admitieron instituciones jurídicas, originales y novedosas que, hasta ayer, aparecían como distantes e improbables, de Estado de Derecho y respeto a los derechos.

Partiendo desde la supremacía del Derecho local, denominada supremacía constitucional, axioma del constitucionalismo, ha reconocido fracturas que obligan a reajustes filosóficos y positivos, asimismo, la mentada supremacía constitucional, a partir de la nueva concepción aportada por los Derechos de los Tratados, aportado por la Convención de Viena de 1969, en su artículo 27, con el pretexto de la soberanía no podría dejar de cumplir con su obligación internacional, es decir, los tratados internacionales pasaron a adquirir una importancia mayúscula, pues los órganos internos dejaron de ser completamente soberanos en materia de Estado de Derecho y respeto de derechos humanos.

La Constitución de la República del Paraguay, en su artículo 1, establece que la República del Paraguay se constituye en un «Estado social de Derecho», que la soberanía reside en el pueblo (art. 2). Admite, igualmente, el orden jurídico supranacional en pos del respeto de los derechos humanos<sup>3</sup>.

«Observa HITTERS que, hasta hace algunos años, hubiera sido impensable para los cultores de las ciencias jurídicas en general y del Derecho internacional en particular, imaginar que los casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, podrían obligar a los países con tal fuerza como para lograr trastocar sensiblemente las normas locales»<sup>4</sup>.

Al gran esfuerzo de la humanidad, se debe sumar el fenómeno de la globalización, por los adelantos tecnológicos en materia de comunicación, eliminando distancia y tiempo creando nuevos paradigmas y nuevas condiciones de rela-

---

<sup>2</sup> Midón, Mario A. R.: Control de Convencionalidad. Editorial Astrea. Buenos Aires, año 2016.

<sup>3</sup> Artículo 145. Del orden jurídico supranacional. «La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

Dichas decisiones solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso».

<sup>4</sup> Midón, Mario. *Ob. cit.*, p. 3

cionamiento, de información y nuevas condiciones de vida que avanza en un proceso sin límites.

### 3. FORMA JURÍDICA Y FORMA DEL ESTADO

Siguiendo en este punto al maestro Hans Kelsen, la Constitución capta al Derecho en su movimiento, pues se trata de una teoría dinámica del Derecho, a diferencia de una teoría estática que busca concebirlo sin tomar en consideración su producción. En el punto central de los problemas de una dinámica jurídica se encuentra la pregunta por los diferentes métodos de producción de derecho, o por las formas del derecho, según el citado autor, pueden distinguirse dos tipos de normas jurídicas que estatuyen tales obligaciones jurídicas: aquellas en cuya producción el hombre obligado participa, es la consecuencia de la libertad como principio fundamental que en rigor, constituye su autodeterminación y aquellas que aparecen sin su participación, en este caso el hombre sujeto a norma, es si contra su voluntad.

Concluyendo, la forma del Estado designa el método de producción de derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la Constitución. Con el concepto de forma del Estado se designa el método de producción de normas generales regulado por la constitución.

Se entiende que la Constitución, como contrato social, crea al Estado, establece sus órganos y el sistema de producción y aplicación del derecho, partiendo de las normas más generales hasta las normas individuales, que podrá determinarse con el negocio jurídico de una abundancia ilimitada, o de las sentencias judiciales o laudos arbitrales o de una resolución administrativa. Desde ese punto de vista, debe existir un tránsito de principios, de la norma general a la norma particular, que constituye un verdadero proceso de creación del derecho, que conlleva la realización en su fase final del Estado de Derecho.

«Si se entiende por forma del Estado solo la Constitución como la forma de producción de normas jurídicas generales, se continúa solamente con la representación usual del Derecho, que comúnmente solo es visto como un sistema de normas generales, sin advertir que también la individualización de las normas jurídicas generales, el tránsito de la norma jurídica general a la individual, tiene que encontrarse en el marco del orden jurídico. La identificación de la forma del Estado con la Constitución corresponde plenamente al perjuicio de un derecho encerrado en la ley. Pero el problema de la forma estatal, como cuestión referente al método de producción de derecho, no se da solamente en la grada constitucional, ni siquiera solo en la legislativa, sino

en todos los niveles de producción de derecho y, en especial, en los diversos casos de instauración de normas individuales: acto administrativo, sentencia judicial, negocio jurídico»<sup>5</sup>.

#### 4. EL ESTADO Y DERECHO

La oposición entre el Derecho público y privado trae como consecuencia la distinción entre el Estado y el Derecho. Cuando la teoría tradicional del Derecho y del Estado, contraponen el Estado al Derecho, como un ente distinto, considerando al Estado como sujeto de obligaciones jurídicas y facultades, es decir, en cuanto lo considera como una persona, y simultáneamente le atribuye una existencia independiente del orden jurídico.

Esta concepción no es la correcta, pues, el Estado en rigor, es una creación del Derecho. Es el Derecho que le otorga las facultades y como entidad jurídica creada por la Constitución tiene obligaciones para con sus habitantes, como responsabilidades, como consecuencia de esa creación del Derecho.

#### 5. LA IDENTIDAD DEL ESTADO CON EL DERECHO

El Estado, inevitablemente, debe caracterizarse por ser un orden jurídico centralizado, pues, con la creación de los órganos de producción, sea legislativo o ejecutivo, también debe tenerse el órgano de aplicación del mismo derecho creado; por dicha razón el Estado debe ser un orden jurídico centralizado de creación y ejecución del derecho, caso contrario no podría considerarse como Estado.

Sería simplemente un caos, que el ordenamiento no constituya órganos de producción del derecho, como órganos de aplicación del derecho, si se tuviera que recurrir a un mismo órgano para la creación y al mismo tiempo para la aplicación del derecho, circunstancia que estaría negando los postulados más sólidos del Estado de Derecho, como producto del sistema republicano de gobierno.

Expresa Kelsen: «Es usual caracterizar al Estado como una organización política. Pero así solo se expresa que el Estado es un orden coactivo, puesto que el elemento específicamente "político" de esa organización reside en la coacción ejercida de hombre a hombre, regulada por ese orden; en los actos coactivos que el orden jurídico enlaza a las condiciones que determina. Como organi-

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Porrúa. México, 1993.

zación política, el Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es un Estado, ni los órdenes jurídicos pre estatales de las sociedades primitivas, ni el orden jurídico supra o interestatal, del Derecho internacional, configuran un Estado. Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado»<sup>6</sup>.

En primer término se debe destacar que las sociedades primitivas no conocen órgano legislativo central, sino que lo son consuetudinariamente, lo que significa que el procedimiento de producción general de derecho está descentralizado.

El orden jurídico pre estatal no establece tribunales competentes para aplicar normas generales a casos concretos, sino que facultan a los sujetos mismos sometidos a ese orden jurídico a desempeñar esas funciones y, especialmente, a llevar a cabo, como autodefensa, las sanciones estatuidas por el orden jurídico. Sin embargo, en la actualidad en el Derecho Internacional, principalmente en el orden regional fueron creados tribunales, como los tribunales supranacionales y los tribunales de derechos humanos, en armonía con la concepción globalizada del Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos.

El Derecho primitivo reconoce la venganza de la sangre sobre el asesino y sus parientes, es decir, que están autorizados a imponer la pena primitiva; es el acreedor mismo el que puede poner mano sobre el deudor moroso para resarcirse mediante la apropiación de una prenda, esta forma primitiva de la ejecución civil permaneció por varios siglos, aplicando el Derecho consuetudinario, sin ser órganos centrales que funcionen con división del trabajo.

Al principio también el Derecho internacional no contaba con órganos centralizados, pero se debe aclarar que la Unión de Estados se conforma según los principios y normas del Estado de Derecho, como la Unión Europea, que cuenta con órganos de producción y aplicación del Derecho, que obliga de manera inmediata a sus miembros como también con un efecto inmediato. Aun así, coincidimos con Kelsen que no es Estado, pero constituye unión de Estado que se funda exclusivamente en el Derecho.

Como comunidad social, el Estado se compone –según la teoría tradicional del Estado– de tres elementos: la población del Estado, el territorio estatal y el llamado poder estatal, ejercido por un gobierno estatal independiente. Estos

---

<sup>6</sup> KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*.

tres elementos solo pueden ser determinados jurídicamente, es decir, solo pueden ser entendidos como la validez y los dominios de validez de un orden jurídico.

## 6. EL GOBIERNO. EL ESTADO Y EL DERECHO

Al «gobierno podría considerarse como el elemento directivo del Estado, y también es reflejo de la *organización política de la nación*, pues desde el punto de vista jurídico, el Estado es una entidad ideal, es una persona jurídica, y el gobierno es el elemento humano que debe asistir en nombre del Estado para resolver los problemas reales que se presentan en el territorio de dicho Estado.

Ante la identificación, común entre gobierno y Estado, el profesor Giorgio del Vecchio, en la Universidad de Roma, explicaba con una metáfora la diferencia entre el gobierno y el Estado, al comparar con una orquesta musical, donde existe un pentagrama musical y los músicos que ejecutan dicho pentagrama musical. En la medida de una buena ejecución, se tendrá una música agradable; en caso contrario no. El pentagrama musical, representa a la Constitución que crea el Estado y los músicos son personas de carnes y huesos, que representan al gobierno; en la medida en que se ejecuta correctamente la Constitución se tendrá un buen gobierno; caso contrario, no.

Por otro lado, la palabra gobierno suele ser utilizada de diferentes maneras en el ámbito del Derecho público:

Se usa como verbo, para referirse a la *acción de gobernar, de conducir los destinos de un país*, y en este sentido quienes son protagonistas de esa acción de gobernar son las autoridades, es decir, los gobernantes.

También se utiliza para referirse al conjunto de órganos que ejercen el "poder político" del Estado, para conducir los destinos de una Nación, es decir, a las autoridades.

En definitiva, el gobierno tiene a su cargo, la realización de los fines del Estado y asume la responsabilidad política y jurídica del cumplimiento de dichos fines; el gobierno está integrado por el conjunto de hombres que tiene a su cargo el ejercicio del poder, por lo que es deber del mismo, desde su asunción hasta la entrega, cumplir con los deberes del Estado frente a sus habitantes. De allí es correcto decir que la falta de realización de las obras para el bienestar común es responsabilidad del gobierno y no atribuir la desidia al Estado, pues el mismo es una entidad ideal que no tiene presencia

física ni operativa; por tanto, no es prolijo ni científicamente correcto afirmar la falta de presencia del Estado, cuando los gobernantes no han realizados sus deberes»<sup>7</sup>.

## 7. EL ESTADO DE DERECHO

Si el Estado es un orden jurídico, todo Estado sería un Estado de Derecho; sin embargo, la denominación se emplea para designar cierto tipo de Estado, correspondiente a aquel que se complace con las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. «Estado de Derecho», en este sentido específico, es un orden judicial y la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados los derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión.

Considerar que el Estado es anterior al Derecho y que el Derecho es producción del Estado, al cual se someterá, como una auto obligación simplemente, para considerarse un Estado de Derecho, es erróneo, pues debemos partir que los legisladores originarios por medio de la Ley Suprema crea al Estado, estableciendo sus funciones. Por tanto, concebir al Estado como una realidad social diferente al Derecho, sería confundir al Estado moderno con el primitivismo personal.

Siguiendo a Kelsen en este punto «el Estado, existente independientemente del Derecho como una realidad social, primeramente crea el Derecho, para luego someterse, por decir así libremente, a ese Derecho. Solo entonces sería un Estado de Derecho. Por de pronto debe establecerse que un Estado no sujeto a Derecho es impensable. Puesto que el Estado solo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres que se atribuyen al Estado como persona jurídica. Y semejante atribución solo es posible con base en normas jurídicas que determinan esos actos de manera específica... No se produce, ni puede producirse, un proceso en el cual un Estado, preexistente a su derecho, cree el Derecho, para luego someterse a él. No es el Estado el que se subordina al Derecho por el creado, es el Derecho el que regula la conducta de los hombres y, específicamente, la conducta orientada a la producción de Derecho, sometiéndose así a esos hombres»<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> RÍOS ÁVALOS, Bonifacio: *Independencia de los Poderes del Estado. Principios y realidades*. Editorial la Ley. Obra jurídica presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho. Asunción, Paraguay, año 2016

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *Ob. cit.*

## 8. LA ANOMALÍA DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA TEORÍA DEL ESTADO EN EL PENSAMIENTO DE KELSEN<sup>9</sup>

Pero, sobre todo, ha sido Hans Kelsen quien llegó al grado máximo de unidad en la concepción conjunta, metódicamente fundada, de una teoría del Derecho y del Estado son las hijas siamesas de Kelsen, según comentario de Del Vecchio.

Claro que la unidad conseguida por «Kelsen no es normal, y ello no tanto por haber reducido la teoría del Estado a teoría jurídica, en virtud de su famosa identificación entre Derecho y Estado, es decir, no tanto por haber elaborado una teoría jurídica del Estado, como a primera vista pudiera parecer, y como él mismo cree haber hecho, cuando a causa de haber suplantado uno y otro objeto científico, el Derecho y el Estado, por aquellos materiales puramente lógicos (nomológicos) con que opera su teoría pura del Derecho, lo cual significa, no solo la destemporalización y desrealización del Estado –en cuanto trozo vivo de la realidad histórico-social–, sino también la logificación del Derecho en cuanto norma ética».

Al hablar de una concepción y de un tratamiento unitarios de la «Teoría del Derecho y del Estado, no aludimos, claro está, a ninguna reducción de una disciplina a otra, realizada más o menos por el estilo de lo que acaece con Kelsen, sino la unificación del tratamiento de los problemas fundamentales referentes al Derecho y al Estado, obtenida en virtud de la íntima relación que entre uno y otro de estos dos objetos existe. El Estado no es sino la forma histórica típica de organización política propia de la civilización occidental. Y de esta suerte, entre Derecho y Estado media aquella íntima relación que se da entre orden y organización. El orden es la cifra o fórmula de la organización. La organización no consiste sino en la ejecución del orden. Entre orden y organización existe aquella misma relación que entre una composición musical escrita sobre el papel con los signos de notación propia de este arte, y la misma obra musical ejecutada por una orquesta. El Estado es como una melodía en ejecución en la que las notas que vibran son hombres de carne y hueso: el derecho es el texto musical.

Asimismo, podría ser comparado el Estado con una obra dramática en acción, alternando en lo cómico y lo trágico, el acontecer tiene un desenlace feliz o tremendo: entonces el Derecho vendría a ser con respecto al Estado lo que la obra escrita es respecto a la obra representada sobre el escenario.

---

<sup>9</sup> RÍOS ÁVALOS, Bonifacio: Ideas expuestas en el libro *Independencia de los Poderes del Estado. Principios y realidades*. Presentado en el IX Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas en Asunción.



Cabalmente, Platón en *Las Leyes*, ha dicho que el Estado constituye la mejor y más sublime tragedia que existe, con la única diferencia de que no se trata de una obra representada, sino que su acción es y acontece de verdad... Y, en efecto, el análisis ontológico de la realidad estatal descubre en esta última los siguientes elementos: a) una actuación social de un círculo amplio de hombres, determinado, ante todo, por la sedentariedad territorial de un ordenamiento jurídico a base del cual y con arreglo a estos últimos y, consiguientemente, por la historia; b) cual se despliega y es exigible aquella actuación social; c) hombres o colegios de hombres, especialmente destacados con respecto a los demás, en cuya virtud actúan como establecedores, mantenedores y aseguradores de dicho orden y de la actuación social resultante con arreglo a él...»<sup>10</sup>.

Cabe mencionar que Del Vecchio<sup>11</sup> realiza un análisis crítico a la concepción de Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, al concebir al mismo como simple creación del derecho, sin tener en consideración el aspecto histórico y social. Sin embargo, igualmente, no comparte un exceso del historicismo donde se pretende concebir al Estado como fruto de los acontecimientos históricos.

Sigue exponiendo el filósofo italiano, afirmando que existe un error en la visión tradicional Teoría del Estado, principalmente por su falta de conciencia histórica, al pretender establecer recetas para todos los Estados y de todos los tiempos... En efecto, la teoría del Estado del siglo XIX y de la primera parte del XX, no tuvo conciencia histórica. Y de ahí provenía precisamente su universalización del concepto de Estado y su aspiración a elaborar un sistema de conceptos de validez universal, aplicables al «Estado», al Estado de todos los pueblos y de todos los tiempos<sup>12</sup>.

El Estado no es un fenómeno social constante y permanente, sino una forma histórica transitoria: lo que es permanente y constante en el hombre a través de los tiempos, es su naturaleza, y, por tanto, su vocación social, su instinto de convivencia, del que brota, entre otras manifestaciones, la vida política, que ciertamente no puede desplegarse sin alguna organización.

Cada civilización tiene la suya.

Por otro lado sostiene que el Estado es una creación de la civilización occidental, y como consecuencia de dicha creación, se ha elaborado un sistema

---

<sup>10</sup> DEL VECCHIO: *Teoría del Estado*. Editorial Bosch. Barcelona, 1956, p. 20.

<sup>11</sup> En los últimos años Del Vecchio publicó varias obras, entre ellas, *Teoría del Estado*, según algunos, influenciado por la gran espiritualidad y anhelos religiosos, que le dio el catolicismo, convirtiéndose a esta religión a su avanzada edad, habiendo recibidos las aguas bautismales en las catacumbas de Priscilia.

<sup>12</sup> DEL VECCHIO: *Teoría del Estado*, pp. 25, 26, 27.

de conceptos, referidos a una forma histórica determinada, con peculiaridad propia, por lo que, no podrá proyectarse sobre los fenómenos análogos de otra latitud histórica<sup>13</sup>.

## 9. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN UN ESTADO DE DERECHO

Como se observara precedentemente, un Estado de Derecho considerado en sí mismo, en la actualidad, que actúa según las leyes que lo gobierna, respetando algunos principios fundamentales, como la división de los poderes o bien órganos creados por la Constitución, legislativo, ejecutivo y judicial, en un sistema de independencia e interrelación, un sistema de respeto a los derechos humanos en forma integral, requiere del órgano de control de la constitucionalidad, teniendo en consideración que todos los derechos se plasman como garantía en una Constitución.

Siguiendo a Manuel Ramírez Candia, autor paraguayo, el control de constitucionalidad por un órgano público determinado podrá realizarse de la siguiente manera:

### 9.1 CONTROL JUDICIAL

«Ocurre cuando el órgano de control de constitucionalidad se ubica dentro de la estructura del Poder Judicial y que puede presentar dos variantes: 1) control por un órgano exclusivo del Poder Judicial y 2) Control por varios órganos de dicho poder del Estado.

### 9.2 CONTROL JUDICIAL CONCENTRADO

El control judicial concentrado ocurre cuando un orden jurídico determinado establece que el control de constitucionalidad es competencia exclusiva de un determinado órgano del Poder Judicial, como la Corte Suprema de Justicia. Este sistema de control concentrado supone que si el Juez que entiende de un conflicto tiene la necesidad de una declaración de inconstitucionalidad, debe remitir el expediente al órgano de control exclusivo de constitucionalidad.

---

<sup>13</sup> RÍOS ÁVALOS, Bonifacio: Ideas expuestas en la obra: *Independencia de los Poderes del Estado. Principios y Realidades*. IX Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas.

### 9.3 CONTROL JUDICIAL DIFUSO

Este sistema de control ocurre cuando el ordenamiento jurídico de un estado habilita el ejercicio de control de constitucionalidad a varios órganos judiciales.

Es decir, lo que caracteriza y distingue a este sistema de control es la existencia de varios órganos judiciales competentes para el ejercicio del control de constitucionalidad, y no uno con exclusividad para dicha tarea.

### 9.4 CONTROL POLÍTICO

Este sistema de control ocurre cuando un orden jurídico determinado atribuye la competencia para el ejercicio del control de constitucionalidad a un órgano público ubicado dentro de la estructura de uno de los poderes políticos del Estado, que puede ser el Ejecutivo o el Legislativo.

### 9.5 CONTROL EXTRA PODER

Ocurre cuando se establece como órgano de control de constitucionalidad un órgano público que no depende jerárquicamente de ninguno de los poderes del Estado.

Este sistema de control supone que la Constitución del Estado crea un órgano constitucional no dependiente de los otros poderes del Estado, con la finalidad exclusiva de ejercer el control de constitucionalidad, tal como ocurre en algunos Estados europeos que establecen los «Tribunales Constitucionales»<sup>14</sup>.

### 9.6 CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PARAGUAY

El órgano de control concentrado de constitucionalidad en el Paraguay es el judicial, por medio de la Corte Suprema de Justicia, con una facultad exclusiva y excluyente de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, actos administrativos o judiciales.

Se debe destacar, sin embargo, que tanto la Constitución como la ley de rito, establece el deber de los jueces de aplicar la Constitución en primer lugar al

---

<sup>14</sup> RAMÍREZ CANDIA: Manuel de Jesús, *Control de Constitucionalidad*. Editorial Arandurá. Asunción, 2017.

dictar sus resoluciones. Este deber es una forma de control de en la aplicación de los principios y normas constitucionales, disposición saludable para la vida y la vigencia de la Constitución, empero, no implica la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los actos normativos. Por otra parte también se debe puntualizar que todos los órganos públicos deben aplicar la Constitución en el ejercicio de sus funciones.

Este órgano cuenta con la Sala<sup>15</sup> Constitucional para entender en la inconstitucionalidad de los actos judiciales, legislativos o administrativos, sin embargo, el pleno podrá integrarse para el análisis de algunas cuestiones complejas, a pedido de uno de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, la ley establece los casos en que el Pleno deberá entender para la solución jurídico constitucional del caso planteado, verbigracia, cuestiones electorales, es decir, resoluciones del Superior Tribunal de la Justicia Electoral, resoluciones del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, o cuestiones de límites que afectan a los departamentos, etc.

## 10. POPULISMO

Frente a este gran esfuerzo teórico, filosófico, lógico y la tarea milenaria de la humanidad para concebir un Estado donde se respete las leyes y los derechos humanos, con el fin de que los gobernantes tengan las limitaciones en el ejercicio del poder, para evitar los abusos, extralimitaciones o abuso de poder, surgieron varias corrientes en el mundo donde primaría el liderazgo personal y fuerte, respaldado por una mayoría construida artificialmente que posibilita al gobernante vulnerar las leyes y los derechos fundamentales de los ciudadanos, imponiendo su voluntad autocrática, en desmedro del Estado de Derecho.

Esta forma de gobierno, con un fuerte liderazgo de un sujeto carismático, con propuestas de igualdad social y movilización popular, no es privativa ni de la derecha, ni de la izquierda, donde más bien resalta un proyecto político de

---

<sup>15</sup> Artículo 260. De los deberes y de las atribuciones de la sala constitucional.

Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que solo tendrá efecto con relación a este caso, y

decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.

El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

carácter personal, sin planificación legal, ni económica, pues los beneficios generalmente son para los partidarios. Esta corriente ha surgido en los siglos XIX y XX, inicialmente para derribar el capitalismo y combatir el imperialismo.

Las experiencias en América Latina son numerosas. Se podría citar como ejemplo, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Brasil, Argentina, Costa Rica, México, etc.

Se considera que el concepto de populismo es uno de los más ambivalentes, no responde a una ideología predeterminada, sino más bien constituye estrategia para un levantamiento popular aprovechándose de las injusticias sociales.

En Iberoamérica, hubo una irrupción de una nueva serie de movimientos que fueron definidos como populistas y que tienen más que ver con la concepción de populismo que concebimos hoy en día. Es la inquietud de unas clases sociales que trataban de emerger y las ya posicionadas generaban resistencia. Las clases medias nacientes no eran capaces de hacer frente a las estructuras aristocráticas previas; en consecuencia, los nuevos líderes debieron aliarse con las clases populares para combatir la pobreza que es el caldo de cultivo del populismo.

También, es consecuencia de los déficits institucionales de los regímenes representativos y en la actualidad existe una desconfianza en una globalización generadora de incertidumbres y desigualdades en el plano social y económico, por el avasallamiento de las empresas multinacionales. Todos ellos dan cabida a un régimen que ofrece falsas soluciones, así empieza un populismo democrático que concluye por ser un populismo autoritario.

## 11. CONCLUSIÓN

La defensa del Estado de Derecho, frente al populismo, solo podrá realizarse mediante el fortalecimiento de las instituciones democráticas, la consagración y el respeto de la división, independencia y recíproco control de los Poderes del Estado.

Fortalecimiento, especialmente del Poder Judicial, frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo.

El establecimiento de la justicia social, impulsando el desarrollo y el combate a la pobreza, mediante la planificación de la economía y la promulgación de

leyes favorables a una buena redistribución de la riqueza, surgida de los recursos impositivos.

El establecimiento de la periodicidad del ejercicio del poder y la sujeción estricta a la voluntad legal.

Finalmente, el populismo no es la solución a los grandes problemas de la humanidad, que generalmente arranca con grandes expectativas y finaliza con grandes decepciones.

# Estado de Derecho, Defensa frente al populismo y la corrupción

Cesáreo Rocha Ochoa

*Academia Colombiana de Jurisprudencia  
Miembro Honorario*

Hemos considerado que para ordenar los temas de la presente ponencia y armonizar su exposición, debemos brevemente hacer unas precisiones sobre el Estado de Derecho, el concepto de Estado-Nación, la definición de la democracia, del desequilibrio entre las tres ramas del poder público, el populismo y la corrupción, de la siguiente manera:

**Definición de Estado.** Se ha definido el Estado como el marco político en el cual se enfrentan las fuerzas del poder y de la libertad. André Hauriou<sup>1</sup> afirma que «Un Estado es una agrupación humana, fijada en un territorio determinado en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción.» Maurice Hauriou<sup>2</sup> reserva el nombre de Estado al «Conjunto de población de civilización ya avanzada, donde el poder político, separado de todo elemento extraño, especialmente de toda patrimonialidad, toma el aspecto de una autoridad soberana que se ejerce sobre hombres libres».

Según la Constitución de 1991 «Colombia es un Estado social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

A su vez España, desde la Constitución de 1978, se constituyó políticamente en Estado. Comenta André Hauriou, en la obra citada, que «Tal Estado se

---

<sup>1</sup> HAURIUO, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Colección Demos, Ediciones Ariel. Biblioteca de Ciencias Política. 1980. Traducción castellana para España y América.

<sup>2</sup> HAURIUO, Maurice: *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*. Editorial Legis 6.ª Edición. Bogotá 1996, Cita de Jaime Vidal Perdomo, p. 56.

define como social, democrático y de derecho, es decir, asume e integra los grupos y fuerzas sociales preexistentes en España, reconociendo que es la población española quien ostenta la suprema voluntad de decisión política y garantizando la resolución jurídica o pacífica de cualquier conflicto que pueda dividirla o enfrentarla.» El Estado español propugna como principios filosóficos «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.» Observamos por lo tanto, que los principios fundamentales enunciados en sus Cartas Políticas son coincidentes con las nuestras.

El Estado contemporáneo tiene en la cultura occidental similares características y es en este escenario donde las instituciones políticas y administrativas permiten el desarrollo y la convivencia de las comunidades establecidas en su territorio.

**El Estado-Nación.** Es decir, donde el poder del Estado se realiza respecto de una población que tiene vínculos espirituales y materiales que lo unen al poder territorial y al del Estado y lo diferencian de las demás comunidades similares. En él se han suscitado controversias naturales al ejercicio de la democracia y, particularmente, entre los tres órganos del Estado cuando uno de ellos invade la órbita del otro y por lo tanto se desequilibra el ejercicio tradicional ideado por Montesquieu el cual hasta los comienzos del siglo XXI, no ha sufrido modificación constitucional.

**Ruptura del equilibrio de poderes.** Ha sido el órgano ejecutivo del poder público el que a veces ha invadido la órbita del órgano legislativo, en ocasiones por una actitud presidencialista arrolladora, dominante y que infortunadamente ha contado con la anuencia de los integrantes del poder legislativo que de alguna manera se pliega ante las pretensiones del gobernante de turno. Valga la pena comentar que tradicionalmente el poder judicial ha sido el más independiente, bien sea porque ha rechazado las pretensiones del ejecutivo o porque consciente de su función administradora de justicia ha podido sortear con éxito las tentativas de sumisión.

En el caso colombiano, se ha presentado un desequilibrio entre las ramas del poder público por las funciones electorales determinadas en la Constitución, concretamente cuando se le atribuyó al Senado la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional, de sendas ternas que le presenten el Presidente de La República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art. 239) y del Procurador General de La Nación, (art. 173, ordinal 7.º) este último representante de uno de los órganos de control. La atribución de la Cámara de Representantes de elegir al Defensor del Pueblo, (art. 178 ordinal 1, Institución que teóricamente debería ser independiente para el normal ejercicio de sus funciones). Otro aspecto que compromete la independencia de la Rama Judicial, resulta de la elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Conse-



jo de Estado, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura. (Art. 231). El Consejo Superior de la Judicatura está dividido en dos salas: La sala administrativa integrada por seis Magistrados elegidos de la siguiente manera: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado. La sala jurisdiccional disciplinaria, integrada por siete Magistrados, son elegidos por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Presidente de la República, como cabeza del ejecutivo. Ha sido la propia Carta Política la que estableció el desorden en las ramas del poder público.

Estas funciones electorales, en las altas Cortes, han provocado varios debates nacionales y en la búsqueda de soluciones institucionales, se han presentado al Congreso proyectos de reforma de la Constitución que no han logrado convertirse en actos legislativos y, por lo tanto, continúan en vigencia, en razón de la polarización de las fuerzas políticas en el interior del Congreso de la República. Una amplia gama de soluciones se han presentado para que personas e instituciones extrañas a las ramas del poder público se hagan cargo de las funciones electorales como son, valga el ejemplo, la Asociación de Rectores de Universidades, los Decanos de las Facultades de Derecho, los Colegios de Abogados, la Corporación de Excelencia de la Justicia, y la Academia Colombiana de Jurisprudencia, es decir, entidades privadas, quienes podrían sustituir la función que hoy está deferida a las altas Cortes.

El pasado 21 de agosto, por primera vez en la historia nacional, el Contralor General de la República, uno de los principales órganos de control del Estado, fue elegido por el Congreso Nacional por concurso de méritos y no por ternas presentadas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Es el primer acto de supresión de las funciones electorales de las altas Cortes, lo cual representa un importante avance en el propósito de lograr la independencia funcional de los órganos de control con el fin de sustraerlos del juego político.

**Noción de Democracia. Dualismo, Libertad-Igualdad.** Quizá la más afortunada definición de la Democracia resultó del discurso de Lincoln en Gettysburg, el 19 de noviembre de 1863: «Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo». La concepción de la Democracia clásica tiene estirpe liberal, es decir, en la cual se considera a la Libertad como valor primordial. En ella se entiende «el gobierno para el libre desarrollo del pueblo» y para la libertad de cada uno de los individuos que componen el pueblo. Es característica de la Democracia liberal su protección por la acción gubernamental y el de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Frente a este concepto de Democracia se ha diseñado otra denominada Democracia Autoritaria o Democracia Marxista, esta última cada vez más restringida con ocasión de la extinción de la Unión Soviética y su limitada vigencia en países como China, Corea del Norte, Cuba y últimamente, aun cuando no declarada formalmente, en la República de Venezuela.

En el Estado-Nación, dentro de un marco de libertades y derechos en la época contemporánea, se vienen presentando conflictos, controversias, disparidades de criterios propios de la vida en democracia, por los desequilibrios entre las sociedades más desarrolladas y las que se encuentran en vía de desarrollo, como resultado de la mala integración del progreso en el medio ambiente natural, el carácter depredador del hombre ante el avance de las técnicas modernas, la polución del aire, la contaminación de los ríos y los mares, los traumatismos provocados por el ruido, el desborde de la producción automovilística, la congestión de las vías urbanas, el exceso de la producción de plásticos y de objetos no renovables y de muy prolongada degradación. También, uno de los factores que han trastornado la relación entre el individuo y la sociedad, está en el desmesurado crecimiento del urbanismo segregativo.

Además de lo anterior, el Estado-Nación está afectado por el cáncer del populismo y la exaltación del sentimiento ciudadano por el Nacionalismo.

**El Populismo.** A diferencia de las controversias suscitadas en el seno de la Democracia, los desequilibrios presentados entre los órganos del poder público, los excesos cometidos por el ejecutivo al invadir la órbita del poder legislativo, en los últimos años, se han presentado en el ámbito internacional algunos hechos que constituyen un atentado a fondo contra el orden democrático y la institucionalidad del Estado. Es la oleada del populismo.

Mario Vargas Llosa<sup>3</sup> afirma que «El Comunismo ya no es el enemigo principal de la democracia liberal –de la libertad–, sino el populismo. Aquel dejó de serlo cuando desapareció la U.R.S.S., por su incapacidad para resolver los problemas económicos y sociales más elementales, y cuando, por las mismas razones, China Popular se transformó en un régimen capitalista autoritario. Los países comunistas que sobreviven –Cuba, Corea del Norte, Venezuela– son unas dictaduras que padecen un Estado tan calamitoso que difícilmente podrían ser un modelo, como pareció serlo la U.R.S.S. en los tiempos de Lenin y Stalin, –supuestamente– diría yo, para sacar de la pobreza y el sub desarrollo a una sociedad. El sufrimiento y las atroces matanzas que costó, han acabado con aquella ilusión. El Comunismo es ahora una ideología residual y sus seguidores, grupos y grupúsculos, están en los márgenes de la vida política de las naciones. Pero, a diferencia de lo que muchos creíamos, y como lo proclamó Francis Fukuyama en un libro célebre –"El fin de la historia y el último hombre"– que la desaparición del comunismo reforzaría la Democracia Liberal y la extendería por el mundo entero, ha surgido la amenaza populista. No se trata de una ideología, sino de una epidemia viral –en el sentido más tóxico

---

<sup>3</sup> VARGAS LLOSA, Mario: «El Populismo, el nuevo enemigo», *El Estallido del Populismo*. Ediciones Planeta, S.A. 2017, Barcelona y España.

de la palabra— que ataca por igual a países desarrollados y atrasados, adoptando para cada caso máscaras diversas, de ultra izquierdismo en el tercer mundo y de derechismo extremista en el primero. El populismo es una degeneración de la democracia, que puede acabar con ella desde dentro. Ni siquiera los países de más arraigadas tradiciones democráticas, como Gran Bretaña, Francia, Holanda y Estados Unidos, están vacunados contra esa enfermedad; lo prueban el triunfo del *brexit*, la presidencia de Donald Trump, que el partido de Geert Wilders (el PVV o partido por la Libertad) haya encabezado todas las encuestas para las elecciones holandesas a lo largo de este año y el Frente Nacional de Marine Le Pen las francesas. Hay muchos otros ejemplos semejantes en Europa y el resto del mundo.

¿Qué es el populismo? Ante todo, la política irresponsable y demagógica de unos gobernantes que no vacilan en sacrificar el futuro de una sociedad por un presente efímero. En el tercer mundo, viene disfrazado el progresismo».

Agrega Vargas Llosa que «en el primer mundo, el populismo adopta, sin escrúpulo alguno, la máscara de una derecha nacionalista que supuestamente defiende la soberanía nacional de injerencias foráneas, sean económicas, religiosas o raciales. Donald Trump promete a sus electores que "América será grande de nuevo" blindando sus fronteras con medidas proteccionistas contra la competencia desleal y pretendiendo expulsar a 11 millones de inmigrantes ilegales, que roban el trabajo a los estadounidenses y usurpan sus beneficios sociales, y que, armándose hasta los dientes "volverá a ganar guerras de nuevo". «... Ingrediente central del populismo es el nacionalismo, la fuente, después de la religión, de las guerras más mortíferas que haya padecido la humanidad».

En España se está presentando una ola de populismo, como es el caso de las actitudes izquierdistas del partido Podemos como también las amenazas independentistas de Cataluña y del denominado País Vasco.

María Corina Machado<sup>4</sup>, una de las principales líderes de la resistencia democrática en Venezuela, ex diputada de la Asamblea Nacional, de donde fue expulsada del régimen chavista, afirma que «El populismo es uno de los grandes males de nuestro tiempo y en Venezuela se ha desplegado a plenitud. Es urgente entender el caso venezolano para contener y apagar un foco de alcance continental desde el que irradia opresión, corrupción y caos, así como para alertar sobre un *modus operandi* que no debe tomar a nadie por sorpresa. (...) el populismo es un salto hacia lo desconocido que puede conducir a los más

---

<sup>4</sup> CORINA MACHADO, María: «La tiranía chavista y la decisión de Venezuela», *El Estallido del Populismo*. Editorial Planeta, S.A. 2017. Barcelona y Bogotá.

nefastos e imprevistos resultados para una sociedad: militarismo, colectivismo, hambruna, violencia, degradación. ... Durante la campaña presidencial de 1998 Chávez no se pronunció como alguien de izquierda o derecha, ni como socialista ni como partidario del libre mercado, aunque sí como alguien que daba por podrido al modelo liberal de la democracia instaurada en 1958».

Ya refiriéndose al gobierno de Hugo Chávez en Venezuela, y específicamente a los amplios poderes concedidos mediante una ley habilitante desde noviembre del 2000 hasta noviembre de 2001, «el presidente dio a conocer por radio y televisión los 49 decretos leyes que tenían por común denominador la voluntad de afectar severamente los derechos inalienables de los ciudadanos venezolanos: el gobierno chavista pretendía violentar los derechos de propiedad, libre asociación, autonomía sindical y universitaria, enseñanza primaria y secundaria libre de adoctrinamientos y tantos otros». La resistencia ciudadana, señala María Corina Machado «se articuló progresivamente en un movimiento ciudadano de enormes proporciones que le plantó cara a las ambiciones ya no solamente populistas, sino también claramente auto drásticas y potencialmente totalitarias del gobierno encabezado por Hugo Chávez». Fueron muchas las manifestaciones ciudadanas, gigantescas, casi diarias, donde la ciudadanía le solicitaba al dictador la mínima atención para su supervivencia, puesto que las necesidades de la comunidad eran crecientes y no solamente los supermercados estaban desabastecidos, sino que los problemas de salud demandaban angustiosas soluciones ante la falta de medicamentos y de atención hospitalaria, entre tantas solicitudes.

La corrupción siguió rampante, el Estado petrolero cada vez disminuía su producción, por falta de mantenimiento en las refinerías, los yacimientos y en general en la empresa encargada de administrar este oro negro: PDVSA, la cual fue saqueada, retirados los Ingenieros especializados, para reemplazarlos por personas sin especialización ni conocimiento de tan delicada actividad. En todos los organismos del Estado se colocaron personas afines al régimen, en algunos casos por parte de cubanos y de militares corruptos, entidad que cuadruplicó su nómina en cuestión de diez años, a nivel nacional se aumentó la burocracia de manera desmedida puesto que se constituyeron hasta treinta ministerios, «se duplicó en quince años la nómina de empleados públicos a más de tres millones, en un país de treinta millones de habitantes –y se llegó a contabilizar un número absurdamente elevado de Generales en las Fuerzas Armadas, se multiplicó por siete la deuda externa con respecto a 1998. Por esta vía además, mediante las oportunidades que dan la discrecionalidad y la carencia absoluta de poderes contralores, surgió una casta de pseudo empresarios adictos al régimen –los boliburgueses– financiados por recursos del Estado, quienes devuelven fielmente a sus padrinos los favores recibidos». «Chávez nunca dejó de apelar al populismo como práctica política, su volun-

tad de reformar al Estado para convertirlo en un régimen muy parecido al castrista, dejaba clara su orientación totalitaria.

Relata la líder demócrata en referencia que «Cuando más poder tenía, Chávez enfermó de cáncer y dejó designado a Nicolás Maduro como su eventual sucesor. Cuando un presidente demócrata fallece en el cargo, por mucha conmoción que genere el hecho, simplemente se siguen los procedimientos constitucionales y legales para resolver su ausencia. Pero cuando muere un autócrata que ejerce despóticamente el poder, la incertidumbre es máxima. Fueron entonces necesarias varias semanas de maniobrar inconstitucionales y torcidas interpretaciones jurídicas que el régimen tuvo que implementar a principios de 2013 para permitir a Maduro competir y «ganar» las elecciones presidenciales que tendrían lugar al declararse la falta absoluta de Chávez». La prensa registró el fraude que se cometió en las elecciones presidenciales de 2013 para llevar a Maduro a la presidencia de Venezuela.»

Respecto de otro ejemplo de populismo, concretamente el que llevó a Donald Trump el 8 de noviembre de 2016, con 304 votos en el Colegio Electoral contra los 227 de su adversaria Hillary Clinton, «estremeció al mundo», como lo comenta Álvaro Vargas Llosa<sup>5</sup>: «Pocos esperaban que la candidatura populista y nacionalista del magnate inmobiliario y estrella de la *reality television*, lograra semejante proeza en una democracia avanzada, con instituciones sólidas y una cultura política acendrada, cuyas responsabilidades desbordan largamente desde hace 70 años su perímetro geográfico. Esta sorpresa delataba desconocimiento de lo que es el populismo nacionalista y de su trayectoria a lo largo del último siglo, lo mismo que de las corrientes sociales y políticas que desde hace algún tiempo recorren a Estados Unidos. Si algo ha demostrado la historia, es que con frecuencia el populismo se origina en una democracia, por desarrollada que sea. Es la razón por la que Aristóteles, en su Análisis de los sistemas políticos griegos, desconfió de ella: la veía proclive al enfrentamiento entre estratos sociales y pensaba que en ella las emociones sustituían a la legalidad. Aunque hay dictaduras que se vuelven populistas, son sobre todo las democracias las que degeneran en ese fenómeno, independientemente del grado de solidez que puedan tener, como lo recuerda Eduardo Fernández Luján en su trabajo «Los Movimientos Populistas», parte de la serie «Mitos y Realidades» del Instituto Juan de Mariana. Por eso hay populismos en América Latina lo mismo que en Europa.

Consideramos que no es preciso hacer mayor referencia sobre el caso norteamericano, por la evidente actitud nacionalista, y por lo tanto populista de Donald Trump dentro de su política «América Primero», política superada

---

<sup>5</sup> VARGAS LLOSA, Álvaro: *El Estallido del Populismo*, Editorial Planeta, S.A., 2017, 1.ª edición. Barcelona y Bogotá. Pp. 25 y ss.

por las democracias contemporáneas. Lo que sorprende es que una de las más fuertes democracias del mundo, que ha sido modelo universal, caiga –ojalá de manera transitoria–, en las garras del populismo y solamente sean los jueces quienes detengan sus equivocadas decisiones por ser contrarias a la Constitución Federal. Al Estado de Derecho.

Cayetana Álvarez de Toledo comenta que<sup>6</sup> «El populismo no es una ideología. Puede surgir por la derecha o por la izquierda. En Cuba y Venezuela surgió por la izquierda. En Francia, por la derecha. En Grecia, por la izquierda. En el Reino Unido, por la derecha. En España, en cambio, ha brotado por los dos extremos a la vez. La democracia española es un animalito atrapado en una pinza. De un lado, los nacionalismos catalán y vasco. De otro, el partido Podemos. A simple vista, los nacionalismos y Podemos parecen fenómenos distintos. Los primeros están liderados por los viejos partidos que históricamente han representado a la burguesía tradicionalista: la antigua Convergencia y el Partido Nacionalista Vasco. Podemos, en cambio, es una amalgama del Marxismo, chavismo y guerra-civilismo y, en sentido estricto –como partido político– es un bebé: su madre es la crisis económica de 2007 y su padre putativo, el socialismo fracasado de José Luis Rodríguez Zapatero. Sin embargo, esta distinción ideológica es doblemente equívoca. En España, el nacionalismo no ha sido nunca el monopolio de la derecha. En el País Vasco coinciden el PNV de sotana y misa diaria con el terrorismo marxista de ETA, ahora proyectado políticamente en el partido Bildu. Lo mismo ha ocurrido históricamente en Cataluña, donde la bandera nacionalista la han compartido Esquerra Republicana y Convergencia. De hecho, el fenómeno político más relevante de la última década es la desaparición del catalanismo colaborador y pragmático, y su sustitución por un movimiento típicamente revolucionario, en el que confluyen elementos burgueses y anti sistema: las corbatas del ex presidente Mas y las chanclas del anti sistema Fernández».

Valga la pena comentar una frase de Pablo Iglesias, el líder de Podemos: «No somos políticos, sino gente haciendo política.» No hacemos comentario alguno sobre las circunstancias que separaron al Presidente Rajoy de su cargo y a la posesión de su sucesor por considerar que es aún muy pronto para hacer un juicio razonable al respecto.

Juan Carlos Echeverry, ex Ministro de Hacienda colombiano,<sup>7</sup> en un detenido estudio sobre el surgimiento del populismo y la forma de combatirlo exitosamente, se remonta al siglo XIX, en los inicios de la revolución de 1917, a los

<sup>6</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO, Cayetana: «Ellos y Nosotros: el populismo en España». Obra citada p. 311 y ss.

<sup>7</sup> ECHEVERRY, Juan Carlos: «Origen y Cura del Populismo», diario *El Tiempo*. Junio 6 de 2018. Bogotá.

pensamientos de Bakunin, Chernyshevsky, Belinsky y Herzen, quienes «reflexionaron sobre la situación de los campesinos, los siervos y los obreros, y llegaron a conclusiones destinadas a tener consecuencias de alcance mundial, y que hoy mantienen su atractivo en otros países.

Su indignación se dirigía contra una sociedad rusa estancada y un ambiente político sofocante. La situación en Rusia era más penosa que en la sociedad más avanzada de Europa y Estados Unidos, donde cuatro de cada cinco trabajadores laboraban en ocupaciones peligrosas y desagradables.

En el siglo XIX los filósofos rusos idearon para los siervos, campesinos y trabajadores, un mundo diferente, a semejanza de la tierra prometida de los cristianos, que aguardaba, no al otro lado de la muerte sino de la revolución. Estaban inspirados en los revolucionarios franceses y los filósofos alemanes. Confiaban en que un motor oculto de la historia basado en la confrontación entre opuestos, llevaría a eliminar la propiedad privada, raíz y origen de todo mal. Sin ella, los lobos humanos se convertirían en mansas ovejas y podrían vivir en armonía».

«Si los campesinos y trabajadores se oponían al plan de los revolucionarios, ¿habría que engañarlos, o peor, oprimirlos para que aceptaran su “nueva libertad”? ¿Se crearía una elite arrogante, ávida de poder, que sustituiría el yugo de los nobles por el de los intelectuales?». Registra la historia que Lenin, Stalin y los bolcheviques respondieron afirmativamente tales inquietudes. Resulta claro deducir como Fidel Castro, el Che Guevara y sus acompañantes, como también más recientemente Chávez y Maduro en Venezuela, demostraron su desprecio por la democracia.» El discurso de Lenin se fundamentaba en la afirmación de que la situación de atraso de los países del tercer mundo «era la clave del éxito», por ello la actitud de riqueza de los países desarrollados «enervó a los intelectuales de los países pobres». De ahí que, según la propaganda soviética, los países pobres igual que Rusia, podrían avanzar hacia el socialismo, sin necesidad de mejorar sus niveles de desarrollo.

La respuesta al fracaso del socialismo se encontró en la economía de mercado, en el desarrollo capitalista, en la solución de las necesidades, en el ejercicio de la libertad, en la vida democrática, participativa e incluyente. La investigación científica, la vida universitaria, la ampliación de la teoría del conocimiento en toda su extensión, propició la creación de tecnologías, de una sistemática occidental puesta al servicio del hombre, mirado no solamente de la escasez y el subdesarrollo, sino de la oferta generalizada de servicios, métodos, infraestructura educativa, en salud, en trabajo y en oportunidades, que si bien no ha logrado el establecimiento de la igualdad social, sí ha establecido instrumentos y medios competitivos para ascender en la escala social,

en el ámbito de acceder a políticas de reestructuración social y económicas, que solamente pueden tener albergue en el escenario de la libre empresa y de la democracia integral.

Hoy, avanzando en la segunda década del siglo XXI, una mirada retrospectiva de la revolución de octubre de 1917 desde la óptica de las soluciones a la situación de la clase obrera, es la demostración palpable de que Lenin, Stalin y los bolcheviques, no pensaron políticamente, realmente en la solución de sus necesidades, sino en el manejo populista y sin lugar a dudas corrupto, propiciando un cambio en el que pudieran medrar para sus oscuros intereses.

Actualmente la exaltación del nacionalismo como actitud política referida a la población que habita en un área geográfica, frente a la convivencia con otros Estados y sociedades, es un contra sentido, una equivocación o por lo menos una interesada propuesta populista, en tiempos de globalización, de libre mercado, de especialización de la producción nacional y, por lo mismo, atravesada en la vía de la prosperidad y de la convivencia en los diferentes niveles de desarrollo de los pueblos, de investigación científica, de producción tecnológica y de soluciones contemporáneas.

Lorenzo Bernaldo de Quirós, economista español, asesor económico, académico,<sup>8</sup> nos cuenta que: «El 23 de junio de 2016, los ciudadanos británicos decidieron en referéndum la salida de la Unión Europea, fallo ratificado por el Parlamento. De ese modo, Britania ha dado por terminada su participación en las instituciones económicas continentales para buscar de nuevo su destino». «Un 51,9 % de los ciudadanos británicos que acudieron a las urnas votaron a favor de salir de la Unión Europea, y fue en Inglaterra en donde se decidió la consulta».

Como antecedente de esta hostil decisión, es importante recordar las palabras de Winston Churchill, del 19 de septiembre de 1946, cuando propuso la creación de los Estados Unidos de Europa, ante un auditorio abigarrado en la Universidad de Zurich, que condujo a la creación de la Unión Europea, la creación como moneda del euro y la constitución de unas nuevas relaciones entre la Gran Bretaña y Europa, fomentando una política de mercados, hasta entonces inédita. De manera emocional los electores británicos, quisieron hacer una afirmación de independencia nacional, frente a la actitud cosmopolita de los países europeos y a una equivocada forma de considerar la soberanía como un elemento estructural del actual estado-nación. Sin duda, no es

---

<sup>8</sup> BERNALDO DE QUIRÓS, LORENZO: «Causas y Consecuencias del Brexit». *El Estallido del Populismo*. Editorial Planeta, S.A. 2017. Pp. 329 y ss. Barcelona y Bogotá.



cierto el conflicto entre el nacionalismo británico y el cosmopolitismo europeo, puesto que son los ciudadanos de todos los países de la Unión Europea, los titulares del poder político y económico.

«El Brexit constituye el mayor movimiento sísmico experimentado por Europa desde la caída del Muro de Berlín. Sus implicaciones para el Viejo Continente son indudablemente negativas y para el Reino Unido inciertas. Además, como se ha señalado, se produce en un momento de elevada inestabilidad e incertidumbre en el mundo y en el continente. La magnitud de sus consecuencias no puede ser predicha y dependerá no solo de cuál sea la relación que se establezca entre la Unión Europea y Gran Bretaña en el horizonte del corto, del medio y del largo plazo, sino de las políticas que la una y el otro adopten».

Naturalmente las consecuencias son imprevisibles, es preciso determinar que el Reino Unido es la quinta economía del mundo y hasta el momento de su retiro, la segunda mayor de la Unión Europea. La Gran Bretaña es el Estado más poblado de Europa, después de Alemania. Es el país europeo que más gasta en defensa de la Unión Europea. Por ello se ha afirmado que el Brexit constituye un elevado potencial desestabilizador y que plantea una seria amenaza para la seguridad y la influencia global de Europa.

Infortunadamente, el populismo se ha venido extendiendo en los países europeos, como lo comentamos anteriormente en el caso español, en el de la Gran Bretaña y también ante la situación francesa, concretamente por las ocurrencias del Frente Nacional, bajo el liderazgo de Marine Le Pen, que propugnaron por el imperio de una política estatista generalizada «que va desde las medidas proteccionistas y el accionar del Estado, como agente clave de sus propuestas de reindustrialización (bajo la figura del Estado estratega) a la ampliación de los derechos y servicios sociales para los ciudadanos franceses en desmedro de otros residentes (la así llamada prioridad nacional) y las alzas del salario mínimo y las pensiones.» Evidente populismo de derecha.

Mario Vargas Llosa resumió su pensamiento en una columna para un diario que tituló «La Decadencia de Occidente», allí hizo un severo diagnóstico sobre la situación que aqueja a algunos países que olvidan que siempre deben renovarse y, para no quedar rezagados, reinventarse constantemente, que ello requiere de un trabajo constante, en medio de una buena educación, de constante investigación, sin mirar atrás, sino por el contrario, hacia adelante. Ello requiere de un liderazgo, y de un criterio corajudo para implementar siempre la fuerza innovadora de la libertad.

Plinio Apuleyo Mendoza<sup>9</sup>, destacado novelista, ensayista y diplomático colombiano afirmó que: «El populismo ha sido el mal endémico de América Latina. Ahora reaparece en Europa con el mismo perfil conocido en nuestro continente. Las cinco desviaciones que alimentan este fenómeno, según el analista chileno Axel Kaiser y la politóloga guatemalteca Gloria Álvarez, son, en primer término, *un desprecio por la libertad individual y una correspondiente idolatría por el Estado*. La segunda desviación es *el complejo de víctima*, según el cual *los males que nos aquejan provienen de voraces oligarquías locales y de potencias extranjeras*; la tercera es *la paranoia antiliberal*; la cuarta, el disfraz democrático que visten los regímenes populistas y la quinta, *la falsa obsesión* igualitaria que solo consigue –una vez se hacen dueños del poder– extender la pobreza a todos los niveles de la sociedad con la sola excepción de ellos. En suma, el populismo busca, ante todo, eliminar la libertad económica anulando el derecho de cada individuo a gozar del fruto de su trabajo». Consideramos muy bien definidas las desviaciones de la democracia y que conducen al populismo.

En el escenario colombiano por fortuna en las pasadas elecciones presidenciales de mayo, las mayorías electorales eligieron a un candidato –Iván Duque Márquez– que si bien es representante de un partido de derecha –el Centro Democrático– contó con el apoyo de independientes y representantes del centro y se aplazó la aspiración de un candidato de la izquierda –Gustavo Petro– populista a ultranza, quien había fracasado como administrador público hace dos años cuando fungió como Alcalde de la capital de la República. No obstante este candidato registró la más alta votación de las fuerzas de izquierda en la historia del país.

Steven Pinker y Robert Muggah<sup>10</sup>, en un ensayo denominado «La Democracia amenazada, pero lejos de ser vencida», afirman que actualmente las democracias pierden libertad por el auge del populismo y expresan su preocupación por las sombras y dudas que se ciernen en el panorama universal. Agregan que «una avalancha de libros nuevos se ha sumado a la creciente sensación de fatalidad. En *Cómo mueren las democracias*, Steven Levitsky y Daniel Zablatt, de la Universidad de Harvard, sostienen que las democracias generalmente terminan no con un estallido sino con un gemido, mientras demagogos como el Presidente Donald Trump, de Estados Unidos, minan gradualmente los controles y equilibrios.»

<sup>9</sup> APULEYO MENDOZA Plinio: «Colombia: El Engaño Juega sus Cartas». *El Estallido del Populismo*. Editorial Planeta, S.A. 2017. Pp. 225 y ss. Barcelona y Bogotá.

<sup>10</sup> Freedom House. Organización Independiente. Steven Pinker, profesor en Psicología en Harvard y Robert Muggah, Director de Investigaciones del Instituto Igarapé de Brasil. Diario El Tiempo, 22 de abril de 2018.

Steven Pinker y Robert Muggah, no obstante a pesar del sombrío panorama que exponen sobre el avance inusitado y sostenido del populismo, advierten que las democracias liberales bien organizadas, presentan soluciones adecuadas a estas tentativas de desestabilización. Sostienen que a pesar de las limitaciones de la vida en democracia se ha demostrado que ellas son eficaces para frenar los instintos de los malos gobernantes y de las tendencias a imponer a la fuerza y en contra de la opinión mayoritaria del Estado, una especie de nuevo esquema político sin instituciones republicanas, ni controles, sin libertad y sin orden.

Hemos dicho que en el ejercicio de la política siempre se han presentado distorsiones, errores e inclusive falsedades. Ello ha sido parte de la naturaleza humana y para ello se han ideado y creado correctivos institucionales, sistema de inhabilidades y mecanismos de control de la conducta humana. Lo que no es admisible es que tales circunstancias se constituyan en una especie de costumbre generalizada y se incruste en la vida democrática. Creemos que no es posible vivir en un mundo ajeno a la ética, la moral o del derecho, sin normas, ni códigos, ni instituciones represoras de la conducta humana. No es posible que siguiendo un poco el desorden del populismo se le dé culto a la informalidad, el caos, el ingreso del populismo, del hecho alternativo o de la post verdad.

En un trabajo que hicimos para la Academia Colombiana de Jurisprudencia denominado «El desbarajuste institucional el populismo y la post verdad»<sup>11</sup>, citamos un concepto «de modernidad líquida» del sociólogo polaco Zigmunt Bauman, ya fallecido, en el que describió una sociedad en la cual los vínculos y los sentimientos de pertenencia dejaron de tener un carácter necesario y los patrones promulgados (por la religión, por la ley, por los consensos) que regían la conducta, fueron reemplazados de manera progresiva por otros, escogidos y adaptados por cada individuo, de manera transitoria y eventual. Afirma dicho sociólogo polaco, que así como un líquido adopta la forma de su recipiente, el ser humano adquirió una identidad versátil y flexible, con la cual se convirtió en un nómada de su propia vida, al poder mutar constantemente del trabajo, de pareja, de patrones ideológicos, de residencia, de convicciones religiosas y hasta de opción sexual y con fechas de expiración y caducidad. Así, los hombres y mujeres aprendieron a vivir en una constante zozobra (valores), en un vacío cuya ansiedad viene a subsanar con relativa eficiencia la cultura del lucro y del consumo. Agrega que «uno de los elementos fundamentales para entender la post verdad, justamente es el slogan, la frase corta, precisa, que encierra

---

<sup>11</sup> ROCHA OCHOA, Cesáreo: «El Desbarajuste Institucional. El Populismo y La post verdad». *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* n.º 367, junio de 2018. Bogotá pp. 199 a 206.

una explosión de significados, de promesas, de advertencias. En un mundo donde, a partir de la última década, casi todo puede decirse en 140 caracteres, la lucha se hace con consignas». Es muy difícil poner a combatir argumentos contra eslóganes y el ejemplo perfecto lo mostró la campaña para votar el plebiscito y por la paz en Colombia. Para defender el **SÍ** se necesitaba un razonamiento más o menos complejo, elaborado, de correcciones históricas, de inclusión política, de fórmulas y tesis alternativas a la justicia, de perdón, de apuesta al futuro. Para defender el **NO** bastaba un lema tan eficaz y lapidario como «Colombia se convertirá en otra Venezuela». Siguiendo en dicho escrito un razonamiento del escritor Sergio Ocampo Madrid, «llegamos pues a un punto donde hay una manipulación abierta y descarada de la conciencia individual y colectiva con unos fines específicos: mentir para ganar. Cinco plataformas de *fact checking*, en Estados Unidos lograron detectar, entre agosto y octubre de 2016, 171 falsedades que dijo Trump en campaña vs. 46 que se le detectaron a Hilary Clinton». Y concluye este escritor afirmando que luego de la derrota del sistema comunista a nivel universal y el avance ineluctable del capitalismo «las élites letradas con más recursos para detectar y prevenir la deformación de la verdad, se convierten en voces inaudibles y muy minoritarias frente a la masa que no busca comprender sino sentir seguridad. Con todo, lo más pernicioso de toda esta fenomenología de la post verdad, es que son las opciones políticas más extremas de derecho y de izquierda las que la están usufructuando. El conservadurismo chauvinista británico consiguió sacar al Reino Unido de la Comunidad Europea, el racismo y la xenofobia de muchos norteamericanos, logró llevar al poder a Donald Trump, la ultra derecha colombiana, excluyente y guerrerrista derrotó en las urnas la posibilidad de la paz. En Venezuela la exacerbación del resentimiento y la lucha de clases, unida a la represión y al populismo más folclórico, siguen sosteniendo un experimento fracasado». Indudablemente la «supremacía blanca» alarma a los Estados Unidos. Los hechos ocurridos en Charlottesville, Virginia, en Estados Unidos, recientemente ponen en evidencia las alianzas de grupos fascistas como el Ku Klux Klan, o de nazistas como supuestos defensores «de los derechos civiles de los blancos».

En el referido trabajo, citamos al Doctor en Filosofía, especialista en Filosofía del Humanismo, de la Universidad Javeriana, Rodrigo Muñoz Grisales, quien en una conferencia sobre el tema afirmó que «existen dos grandes idearios que hoy comandan el mundo y determinan en consecuencia, el tipo de investigación que hacemos y la orientación de la educación que impartimos. Se refieren a grandes cosmovisiones en lo científico y en lo económico a las que se acogen consciente o inconscientemente los educadores y sus instituciones. Debemos buscar en la epistemología (o filosofía de la ciencia) y en la filosofía de la educación, el primer ideario y ese sustrato que, quizá por su carácter implícito, no ha sido abiertamente identificado y denunciado». Se extiende

el Profesor Muñoz en la crítica frente a estos dos conceptos en el ámbito educativo de los conceptos científicos y los económicos, de la presencia del «mercado como rector indiscutible de las relaciones y transacciones humanas. Un mercado autónomo, sin injerencia del Estado, que de manera impersonal decide sobre todos los aspectos de la vida social con base solamente en criterios de competitividad, rentabilidad y eficiencia». Para el efecto cita también a Zygmunt Bauman cuando decía «somos dolorosamente conscientes de que sin control alguno los mercados que se guían únicamente por el criterio de la rentabilidad conducen a catástrofes económicas y sociales».

Nos parece pertinente sobre el tema reproducir también el pensamiento de Martha Nussbaum, quien nos recuerda la frase de Tagore: «El hombre moral, el hombre íntegro, está cediendo cada vez más espacio sin saberlo (...) al hombre comercial, al hombre limitado a un solo fin». Y agrega el Profesor Muñoz: «Los profesionales formados con esa pobreza de miras y esa miopía de fines y medios, no contarán con los conocimientos ni los criterios para prever más allá de las metas cuantitativas que se trazaron, los eventuales efectos perversos de sus decisiones y acciones sobre la sociedad y el medio ambiente. La universidad debe erigirse en guardiana de los fines de la sociedad y no debe responder acríticamente a las demandas de los actores sociales si tales demandas no corresponden a ideales de integridad e inclusión. La universidad está llamada a problematizar y cambiar esas grandes ideologías que hoy atrapan al mundo y lo empujan a una carrera loca por el economicismo y el éxito individual. *La enseñanza de las humanidades* constituye la mejor forma de comprensión del hombre y su vínculo social en todos sus espacios de actuación.

**Elementos para combatir el populismo y la corrupción.** Hemos citado a los anteriores pensadores, politólogos, escritores, columnistas de opinión política, ensayistas, profesores universitarios, intelectuales, quienes se han pronunciado claramente sobre el tema contemporáneo del populismo que está poniendo en peligro la vigencia de la democracia, los caminos de la libertad, el concepto de Estado de Derecho, y que ha contribuido en gran medida al crecimiento de la corrupción otras de las endemias del momento a nivel universal. Con fundamento en todo lo expuesto, consideramos que la Academia y la Universidad, entre otras instituciones, deben trabajar de consuno para superar la suma de factores que han venido influyendo en la vida contemporánea de manera negativa, con el engaño, la mentira, la post verdad y el populismo. Estamos convencidos de que el estudio y la aplicación de las humanidades puede llevar a la formación de un profesional éticamente conectado con todo el instrumental académico para aprender más que teorías y técnicas que, siendo indudablemente muy importantes, en un escenario de medios y fines, lo posicionen con un definido criterio técnico-científico-intelectual,

con la realidad objetiva integralmente considerada. Precisamente, en un mundo atravesado por problemas y retos cada vez más complejos y acuciantes como el calentamiento global, el terrorismo, los desplazamientos masivos, la corrupción, las catástrofes humanitarias, los autoritarismos, el desmoronamiento de las democracias, la urgente necesidad de reformar a fondo la administración de justicia, el nacionalismo exacerbado, entre otros factores, **la vigencia de las humanidades puede convertirse en la mejor razón del debate público.** Sumado al problema de los «ninis», grupos juveniles que no desean estudiar ni trabajar ni hacer nada, quienes se diferencian de los «milenials», representantes del cambio del milenio y que si bien discrepan de los primeros, tienen conciencia de su posición en el mundo contemporáneo y esperan dejar su impronta juvenil de protesta y controversia socio-política de una manera constructiva, así difieran en perspectivas, sueños y actitudes del clasismo juvenil tradicional.

Abrirle la mente a la investigación científica, recuperar el sentido de patria, no de nacionalismos hirsutos, reafirmar la firmeza de valores y principios. La vigencia de estos conceptos superiores, nos deben conducir a superar la diatriba del populismo y la corrupción. Creemos que es indispensable recuperar dentro del universo de la cultura, las humanidades y ordenar la ruta de nuestro pensamiento en la búsqueda de la verdad, de la afirmación de la paz, de la mano del concepto ético de la vida y del respeto a la norma jurídica.

En las instituciones multinacionales parlamentarias, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el nuevo mundo, ha hecho crisis el respeto de la política de «no intervención» que había sido una expresión de respeto a las decisiones de los propios gobiernos de los Estados, para que sean ellos los que resuelvan su problemática nacional. Es preciso modificar este concepto cuando se luche contra dictaduras y el quebrantamiento de la libertad. Y puedan los Estados democráticos tomar medidas restrictivas del comercio, de bienes y servicios y crear políticas que reduzcan los efectos dañinos del despotismo.

Frente al avance del populismo, es indudable, entonces, la debilidad de la democracia. A ella hay que dotarla de mecanismos que permitan aislar a los gobiernos despóticos, desconocer sus decisiones y condenar eficazmente la violación de los derechos humanos. Las alusiones a supuestas y fementidas «revoluciones socialistas», se presentan como máscaras para engañar generalmente a la esfera internacional. Al interior de los países la opinión pública está desprotegida pues el uso de los instrumentos propios de la democracia, no son suficientes para luchar contra el populismo. Tomando como ejemplo el caso venezolano, las protestas, las gigantescas manifestaciones pacíficas, los reclamos ciudadanos ante el gobernante, a pesar de ser reiteradas en el tiem-

po y claras manifestaciones de una inconformidad nacional, no han producido efectos reparadores, pues el régimen ha sido autista y desdeña de manera olímpica y soberbia, tales actividades de la oposición. ¿Es esta la vía al socialismo del siglo XXI? ¿Es menester empobrecer a una sociedad para llevarla al supuesto cambio de una sociedad ideal? ¿Hasta cuándo el saqueo del Estado por parte de la clase gobernante puede perpetuarse, en contra de los evidentes y ciertos intereses nacionales?

Concluimos con fundamento en todo lo expuesto, que la solución para luchar efectivamente contra el populismo y la corrupción está en la aplicación del concepto ético de la vida, en la transformación de la educación desde los niveles de las primeras letras, en la fase primaria o elemental. Es pertinente formar al niño dentro de principios y valores éticos, de cultura cívica, de respeto a los mayores, a sus semejantes, bien sea el grupo escolar, social o familiar, en el énfasis en la educación secundaria frente a las normas de convivencia, al sentido de la tolerancia que se ha perdido dentro del escenario social; para orientar el proyecto educativo-ético en la formación de profesionales humanistas, no solamente enclaustrados al aspecto de su disciplina profesional típica, sino dentro de la fronda de un amplio programa de expansión del conocimiento del mundo de los fenómenos, tal como ocurre actualmente con las aplicaciones tecnológicas, de computadores, ordenadores, tabletas, de teléfonos móviles, para citar algunos de los instrumentos de la cibernética contemporánea, que se ideó para que fueran instrumentos auxiliares, útiles en un mundo globalizado y tecnológico, no para enajenar al usuario y convertirlo en su adicto impenitente y dependiente de su propio instrumental; para que la formación en artes, cultura general, en un ambiente humanista, donde las lenguas, la historia, la literatura, la filosofía, el estudio del universo, de las ciencias, se convierta en las asignaturas de toda clase de estudios y disciplinas universitarias, técnicas, en la reafirmación de la democracia como el mejor sistema político, del ejercicio de la libertad como la mayor conquista social.

Es menester reafirmar el respeto a la norma jurídica fundamental, como lo es la Carta Política o Constitución Nacional. El éxito de la vida libre y democrática, depende de la verdadera independencia de las tres ramas del poder público, las que nunca deben soportar la más mínima alteración, pues de ahí se deriva la desestabilización institucional y el avance del populismo. Es preciso un cambio en la clase política dirigente, en el gobierno del Estado y en la Administración de Justicia, donde la ética sea el punto de partida, el servicio a las comunidades, lejos del enriquecimiento ilícito, el afán desmedido de lucro y el imperio de la libertad se haga realidad en la conciencia social.

Una reingeniería administrativa, política y social debe ser implantada para revisar institucionalmente al Estado contemporáneo y ponerlo a salvo de las

ambiciones desmesuradas de los facinerosos en trance de funcionarios de turno. El proceso educativo por lo tanto, es esencial e insustituible para el logro de las soluciones adecuadas a la problemática contemporánea.

Gobiernos fuertes, disciplinados, austeros, insobornables, capaces, idóneos frente a la delicada misión pública debe ser aspiración racional de los nuevos esquemas del Estado de Derecho.

Bogotá, agosto de 2018

### BIBLIOGRAFÍA:

1. HAURIU, Andre, *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*. Colección Demos. Ediciones Ariel, Biblioteca de Ciencias Políticas. 1980. Traducción Castellana para España y América.
2. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, cita de Maurice Hauriou. Editorial Legis. 6.ª edición Bogotá 1996. P. 56.
3. VARGAS LLOSA, Mario, «El Populismo, el nuevo enemigo». *El Estallido del Populismo*. Ediciones Planeta S. A. 2.017. Barcelona, España.
4. MACHADO, María Corina, *El Estallido del Populismo*. Obra citada. Pp. 143 a 167.
5. VARGAS LLOSA, Álvaro, *El Estallido del Populismo*. Obra citada pp. 25 a 50.
6. ÁLVAREZ DE TOLEDO, Cayetana, «Ellos y Nosotros: El Populismo en España». *El Estallido del Populismo*. Obra citada. Pp. 311 a 328.
7. ECHEVERRY, Juan Carlos, «Origen y cura del populismo». Diario *El Tiempo*. Edición de junio 6 de 2018. Bogotá.
8. BERNALDO DE QUIRÓS, Lorenzo, «Causas y consecuencias del Brexit». *El Estallido del populismo*. Obra citada, pp. 329 a 351.
9. APULEYO MENDOZA, Plinio. «Colombia. El Engaño juega sus cartas». *El Estallido del populismo*. Pp. 223 a 233.
10. Freedom House, organización independiente; PINKER, Steven, Professor de Psicología en Harvard, y MUGGAH, Robert, Director de Investigaciones del Instituto Igarapé del Brasil. Diario *El Tiempo*, edición de abril 22 de 2018. Bogotá.
11. ROCHA OCHOA, Cesáreo, «El desbarajuste Institucional, el Populismo y la post verdad». *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 367, junio de 2018. Bogotá, pp. 199 a 206.



# La corrupción del Abogado, mediante la deslealtad profesional, en el Ordenamiento Jurídico Penal Español

Fernando Rodríguez Alonso

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de España  
Abogado y profesor de Derecho Penal en el Centro de Estudios Financieros  
y la Universidad a Distancia de Madrid*

La presente comunicación tiene como objetivo, y en base al temario de la Ponencia sobre «El Estado de Derecho: Defensa frente al populismo y la corrupción», el centrarse en dos aspectos, uno genérico como es la figura del abogado y otro específico como su responsabilidad penal en el ejercicio de su oficio, todo ello dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico español.

Haciendo mención al Foro en el que me encuentro, la primera persona a la que recurro, es al prestigioso Académico y abogado Uruguayo D. Eduardo Juan Couture Etcheverry<sup>1</sup>, que en su decálogo sobre las características de los abogados destacaba: «Estudia», «piensa», «trabaja», «lucha», «tolera», «ten paciencia», «ten fe», «olvida», «ama tu profesión» y «sé leal». He dejado para el final «sé leal», lealtad no solo con el cliente o con el compañero, sino leal con el Juez que ignora los hechos.

Pero el propio artículo tercero del Código Deontológico de la Abogacía española<sup>2</sup> menciona que el abogado, tiene el derecho y el deber de defender a sus clientes sin utilizar medios ilícitos o injustos, o formas de eludir las leyes.

---

<sup>1</sup> COUTURE ETCHEVERRY, E. J.: «Los mandamientos del abogado». Universidad Nacional Autónoma de México 2003. Ed. digitalizada en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4190-los-mandamientos-del-abogado-coleccion-facultad-de-Derecho>

<sup>2</sup> Código Deontológico de la abogacía española de 27 de septiembre de 2002; adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, artículo 3. Libertad de defensa: 1. El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes.

Medios ilícitos o formas de eludir la Ley, que implica no solo una repercusión administrativa sancionadora, sino que sobrepasa holgadamente esa línea del principio<sup>3</sup> de intervención mínima, que regula el Derecho Penal español en algunas ocasiones.

El Estado de Derecho español que por voluntad del legislador y por ese empuje popular, pretende regular un sinfín de conductas delictivas sin utilizar otras normas del Ordenamiento menos lesivas y menos gravosas. Por ello se puede afirmar que a la figura del abogado también llega el Derecho Penal. De esta forma el abogado «corrupto» encuentra como conductas típicas, las reguladas en el Capítulo VII del Título XX, «Delitos contra la Administración de Justicia» del vigente Código Penal español.

Como destaca alguna autora<sup>4</sup> esta conducta «corrupta» es conocida, «entre las personas de más edad, como «delito de prevaricación del abogado» dada su tradicional ubicación en el Capítulo I, «De la prevaricación», del Título VII, «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», de los Códigos Penales de 1973, 1944 y 1932».

Para un sector de la doctrina<sup>5</sup> «el principio de lealtad profesional se encuentra estrechamente relacionado con los principios de integridad, secreto profesional y desinterés. Incide, especialmente, en el modo de articular las relaciones del jurista con los destinatarios de su trabajo, con los miembros de un colectivo profesional, y con el resto de personas con las que se relaciona por motivos profesionales».

Pero volviendo al Derecho Penal mencionaré las conductas del abogado que acarrear sanción penal por su deslealtad profesional, con un ejemplo de la posición de los Tribunales españoles sobre la materia.

## 1. INCOMPARECENCIA SIN JUSTA CAUSA

Cuando el abogado, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Entre muchos autores; NAVARRO MASSIP, J.: «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima», revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2011 parte Estudio, editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2011.

<sup>4</sup> VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA, P.: «La responsabilidad penal del abogado», en *Responsabilidad profesional*, editorial Tirant Lo Blanch, 2018, p. 185.

<sup>5</sup> APARISI MIRALLES, A.: «Ética y deontología para juristas», ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona 2006, p. 322.

<sup>6</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; artículo 463, apartado 1 y 3 modificado por el artículo 146 de la Ley Orgáni-

En un breve resumen de los Hechos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón<sup>7</sup>, de 21 de febrero de 2006 mencionó que: D. Jesús María era el abogado defensor de D. Felipe, por Auto se señaló el día y hora para la celebración del juicio oral; habiendo sido debidamente notificado de dicho señalamiento el letrado. El acto del Juicio Oral no pudo celebrarse el día señalado ante la incomparecencia del letrado; no existiendo causa justificada para dicha incomparecencia. Por parte de D. Jesús se invocó como justa causa, para justificar su incomparecencia al juicio, que estaba enfermo.

En el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Sentencia se destaca: «La consideración de una «justa causa» para incomparecer a un juicio oral no se puede hacer depender del juicio de valor subjetivo y personal del sujeto activo del delito, sino que esas «causas justas» deben ser precisas, objetivas, determinadas y apreciadas por el Tribunal. Como señala la SAP Madrid, Sección 16.ª, de 23 abril 2001 con cita de las Sentencias de la A. P. Madrid, Sección 5.ª, de 17 mayo 1999 y de Ciudad Real de 16 septiembre 1999, el artículo 463 del Código Penal se configura como una normal penal en blanco que es necesario rellenarla y darle contenido con arreglo a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 175, 420 y 463) y, en concreto, de las disposiciones que dicha Ley procesal prevé para justificar la incomparecencia de testigos, peritos, abogados, fiscales o jueces, para justificar la suspensión del juicio señalado... Por lo tanto, las causas justas que determinarían de forma objetiva la necesaria suspensión del juicio, serían las establecidas en el artículo 746 LECrim donde, precisamente, se determinan las exactas y tasadas causas que determinan y justifican la suspensión del juicio oral.

Pues bien, la razón invocada por el recurrente de ser consumidor de cocaína, no está prevista por la Ley de Enjuiciamiento Criminal como causa, insistimos «justa causa» de carácter objetivo, para la suspensión del juicio oral, y desde luego no lo está en la prevista en el ordinal 4.º de dicho precepto, que prevé el supuesto de que el defensor de cualquiera de las partes «enfermare repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en

---

ca núm. 15/2003 de 25 de noviembre. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

<sup>7</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, núm. 82/2006, de 21 de febrero.

el juicio ni pueda ser reemplazado el último sin grave inconveniente para la defensa del interesado...».

## 2. ABUSO DE FUNCIÓN

El que, interviniendo en un proceso como abogado, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión<sup>8</sup>.

Destacando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>9</sup>, de 7 de septiembre de 2012 en su Hechos probados: El día 26 de octubre de 2006 se celebró en la sede del Juzgado de lo Social n.º 26 de los de Madrid, el acto del juicio oral correspondiente a la demanda 597/2006 seguida a instancia de Miguel Ángel contra FJ Martín Car S. L., siendo la demandada asistida en dicho acto como abogado por el acusado Vidal, mayor de edad y sin antecedentes penales. Entre los documentos aportados por la parte actora se incluían fotocopias del libro de ruta, de las que se dio traslado al acusado como letrado de la demandada, quien los examinó e impugnó de manera expresa, sin incorporarlos al ramo de prueba de la parte actora, quedando sobre la mesa.

En su Fundamento de Derecho Primero la meritada Sentencia menciona: «...Pues bien, vistas las pruebas practicadas en el supuesto de autos, considera este tribunal que no ha quedado acreditada indubitadamente la conducta imputada al acusado y que configuraría el delito de obstrucción a la justicia por el que ha sido condenado, esto es, que tras no incorporar las copias del libro de ruta al ramo de prueba de la parte actora, se apoderó del citado documento.

Efectivamente, no existe testigo alguno que viera al acusado guardárselos en la cartera, y así lo viene a recoger el Juez *a quo* en la fundamentación jurídica de su sentencia. Pero tampoco en la grabación del juicio oral ante el Juzgado de lo Social se observa tal acción. Bien es cierto que esta Sala no ha podido visionar tal grabación, que aparece en la pantalla del ordenador en tamaño

---

<sup>8</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; artículo 465. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3.ª, núm. 449/2012, de 7 de septiembre.

minúsculo, sin que los técnicos de informática adscritos a esta Audiencia Provincial hayan podido ampliar la imagen, ni tampoco obtener otra copia idónea de la misma, tal y como se recoge en comparecencia del técnico ante la Secretaría de este Tribunal (...).

(...) Por todo ello, solo se considera acreditado que el acusado sacó el documento del ramo de prueba de la parte actora y no lo volvió a incorporar al mismo, dejándolo sobre la mesa y tal conducta no configura el delito de obstrucción a la justicia por el que ha sido condenado el acusado, por lo que procede su absolución, con revocación íntegra de la sentencia de instancia...».

### 3. REVELACIÓN DE ACTUACIONES SECRETAS

El abogado que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa e inhabilitación especial para empleo<sup>10</sup>.

En este caso, se sintetizan los hechos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife<sup>11</sup>, de 15 de febrero de 2010: El procesado Paulino, en su condición de abogado, se personó en el presente procedimiento para asumir la defensa de la procesada Casilda, detenida en la Isla de La Palma. Con conocimiento de que el procedimiento en el que intervenía estaba declarado secreto, trasladó informaciones del estado y contenido de la causa judicial a personas que podían verse implicadas en los hechos y que, como en el caso de Augusto, fueron finalmente detenidas, procesadas y enjuiciadas en este proceso.

En su Fundamento de Derecho Sexto se menciona que: «...Al abordar la interpretación del precepto, la primera cuestión que se suscita obliga a delimitar el concepto de secreto de las actuaciones procesales, que es objeto de protección penal. El problema se plantea, como sucede en el caso aquí tratado, cuando se trata de actuaciones sumariales que, conforme al artículo 301

<sup>10</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; artículo 466. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

<sup>11</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.ª, núm. 49/2010, de 15 de febrero. La Sección 1.ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 1 de junio de 2011 declara, haber lugar en parte a los recursos de casación interpuestos por varios de los acusados, y declara no haber lugar a los interpuestos por el resto, entre ellos por el letrado acusado, contra la Sentencia dictada, en fecha 15 de febrero de 2010, por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, casándola, anulándola y dictando segunda Sentencia.

LECrim, son siempre secretas. La existencia de una sanción en vía disciplinaria, contemplada en el mismo precepto, obliga a discriminar la genérica infracción de la reserva que impone el secreto de sumario, de las derivadas de una específica declaración del secreto sumarial, conforme al artículo 302 de la norma procesal. Tal interpretación, se desprende de la descripción del tipo penal, no coincidente con la respuesta punitiva que contiene la norma procesal, «actuaciones declaradas secretas por la autoridad judicial», acotación que nos remite, en el supuesto del sumario, a las revelaciones que se produzcan en los casos contemplados en el artículo 302...».

#### 4. DEFENSA A QUIEN TENGA INTERÉS CONTRARIO, SIN CONSENTIMIENTO DEL PRIMER CLIENTE

El abogado que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de esta defiende o representa en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa e inhabilitación especial para su profesión.

Sobre esta conducta regula la Sentencia del Tribunal Supremo<sup>12</sup>, de 6 de febrero de 2008, en el resumen de su supuesto de Hecho: Ha resultado probado que el día 16 de octubre de 2005 los acusados, Ricardo, Luis Pedro y Benito, para realizar transacciones relacionadas con sustancias estupefacientes se trasladaron desde Santander a Madrid en el vehículo Audi-8.

En su Fundamento de Derecho Tercero califica el más alto Tribunal como una «cuestión especial» que: «...Los tres acusados tuvieron inicialmente el mismo letrado, si bien posteriormente el recurrente decidió cambiar de asistencia técnica y el inicial abogado se quedó con la defensa de los otros dos. Sin dar el suficiente alcance a sus imputaciones el letrado que redacta este recurso acusa al primero de haber utilizado la información obtenida en la fase de investigación para utilizarla en contra del recurrente. Añade que puso los hechos en conocimiento de la Comisión de Deontología del Colegio de Abogados de Madrid y, a su vez, una denuncia que se tramita en un Juzgado de Instrucción de Madrid. Reconoce que la sentencia le ha dado contestación a este punto, pero no está de acuerdo con ella (...).

(...) 5.- La asistencia en el momento de la detención fue decidida por designación y elección del propio recurrente y posteriormente por su propia decisión renuncia a sus servicios profesionales. La Sala no entra en el debate de

---

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, núm. 99/2008, de 6 de febrero.

fondo y se limita a decir que no consta, del contenido de las actuaciones, que se haya vulnerado el derecho de defensa de forma material, debido a comportamientos que denoten deslealtad profesional.

Desde el punto de vista formal, no puede admitirse que un letrado que presta sus servicios conjuntos a varios imputados tenga que abandonar la defensa de todos porque uno de ellos decida cambiar de abogado. Por un lado, es una decisión unilateral que puede obedecer a diversas causas sin descartar una estrategia dilatoria. Por otro lado, no puede imponer su decisión a las otras personas y privarles de un abogado de su confianza por ellos elegido y mantenido. Sería contrario a los principios de defensa garantizados por la Constitución y los Pactos Internacionales. El letrado del recurrente no nos dice qué elementos probatorios secretos y que no constasen en las actuaciones, utilizó para atacar a su defendido vulnerando el secreto profesional. Todos los datos y material probatorio que se manejaron en el momento del juicio oral, estaban en las actuaciones a disposición de todas las partes.»

## 5. PERJUDICAR INTERESES ENCOMENDADOS

El abogado que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados, será castigado con las penas de multa e inhabilitación especial para empleo<sup>13</sup>.

Mediante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>14</sup>, de 21 de marzo de 2013, se resuelve sobre el resumen de estos Hechos probados: Celestino el día 16 de julio de 2002, transfirió a la acusada Evangelina, la cantidad de 3.600 euros en concepto de provisión de fondos para gastos de Letrado y Procurador para que, en su condición de Letrada defendiera sus intereses en un procedimiento de reclamación de daños y perjuicios derivados del derrumbe de su vivienda como consecuencia, al parecer, de una obras realizadas en una finca contigua.

<sup>13</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; artículo 467.1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de esta defendida o representante en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años. 2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

<sup>14</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29.<sup>a</sup>, núm. 112/2013, de 21 de marzo.

Como la acusada no desarrollaba actuación alguna relacionada con el encargo conferido y ante los continuos requerimientos de su cliente, para aparentar la existencia de un procedimiento abierto en el Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid, la acusada remitió a Celestino una copia sin firmar de una providencia en la que era citado como demandante para una comparecencia en dicho juzgado, providencia que había sido elaborada fraudulentamente por la propia acusada, o por una persona con su anuencia, dado que en realidad, ese procedimiento no coincidía ninguna de las partes con Celestino. Una vez descubierta la falsedad del documento y al ser advertida de que se pondrían los hechos en conocimiento del Colegio de Abogados, la acusada en el mes de mayo de 2009, presentó una demanda de Juicio Ordinario en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alcobendas. Firmada por un procurador no apoderado por el Sr. Celestino, sin consultarlo previamente con él o comunicárselo y sin que haya acreditado la admisión a trámite de la misma.»

En el Fundamento de Derecho Quinto: «...La jurisprudencia (STS 392/2012 de 16 de mayo, entre otras) viene exigiendo la concurrencia de cuatro elementos del tipo del delito deslealtad profesional: en primer lugar, que el sujeto activo sea procurador o abogado, es decir, se está ante un delito de sujeto especial o de propia mano; en segundo término, que en concepto de tal, despliegue una acción u omisión de la que se debe derivar un resultado ya que se está ante un delito de resultado; en tercer lugar, que exista un perjuicio de forma manifiesta, perjuicio que no tiene que ser necesariamente económico (SSTS 89/2000 y 87/2000) derivado de esa mala praxis culpable asimismo, lo que aparta del delito aquellas gestiones que formalmente correctas no hayan sentido el efecto querido, lo que ocurre diariamente porque todo juicio es un decir y un contradecir, y en toda sentencia se rechazan unas posiciones defendidas por letrado en relación a una de las partes, ya sea demandante o demandado, querellante o querellado, etcétera; y, por último, desde el plano de la culpabilidad es suficiente un dolo eventual, es decir el conocimiento y consentimiento (incluso vía principio de indiferencia), de la lesión que se va a producir a los intereses que se defienden, siendo suficiente el dolo eventual, y, por supuesto la negligencia o culpa para la que el último párrafo del artículo 467 prevé una respuesta menor si media una grave negligencia.

No resultando discutida por las partes la condición de Abogada de la acusada, procede analizar la concurrencia del segundo de los elementos mencionados, es decir, que en concepto de Letrado despliegue una acción u omisión de la que se derive un resultado negativo para su defendido. En el caso presente, la acusada ha omitido sus deberes profesionales en relación con la defensa de los intereses del Sr. Celestino en el «procedimiento de reclamación de daños y perjuicios por derrumbe de una vivienda» (tal y como se afirma expresamente en el documento de provisión de fondos obrante al folio 25– carta de pago



confeccionada por la acusada), dado **que no ha llevado a cabo el impulso razonable al mencionado procedimiento**; y, caso de que hubiera encontrado dificultades para la propia viabilidad de las acciones a ejercitar, también resultaría una omisión inaceptable el hecho de no haber comunicado a su cliente la concurrencia de dichos obstáculos.

Por otra parte, **concurren en los presentes autos otros elementos que apuntan a una deficiente praxis profesional de la acusada al defender los intereses del perjudicado**, complementarios a la omisión descrita en los párrafos anteriores, y que también han de ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la actuación de la Abogada en perjuicio de su defendido (...)

(...) No se ha ejercitado ninguna acción penal por un posible delito de falsedad, por lo que esta sentencia no entra en la eventual concurrencia del mismo. Sin embargo, la actuación relativa a esta providencia (folio 27) ha de ser valorada como una deficiente praxis de la acusada, por cuanto se trata de un episodio que da a entender a su defendido que está realizando su trabajo profesional al haberse iniciado el pleito, cosa que realmente no había ocurrido todavía (...).

Para finalizar, destacando la importancia de la abogacía en el mundo actual y en defensa de la existencia genérica y real de lealtad en la profesión, dato que he podido comprobar en mi bagaje profesional, y en las no muy numerosas resoluciones sobre la materia, y que no impide que en el caso de la existencia de un abogado «corrupto» pueda recibir tanto una sanción administrativa como penal, en función de la gravedad de su conducta, pero por todo ello no quiero acabar mi comunicación sin volver al comienzo de la misma, haciendo referencia a la última de las características del decálogo de D. Eduardo Juan Couture que resalta la ética de tal manera que dicta literalmente:

«Ama tu profesión. Trata de considerar la Abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proporcionarle que sea Abogado.»

# Estado de Derecho, Populismo y Corrupción

José Sáez Capel<sup>1</sup>

*Profesor de la Universidad de Buenos Aires*

## 1. ¿ESTADO DE DERECHO O POPULISMO?

En la actualidad la cuestión es: ¿Estado de Derecho o populismo? De eso se trata el dilema en estos momentos. El Estado de Derecho no es la mera legalidad, tal como admitiera Friedrich Hayek<sup>2</sup>, sino que precisa de una serie de presupuestos mínimos tales como las libertades fundamentales reconocidas por una Constitución; igualdad ante la ley en vez de igualdad a través de la ley; leyes generales y ciertas en lugar de mandatos particulares con vistas a beneficiar o perjudicar a distintas categorías de ciudadanos en desmedro de otros; división de poderes en lugar de una concentración del poder.

Para el citado autor, la ley debe tener carácter general y abstracto; debe ser conocida cierta; revestida de igualdad formal<sup>3</sup>, solo cuando se reúnen estos requisitos, un sistema normativo puede cumplir con el objetivo central que se halla en el ideal político de un Estado de Derecho.

Allí donde los individuos son tratados frente a la ley como iguales, de forma que esta no sea un instrumento para beneficiar a unos y perjudicar a otros y

---

<sup>1</sup> El autor es Dr. H. C. Mult. Profesor de la Universidad de Buenos Aires. Académico Correspondiente extranjero de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Ex Consejero de la Magistratura y Juez de la Cámara Penal y Contravencional de Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>2</sup> HAYEK, F.: *Los fundamentos de la libertad*. Pág. 287. Unión Editorial. Madrid, 2008.

<sup>3</sup> El Estado de Derecho requiere no solamente que el gobernante haga cumplir la ley a los otros y que tal función constituya auténtico monopolio, sin que actúe de acuerdo con la misma ley, y por lo tanto esta limitado de la misma manera que una persona privada. El hecho de que las leyes se apliquen igualmente a todos, gobernantes incluidos, es lo que hace improbable la adopción de reglas opresivas» HAYEK. *Ob. cit.* p. 291.

finalmente donde los distintos poderes tienen, separadamente, la facultad de elaborar la ley, ejecutarla y llevar adelante procesos de revisión judicial, podemos concluir que allí y solo allí, el imperio de la ley está al servicio de poner límites al poder político y no al servicio de hipertrofiarlo con un ropaje formalmente legalista. Montesquieu, en el Libro XI de *El espíritu de las leyes* concluyó algo parecido al sostener que con una visión estrictamente jurídica que «la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten», por mi parte modificaría este pensamiento diciendo que es hacer todo lo que ellas no prohíben.

En realidad, el Estado de Derecho no es tanto un entramado jurídico institucional como un ideal político alimentado a través de la historia de Occidente, de forma tal que el ideal último que subyace en la idea de Estado de Derecho es el de la libertad individual que resulta de poner límites estrictos al poder político.

De esta forma la protección de las libertades individuales nos conduce al concepto de igualdad ante la ley, ya que aquella solo puede ser efectiva cuando todos los hombres son tratados como iguales ante el ordenamiento jurídico estatal. Y ello para Guillermo Lusteau<sup>4</sup> es la idea sustantiva de la supremacía de la Constitución para la limitación de las facultades del Estado que representa a mayorías circunstanciales.

Fundamentalmente la existencia de un Estado de Derecho estriba en la separación de poderes, con ella, cuenta con un poder que siendo independiente de aquel que crea la ley y del que ejecuta la administración, controla la propia legalidad, constituyéndose en un guardián de la Constitución, es decir, de las libertades fundamentales que se establecen para proteger a los individuos del poder del Estado.

El populismo se ha transformado en un asalto al Estado de Derecho, tanto en nuestra región como en Europa, dando origen a una forma de construcción política que eligen hoy los totalitarismos de ayer, por lo que no es mera casualidad el renovado interés académico en torno del populismo.

Pero este resulta una categoría política que no es fácil de conceptualizar, los esfuerzos realizados para determinar su sentido han sido tan numerosos como poco satisfactorios en sus conclusiones. Y ello es así porque el populismo no constituye un sistema de ideas como el marxismo, el liberalismo, el socialismo o el anarquismo. Al populismo no le corresponde una doctrina precisa, sino un síndrome, no posee una elaboración teórica orgánica y siste-

---

<sup>4</sup> LUSTEAU, G.: «Democracia y control de constitucionalidad. Los fundamentos filosóficos». En: *Judicial Review*. Inter American Institute for Democraci. P. 39. Miami, 2009.

mática<sup>5</sup>, más preciso sería decir que el populismo constituye una categoría ontológica y no óptica: una manera de articular contenidos políticos al margen de la naturaleza de ellos mismos.

Entonces, si no es un sistema de ideas, ni un plan económico, ni un momento histórico, ¿qué es el populismo? Tal vez la mejor respuesta provenga del profesor Ernesto Laclau<sup>6</sup>, para el que las instituciones solo pueden constituir un estorbo en la lucha por lograr la plenitud popular, de forma que la constitución deja de operar como un límite a la legislación ordinaria en virtud de principios de libertad y resguardo del individuo, sino que pasa a hacer las veces de un instrumento intercambiable y modificable al antojo del líder populista.

Siguiendo la teoría de Laclau, al populismo no le corresponde una visión democrática del pueblo, es al revés, ya que niega la pluralidad que caracteriza a las sociedades modernas. No hay populismo sin una construcción discursiva del enemigo, con una construcción política en parte basada en Carl Schmitt<sup>7</sup> y su concepto de lo político, de ahí que también se apoye en la dicotomía (domo) «amigo/enemigo».

De ahí que la izquierda populista (también los hay de derecha), ha encontrado en el politólogo germano un enemigo de la democracia liberal, del sistema republicano y del parlamentarismo. Además Schmitt fue el gran teórico del decisionismo, concepción completamente opuesta al ideal del Estado de Derecho.

De esta forma la igualdad ante la ley no puede operar en un espacio radicalmente dividido por un pueblo en contradicción con un anti pueblo, así trata de una igualdad ante la ley de aquellos que están incluidos en una dimensión popular cuya contracara es la desigualdad ante la ley de aquellos que están excluidos (los enemigos). De esta forma el culto al pueblo es el culto al líder que lo encarna e interpreta. Esta visión del pueblo como un cuerpo unido puede explicar, refiere Aleardo Laría<sup>8</sup>, el apoyo a un liderazgo carismático que personifica los intereses de la nación. Resulta así paradójico que negando la centralidad de los individuos, acabe identificando al pueblo con una única individualidad: el líder. Así no hay populismo sin lo que Max Weber denominó mistagogos, con el poder de interpretar y conducir al pueblo.

<sup>5</sup> BOBBIO, N., y MATTEUCCI, N.: *Diccionario de política. L-Z*. P. 1.281. Siglo XXI. México DF. 1986.

<sup>6</sup> LACLAU, E.: «Populismo, que nos dice el nombre?». En: PANIZA, F., (compilador) *El populismo como espejo de la democracia*. P. 52 Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2009. *La razón populista*. FCE. Madrid, 2016.

<sup>7</sup> SCHMITT, C.: *El concepto de lo político*, Pág. 23. Folio Ediciones. México DF. 1985.

<sup>8</sup> LARIA, A.: *La religión populista. Una crítica al populismo posmarxista*. P. 394. Grupo editor latinoamericano. Buenos Aires, 2011.

Así el populismo no establece el imperio del Derecho, sino el imperio del líder, en su voluntad carismática. Por lo que cabe recordar las palabras de Aristóteles<sup>9</sup> «los demagogos no se muestran sino allí donde la ley ha perdido soberanía».

De esta forma el concepto de ley general, abstracta y cierta es desconocido para la lógica populista, ya que en su concepto no se establece en el imperio del Derecho, sino en el imperio del líder, la soberanía no se halla en la ley, sino en la voluntad carismática.

El populismo es estatista, aunque no todo estatismo es necesariamente populista, pero si en la época del absolutismo monárquico Luis XIV podía aseverar «el Estado soy yo» el líder populista de hoy puede proclamar «el pueblo soy yo y el estado es mío» noción que ubicaríamos en las antípodas del Estado de Derecho.

Este tipo de gobernantes son harto conocidos en Latinoamérica, como el Coronel Chávez (seguidor de Laclau) en Venezuela con sus payasescas expropiaciones, o promoviendo la perpetuación en el poder, como el Presidente Evo Morales en Bolivia o la familia Kirchner en Argentina, para solo mencionar a algunos gobernantes de la región.

## 2. UN EJEMPLO DE CORRUPCIÓN Y POPULISMO DURANTE CASI SETENTA AÑOS

La corrupción entraña la apropiación privada de bienes públicos, conspirando en última instancia contra el bien común simbolizado en el Estado de Derecho. Y lo hace doblemente, porque exige mayor sacrificio fiscal para incrementar los recursos públicos de los que se nutren las prácticas corruptas y a la vez resta a la sociedad los recursos que de otro modo se habrían invertido en reducir la inequidad de un sistema social inherentemente injusto. Así, la corrupción comete un triple crimen. Mata cuando las locomotoras no frenan, los riachuelos infestos enferman, las cañerías de calefacción de las escuelas explotan y las salas de baile se incendian, porque unos pocos usufructuaron para sí el financiamiento que hubiera evitado estas catástrofes o hicieron la vista gorda para que la impunidad siguiera siendo la regla. La corrupción parece exacerbarse cuanto más débil es el Estado, objeto y sujeto permanente de prácticas corruptas.

En épocas de economía cerrada, anida en los mecanismos de promoción industrial, control de importaciones, cepos cambiarios, concesión de privile-

---

<sup>9</sup> ARISTÓTELES., *La política*. Centro Editor de Cultura. Buenos Aires, 2007.

gios fiscales, eliminación de deudas, créditos subsidiados y mil otras formas con que se consuma el ordeño de la vaca estatal. Y en períodos de «remate» del Estado, a través de concesiones de obras y servicios, privatizaciones escandalosas y transferencias a precio vil.

La corrupción también mata las esperanzas de que el ascenso social pueda lograrse a través del esfuerzo personal y el trabajo honesto. Los argentinos asistimos atónitos al súbito enriquecimiento de ciertos personajes, inexplicable por su origen social o inserción ocupacional. Simples ciudadanos que a través de la ocasional ocupación de ciertos cargos públicos o su cercanía a diversas esferas del poder político ven modificados drásticamente su situación patrimonial y su nivel de vida, exhibidos a menudo de manera ostentosa e impúdica. Entre tanto, extensos sectores se ven replegados en la escala social merced a políticas de ajuste, mayor desempleo, debilitamiento del rol benefactor del Estado o «sinceramiento» de precios y tarifas de servicios públicos. Con ello desaparece también la ilusión de que el bienestar y el progreso material dependen principalmente del esfuerzo de cada uno.

Por último, la corrupción aniquila el sentido ético de la convivencia social, socava la confianza en los gobernantes, acrecienta el escepticismo, la resignación y la indiferencia hacia la política, precisamente la llave que permitiría a los ciudadanos asumir su protagonismo natural de mandantes del Estado. Ante la impunidad, la naturalización de la corrupción aletarga el sentimiento de indignación colectiva que producen los ocasionales e inesperados episodios que reafirman su ocurrencia una y otra vez. Y hasta genera un perverso efecto demostrativo sobre el comportamiento de muchos ciudadanos, quienes ante el «todo vale» o «el que no afana es un gil» no vacilan en cometer transgresiones «menores», al menos no comparables con las de la magnitud que refleja el gran espejo de los corruptores y corruptos mayores. No hay un Estado corrupto ni una sociedad corrupta. Existen, de un lado, funcionarios que hablan en nombre del Estado sin representarlo en su espíritu, y del otro, empresarios, profesionales, sindicalistas y otros actores sociales dispuestos a intercambiar favores por prebendas, a conceder y obtener privilegios, a costa de desviar de sus legítimos fines a los recursos que la ciudadanía confió al Estado para promover el bienestar colectivo.

### 3. LA ESPERANZA DE CREAR UN VERDADERO ESTADO DE DERECHO, NO DEBE PERDERSE

El 9 de agosto pasado (esto fue escrito unos días después) se cumplieron 44 años de la renuncia de Richard Nixon a la presidencia de los Estados Unidos. Fue el resultado del Watergate, hasta entonces el escándalo de corrupción

conocido más impactante, si no el peor, de la política norteamericana, al menos en un sistema democrático. Permitió comprender una profunda trama de poder en la que se combinaban, entre otras cosas, una ambición electoral desenfadada, una notable paranoia, negociados de distinta naturaleza y una actitud por lo menos pasiva, si no condescendiente, tanto de los servicios de inteligencia como de las fuerzas de seguridad.

El periodismo, en particular dos jóvenes que trabajaban en *The Washington Post*, Bob Woodward y Carl Berntein, fueron los héroes en gran medida fortuitos, de ese resonante caso.

El sistema político norteamericano cambió radicalmente a partir de entonces: un conjunto de reformas políticas e institucionales mejoraron la calidad de una democracia que se reveló más endeble de lo que se suponía, incluso luego de los asesinatos de John y Robert Kennedy y de Martin Luther King, sobresalen la Oficina del Presupuesto del Congreso, para limitar la discrecionalidad en la ejecución presupuestaria por parte del Poder Ejecutivo.

Difícil es saber si el singular tembladeral que está provocando la investigación judicial por la corrupción en la obra pública de Argentina, tendrá un impacto similar. A juzgar por el raudal de arrepentidos (imputados colaboradores) que tiene esta causa, podría incluso ser bastante mayor.

Algunas de las principales empresas y empresarios están siendo objeto de investigación... Otros podrían integrar ese incómodo listado si la instrucción preparatoria se extendiera para abarcar, por ejemplo, los subsidios al transporte, la importación de gas licuado y el resto de la obra pública. Donde se ponga el foco, el Estado argentino, y no solo a nivel federal, huele a pus.

En efecto, este terremoto sin precedentes en la historia política argentina permite adquirir una idea aproximada de la monumental dimensión del drama institucional que padecemos, en Argentina, hace demasiadas décadas; se trata de un sistema político afectado por una verdadera septicemia, en la que se reprodujeron grupos mafiosos, esquemas sistemáticos de corrupción y todo tipo de negociados, en el aparato del Estado, lo que constituyó un entorno particularmente proteico para potenciar esa clase de comportamientos. Más aún, en muchos casos, desde allí surgieron con voraz intensidad intenciones manifiestas de acumulación de poder y de riqueza, un despliegue de ambiciones personalistas con frecuentes desvaríos hegemónicos.

Los mecanismos cleptocráticos de los populistas argentinos se han multiplicado y expandido a escala nacional –salvo honrosas excepciones– durante setenta años. Sería muy injusto ignorar que los problemas de corrupción,

ineficacia de los controles estatales y colusión con el sector privado son efectivamente de larga data. Gobiernos militares como civiles fracasaron en promover prácticas de transparencia. El Estado fue históricamente el socio bobo en muchos emprendimientos, y los contribuyentes, las pasivas víctimas que pagaron las consecuencias.

Los riesgos de este escándalo para el gobierno actual no son menores. Los ciudadanos realmente preocupados por la cuestión de la corrupción interpe- larán al oficialismo respecto de las medidas implementadas para mejorar la calidad institucional.

Las fallas institucionales de la Argentina son estructurales. Ningún debate serio se ha dado, en los últimos años, al respecto. Ignorando ese disfunciona- miento, nada serio, estable, mucho menos «normal», puede pretender cons- truirse, si antes no se construye el Estado de Derecho y se deja de lado la razón populista.



# Conclusiones

---

*Coordinador*

GABRIEL RUAN SANTOS

*Moderador*

JOSEP D. GUARDIA I CANELA

Relación de la Sección I: «Defensa del Estado de Derecho frente al Populismo y la Corrupción». Ponente: Leopoldo Tolivar Alas (España). Moderador: Josep D. Guardia i Canela (España). Coordinador: Gabriel Ruan Santos (Venezuela).

Leída la ponencia del académico Leopoldo Tolivar Alas (Academia de Asturias), así como las comunicaciones de los académicos Bonifacio Ríos Avalos (Academia de Paraguay), Cesáreo Rocha Ochoa (Academia de Colombia), José Sáez Capel (Academia Boliviana), José Antonio Martínez Vela (Academia de Madrid), Remigio Beneyto Berenguer (Academia de Valencia), Carlos Acedo Sucre (Academia de Venezuela), Francisco La Moneda Díaz (Academia de Extremadura), Efraín Hugo Richard, Calos Julio Lescano y Daniel Cesano (Academia de Córdoba-Argentina), Victorio Magariños Blanco (Academia de Sevilla), Amador García-Carrasco García (Academia de Madrid), José Luis Martínez López-Muñiz (Academia de Valladolid), José Antonio Fernández Ajenjo (Academia de Madrid), Efraín Hugo Richard (Academia de Córdoba-Argentina), Antonio Fernández de Buján y Fernández (Academia de España) y Fernando Rodríguez Alonso (Academia de España); la coordinación de esta sección I, con la venia de los participantes, procede a resumir las aportaciones recibidas y a organizar el tema, de la forma libre que se expone a continuación:

El texto de la ponencia principal asume como sabido el concepto de Estado de Derecho y nos introduce directamente en el examen de las amenazas contra su vigencia, que postula el título de la sección, es decir, el populismo y la corrupción generalizada. Considera al populismo como un fenómeno multiforme de grandes magnitudes y grave riesgo para las sociedades democráti-

cas, y en especial, para sus instituciones. A la corrupción la califica como un vicio social, que se manifiesta principalmente –aunque no exclusivamente– en las contrataciones públicas y en la obtención y disfrute de beneficios y ventajas oficiales, situándose al mismo tiempo como causa y como efecto del fenómeno populista.

La ponencia se apoya en la literatura más conocida y reputada del populismo, y con cita de César Ulloa lo describe como «una estrategia que no enfatiza lo ideológico, se caracteriza por un discurso popular-confrontacional (contra las oligarquías, las instituciones, crea permanentemente enemigos, goza de capacidad de movilización y se dirige a un segmento policlasista, pese a que enfatiza su interés en segmentos de menores recursos económicos)». El populismo –afirma el ponente– es una estrategia, no una ideología, es un camino, método o conjunto de acciones para hacerse del control político de un país. Es un fenómeno asociado a la democracia, a la cual dice profundizar, pero más bien la debilita y obstaculiza, y sobre todo *refleja su degeneración*. Por ello, parece servir igualmente, a los movimientos políticos de izquierda y de derecha, porque magnifica las críticas y quejas al sistema, pero se cuida de no revelar sus propuestas definitivas de organización política, social y económica, para poder mantener vivas sus promesas.

Según el ponente, el populismo manipula las emociones, idealiza al pueblo, exagera los vínculos afectivos del pueblo con líderes carismáticos, alimenta el odio contra los partidos políticos tradicionales, divide la sociedad entre amigos y enemigos, predica la «antipolítica», el antiliberalismo, insufla los nacionalismos y sentimientos étnicos, aclama los igualitarismos a la par que discrimina, acrecienta el estatismo, justifica la eficacia de los autoritarismos y militarismos y no se detiene ante el *sincretismo* de sus consignas.

El fenómeno tiene «numerosas concausas», dice el ponente: «Hastío del modelo tradicional de partidos, escasa participación política, crisis económicas, corrupción, deseo de revertir el poder de las élites económicas y multinacionales o incluso, nacionalismos excluyentes... perpetuación en el poder de un nuevo caudillaje, etcétera». Siendo posible que en Europa hayan prevalecido las causas políticas y en América Latina las causas económicas. Pero, en todo caso, la más destacada de ellas ha sido la corrupción y la falta de transparencia en la administración de los asuntos públicos.

Por lo anterior, la ponencia se concentra en los instrumentos normativos nacionales e internacionales para la lucha contra la corrupción, como son las Convenciones europeas y latinoamericanas contra ese vicio social y las legislaciones penales y de contrataciones públicas vigentes en España y en algunos países iberoamericanos. Destaca la necesidad de transparencia en el ejercicio

del «poder adjudicador» del Estado, a través de procedimientos «a evidencia pública», como los denominaba el jurista italiano Massimo Severo Giannini, con sujeción a la publicidad, igualdad, libre acceso y formalidad, y con abolición de las negociaciones privadas para asuntos de mayor cuantía con la administración pública. Así también, remite a la descripción de las conductas corrompidas en las leyes penales, a las prohibiciones de contratar cuando hay conflictos de interés, a la obligación de presentar declaraciones de patrimonio y de intereses para perseguir presuntivamente los enriquecimientos injustificados e ilícitos, y la protección de la denuncia y del derecho de los denunciantes.

La comunicación del académico Rocha Ochoa refuerza los aspectos más resaltantes de la ponencia del académico Tolivar Alas. Señala Rocha que más allá de las controversias que normalmente han afectado a la democracia liberal y al Estado-Nación, el populismo y la corrupción han tenido el efecto mayor de corroer las instituciones que fundamentan al sistema. Con apoyo en diversos autores, afirma que la amenaza principal contra la libertad y la democracia es hoy día el populismo, entendido este último no como una ideología sino como una «epidemia viral» muy tóxica, que consiste en una degeneración de la democracia que puede acabar con ella «desde dentro», y que ataca por igual a muchos países, con independencia de su desarrollo, y revistiendo diversas máscaras, para encubrir a los movimientos de ultra izquierda y a los extremismos derechistas; presentándose en algunos países, como España, en las dos tendencias.

Rocha asume las *desviaciones del populismo* con respecto a la democracia liberal expuestas por Axel Kaiser y Gloria Álvarez: desprecio por la libertad individual y los derechos del individuo; idolatría del Estado; la culpa siempre es de otros (enemigos anónimos); la paranoia antiliberal; el disfraz democrático; y la falsa obsesión igualitaria. Son los signos de alarma que deben ser más atendidos.

Por su representatividad, Rocha dedica amplio espacio a la descripción del populismo chavista en Venezuela, el cual no solo ha destruido la economía sino que ha desnaturalizado todas las instituciones democráticas, para imponer finalmente el marxismo-leninismo coaligado con mafias militares, a pesar de que Hugo Chávez por mucho tiempo ocultó el verdadero contenido de su Revolución y el substrato militarista de su movimiento. Alerta acerca del populismo engañoso del candidato Petro en Colombia. También analiza los fenómenos derechistas de Trump en EE. UU., del Brexit en Inglaterra y de Marine Le Pen en Francia, montados sobre nacionalismos con inspiración étnica.

Rocha concluye que hay que combatir el populismo extremista con la acción nacional e internacional, pues es un fenómeno que rebasa las fronteras nacio-

nales, y es indispensable apoyar el repudio internacional a las dictaduras y violaciones a los derechos humanos, más allá del viejo principio absoluto de no intervención extranjera en la política interna de los Estados. Sostiene que contra dicho fenómeno y la corrupción es necesario restablecer la *conciencia ética general* y las enseñanzas de las humanidades, para evitar el egocentrismo profesional, la sumisión mercantilista y la adicción tecnológica. Hay que defender la libre empresa por oposición al estatismo. Así también, reforzar el valor ético del Estado de Derecho, preservar la división de poderes, la independencia del Poder Judicial y el cumplimiento de las normas, y sobre todo rechazar la «modernidad líquida», que promueve el abandono de los valores individuales y el acomodamiento inmoral de todas las reglas sociales al confort de la masa humana.

La comunicación del académico Martínez Vela indaga los orígenes del populismo en el bajo imperio romano. Toma inicio esta indagación en la convicción de que el populismo es un concepto «escurrudizo» y predominantemente «retórico», vale decir acomodaticio, con calificaciones de Zanatta y Torres Ballesteros, que refiere a un movimiento político centrado en la idea idílica de pueblo, por oposición a élite, con un contenido emocional y voluntarista, vinculado a un líder carismático que garantiza satisfacer los anhelos populares. Aunque este fenómeno esté asociado a un momento decadente de la democracia moderna, sus rasgos esenciales pueden ser ubicados en el autoritarismo pretendidamente «virtuoso» de los emperadores romanos a partir de Diocleciano y comprobado en los «panegíricos» pronunciados por los oradores en las grandes celebraciones en su honor, entre los cuales destaca y examina a Temistio, rétor nacido en el Asia Menor, en año 317 d. C.

La comunicación de Sáez de Capel plantea un antagonismo irreconciliable entre Estado de Derecho y Populismo. Mientras el primero pone límites al poder político para resguardar la libertad de los individuos, mediante la generalidad de la ley y la igualdad de todos los ciudadanos frente a ella, el populismo encumbra el poder de un individuo sobre todos los demás: el líder. E identifica al líder con el pueblo, hasta el punto que su voluntad sin límites es la del pueblo. Siguiendo a Ernesto Laclau, Sáez de Capel coincide en que el populismo no es un sistema de ideas o ideología organizada, sino un fenómeno provocado por el deterioro del Estado de Derecho, que plantea la división de la sociedad en «pueblo y antipueblo», dando lugar o aumentando la corrupción social tanto en el Estado como en la empresa privada. Si rescatamos las instituciones del Estado de Derecho derrotaremos el populismo y la corrupción asociada al mismo, que se desarrollan con la debilidad institucional.

La comunicación del académico Ríos Avalos se extiende en la identificación del Estado de Derecho, como genuino objeto de la defensa frente al populismo y la corrupción, porque todo Estado tiene un orden jurídico inmanente y por ello no debe ser calificado como de Derecho, que es una *forma histórica específica del Estado* caracterizada por satisfacer «las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica». Es decir, por el origen popular del poder, la separación de los órganos y funciones que lo integran, la primacía del parlamento electivo, la regulación de la conducta por normas generales ciertas y preestablecidas, el respeto de las minorías, la alternancia de los gobernantes, los tribunales independientes como garantes de la aplicación imparcial del orden jurídico y sobre todo por el reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos, cuya universalidad los hace conocidos en todo lugar, aunque no rijan efectivamente en todo el mundo.

La comunicación del académico La Moneda Díaz destaca la identificación actual, total y definitiva, entre el Estado de Derecho y el «Estado de los derechos humanos». Plantea que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948) constituye un «consenso jurídico imperativo internacional» que limita los ordenamientos jurídicos de todas las naciones, como derecho natural y como derecho positivo, lo que debería autorizar a esa organización para intervenir en la economía de aquellas naciones víctimas del hambre por catástrofes naturales o sociales, y por la acción u omisión de gobiernos desastrosos y desconocedores de los derechos inherentes al ser humano.

La comunicación del académico Martínez López-Muñiz, se extiende también en la descripción precisa del Estado de Derecho, al que identifica con el *Estado Social y Democrático de Derecho*, por tener «como componente esencial los derechos humanos normativamente predeterminados, como fundamento, fin y condicionante de toda su organización y actividad». Plantea que la incompreensión de su naturaleza como superación del Estado liberal puro conduce al populismo y a la corrupción. La defensa del Estado de Derecho no debe limitarse a la preservación de las libertades individuales y políticas, sino que debe propender con dinamismo al desarrollo de la igualdad y la justicia social, con atención especial de los «derechos humanos prestacionales» (económicos y sociales). Así también, la división entre Derecho Público y Derecho Privado no debe obstaculizar la responsabilidad social de los particulares ni su orientación al interés general y no solo privado.

La comunicación del académico Beneyto Berenguer concentra la defensa de la democracia en el espíritu y moral de los políticos. Es la *virtud de los gobernantes*, como disposición habitual y firme de hacer el bien, lo que asegura el bien común. Con fundamento en la doctrina de la Iglesia y de los pontífices católicos más recientes, postula cuatro virtudes cardinales en los políticos

para lograrlo: la templanza, la prudencia, la justicia y la fortaleza. Los políticos deben moderar la ambición de poder y ser equilibrados en su ejercicio, tener vocación de servir y no de dominar; saber distinguir lo importante de lo accesorio y dar prioridad a lo primero; la justicia y el servicio al derecho deben ser el fundamento ético de la gobernanza, «el principio de la mayoría no basta», y sin justicia no hay paz.

La excelente comunicación del académico Magariños Blanco ubica el origen de los problemas de la democracia en su interior, como Rocha y García-Carrasco, porque el populismo y la corrupción se generan «desde dentro». Dice Magariños: «En esencia, la democracia es un método, un sistema de limitación y control del poder, tanto en su origen como en su ejercicio». Pero, no obstante que este sistema es connatural a la soberanía popular, existen límites funcionales y estructurales que disminuyen su eficacia y contribuyen a su degeneración. En primer lugar, el Estado requiere para su funcionamiento y logro de sus fines de un entramado institucional neutro, integrado con miembros cualificados técnicamente y seleccionados sin inmisiones partidarias, requeridos de una moralidad que el sistema político por sí solo no proporciona. En segundo lugar, los límites provienen de la misma estructura: El pueblo es muy heterogéneo en situaciones, opiniones, preferencias e ideologías, lo cual da lugar al pluralismo y a la discrepancia como realidad social y derecho a disentir, y no como valor o fortaleza, el valor es la convergencia democrática; la democracia directa es prácticamente imposible o muy difícil, habiéndose consolidado la delegación de la soberanía en un grupo de personas y su ejercicio a través de la democracia representativa, como sistema para hacer realidad la voluntad popular; se hacen indispensables entonces los partidos políticos como entes intermedios entre el pueblo y los representantes, surgiendo así con frecuencia la inevitable *fragilidad de la democracia*.

En efecto, según Magariños, los partidos se convierten en organizaciones para la toma y conservación del poder, rara vez son la expresión del pueblo, derivando en burocracias impenetrables e instrumentos de cooptación de funcionarios y clientelismo; las ideologías de los partidos, útiles para la movilización de su militancia, son fuente de simplificación y distorsión de los objetivos del Estado; los partidos como medios de acción tienden a desnaturalizar la delegación, a pesar de ser indispensables para el funcionamiento de la democracia; posponen los intereses de los ciudadanos; los representantes son elegidos por fidelidad y subordinación partidarias y no por sus cualidades y aptitudes; sus ideas y planes se hacen incongruentes con su actuación. Además del deterioro de los partidos, se cae en una inmisión, utilización y colonización de las instituciones, con lo cual crece la corrupción de los funcionarios por el relajamiento del control institucional.

En esta insatisfacción e ineficacia del sistema democrático, irrumpen líderes vocingleros que pretenden canalizar el descontento con mensajes de seducción popular que se alejan de la democracia. Se ofrecen como alternativas resueltas al estancamiento, con promesas de honestidad y lealtad al pueblo. Surgen así los nuevos políticos mesiánicos, que aprovechan el descrédito de los políticos tradicionales. Magariños admite como posible remedio la utilización de mecanismos de participación de la población en la toma de decisiones importantes, a través del sufragio, como consultas populares, referendos, iniciativas del electorado, revocatorias de mandato, así como también, absoluta libertad de prensa, control de entidades no gubernamentales, conciencia ciudadana, etcétera. Siempre que ello no se preste –añadimos nosotros– a la demagogia de líderes inescrupulosos, para dar paso a la mal llamada «democracia tumultuaria», verdadera olocracia, o al autoritarismo, como alternativas indeseables a la degeneración de la representación.

El académico venezolano Acedo Sucre, en su interesante y cruda comunicación se aparta de teorías, analiza con detalle el populismo extremo en Venezuela y resalta aspectos nuevos que permiten comprender los efectos deletéreos del régimen en la actividad empresarial y en el incremento exponencial de la corrupción generalizada. Acedo resalta el papel de los profesionales y empresarios en la defensa de la democracia, como un poder social, al igual que la prensa y la Iglesia Católica local, razón por la cual no es conveniente que un Estado democrático los ataque como lo hace la intervención del gobierno populista –ya declarado como socialista– para debilitar, asfixiar o eliminar su oposición a la arbitrariedad. En especial, se refiere al dictado incesante de «leyes criminógenas», concepto propuesto por el penalista venezolano Tulio Chiossone, «para calificar a aquellos decretos y leyes que por su irracionalidad e imposible cumplimiento, convierten en delinquentes a los ciudadanos correctos». En lo que toca al tema, son normas cargadas de prejuicios ideológicos y dogmas económicos que criminalizan conductas naturales de los sujetos productores, como el fin de utilidad y la libre competencia, ataque que se ha desbordado con la práctica oficial demencial y voluntarista del control de cambios, del control de precios y de las expropiaciones y confiscaciones masivas.

La comunicación del académico García-Carrasco se enfoca sobre el «*pensamiento confuso*» destinado a manipular los conceptos de Estado de Derecho y democracia, no obstante que «la democracia sin el Estado de Derecho carece de sentido, y el Estado de Derecho sin democracia sería hueco y vacío», pues son componentes inseparables. El pensamiento confuso –a nuestro juicio– equivale a lo que otros han llamado la «neo-lengua del poder», que trastorna el significado de las ideas y realidades: la dictadura pasa como democracia, los decretos como leyes, el libertinaje como libertad, la discriminación como



igualdad, la venganza como justicia, la raza como patria, la secta como pueblo, el odio como amor, etcétera. Para él la corrupción del Estado es más importante que la económica. Coincide en que el populismo es la demagogia «que aprovecha la debilidad del sistema democrático para entrar en él y romperlo», sobre todo a través del control de los medios para imponer la hegemonía de su relato antidemocrático. Frente a ese ataque es vital la aplicación rigurosa de la Constitución y la «cultura de los derechos» sembrada en la educación del ciudadano, así como el respaldo de los colegios profesionales, magistraturas, universidades, academias y sobre todo de la «sociedad viva».

La comunicación de los académicos argentinos Richard, Lascano y Cesano, se abstrae del tema del populismo y se concentra en la corrupción económica surgida de las indispensables relaciones entre la Administración Pública y la empresa privada en el mundo occidental, con un notorio *maridaje delictivo de lo público y de lo privado*, que hace poco razonable ver ambos campos con independencia uno de otro. En especial, la comunicación mencionada busca combatir el «capitalismo prebendario» o clientelar surgido de la alianza de funcionarios y empresarios para el «uso antifuncional» de las sociedades de comercio en el sector público y en el sector privado, para lo cual se hace necesario perseguir tanto la corrupción pública, que es un ataque al patrimonio público, como a la corrupción privada (espejo de la pública) que es un ataque al orden económico, mediante la aceptación del levantamiento casuístico del velo de la personalidad jurídica y la consagración de la responsabilidad penal independiente y accesoria de las personas jurídicas, allende el principio clásico de personalidad y no traslación de la pena. Igualmente, se debe perseguir la «criminalidad globalizada» o internacional de las empresas, mediante la extensión de la jurisdicción interna con fundamento en el principio de nacionalidad de los infractores y de la ley violada.

A tal fin, se recomienda la adopción de conceptos propuestos en las convenciones internacionales contra la corrupción y creados por la legislación argentina reciente, como la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial, la Ley de Sociedades Comerciales y el Código Civil y Comercial, como son las sanciones específicas para la actividad ilícita de las sociedades, con autonomía de la responsabilidad penal, representadas por las liquidaciones coactivas de empresas, la suspensión de limitaciones de responsabilidad societaria y separación de patrimonios, la extinción de dominio, la responsabilidad solidaria de administradores y accionistas, la acción contra el controlante de hecho y de derecho, etcétera.

La comunicación del académico Fernández Ajenjo se refiere al fracaso o decadencia de la actividad de control fiscal por efecto del «populismo cosmético», el cual pretende cambiar el sistema de control fiscal con la creación

interminable de nuevos organismos, hasta caer en una «hiperinstitucionalización» ineficiente, sin incidir con fuerza en el mejoramiento real de la actividad. Luego de reseñar la evolución del control fiscal en España y en algunos países latinoamericanos, afirma que este ha quedado muy rezagado con respecto a los controles administrativos de los sectores tributario, bancario, de seguros, de la competencia, medioambientales, sanitarios, etcétera. La reciente creación de las agencias anticorrupción autónomas, que siguen el modelo europeo de la Oficina de Lucha Antifraude, es poco el avance que han logrado. Aunque los sistemas de prevención de la corrupción y del fraude deben ser prioritarios frente a los sistemas de persecución del delito, no se justifica la actitud de abandono de la actividad sancionadora en esta materia, la cual ha quedado reducida a la jurisdicción penal. En su línea de pensamiento, propone reforzar las funciones de los tradicionales tribunales de cuentas y de las intervenciones generales con la creación de servicios dependientes especiales de investigación del fraude fiscal. Por lo expuesto, recomienda terminar con la hiperinstitucionalización, modernizar los organismos existentes y dotarlos de más recursos, funciones y responsabilidades precisas, así como coordinar la acción de todos ellos para evitar el despilfarro y la «jungla de controles».

La comunicación del académico Fernández de Buján y Fernández nos introduce en el ejercicio de la *actio popularis* para la defensa del interés general en el derecho romano. Nos plantea un paralelismo en la defensa de los intereses colectivos por parte del ciudadano en la antigua Roma y en la civilización contemporánea. En efecto, la *acusación pública* es un tema de vibrante actualidad, que participa en el tema de las acciones de clase, colectivas o por intereses difusos, que legitiman a cualquier ciudadano para acudir ante los órganos jurisdiccionales a impetrar justicia en cualquier ámbito de interés general, con independencia de las competencias exclusivas del ministerio público. Así como en Roma la legitimación popular fue el resultado de una sana evolución, que se refleja hoy en día en diversas materias del derecho internacional, también en el ámbito nacional actual podría producirse un desarrollo semejante, que favorecería el combate contra la corrupción pública, siempre que la litigación con propósitos privados, partidistas y electorales no desviara el fin regenerador del ejercicio de la «*actio popularis*».

La comunicación del académico Rodríguez Alonso particulariza el tema de la corrupción, para ubicarlo en el ejercicio ilícito y antiético del abogado en el juicio penal, enfocado sobre la deslealtad en el proceso y frente al cliente, lo cual desarrolla con un análisis de casos jurisprudenciales. A nuestro juicio, como en la posición de Beneyto Berenguer, el planteamiento de Rodríguez Alonso concentra la defensa del Estado de Derecho en *la moral de los abogados*, así como aquel la sitúa en la de los políticos.

El contenido heterogéneo de los aportes intelectuales resumidos, nos permite sugerir unas breves *conclusiones e interrogantes*:

- 1) Hay coincidencia plena en que el Estado de Derecho es el Estado democrático, que se identifica no solo con una estructura compleja de limitación del poder, sino con la consagración y protección de los derechos humanos, como fundamento, fin y condicionamiento de su existencia y funcionamiento.
- 2) El populismo es para muchos un *fenómeno político degenerativo* del Estado de Derecho y de la democracia, que surge «desde dentro» y que funciona como una estrategia demagógica para la toma del poder; para otros, es una *ideología del pueblo*, según concepto retóricamente construido de este último, para enfrentar las instituciones democráticas y élites del poder establecido, identificable con múltiples causas y demandas pero no con una esencia propia. Tal vez, se deba admitir que es una *ideología de transición*, para captar el descontento popular y alimentar un relato histórico y político, que permite a los autoritarismos de toda índole hacer proselitismo y desarrollar un camino expedito al poder hegemónico, sin declarar sus verdaderas metas, ni contribuir con la solución de los problemas reales.
- 3) Es indudable que la corrupción de la democracia y de los políticos es la causa más relevante del populismo, sin excluir una diversidad de atavismos en sus orígenes; pero no se debe ignorar la vulnerabilidad objetiva de las instituciones democráticas, las cuales viven de la racionalidad y la transparencia, exigencias muy difíciles de satisfacer en un contexto plural y conflictivo. En la medida que las instituciones públicas y privadas atiendan suficientemente las demandas de toda la población, y ello sea del conocimiento general, no habrá terreno fértil para la subversión populista.
- 4) ¿La defensa del Estado de Derecho precisa de soluciones jurídicas o políticas? Desde luego que es indispensable que las instituciones jurídicas funcionen cabalmente, conforme a la Constitución y las leyes, sobre todo el parlamento, el poder judicial, los organismos de control y el régimen de la libre empresa, porque el populismo crece en el deterioro de las instituciones; lo cual comprende el incremento de los medios de participación popular en la democracia representativa; pero, es igualmente importante que los gobiernos desarrollen políticas públicas eficientes e inclusivas para todas las clases sociales y que la empresa privada respete el Estado de Derecho y genere responsabilidad social.
- 5) En su obsesión anticapitalista, las transiciones populistas de progenie marxista atacan y asfixian a la empresa privada, mediante la promoción y dictado de «leyes criminógenas», medidas contrarias al libre

flujo de capitales y divisas y múltiples expropiaciones y confiscaciones, al mismo tiempo que auspician la formación de un empresariado clientelar leal al gobierno, mediante el estímulo de la corrupción privada. De allí la necesidad de combatir la corrupción pública y privada, que suele ser mixta, con todos los medios jurídicos preventivos y sancionadores.

- 6) Es indispensable que los defensores del Estado de Derecho y la democracia representativa hagan un gran esfuerzo intelectual y material para desmontar la *hegemonía cultural populista*, concebida por Gramsci, postulada en foros internacionales e instrumentada por la captura progresiva de los medios masivos, para sustituir el relato histórico y político destructivo de las instituciones por otro que impulse con emoción el espíritu superior de la democracia. Los partidos políticos deben combatir la corrupción interna y abrirse a las justas demandas de la población, sin sectarismos ni exclusiones.
- 7) Con urgencia, se debe poner atención a los casos de Venezuela y Nicaragua, en los cuales el populismo ha depauperado sus pueblos y destruido sus instituciones democráticas, con el riesgo de perjudicar a otras naciones latinoamericanas. Se recomienda apoyar las iniciativas internacionales destinadas a buscar soluciones humanitarias para esos trágicos casos.

# Sección 2

*Ponentes*

D. ALEJANDRO SÁNCHEZ DEL CAMPO REDONET

D. MANUEL GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS

D. ALEJANDRO CASTEX ZALDÍVAR

*Coordinador*

D. LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

*Moderador*

D. MANUEL PIZARRO MORENO

# **Ponencias**

---

# Enseñanza y práctica del Derecho en el mundo de las nuevas tecnologías

## TEMÁTICA DE LA MESA REDONDA

El vertiginoso desarrollo de las tecnologías que se ha producido en los últimos veinte años provoca retos que el ordenamiento jurídico no resuelve satisfactoriamente. El marco normativo, podríamos decir que incluso los principios que lo informan, no parece ser suficientemente ágil y flexible para ordenar adecuadamente situaciones que las tecnologías plantean y que son ya parte de nuestro día a día: criptomonedas, vehículos autónomos, patentes sobre formas de vida, *smart contracts*, drones, robotización del trabajo; y tantos ejemplos adicionales.

Las situaciones mencionadas afectan a todos los ámbitos de la sociedad y del Derecho, que aparece tensionado por el impacto que sobre las relaciones jurídicas tienen las novedades tecnológicas. La capacidad de respuesta efectiva de los ordenamientos jurídicos se pone a prueba, no siempre de manera satisfactoria.

La intención de una mesa de discusión sobre esta temática es poder plantear, de forma rigurosa, la naturaleza de los retos que se plantean y la importancia de estos, tratando de alcanzar una aproximación al modo en que el Derecho ha de enfrentar los mismos. Asimismo, se pretende analizar el impacto de los desarrollos tecnológicos en el jurista, desde una doble vertiente: cómo los

desarrollos tecnológicos obligan al profesional del derecho a adaptar la forma en la que realiza su trabajo, por un lado; y por otro, planteando soluciones que la tecnología puede aportar al jurista, permitiéndole realizar su labor de manera más efectiva.



# Comunicaciones

---

# **Revisión de la Integración de las NTIC en la Educación Superior; en particular, en los Estudios de Grado de la Universidad Complutense**

**Nuria de Nieves Nieto**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo*

**Sira Pérez Agulla**

*Profesora Contratada Doctora*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM*

## **1. LA INTERCONEXIÓN ENTRE NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y EL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR**

Hace dos décadas, el sistema universitario español tuvo que adaptarse a un nuevo escenario en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior, esto es, un ámbito de organización educativo que pretendía armonizar los distintos sistemas existentes en los países de la Unión Europea. El eje vertebrador del mismo, es decir, de la enseñanza universitaria era el aprendizaje. La idea de formación y aprendizaje a lo largo de la vida y la participación activa de los estudiantes en ese proceso exigió de un cambio metodológico en la docencia y en el sistema de evaluación de las competencias y resultados de aprendizaje ligados o vinculados a las materias y asignaturas concretas que integran los Planes de Estudios de los nuevos Grados. Aprovechado este momento convulso, en aras a la acomodación del método docente a las directrices que desde el marco europeo de educación superior se vinieron reclamando, se han venido incorporando a la enseñanza universitaria las variadas posibilidades que ofrece la sociedad de la información. Resulta incuestionable el importante papel de esta en la educación del siglo XXI, viniendo a colmar las deficiencias que hallamos en la docencia tradicional, que si bien resulta insustituible adolece de ciertas limitaciones que pueden paliarse con el apoyo de las nuevas tecnologías.

## 2. EVOLUCIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO: PRIMERAS EXPERIENCIAS

La incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito universitario ha venido ofreciendo al alumno inagotables conocimientos y múltiples miradas sobre una misma cuestión, empleando con ello un enfoque mucho más flexible en términos pedagógicos<sup>1</sup>. Es evidente que hubiera resultado un error conformarnos con los unidireccionales conocimientos que, desde las aulas universitarias tradicionales, el profesorado transmitía. Actualmente, los estudiantes ya disfrutan de los infinitos recursos que ofrecen las nuevas tecnologías, las cuales permiten una mayor interacción por su parte y la adopción del rol protagonista de su propio aprendizaje. Trabajar en entornos web 2.0 supone poner fin a la limitada comunicación vertical entre docentes y estudiantes, permitiendo el diálogo múltiple entre estudiantes, profesores y todo aquel que pueda aportar conocimientos valiosos relativos a la materia impartida. Se trata, pues, de un nuevo enfoque educacional que viene a mejorar, enriquecer y acelerar el aprendizaje del alumnado.

Si nos acercamos al inicio de la incorporación de las TIC a las enseñanzas universitarias, no podemos dejar de apuntar al aprendizaje electrónico (*e-learning*), esto es, la educación a distancia, a través de la cual mediante herramientas virtuales, se suple la presencia en el aula; así, mediante instrumentos tales como el correo electrónico, páginas web, foros de discusión, mensajería instantánea u otras actividades interactivas del tipo chat o *role play*, la comunicación entre alumno y profesor resulta tanto efectiva como eficiente. En este sentido, podemos decir que esta educación a distancia fue el punto de partida del objetivo que se pretendía alcanzar que no era otro que romper con la frontera física y temporal que supone la clase tradicional. Al hilo de tal modalidad educativa, emergieron las plataformas de docencia virtual; por ejemplo, WebCT (*Web Course Tools*), en su momento, o Moodle<sup>2</sup> y Sakai, entre otras. Con independencia de las posibilidades que su uso ofrecía, en aras a conseguir un apoyo complementario de los conocimientos adquiridos en el aula, contribuyeron a crear las condiciones óptimas para que el estudiante –también el profesor–, adquiriera destrezas y competencias que difícilmente podían alcanzar mediante el modelo tradicional.

En este sentido, resulta evidente que los resultados obtenidos a través de dichas plataformas, en gran medida, dependen del uso, más o menos intensi-

---

<sup>1</sup> Ver. PALOMINO LOZANO, R.: «El uso de las TIC's en la enseñanza aprendizaje de los estudios jurídicos» en *Enseñar Derecho en el siglo XXI. Una guía práctica en el Grado de Derecho* (Dir. RODRIGUEZ ARANA, J., y PALOMINO LOZANO, R.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

<sup>2</sup> Encontramos un estudio completo de esta plataforma en «Los entornos virtuales de aprendizaje», en *Enseñar Derecho en el siglo XXI. Una guía práctica en el Grado de Derecho, op.cit.*

vo, que se ha hecho de las mismas, en concreto, de las herramientas que aquellas ofrecen. Poniendo como ejemplo la plataforma virtual más conocida en el seno de la Universidad Complutense, esto es, *Moodle*, podemos decir que si bien en su origen fue empleada, principalmente, para llevar a cabo la disposición estática de los temas en que se dividía la asignatura, la visualización de los materiales complementarios –ya sean apuntes o lecturas, casos prácticos o enlaces a páginas web–, pasando por la utilización de herramientas clásicas de comunicación, como el correo interno o el foro de novedades, actualmente una parte importante de los docentes le da un uso mucho más intenso; por ejemplo, mediante la creación de un blog, la entrada aleatoria del Glosario o la formulación de preguntas que permiten su respuesta inmediata por un solo alumno o múltiple, si el profesor considera más conveniente la intervención de varios alumnos, generando resultados diversos, que puedan ser utilizados después por alumnos y profesores, ampliando, de esta forma, la esfera de conocimientos previos. Como puede comprobarse, si algo caracteriza a estos instrumentos es su dinamismo, necesario para la transformación de la comunicación tal y como se ha venido entendiendo, dando paso a un modelo bidireccional. Las implicaciones de este cambio revisten especial trascendencia para el receptor de tales conocimientos, el alumno, que exige de este un replanteamiento de sus roles dentro y fuera del aula, pasando a asumir una posición activa que enriquece, no solo su visión de la asignatura, sino, lo que es más importante, la de sus compañeros e incluso la del propio profesor. Puede hablarse, en definitiva, de un proceso de retroalimentación de conocimientos, de competencias y destrezas, de experiencias, en suma, a las que no puede ni debe permanecer ajeno la formación combinada<sup>3</sup>.

### 3. EXPERIENCIAS DE APRENDIZAJE EN LAS TITULACIONES DE LA UCM MEDIANTE EL EMPLEO DE LAS TIC

En los últimos años hemos asistido a un crecimiento exponencial de las iniciativas formativas, se refieran estas a la modalidad no presencial o a distancia («e-learning»), o a la mixta o combinada («b-learning»)<sup>4</sup>. Si bien es cierto que para llevar a cabo un ambicioso e integral estudio de las experiencias llevadas a cabo en los últimos años deberían ser mencionadas las numerosas iniciativas que han venido desarrollándose, a consecuencia de la extensión limitada de la presente comunicación, nos limitaremos a apuntar las más destacadas.

<sup>3</sup> En el mismo sentido «Tic y docencia del Derecho del Trabajo: reflexiones a partir de una experiencia» en *Jornada sobre la enseñanza del Derecho del Trabajo en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior*, celebrado en Sevilla, septiembre de 2009.

<sup>4</sup> Encontramos un exhaustivo estudio sobre estas dos modalidades de enseñanza en CASAMAYOR, G., *La formación on line: una mirada integral sobre el e-learning, b-learning*, Graó D. L., Barcelona, 2008.

Por el relevante papel que han venido jugando en este proceso de integración de las nuevas tecnologías en la enseñanza universitaria, comenzaremos este apartado dedicando unas líneas al uso de redes sociales, imprescindibles en este proceso de adaptación de las técnicas docentes. Numerosas experiencias han centrado su atención en alguna de las plataformas existentes, principalmente, en *Facebook*, *Twitter* y *Linkedin*, las más utilizadas y conocidas en la actualidad. Cada una de ellas ofrece posibilidades complementarias: la primera, permite el intercambio de páginas, documentos e imágenes, haciendo uso de un caudal medio de información; *Twitter*, en cambio, no permite la inserción de mensajes amplios, lo que resulta muy útil para el alumno, aunque exija una carga de trabajo importante. Se trata de una herramienta dinámica, pues ofrece una actualización continua y la posibilidad de compartir información de todo tipo en tiempo real, además de su idoneidad para comunicar cambios que afecten al horario o la publicación de materiales complementarios a los vistos en el aula. Por último, *Linkedin* tiene una orientación profesional, de la que pueden beneficiarse los alumnos en un futuro próximo.

De entre los recursos asociados a las plataformas *b-learning*, el uso del *wiki* alcanza singular importancia, debido a su utilidad, rapidez e interactividad en pos de hacer efectivo el aprendizaje colaborativo profesor-alumno. La razón que subyace es simple: cualquiera de los sujetos intervinientes puede aportar ideas y conocimientos a partir de una primera *wiki*, creada por el profesor de la asignatura. Se genera, de este modo, un conjunto de páginas actualizadas por los propios usuarios, de forma que pueden acceder, siempre que lo deseen, a toda la información que se necesite. Las ventajas son indudables para docentes y estudiantes, pues permite realizar un seguimiento estrecho de las aportaciones personales de cada alumno, en tanto que estos disponen de la flexibilidad horaria necesaria para la realización y entrega de los trabajos realizados en grupo<sup>5</sup>. El panorama anterior ofrece, *a priori*, los estímulos necesarios que lleven al alumno a asumir una posición más activa aun en el caso de plataformas virtuales como *Moodle*; el alumno se transforma en coautor de los contenidos de la asignatura, buscando, en definitiva, que se sienta responsable de su proceso de aprendizaje, lo que resulta especialmente cierto en la asignatura objeto de análisis, caracterizada por la transversalidad de las materias tratadas, la constante actualización de sus contenidos y la diversidad de los mismos; ello exige de alumnos y profesores la puesta en común de sus distintas habilidades, competencias y motivaciones.

Otra de las experiencias que debe ser señalada es el uso del móvil como herramienta de interacción alumno-profesor (*mobile learning*). A partir de esta

---

<sup>5</sup> En este sentido, BARBERA, E.; y BADIA, A.: *Educación con aulas virtuales: orientaciones para la innovación en el proceso de enseñanza y aprendizaje*, Antonio Machado, Madrid, 2004.

novedosa herramienta se pretende reducir el tiempo dedicado únicamente al aprendizaje, dejando espacio para la actualización más rápida de contenidos. En particular, consiste en la creación de aplicaciones web (*web apps*), a las cuales, los estudiantes acceden mediante sus *smartphones*, *tablets*, etc., que les permite de manera automática acceder que numerosos datos<sup>6</sup>.

En otro orden de cosas, también se han creado blogs específicamente orientados a posibilitar el aprendizaje creativo del discente (*edublogs*). Esta herramienta permite, desde el ángulo del profesor, cierta libertad a la hora de conferir al blog el contenido que estime conveniente, sin que esto signifique, en modo alguno, que el alumno pierda su autonomía, pues este instrumento se entiende complementario de la red social señalada. Constituye, en definitiva, el siguiente paso necesario para alcanzar los objetivos de aprendizaje formulados en origen, además de ajustarse a los requisitos exigidos por el llamado «aprendizaje colaborativo». De esta forma, el docente se convierte en una suerte de «moderador-motivador», que no solo debe dirigir los contenidos que se vayan incorporando, sino, sobre todo, seleccionar los que entienda valiosos, descartando los que no lo sean o puedan interferir o entorpecer la progresión del blog. Por su parte, el alumno no solo aprende mientras interacciona con sus compañeros, sino que incrementa su destreza en el manejo de recursos web de todo tipo. En cualquier caso, no debe ignorarse el relevante papel que esta herramienta está llamada a cumplir respecto al receptor de tales conocimientos, el alumno, mediante un replanteamiento de sus roles tradicionales, también fuera del aula, adoptando una posición activa que contribuye a enriquecer, no solo su propia visión de la asignatura, sino, lo que es más importante, la de sus compañeros y, en último término, la del propio profesor. Ello se traduce en la generación de un proceso de retroalimentación de conocimientos, de competencias y destrezas, de intercambio de experiencias.

Cabe señalar también la puesta en marcha de otras iniciativas de interés como las que se han basado en los *webinars*, las herramientas de autodiagnóstico digital o las videopildoras.

Los *webinars* o *web-based seminar*<sup>7</sup> han tenido un gran impacto en el aprendizaje de los estudiantes. El formato que pueden presentar ante ellos es el de conferencia, taller, curso o seminario transmitido a través de internet. La característica principal de estos instrumentos es su interactividad, que permi-

---

<sup>6</sup> En este sentido, AAVV; DE LA PEÑA ESTEBAN, F. D.: «Mobile Learning multidispositivo en la enseñanza universitaria a distancia». *CEF*, n.º 5, sep.-oct., 2016.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ AZQUETA, C. y otros, «Programa de seminarios web Electrónica enREDada», *Aportaciones de las tecnologías como eje en el nuevo paradigma educativo*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2017, p. 225.

te la comunicación de los participantes (discusiones, sondeos, dinámica de preguntas y respuestas...). De otro lado, las herramientas de autodiagnóstico digital ayudan a constatar la eficacia del aprendizaje (conocimientos teóricos y prácticos de las asignaturas) a través de procesos de autoevaluación que reflejen la correcta asimilación de los contenidos adquiridos por el alumnado o, en su caso, las deficiencias que deben ser corregidas. Por su parte, la aplicación de las videopildoras a la enseñanza, así como a la información en general, ha sido valorada como un método eficaz de conexión con los destinatarios. Se trata de formatos audiovisuales, de breve duración, que permiten captar la atención de los alumnos sin que se saturen o bloqueen por un exceso de información recibida. Generalmente se conecta con el auditorio a través, primeramente, de imágenes que son recibidas con rapidez por los destinatarios y que, en un segundo momento, se acompañan de texto explicativo sonoro o escrito.

#### 4. PRINCIPALES DIFICULTADES PARA EL USO DE LAS TIC EN LAS TITULACIONES IMPARTIDAS EN LA UCM

Para que el progreso en el proceso de enseñanza aprendizaje en las instituciones de educación superior sea una realidad, es necesario que se cuente con la infraestructura tecnológica necesaria y que los docentes posean conocimientos, capacidades y habilidades para el manejo de tecnologías aplicadas a la educación. Además, como ya hemos apuntado, los alumnos, en muchos casos, deberán abandonar su tradicional posición pasiva, pasando a convertirse en protagonistas de su proceso formativo.

Al hilo de lo anterior, debemos subrayar que el docente que decida implantar este tipo de herramientas en sus clases deberá, primeramente, incrementar su tiempo de preparación, superando el tradicional esquema basado en la clase magistral; ahora, el profesor, además de prepararse el tema a desarrollar en el aula, deberá reservar parte de su tiempo para actuar como coordinador, evaluador, corrector..., esto es, como principal guía de la experiencia<sup>8</sup>. Asimismo, se le exigirá seguir un proceso de formación permanente, no solo en aquellas cuestiones referentes a la materia que imparte, sino también en las

---

<sup>8</sup> En todo este programa es fundamental la figura del profesorado, que lo organiza y tutoriza, pero desde una red social, convirtiéndose en su *Community manager*. Su actitud ha de ser innovadora, un poco *Greek* que le lleve a buscar las tendencias tecnológicas, en las que se mueven los y las estudiantes, para adaptarlas a un uso pedagógico, actuando como un auténtico *Cool Hunter*. LÓPEZ CARRASCO, R.; y ALCOLADO SANTOS, J. «Modelo *social learning* de construcción de la igualdad y prevención de la violencia contra las mujeres. Adaptación de un programa a la red social Facebook», *Relada* 5, Madrid, 2011; en el mismo sentido, GIBBERT CERVERA, M. «El profesor del siglo XXI: de transmisor de conocimientos a guía de ciberespacios», <http://tecnologiaedu.us.es/edutec/2libroedutec99/total3htm>.

relativas a aspectos ajenos a esta, entre los que destacan aquellos conocimientos informáticos que le permitan navegar por la red con soltura; no debemos olvidar que los estudiantes son «nativos digitales», lo cual requiere del profesorado una formación complementaria, tendente a reducir la brecha que pudiera existir entre los conocimientos de aquellos y los de los docentes, inmigrantes digitales, en la mayoría de los casos<sup>9</sup>.

Por parte del alumnado, la puesta en marcha de iniciativas ligadas a las TIC demandará de él un mayor esfuerzo que el exigido tradicionalmente, en el cual su papel quedaba reducido a la mera recepción de información y a la realización de los casos prácticos preestablecidos por el profesor. Ahora deberá encargarse, en muchos casos, de la elaboración de los materiales didácticos que sean objeto de estudio, adoptando, en consecuencia, un rol más activo que el asumido hasta el momento<sup>10</sup>; se tiene así en cuenta su criterio a la hora de seleccionar aquellos aspectos relevantes de cada cuestión debatida, fomentando su capacidad de gestión de la información y del conocimiento, convirtiéndose así en el personaje principal del proceso educativo. De esta forma, la transmisión de información, ideas, problemas y soluciones hará aflorar su espíritu crítico y reflexivo respecto del tema a analizar.

Así pues, asumiendo que la incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito universitario requiere del esfuerzo de discentes y profesorado, tenemos que señalar que la propia Universidad debe jugar un papel estratégico en el proceso de incorporación de las nuevas tecnologías a la Enseñanza Superior. En este sentido, debemos indicar que si bien en un principio la UCM únicamente ponía a disposición de los docentes cursos sobre las plataformas WebCT o Moodle y su material didáctico, siendo prácticamente inexistentes los programas de formación concernientes a herramientas del entorno Web 2.0 de mayor dinamicidad, ahora las posibilidades son mayores; esto resulta fundamental ya que como debemos recordar la mayor parte de los docentes no son nativos virtuales, por lo que resulta lógico, que al verse obligados a convertirse en autodidactas de este complejo mundo, muchos decidan no inmiscuirse en el empleo de estas novedosos instrumentos, continuando con los métodos más tradicionales, al margen de las numerosas posibilidades que ofrece el ciberespacio; además, el nulo reconocimiento por parte de la comunidad universitaria a aquellos profesores que sí se esfuerzan por introducir estas avan-

---

<sup>9</sup> CASAS BAHAMONDE, M. E.: «Sobre las exigencias de una metodología funcional y crítica de la enseñanza del Derecho del Trabajo», en *II Jornadas Hispano-luso-brasileñas de Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1985.

<sup>10</sup> En este sentido, GARCÍA RODRÍGUEZ, N. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, B.: «Análisis desde la perspectiva profesor *versus* alumno del trabajo en grupo en la Universidad», *Aula de encuentro*, n.º 11, enero 2008, p. 47-48.



zadas herramientas, generan, bajo nuestro punto de vista, que solo un número reducido de profesionales de la enseñanza acojan estos nuevos métodos.

En este sentido, debemos decir que actualmente se aprecia una mejora sustancial al poner la propia Universidad Complutense al alcance de los profesores numerosos cursos dirigidos a atender las deficiencias que se han ido detectando con relación al desconocimiento por parte de estos de los instrumentos informáticos que permiten mejorar la comunicación del profesor con los alumnos y acompañarles en el seguimiento de su aprendizaje; a través de los mismos se podrá atender de forma más eficiente los requerimientos de los discentes, trasladándoles los materiales de apoyo y complemento a su formación. Entre estas iniciativas destaca la oferta del curso de formación informática en la propia UCM, la puesta a disposición de materiales formativos sobre el funcionamiento de la plataforma que se utiliza en el Campus Virtual y las indicaciones para para la elaboración de textos accesibles para estudiantes con diversidad funcional.

Con relación al curso sobre TIC's, la Universidad Complutense ha puesto a disposición de todos los usuarios de la misma un curso que muestra todas aquellas herramientas tecnológicas que están a su disposición a través de la red informática de la UCM. Es un curso gratuito que lleva por título «Herramientas TIC en la UCM» y que está diseñado para que accedan a él con facilidad los estudiantes de la UCM, si bien el profesorado –al igual que el resto del personal– son destinatarios señalados porque a través del mismo pueden un uso más eficiente de las herramientas con las que cuentan para desarrollar de forma eficaz su labor docente, investigadora y de gestión.

Se trata de un curso autoformativo, lo que significa que el aprendizaje depende únicamente de cada solicitante y que se imparte *on line*, sin tutores físicos que puedan resolver las dudas. A pesar del alto índice de autonomía que se requiere de los usuarios está diseñado para que no sean necesarios otros apoyos personales puesto que cuenta con información detallada así como enlaces a otras fuentes donde profundizar o encontrar respuestas. Con ello se pretende, además de que se aprendan los contenidos del curso, sobre todo, que se consiga una formación personal con poca o ninguna ayuda externa.

Según la estructura que se ha propuesto, se encuentra integrado por diversos temas en los que se integran varias secciones. Al contenido de cada una de ellas accede fácilmente a través de pestañas indicativas de la materia a tratar. Los contenidos de los temas son los siguientes: la red de la UCM, el acceso a la red de la UCM, la Web de la UCM, el correo para TI@UCM, el Campus Virtual de la UCM, UCMnet, la Biblioteca UCM y las aplicaciones de Google. En algunos temas se ha incluido un cuestionario final que debe ser superado

tras haber estudiado el tema. Si no se alcanza el mínimo de aciertos, el cuestionario debe volver a realizarse. Una vez que se supera, se consigue una insignia que reconoce el hito alcanzado. Cuando se alcanzan las correspondientes insignias se puede acceder al diploma personalizado que acredita la superación del curso y que puede ser directamente descargado.

Por lo que respecta, más específicamente, al apoyo al profesorado destaca la puesta a disposición de materiales de formación sobre la plataforma *Moodle* (con la que se trabaja en el Campus Virtual). Se ha ofrecido a los profesores el acceso a una página web que incorpora materiales desarrollados por los coordinadores del Campus Virtual de la UCM, así como vínculos a materiales disponibles en otras universidades.

La versión de *Moodle* que se ha utilizado en el curso 2017-2018 es la 2.9. Los tutoriales de la versión 2.6 han seguido siendo bastante útiles, al haber solo ligeras diferencias con la versión 2.9. Para acceder a la información pertinente se debe pinchar en los siguientes enlaces: novedades de *Moodle* 2.9 a 3.4; uso de la herramienta de Accesibilidad (*Moodle* 2.9/3.4); importar usuarios a grupos (*Moodle* 2.9/3.4); insignias en *Moodle* 2.9; rastreo de finalización en *Moodle* 2.9; libros en *Moodle* 2.9; glosarios en *Moodle* 2.9; comprobación de originalidad con *Turnitin* en *Moodle*; novedades de *Moodle* 2.9; iniciación a *Moodle* 2.9; editores de *Moodle* 2.9.

Se ofrecen también tutoriales y guías de otras universidades: explicación del uso de UNICHECK (anti-plagio) de la URJC, recursos de GATE-UPM sobre *Moodle*, gamificación y el manual de *Moodle* 2.8 de GATE-UPM.

Se puede contar, además, con explicaciones sobre videotutoriales de *Moodle* 2.9 desarrollados por la UDCV: iniciación a *Moodle*, altas y bajas de usuarios, consultas en *Moodle*, encuestas en *Moodle*, cuestionarios en *Moodle*, calendario y noticias en *Moodle*, calificaciones en *Moodle*, *BigBlueButton* en *Moodle* (videoconferencia), glosarios en *Moodle*, chats en *Moodle*, lecciones en *Moodle*, talleres en *Moodle*, *Wikis* en *Moodle*, *Turnitin* en *Moodle*.

Se dispone, asimismo, de un servidor de videoconferencia (BBB) para campus virtual. Se ha puesto en funcionamiento, recientemente, un nuevo servidor de Videoconferencias *BigBlueButton* 0.9.1. Este servidor está disponible para *Moodle* 2.9 y 2.6, y presenta las siguientes mejoras frente al anterior instrumento informático: mejoras en el sistema de audio, permite utilizar WebRTC, mejora en el eco, facilidad de uso en la mayoría de los navegadores, posibilidad de participación solo como oyente, reduce las necesidades de conexión y de CPU del servidor, solicitud de micrófono o no, solicitud de acceso a micrófono y cámara más sencillos. Antes se debía autorizar su uso

dos veces, una para el navegador y otra para la aplicación, con lo que el funcionamiento no siempre era el deseado. Ahora se remite a la autorización del navegador. Por último, en la grabación de sesiones se comprueba *online* la compatibilidad del navegador.

Junto a lo anterior, cabe indicar que se ha elaborado un manual práctico para elaborar textos accesibles para estudiantes con diversidad funcional. En él se han incluido recomendaciones de la ONCE para presentar textos impresos accesibles a personas con déficit visual. Además se han añadido aspectos que se destacan en la Guía docente para una enseñanza virtual accesible de la Cátedra de Accesibilidad UCM. Con respecto a las imágenes, se ha de proporcionar un texto descriptivo (texto alternativo) que pueda ser leído para proporcionar al usuario información necesaria. Para hacerlo se debe describir la imagen de tal manera que se pueda entender su contenido sin verla. Los principales aspectos de accesibilidad tratados en los documentos PDF están orientados hacia las personas sin visión, sin embargo, se cuenta con que hay más tipos de discapacidades, como las auditivas, motrices, cognitivas, así como los diferentes tipos de discapacidades visuales, que también deben ser atendidas a la hora de crear un documento PDF accesible.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Entendemos que si bien se ha avanzado desde la Universidad, en cuanto a la formación de los docentes en materias tecnológicas, hay una cuestión especialmente compleja y no de fácil solución: la motivación de los mismos. Como ya apuntáramos en anteriores líneas, la gran parte de los profesores considera más productivo para su carrera profesional dedicar su tiempo a la investigación de materias propias de su disciplina; esto resulta del todo lógico si tenemos presente la escasa valoración que se otorga al desarrollo de este tipo de iniciativas innovadoras a la hora de alcanzar objetivos propios de su carrera profesional. Así, ante esta situación, proponemos que se aumente la valoración atribuida por las agencias de calidad al seguimiento por parte del profesorado de actividades formativas ligadas a la innovación en la enseñanza superior.

Por otra parte, consideramos que los estudiantes se adentran en un espacio tecnológico, ignoto para muchos docentes pero familiar para ellos, lo cual les coloca en una posición ventajosa que debería ser aprovechada, haciéndoles protagonistas de novedosas iniciativas y, por tanto, de su propio aprendizaje. No podemos obviar que los estudiantes son nativos digitales, por lo que se encuentran próximos a un área del conocimiento contemplada por una parte importante del profesorado como compleja y lejana a ellos. Teniendo esto

presente, se debería apostar por la puesta en marcha de iniciativas que partiendo de los estudiantes transmitan la ilusión, propia de la edad, y los conocimientos que estos poseen en cuanto a las nuevas tecnologías se refiere.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALARCÓN CARACUEL, R., «La enseñanza práctica del Derecho del Trabajo», en *II Jornadas Hispano-luso-brasileñas de Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1985.
- ALEGRE NUENO, M., y otros, «Innovación docente en Derecho del Trabajo: propuestas prácticas», *Revista Tecnología, Ciencia y Educación*, n.º 10, 2018.
- AA. VV., *La evaluación e innovación docente en el grado en Derecho* (Dir. BERZOSA LÓPEZ, D. y CUADRADO PÉREZ, C.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- AA. VV. *Docencia virtual y experiencias de innovación docente: entornos b-learning y e-learning* (Dir. CARRERAS CASANOVA, A. y VILLCA POZO, M.), Huygens, Barcelona, 2015.
- AA. VV. *Prácticas de innovación docente en Ciencias Sociales y Jurídica* (Dir. DÍAZ AZNARTE, M. T., y GRANADOS ROMERA, M. I.), Comares, Granada, 2014.
- AA. VV. *La innovación docente con TIC como instrumento de transformación*, Dykinson, Madrid, 2016.
- AA. VV. *Docencia del Derecho y TIC. Innovación y experiencias metodológicas* (Coord. DELGADO GARCÍA, A. M., y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.), Huygens, Barcelona, 2016.
- BARBERA, E., y BADIA A., *Educación con aulas virtuales: orientaciones para la innovación en el proceso de enseñanza y aprendizaje*, Antonio Machado, Madrid, 2004.
- BRIONES MARTÍNEZ, I. M., *Formación progresiva del estudiante: materiales de innovación docente en la enseñanza universitaria*, Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2016.
- CASAMAYOR, G., *La formación on line: una mirada integral sobre el e-learning, b-learning*, Graó D. L., Barcelona, 2008.
- CASANOVA MARTÍ, R., y otros, *Nuevos retos docentes en ciencias sociales y jurídicas*, Huygens, Barcelona, 2017.
- CASAS BAHAMONDE, M. E., «Sobre las exigencias de una metodología funcional y crítica de la enseñanza del Derecho del Trabajo», en *II Jornadas Hispano-luso-brasileñas de Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1985.
- ESPUNY TOMÁS, M.ª J.; GARCÍA GONZÁLEZ, G.; CAÑABATE PÉREZ, J.; GALA DURÁN, C., y PAZ TORRES, O., «Oportunidades y dificultades de la evaluación del trabajo cooperativo en asignaturas jurídicas virtuales»

- en *III Congreso Nacional de Innovación Docente en Ciencias Jurídicas. Innovación y calidad en la docencia del Derecho*, celebrado en Sevilla durante los días 17 y 18 de septiembre de 2009.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, N., y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, B., «Análisis desde la perspectiva profesor *versus* alumno del trabajo en grupo en la Universidad», *Aula de Encuentro*, núm. 11, 2008, pp. 47-48.
- GISBERT CERVERA, M., «El profesor del siglo XXI: de transmisor de conocimientos a guía de ciberespacios». <http://tecnologiaedu.us.es/edutec/2libroedutec99/total3htm>.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, R.; GARCÍA MUIÑA, F. E., y GONZALO HEVIA, N., «Los edublogs como herramienta facilitadora en comunidades virtuales de aprendizaje», *Revista Relada*, 2011.  
[http://moodle.upm.es/adamadrid/file.php/1/web\\_VI\\_jornadas\\_ADA/comunicaciones/35\\_Gonzalez.pdf](http://moodle.upm.es/adamadrid/file.php/1/web_VI_jornadas_ADA/comunicaciones/35_Gonzalez.pdf)
- LÓPEZ CARRASCO, R., y ALCOLADO SANTOS, J., «Modelo *social learning* de construcción de la igualdad y prevención de la violencia contra las mujeres. Adaptación de un programa a la red social Facebook», *Revista Relada*, núm. 5, 2011.
- ORIHUELA, J., y SANTOS, M. L., «Los *weblogs* como herramienta educativa: experiencias con bitácoras de alumnos», *Quaderns Digitals*, 35, págs. 5-6.
- ORTEGA JIMÉNEZ, A., *Innovación docente y ciencia jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- PALOMINO LOZANO, R., «El uso de las TIC's en la enseñanza aprendizaje de los estudios jurídicos» en *Enseñar Derecho en el siglo XXI. Una guía práctica en el Grado de Derecho* (Dir. RODRÍGUEZ ARANA, J., y PALOMINO LOZANO, R.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- ROMAÑÁ BLAY, T., «Evaluar el trabajo con foros electrónicos: propuesta de un sistema», *Revista de Universidad y Sociedad del conocimiento*, Vol. 4, núm. 2, 2007.
- ROPERO CARRASCO, J.; GARCÍA SÁNCHEZ, B., y SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, M., *Claves para la aplicación de nuevas metodologías docentes en Derecho inspiradas en Bolonia*, Dykinson, Madrid, 2013.
- RUIZ RESA, J. D., *Innovación docente y nuevas tecnologías: el Derecho en la economía del aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SALINAS, M.<sup>a</sup> I., y VITICCIOLI, S., «Innovar con blogs en la enseñanza universitaria presencial», EDUTEC, *Revista electrónica de Tecnología Educativa*, núm. 27, 2008.
- SALOMÓN SANCHO, L., *Enseñar Derecho en la Red. Un paso adelante en la construcción del Espacio Europeo de Educación Superior*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2006.
- SÁNCHEZ AZQUETA, C., y otros, «Programa de seminarios web Electrónica enREDada», *Aportaciones de las tecnologías como eje en el nuevo paradigma educativo*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2017, p. 223 y ss.

- TUÑEZ LÓPEZ, M., y SIXTO GARCÍA, J., «Del aula a las redes sociales: el uso de Facebook en la docencia universitaria» en el *II Congreso Internacional Latina de Comunicación Social* celebrado en la Universidad de la Laguna, en diciembre de 2010.
- TOURÓN, J.; ALTAREJOS, F., y REPARAZ, M. R., «Los roles del profesor y del alumno en la Enseñanza Universitaria», en AA. VV.: *La pedagogia universitària (Un rept a l'Ensenyament Superior)*, Divisió de Ciències de l'Educació, Universitat de Barcelona, 1991.

# **Derecho del Trabajo y negociación colectiva en los modelos empresariales de la industria 4.0 y la nueva era tecnológica**

**José Antonio Gallardo Cubero**

*Abogado. Colaborador Asociado de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España*

## **1. INTRODUCCIÓN: LOS NUEVOS MODELOS EMPRESARIALES EN LA INDUSTRIA 4.0 Y LA NUEVA ERA TECNOLÓGICA**

La Industria 4.0, considerada como la Cuarta Revolución Industrial, se basa en la incorporación, implementación y aplicación de las nuevas tecnologías, la digitalización, la robotización y la automatización a la industria (y a sus sistemas y procesos productivos). Es decir, el desarrollo de la industria a través de las nuevas herramientas y elementos tecnológicos, como por ejemplo, la robótica, la inteligencia artificial (IA), el Big Data y *Data Analytics*, computación, Machine to Machine (M2M) sistemas ciber-físicos, impresión 3D, Cloud computing, realidad aumentada, internet de las cosas (IoT), nanotecnología, drones, etc.

El informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de España de 2015, denominado «Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria Española», define la Industria 4.0, de manera más precisa, como: «la cuarta revolución industrial, que se basa en la disponibilidad en tiempo real de toda la información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda la cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Esto se logra a través de la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía. Para ello es necesaria la fusión de tecnologías tales como internet de las Cosas (IoT), computación y cloud, big data y ciberseguridad, así como las comple-

mentarias: móvil, analytics, M2M (Machine to Machine), impresión 3D, robótica y comunidad/compartición».

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ya señaló en el año 2015 que la economía digital está experimentando un rápido crecimiento, indicando que: «Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) forman parte integrante de la vida personal y profesional; personas, empresas y gobiernos se interconectan cada vez más a través de una multitud de dispositivos presentes en el hogar y en el trabajo, en espacios públicos y en los desplazamientos. Esos intercambios de datos se canalizan a través de millones de redes individuales, desde redes de abonados residenciales hasta redes desplegadas por todo el planeta. La convergencia entre las redes fijas, móviles y de radiodifusión, junto con la comunicación entre máquinas (M2M), la computación de la nube, el análisis de datos, los sensores, los actuadores y las personas, abre camino al aprendizaje automático, al control remoto y a unas máquinas y sistemas autónomos».

La prestigiosa consultora americana McKinsey (*Digital Globalization: The New Era of Global Flows. McKinsey Global Institute, 2016*) se ha referido a la Industria 4.0 como una nueva fase en la que la digitalización del sector manufacturero, queda impulsada por cuatro motores: (i) Aumento de los volúmenes de datos que manejan las empresas industriales; (ii) Ordenadores cada vez más potentes y baratos; (iii) Capacidad de analizar los datos de los procesos; y (iv) La continua mejora en la interacción de personas con máquinas, robots e impresoras 3D. Todo ello, al objeto de reducir costes, mejorar las cadenas de producción y aprovechar las nuevas bases de datos.

Dicha consultora señala igualmente que «sea cual sea la fuerza de la oleada, estamos ante una confluencia inédita de tecnología en tres esferas, física, digital y biológica: big data (análisis de volúmenes masivos de datos), internet de las cosas (en 2020, habrá 20.000 millones de objetos conectados a través de sensores), cloud computing (almacenamiento en la red), impresión 3D (fabricación y modelado a medida), además de robótica, nanotecnología, inteligencia artificial, realidad aumentada, biotecnología...».

Según la empresa Siemens en los próximos 20 años se producirán más bienes y servicios que en los últimos 50 años. Y en una proporción elevada serán bienes y servicios personalizados; produciéndose una evolución desde la producción en masa a la personalización en masa (fabricación a medida: las nuevas máquinas pueden crear prototipos y producir componentes individuales, permitiendo producir pequeños lotes reduciendo las distancias y el stock).



Además del impulso a la eficiencia y la productividad, como rasgos principales, debido a la innovación tecnológica, también es previsible, que tengan lugar los siguientes efectos o factores:

(i) Reducción de costes. Se producirá una considerable reducción de costes en la cadena y/o procesos de suministros de bienes y servicios (reducción de costes de transportes, comunicación, etc.) y en los costes marginales (fundamentalmente debido a las economías de escala) que disminuirán considerablemente, incluso, en algunos casos hasta desaparecer.

(ii) Deslocalización y atemporalidad. Los trabajadores prestarán sus servicios con independencia del momento y el lugar en el que se encuentran.

(iii) Uso, gestión y tratamiento de datos. El análisis, procesamiento generalizado y traducción de los datos (Big Data) procedentes de numerosas fuentes (equipos y sistemas de producción, clientes, usuarios, herramientas de trabajo, etc.). Componentes, máquinas, vehículos e instalaciones estarán equipados con contadores, sensores, toma de datos, reactores e interconectados por internet.

(iv) Procesos automatizados. Muchas decisiones se adoptarán por las máquinas que interactúan con otras máquinas (intercambiando de forma automática información entre ellas – Machine to Machine) y con personas (Robots, Cobots, Chatbots, por ejemplo). Las máquinas serán capaces de aprender (*Learning Machine*). Así, las empresas podrán organizar su producción de forma más eficiente y flexible y adaptarla rápidamente a las necesidades del mercado y de los clientes.

(v) Fin de estructuras, sistemas y procesos cerrados o estancos. Distribuidores, clientes, departamentos, proveedores, están interconectados.

(vi) Simulación, anticipación y/o predicción teórica de resultados. Lo que permite conocer y optimizar las máquinas y equipos para la producción y minimizar riesgos en el negocio; adoptándose decisiones empresariales con poco margen de error (tras el análisis minucioso, mediante complejos logaritmos informáticos, de las diferentes alternativas posibles y sus riesgos).

Dichos factores, determinan un cambio evidente de los modelos empresariales actuales.

No pocos estudios también pronostican que en este nuevo escenario se producirá la irrupción de nuevos competidores en todos los sectores y en empresas de cualquier tamaño. Y también la desaparición de negocios en

estos momentos consolidados. De este modo, por un lado, estarán las empresas que ya existen o existían antes de la transformación digital, que intentarán adecuarse, amoldarse y sobrevivir al cambio de los nuevos modelos empresariales y, por otro lado, las nuevas empresas que surjan que se esforzarán por abrirse un hueco en un mercado completamente saturado y altamente competitivo.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «los efectos de la digitalización sobre el sector servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales», publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 15 de enero de 2016 (2016/C 013/24), señala lo siguiente: «En la digitalización, que es sin duda uno de los avances más dinámicos de nuestra época, las oportunidades y los riesgos se hallan estrechamente relacionados. Cabe prever que su evolución futura sea compleja y presencia el surgimiento de nuevas empresas, pequeñas empresas y empresas flexibles que coexistirán con las empresas e industrias tradicionales».

En cualquier caso, en estos momentos, las consecuencias a todos los niveles de la implantación o disrupción de los nuevos modelos productivos basados en la digitalización, nuevas tecnologías y en la Industria 4.0 son difíciles de anticipar o pronosticar. Lo que sí parece claro es que los procesos, sistemas y cadenas de suministros de bienes y servicios de la Industria 4.0, conllevarán nuevos modelos empresariales que deberán ser altamente flexibles, globales y adaptativos.

En estos nuevos modelos empresariales hay que añadir y tener en cuenta las contingencias, incertidumbres e inseguridades propias o asociadas directamente y que se derivan lógicamente del ámbito tecnológico: ciberataques (en 2017 sufrimos en un mes dos ciberataques a nivel mundial, sin precedentes), fallos en la maquinaria, circulación y fuga masiva de datos, etc.

La repercusión de la disrupción de la digitalización y la Industria 4.0, en el ámbito de los Recursos Humanos, en estos momentos, no son nada claros, a la luz de los estudios realizados.

Algunos estudios actuales (de la referida consultora Mckinsey por ejemplo) pronostican que solo un 5 % de los procesos productivos actuales se podrán automatizar por completo, pero hasta un 60 % de ellos podrán serlo en un 30 % o más. Ahora bien, el informe «The future Jobs», que se presentó en la Cumbre de DAVOS, señala que la digitalización de los procesos podría afectar a 7,1 millones de trabajadores en los 15 países más industrializados en el horizonte del año 2020, debido sobre todo a la automatización de tareas y a

la desaparición de intermediarios. Frente a dicha pérdida se generarían 2,1 millones de puestos con perfiles digitales, de ingeniería y matemáticas.

Por otra parte, un reciente estudio publicado por Caixabank estima que el 43% de los empleos en España tiene un riesgo elevado (con una probabilidad superior al 66%) de ser automatizado a medio plazo, mientras que el resto de los puestos de trabajo quedan repartidos a partes iguales, entre el grupo de riesgo medio (entre el 33% y el 66%) y el bajo (inferior al 33%). No obstante, advierte de que no debe confundirse la robotización de la economía con la desaparición de empleos, pues «los robots tienen una gran capacidad lógica de gestión del *big data*, pero la inspiración, la intuición y la creatividad quedan lejos de su alcance».

Por cierto, en España es significativo el déficit de perfiles digitales y así, un reciente estudio de Randstad advierte que en 2020 podrían hacer falta 1,9 millones de trabajadores altamente cualificados. Al respecto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «los efectos de la digitalización sobre el sector servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales», señala textualmente lo siguiente: «Hasta la fecha no se conocen del todo los efectos sobre el empleo, y tampoco pueden preverse con precisión».

En cualquier caso, más allá de todos los estudios y análisis indicados y sus pronósticos, lo cierto es que el punto central de la Industria 4.0 y de los nuevos modelos empresariales en el entorno del mundo de las nuevas tecnologías, es la conexión inteligente y eficiente, horizontal y vertical de los trabajadores, los *robots*, *cobots*, los objetos, elementos y los sistemas TIC (nuevas tecnologías), en el marco de una gestión dinámica, flexible, innovadora, adaptativa y global en un entorno de sistemas y procesos empresariales altamente complejos, basados en la automatización de los mismos, así como en el procesamiento generalizado de los datos (*Big Data*) procedentes de numerosas fuentes (equipos y sistemas de producción, clientes, usuarios, etc.).

En las fases del cambio de la nueva era digital y las nuevas tecnologías, no se trata de vender o distribuir, sin más, el producto o los servicios, que las empresas ofrecen (como ha ocurrido hasta ahora), sino de producir y facilitar los productos y servicios que los clientes pidan y necesiten.

Es evidente que la Industria 4.0 va a transformar la naturaleza de los mercados de bienes y servicios, así como los modelos empresariales actuales o tradicionales, como hemos visto, en incluso, la forma de acceder a ellos; lo cual, determinará, a su vez, como abordaremos a continuación, nuevos modelos de trabajo/relaciones laborales que aumenten las habilidades y conocimientos de los empleados.

## 2. LOS NUEVOS MODELOS DE RELACIONES LABORALES (*NEW WORKING MODELS*)

¿Cómo será el nuevo empleo en una Industria 4.0? ¿Cómo afectará este nuevo avance tecnológico y los nuevos modelos empresariales al mercado de trabajo y a las relaciones laborales? ¿Y al Derecho del Trabajo? ¿Qué nuevos modelos de trabajo tendrán lugar en el marco de todo ello? Tales interrogantes, no tienen una fácil respuesta en estos momentos.

Si bien, de lo que no cabe ninguna duda es que los nuevos modelos de relaciones laborales que de la Industria 4.0 se deriven, se caracterizarán por basarse en personal cualificado o altamente cualificado y con gran capacidad de adaptación, flexibilidad y aprendizaje continuo, con perfiles multidisciplinares, con un historial curricular en competencias en ciencias, ingeniería, tecnología y matemáticas, bien de educación universitaria, o bien a través de un perfil más técnico procedente de la Formación Profesional.

El trabajador de la nueva era Digital estará caracterizado por elevadas competencias configuradas a través de itinerarios formativos individualizados en funciones específicas adaptadas a las empresas de la Industria 4.0. y a la nueva época tecnológica.

Los nuevos modelos de trabajo requerirán no solo a empleados más flexibles, sino también más independientes. A buen seguro se requerirán habilidades interdisciplinares, combinando capacidades digitales con capacidades de desarrollo de negocio al objeto de garantizar la consecución del máximo valor para la empresa.

Evidentemente muchos de los tradicionales paradigmas del trabajo sufrirán una clara metamorfosis: la espacialidad y la temporalidad serán sustituidas por trabajos «a-espaciales» y «a-temporales» en los que desaparece el lugar de trabajo (deslocalización, plataformas digitales, etc.) y los tiempos fijos de trabajo. Irrumpirán con mucha fuerza en los nuevos modelos de trabajo, fórmulas como el teletrabajo, *flexiwork*, *Smart work*, etc.

Ello implicará, como decimos, una flexibilidad notable de los modos de trabajo tradicionales.

Añadidamente, dicho personal deberá tener, a su vez, competencias en el trabajo colaborativo y en equipo (con personas y robots), razonamiento analítico, la gestión del tiempo, resolución de problemas, capacidad de buscar, filtrar y priorizar información para adoptar la mejor decisión, adaptación al cambio constante y rápido, el manejo de la especialización de cada trabajo

con conocimientos transversales, el desarrollo de destrezas no cognitivas (*soft skills*), como el autoconocimiento, la comunicación, la actitud emprendedora, etc. El modelo del trabajador típico con funciones estandarizadas y rutinarias será seguramente marginal y destinado a ser sustituido, tarde o temprano, por la automatización.

Efectivamente, los avances tecnológicos han beneficiado a aquellos trabajadores que realizan tareas menos sustituibles; es decir, más complementarias, a esas tecnologías. En detrimento, como decimos, de aquellos que realizan tareas más repetitivas que, por ende, son actividades potencialmente más automatizables.

Obviamente, la tecnología no podrá llevar a cabo actividades (con carácter sustitutivo al ser humano) en donde la creatividad, el conocimiento, el raciocinio, la capacidad analítica, las relaciones interpersonales y la comunicación se encuentren presentes como elemento principal de su desarrollo y ejecución.

Por otra parte, las empresas en la Industria 4.0 van a necesitar incorporar un nuevo talento: el digital, caracterizado por el dinamismo, la agilidad, la iniciativa, la autonomía o la flexibilidad, lo que requerirá, por tanto, la creación por parte de las compañías de nuevos modelos de retención, captación y atracción de talento.

Como ha comentado Tiziano Treu, *ex* Ministro de Trabajo de Italia y actual Presidente de la Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, «no estamos ante una época de cambios, sino ante un cambio de época».

Sin duda, los cambios que la Industria 4.0., la nueva era Digital y la Tecnológica van a conllevar, como hemos analizado, en los tradicionales modelos de trabajo, nos hace cuestionarnos, inevitablemente, muchos de los paradigmas tradicionales de nuestro actual sistema de Negociación Colectiva, como pieza fundamental del marco normativo de nuestras Relaciones Laborales y del Derecho del Trabajo.

### 3. DERECHO DEL TRABAJO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS NUEVOS MODELOS EMPRESARIALES

Mediante la negociación colectiva, como es sabido, se regulan las condiciones de trabajo en las empresas, a través de convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios, acuerdos colectivos empresariales o supraempresariales, acuerdos colectivos interprofesionales, etc.

El derecho a la negociación colectiva viene reconocido en el artículo 37.1 de la Constitución Española, donde se establece que «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos».

Desde luego, el fenómeno de la Industria 4.0 y la nueva era tecnológica o de la digitalización, plantean nuevos y apasionantes retos a las empresas en el ámbito de la negociación colectiva.

Por un lado, a nuestro entender se hace necesario abordar y plantear, por los interlocutores sociales, soluciones a la problemática que se deriven de los nuevos modelos empresariales, en numerosas materias del Derecho del Trabajo, tales como:

- La clasificación profesional. Los nuevos perfiles de los puestos de trabajo, basados en el conocimiento, en la polivalencia o la polifuncionalidad en diversos campos y áreas, o incluso, en la especialización con elementos transversales, etc., entran en plena contradicción con los sistemas tradicionales de clasificación profesional de descripciones detalladas del puesto de trabajo u oficio.
- Mecanismos de flexibilidad interna. A través de la negociación colectiva habrá que potenciar los diferentes mecanismos de flexibilidad interna en la empresa que requerirá la productividad y la organización de trabajo de los nuevos modelos empresariales.
- La formación y cualificaciones profesionales. La formación es una pieza fundamental en la adaptación de los trabajadores a los cambios y necesidades profesionales que exige la Industria 4.0. También lo es respecto a los trabajadores que quieran incorporarse al mercado de trabajo. La negociación colectiva es una buena herramienta y juega un papel importante para impulsar (en conjunción con los planes de formación) la capacitación de los trabajadores en las nuevas tecnologías y en competencias digitales.

No obstante, el proceso de adaptación a la nueva era de la digitalización requiere compromisos y políticas activas por parte de la Administración, configurando marcos normativos que permitan acuerdos globales por parte de los agentes sociales.

En este sentido, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de España, a través del informe «Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria Española», señala que es necesario elaborar un plan de acción para que las empresas implementen las tecnologías digitales; que incluyan unas premisas, unas líneas de actuación y un modelo de gobernanza. En el que la

gobernanza debe cumplir con los criterios de continuidad, coordinación y consenso, efectividad y medición.

Por otra parte, resulta en cualquier caso necesario un sistema educativo que prepare a los trabajadores del futuro, a través de herramientas que formen a las personas para las nuevas profesiones que se demandarán.

Igualmente, ante este nuevo panorama conceptos o axiomas tradicionales del Derecho del Trabajo deberán ser objeto de una inevitable evolución, transformación o revisión que permita la adaptación a la nueva realidad tecnológica. Entre ellos, podemos citar los siguientes:

(i) El tiempo de trabajo, vacaciones y descansos. La organización flexible de los nuevos modelos de trabajo suele proporcionar a los trabajadores altas dosis de autonomía e independencia laboral e implica la posibilidad de mejorar la calidad del empleo y de impulsar y facilitar la conciliación de la vida laboral y la familiar. Sin embargo, estas modalidades flexibles de prestación de servicio también pueden traer consigo riesgos si los trabajadores están o se sienten obligados a permanecer disponibles en todo momento para desempeñar su actividad laboral (derecho a la desconexión laboral).

(ii) La deslocalización del puesto de trabajo. El uso de las nuevas tecnologías permiten el trabajo en remoto o a distancia de manera deslocalizada (sin centro o lugar de trabajo fijo de adscripción, en plataformas o centros virtuales, etc.) y todo ello, deberá ser objeto de nuevos planteamientos de negociación.

(iii) La Prevención de Riesgos Laborales y la Salud Laboral. La automatización y la robotización, conllevarán además de una reducción de la siniestralidad laboral (los robots, cobots, drones, etc., podrán ejecutar los trabajos y labores de mayor riesgo), el rediseño de las políticas de prevención de riesgos laborales y salud laboral (información, colaboración en el trabajo de máquinas con humanos, ergonomía, etc.).

(iv) La protección de datos y privacidad vs. facultades de control y organización empresarial. Se deben afrontar nuevas fórmulas de regulación que protejan de manera efectiva tanto a los trabajadores (protección de la intimidad en el puesto de trabajo, etc.) como a la empresa (protección de la posible fuga o desvío de información a empresas de la competencia), todo ello, en el contexto de las facultades de organización y control del empresario.

La digitalización y la incorporación de nuevas tecnologías conllevan la introducción de nuevos sistemas y técnicas de control en el lugar de trabajo (vídeo-

vigilancia, sistemas de geolocalización, etc.) y la negociación colectiva puede ser un buen instrumento para su regulación efectiva y garantista.

(v) La subcontratación o externalización. Deberán establecerse mecanismos que faciliten el *outsourcing* o la externalización, eliminándose los límites y barreras del pasado; contribuyendo con ello a un mayor dinamismo del mercado de trabajo y a un mayor empleo, salvaguardando en todo caso los derechos y garantías de los trabajadores.

(vi) Las nuevas formas de representación legal de los trabajadores (en el contexto de la globalización). Huelga y Cierre Patronal. En la nueva era digital, caracterizada por la globalización, se alcanzarán acuerdos transnacionales entre multinacionales y sindicatos globales. Por ello, será necesario adoptar las fórmulas necesarias para dar paso a esta nueva realidad en las relaciones entre Sindicato-Empresa, en este contexto de negociación colectiva descentralizada. Por otro lado, instituciones jurídicas tradicionales del Derecho Colectivo del Trabajo, como son la Huelga y el Cierre Patronal deberán ser objeto de una nueva regulación adaptada a la nueva realidad y sus vicisitudes (por ejemplo, esquirolaje tecnológico, plataformas empresariales deslocalizadas o virtuales, etc.).

(vii) El pluriempleo, el trabajo autónomo, la economía colaborativa y los nuevos modelos de contratación (lo que se ha denominado modalidades de empleo atípicas) y la consiguiente delimitación de las fronteras entre la relación laboral y los denominados «falsos autónomos» (Casos Uber, Globo y Deliveroo, por ejemplo). La introducción de nuevas formas de organización del trabajo ha de ser objeto de negociación entre los interlocutores sociales con el fin de garantizar que las nuevas modalidades empresariales de organización digitalizada del trabajo mejoran la calidad del empleo, en lugar de deteriorarla, y también con el fin de evitar situaciones empresariales de competencia desleal (empresas piratas).

(viii) La retribución. Mediante la búsqueda o el establecimiento de fórmulas justas retributivas que vayan ligadas a los resultados en la empresa, objetivos y la productividad.

Igualmente, conviene destacar que más tarde o más temprano irrumpirán en nuestro ordenamiento jurídico laboral de manera extensiva (ya se está produciendo o incorporando en algunas de las grandes compañías del IBEX 35) figuras propias del entorno de las nuevas tecnologías, ya utilizadas en el Derecho norteamericano y anglosajón. Nos estamos refiriendo a fórmulas de trabajo flexible, muy proclives a la negociación colectiva, como por ejemplo:



- (i) *Job Sharing* (trabajo compartido). Es un modelo de trabajo que permite a dos personas compartir un mismo puesto de trabajo, dividiéndose a partes iguales (o en su caso, de manera proporcional) las tareas, horarios, responsabilidades, retribución, etc.
- (ii) *Compressed hours* (jornada comprimida). El trabajador puede concentrar y distribuir su jornada semanal en varios días.
- (iii) *Working from home* (trabajo desde casa). En modalidades más avanzadas, amplias y flexibles que el trabajo a distancia o teletrabajo de nuestro actual ordenamiento jurídico laboral.
- (iv) *Flexitime* (horario flexible). El trabajador elige cuando empieza y termina su jornada de trabajo, pero durante una franja horaria concreta de la jornada que se pacte (*core hours*) debe estar en el centro de trabajo.
- (v) *Annualised hours* (jornada anualizada). El trabajador debe trabajar un número cierto de horas al año, pero tiene flexibilidad respecto a cuando trabaja. Por pacto se puede establecer unos días concretos a la semana o al mes en el que el trabajador debe realizar su trabajo obligatoriamente, con plena libertad en cuanto a la ejecución del resto de horas de la jornada.
- (vi) *Zero hours contract* (contrato de 0 horas). Que es una modalidad contractual (dirigida en origen a específicos colectivos que no precisan de una constante vinculación laboral, sino solo en determinados momentos, de manera intermitente, como estudiantes, por ejemplo) que no garantiza la realización de una jornada mínima mensual por parte del trabajador. La empresa solo llama al trabajador cuando lo necesita.

Por otro, resulta fundamental el impulso e implicación de la Administración en el establecimiento normativo de mecanismos que faciliten el diálogo social, a través de la negociación colectiva, que permitan favorecer la adaptación a la nueva era tecnológica de los diferentes sectores productivos, empresas y trabajadores; todo ello, con garantías legales, que impidan, por un lado, un deterioro de la calidad del trabajo y por otro, actuaciones empresariales de competencia desleal.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «los efectos de la digitalización sobre el sector servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales», publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 15 de enero de 2016 (2016/C 013/24), advierte lo siguiente: «Con el fin de contrarrestar el aumento de las desigualdades de renta ocasionadas en parte por la digitalización, debería potenciarse la negociación colectiva en

todos los niveles, en especial también en los sectores y en las empresas que se vean afectados por la digitalización. Esto puede garantizar que las nuevas formas de organización digitalizada del trabajo mejoren, en lugar de deteriorar, la calidad del trabajo».

En este panorama, consideramos importante que la Administración potencie o refuerce el papel de la negociación colectiva sectorial; dejando al convenio colectivo de empresa la regulación de las condiciones específicas de la concreta actividad de la compañía y sus propias y particulares vicisitudes y circunstancias productivas. La potenciación y defensa del convenio sectorial resulta más garantista respecto a los fraudes empresariales por competencia desleal.

Verdaderamente, en este momento, la negociación colectiva en la nueva era de la digitalización y la Industria 4.0 es un camino poco o nada transitado. Y está por completo por descubrir. Ahora bien, consideramos que la negociación colectiva y el diálogo social deben ser piezas fundamentales en el reto de la transformación de las relaciones laborales en el contexto de los nuevos modelos empresariales como consecuencia de la nueva era de la digitalización y la Industria 4.0.

## 5. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la transformación digital y el entorno de los negocios, más volátil, más incierto y más cambiante en el ámbito de la denominada Industria 4.0, están dando paso a nuevos modelos organizativos empresariales y por ende, a nuevos modelos de trabajo (*new working models*).

Sin duda, las nuevas tecnologías posibilitan a las empresas y por consiguiente, al tejido industrial el ofrecimiento de respuestas (ágiles y flexibles) a las nuevas exigencias y demandas de sus clientes a nivel de productos, servicios, procesos y modelos de negocio. El cambio tecnológico que se está produciendo, de manera imparable, tiene un claro efecto disruptivo, no solo en la sociedad, sino también en nuestro marco de relaciones laborales.

La adaptación del marco normativo laboral al contexto y dinámica de la economía mundial es imprescindible para la mejora de la competitividad empresarial y la modernización de las empresas gracias al progreso tecnológico.

El impulso de la Administración junto a la involucración de todo el personal en la Empresa, incluyendo a los equipos directivos y a la alta Dirección, representantes legales de los trabajadores, sindicatos y organizaciones empresaria-

les, sumado, todo ello, a la capacidad de desbloquear la propia resistencia al cambio mediante la adopción de acciones informativas y formativas eficaces (campañas de comunicación dirigidas a todos los *stakeholders*, creación de equipos interfuncionales, etc.) deben ser la clave del éxito de estos nuevos retos que se nos presentan.

Y en este contexto, las relaciones laborales en general y la negociación colectiva en particular (como pieza clave y principal, no solo respecto a la regulación de los derechos y obligaciones entre trabajadores y empresarios, sino también por su impacto en la macroeconomía) deben ser (a buen seguro serán) palancas fundamentales y necesarias para afrontar con éxito los desafíos y retos del nuevo mundo tecnológico, como hemos expuesto y desarrollado en la parte central de la presente comunicación.

En cualquier caso, y ya para concluir, no debemos olvidar nunca que los recursos humanos son, precisamente, humanos. Sin personas no hay, ni habrá innovación, ni por supuesto talento, ni creatividad. Y el talento de las personas ha sido, sigue y seguirá siendo el activo más importante y valioso de las empresas.

## BIBLIOGRAFÍA

- El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica. Autor: MERCADER UGUINA, Jesús R. Editorial Tirant lo Blanch. 2017.
- El futuro laboral. Autor: SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo. *El Mundo* (25/1/2013).
- El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0. Autora: ÁLVAREZ CUESTA, Henar. Editorial Colex. 2017.
- Robótica y su impacto en los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las Relaciones Laborales. Cuatrecasas Instituto de Estrategia Legal en RR. HH. Editorial La Ley. Wolters Kluwer. 2018.
- Ponencia «El diálogo social en la era digital e Industria 4.0» de los Cursos de Verano de El Escorial (Universidad Complutense de Madrid). Ponente: José Antonio Gallardo Cubero. 2017.
- Diccionario jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Director: Alfredo Montoya Melgar. Editorial: Aranzadi. Thomson Reuters. 2016.
- Cloud computing. Régimen jurídico para empresarios. Autor: ROSELLÓ RUBERT, Francisca María. Editorial: Aranzadi. Thomson Reuters. 2018.
- Industria 4.0. La Cuarta Revolución Industrial. Autor: JOYANES AGUILAR, Luis. Editorial Alfaomega. Marcombo. 2018.

- Digital Globalization: The New Era of Global Flows. McKinsey Global Institute, 2016.
- Internet of Things. Construye nuevos modelos de negocio. Autor: KRANZ, Maciej. Editorial Lid. 2017.
- Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las Relaciones Laborales. Cuatrecasas Instituto de Estrategia Legal en RR. HH. Editorial La Ley. Wolters Kluwer. 2018.
- La Digitalización y la Industria 4.0. Impacto industrial y laboral. Autor Sindicato Comisiones Obreras (CC. OO.) Industria. 2017.
- Industria 4.0. Análisis, evolución e implicaciones para el empleo en Castilla y León. Autor: Industria Sindicato Unión General de Trabajadores (UGT).
- La digitalización: ¿crea o destruye empleo? Informe anual sobre la flexibilidad laboral y el empleo. Randstad Research. 2016.
- The New Division of Labor. How Computers Are Creating the Next Job Market. LEVY, F; y MURNANE, R. J.. Russell Sage Foundation, New York; Princeton University Press. 2004.

# ¿El Derecho de Reunión Virtual?, ¿Netstrike? o ¿Cibermanifestación? Análisis Jurídico

Ricardo García García

*Catedrático habilitado Derecho Eclesiástico  
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN: Se analiza la problemática jurídica que se deriva del ejercicio del derecho de reunión y manifestación cuando se mezcla con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) de forma que la denominada «realidad virtual» de la mano del desarrollo tecnológico llega al derecho con los derechos fundamentales y libertades públicas. La denominada «manifestación virtual», «netstrike» o «ciber-manifestación» está transformando el contenido y el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, en dos ámbitos especialmente claros: el primero mediante la evidente tendencia por parte de grupos y movimiento sociales de equiparar el espacio público al mundo virtual, y por otro, al uso de las redes sociales e internet en la preparación, desarrollo y difusión de las convocatorias que se realizan sobre la base del derecho de reunión y manifestación. El legislador nunca pensó que el espacio público fuera un «espacio virtual» y como ocurre en muchas ocasiones en el ámbito jurídico, se tiene que atender una realidad social que la normativa no ha previsto. Se dan soluciones y se aportan directrices para el acomodo del ámbito virtual en el derecho de reunión y manifestación.

PALABRAS CLAVE: manifestación virtual, *netstrike*, ciber-manifestación, derecho de reunión y manifestación, libertad de expresión, pautas de solución de conflictos, ponderación de derechos, análisis de circunstancias concurrentes.

ÍNDICE: 1. *Introducción: tipologías.* 2. *Supuestos reales. Situación consolidada.* 3. *Directrices para su acomodo razonable en el ordenamiento jurídico.*

## 1. INTRODUCCIÓN: TIPOLOGÍAS

Gracias a las denominadas nuevas tecnologías «TIC»: internet, a las redes sociales, apps y otros dispositivos multimedia podemos realizar desde nuestro dispositivo (ordenador, *tablet*, *smartphone*, etc...) multitud de actos jurídicos. Es posible adquirir bienes muebles e inmuebles, contratar servicios, acceder a puestos de trabajo, realizar trámites ante la administración, contratar un viaje, acceder a contenidos culturales e incluso encontrar pareja. Básicamente la realidad virtual, ya no es tan virtual, y sí es un hecho, una realidad que da forma a nuevas legislaciones y el ciberespacio se convierte en un lugar real, donde es posible realizar actos jurídicos incluso delitos.

Siguiendo a Velasco<sup>1</sup> podemos afirmar que internet, «tras el transcurso de años se ha convertido en un espacio de libertad, pero también un lugar de insurrección y contradiscurso, por lo menos de disputa». Esta realidad ha hecho factible que diversos colectivos empiecen a usar ese espacio virtual para el ejercicio de muchos derechos fundamentales, donde el derecho de reunión con diversas denominaciones ha sido también objeto de la realidad virtual.

Nos referimos a la denominada «manifestación virtual», «netstrike» o «ciber-manifestación», donde para, de forma colectiva, manifestar pensamientos, ideas y opiniones, incluyéndose también las creencias y los juicios de valor, incluso aquellos que puedan llegar a ser ofensivos o hirientes ya no es necesario usar la realidad del espacio público, ahora parece que basta el denominado «espacio virtual» o en su defecto, aunque se use el espacio público, parece que no hay convocatoria que no use las nuevas tecnologías<sup>2</sup>.

A la vista de esto, ya no hay que salir de casa, desde el sofá es posible unirse a una reivindicación. No es necesario usar pancartas, no se ocupa la calle, no

---

<sup>1</sup> Tal y como ha señalado Velasco: «Ha pasado bastante tiempo para que internet pueda constituirse en un espacio neutral para los ciudadanos, entendido este como libre de controles o mecanismo de vigilancia en cuanto a la producción, divulgación e intercambio de contenidos. Desde los años 50, cuando fue pensado como parte de las estrategias militares para gestionar la información, pasando por las sucesivas instancias de control estatal y luego como expresión de un mercado global que precisa de la información para movilizar bienes y servicios, internet se muestra, si no como un espacio de insurrección y contradiscurso, por lo menos como un lugar de disputa». VELASCO, M., Redes sociales, lo público y lo político en construcción, en *Chasqui: Revista Latinoamericana de Comunicación*, N.º 121, (2013), p. 82.

<sup>2</sup> Esta es una temática que sí ha sido foco de atención para Politólogos y Sociólogos, pero no para juristas. No hay mucha documentación jurídica sobre la que investigar: no existe jurisprudencia concreta, no se ha producido una regulación específica en desarrollo de esta particular forma de ejercer el derecho, la normativa penal es muy reciente (2015), y desde el punto de vista doctrinal, tampoco hay una bibliografía consolidada, tan solo se puede citar una original y bien elaborada tesis doctoral recientemente publicada como monografía por su autor. Nos referimos a CONTRERAS NAVIDAD, S., *El derecho de reunión virtual*, Valencia, 2016.

hay que usar megafonía o gritar, no tenemos enfrentamientos directos entre manifestantes con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ahora la idea de la protesta llega también a la «Red» y puede resultar infinitamente mucho más relevante desde la óptica del impacto mediático de una convocatoria un mensaje en *Twitter* que una carga o detención policial.

Las manifestaciones virtuales, cibermanifestaciones, netstrikes o sentadas virtuales como han escrito Della Porta y Diani<sup>3</sup> son: «otra forma de protesta *online* que ha proliferado recientemente entre organizaciones radicales como una «práctica virtual de conflictos reales» ... que también se conduce con una «lógica numérica». Una *netstrike* es comparable a una procesión física que ocupa una carretera con el propósito de hacerla inaccesible. El *netstriking* consiste en un gran número de personas conectándose simultáneamente al mismo dominio a una hora determinada para obstruir un sitio web considerado como un objetivo simbólico, imposibilitando que otros usuarios accedan al mismo. La movilización y sus motivos se comunican normalmente por adelantado al propietario del sitio web objeto de la protesta. Cuando se produce un *netstrike*, los manifestantes *online* activan un canal de comunicación (generalmente un chat o lista de correo) para coordinarse en la acción. El *netstrike* se puede acompañar de protestas no virtuales que vinculan idealmente entornos *offline* y *online*, por ejemplo, el promovido contra la página web de la OMC durante las protestas en Seattle.

Aunque es verdad que los ataques a páginas web en un primer momento se realizan desde organizaciones radicales, el uso de las TIC para ejercer, de alguna manera, el derecho de reunión y manifestación, ha sido pacíficamente aceptado por toda la sociedad con el auge imparable del denominado espacio virtual y el uso de las nuevas tecnologías. Y por ello, se pueden citar otras modalidades de reunión virtual mucho menos agresivas y que, de alguna manera, se desarrollan en conformidad con lo previsto en la legislación vigente. Tal y como afirma Contreras Navidad se trata de dos modalidades o posibilidades<sup>4</sup>.

En primer lugar, concentraciones que usan una página web para congregarse personas, «(...) que se convocan o desarrollan a través de una página web que tiene como finalidad, precisamente, fomentar este tipo de reuniones. Entre estas páginas web, podemos citar [www.manifestacionvirtual.com](http://www.manifestacionvirtual.com), que es un sitio de internet donde se pueden convocar manifestaciones virtuales, participar en ellas o comentarlas. Por ejemplo, en dicha página web se han convoca-

<sup>3</sup> DELLA PORTA, D., y DIANI, M. N.: *Social Movements. An introduction*, Victoria (Australia), 2006, p. 219.

<sup>4</sup> CONTRERAS NAVIDAD, S., *El derecho de reunión virtual*, cit., p. 87.

do manifestaciones contra ETA, contra las corridas de toros, contra determinados partidos políticos o por una Guardia Civil “civil”».

La segunda modalidad está constituida por la movilización en las redes sociales. «(...) esta nueva variante del derecho de reunión sería la que se realiza en sitios como *Facebook* o *Twitter*, o en los foros de determinadas páginas web, como las de los medios de comunicación institucionalizados u otras donde se reúnen internautas de todo el mundo con diversos fines, entre los que se encuentran los de intercambiar ideas, opiniones y reivindicaciones».

No hay que olvidar el papel relevante que el derecho de reunión y manifestación tiene en la formación de la opinión pública, y en este caso concreto, como afirma López García<sup>5</sup>, «nos encontramos ante la condensación de un proceso de formación de la opinión pública en el que las nuevas tecnologías y, sobre todo, el papel activo del público son protagonistas en un grado particularmente elevado».

Dejamos a un lado –no por su falta de importancia, que la tienen y de manera muy especial, sino por la falta de objeto para las pretensiones de este trabajo– el uso de las redes sociales como embrión de la acción real y su uso como efecto multiplicador para transmitir ideas de forma interactiva, llegando incluso a retransmitir o posibilitar la participación en discusiones o asambleas como ocurrió con el movimiento del 15 M donde el espacio virtual jugó un papel de primer orden<sup>6</sup>.

Internet, pero sobre todo las redes sociales son un espacio relevante de desarrollo del contenido esencial del derecho de reunión, unión de personas en unas ideas o reivindicaciones, intercambio de ideas, manifestaciones en contra de unos u otros, etc., supone, como afirma Velasco<sup>7</sup> que: «Las redes sociales, como un espacio en permanente construcción, precisan para su existencia de un otro que sea la piedra de toque –el yunque y martillo– para cada mensaje. Su crecimiento se basa en la interactividad y el estado beta: un espacio inacabado que donde se constituye una suerte de discurso colectivo», de ahí

<sup>5</sup> LÓPEZ GARCÍA, G., Las protestas de la #primavera valenciana de 2012 y la #Intifalla: medios, redes y ciudadanos, en *Tripodos*, número 34, (2014), p. 101.

<sup>6</sup> Son muchos los trabajos existentes en relación al 15 M, y muchos también los que sobre ese movimiento se han parado a analizar el uso de las nuevas tecnologías (especialmente las redes sociales e internet) como elemento catalizador. Por todos, Cfr., CASTELLS, M., *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de internet*, Madrid, 2012. En relación con el acceso en directo a sus discusiones y/o asambleas fue posible mediante streaming. Fue una novedad especialmente reseñable Cfr. <https://madrid.tomalaplaza.net/tv/> (página consultada en fecha de 5/08/2018).

<sup>7</sup> VELASCO, M., *Redes sociales, lo público y lo político en construcción*, cit..., p. 83.



que: «Es necesario insistir que hay un entramado entre tecnología, sociedad y cultura y, por tanto, reducir estos fenómenos al uso masivo de las redes sociales no hace sino desvirtuar la posibilidad de que estemos frente a un hecho social y político que supone una interpelación al propio Estado, sus instituciones, representantes y modelo de democracia; un síntoma, quizás, del agotamiento del modelo, pero también de la emergencia de nuevas voces. Subsisten y se agravan conflictos históricos que no necesariamente se expresan por las redes sociales; mientras tanto, hay nuevas plataformas de lucha que evidencian conflictos en el orden cultural, y que aparecen y toman fuerza a través de internet. Quiere decir que no existe un patrón común en la forma como se enlaza la política con la tecnología y la sociedad, sino diversas manifestaciones y procesos»<sup>8</sup>.

Puede resultar especialmente ilustrativo acceder a casos reales para verificar su alcance y posibilitar su análisis jurídico.

## 2. SUPUESTOS REALES. SITUACIÓN CONSOLIDADA

Centrándonos en estos nuevos conceptos, el objeto de este trabajo es verificar su encaje jurídico en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y aclarar si el derecho de reunión y manifestación puede ser practicado por este medio o por el contrario se trataría de actos vandálicos con consecuencia penal, en los términos previstos en la reforma del Código Penal español del año 2015 que incorporó tipos que penan diversos daños que con ocasión de estas protestas puedan producirse en soportes informáticos. No se trata de casos de laboratorio, la práctica ha superado al Derecho, y encontramos numerosos casos que reflejan la celebración de reuniones y manifestaciones en las modalidades indicadas:

### 2.1 Casos relacionados con el *Netstrike*

La primera ocasión en la que se tuvo conocimiento de esta realidad fue hace casi 25 años en Francia, y por lo que respecta a España, hace ya casi 10 años que se pretendió llevar a cabo la primera manifestación virtual que no se llegó a ejercitar.

Parece que hay acuerdo en situar el primer caso conocido de manifestación virtual en el año 1995, protagonizado por colectivos radicales que en el ámbito de los ataques informáticos ya tienen fama mundial por sus acciones. En

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 85.

concreto, en 1995 la primera «netstrike» se dirigía contra ordenadores del Gobierno de Francia, en protesta por el bombardeo nuclear del atolón de Mururoa.

La acción consistía en convocar a cuanta más gente mejor, el mismo día a la misma hora, y acceder todos repetidamente a la misma página web, para saturarla o tumbarla<sup>9</sup>. Los activistas lo comparaban a una manifestación en el mundo real, con sus daños asociados, en este caso la saturación de una web, generaba una situación semejante a cuando los manifestantes bloquean una calle y no dejan circular vehículos durante unos minutos o horas.

Buena parte de la comunidad *hacker* no estaba de acuerdo con las «netstrikes» porque amenazaban la integridad de las redes, algo muy contrario a la ética *hacker*, y porque al colapsar un servidor impedían que el resto de los usuarios, que no tenían nada que ver con la web atacada, sufriesen también las consecuencias. Uno de los líderes del primigenio hacktivismo, Ricardo Domínguez, respondía a los críticos: «Debe haber momentos en que la gente pueda marchar por la superautopista. No digo que tenga que ser siempre, solo que tácticamente es bueno, por unas horas. Es mejor que tumben un servidor a que te den un balazo»<sup>10</sup>.

En España, a finales del año 2009, informáticos de todo el país emprendieron la primera manifestación virtual contra el Gobierno, por la cual: «Entre 150.000 y 200.000 personas podrían descargarse a partir de las once de la mañana de este jueves archivos de un mega de los sitios webs de los ministerios de Industria, Economía y Hacienda y Educación. Es la manera que ha encontrado el colectivo afectado de expresar sus quejas ante el Gobierno. Exigen una regulación de los sistemas informáticos oficiales».

Los convocantes eran sujetos cualificados, se trataba de la asociación para el Avance de la Informática y la Computación, en la que participarían estudiantes y titulados de ingeniería informática de universidades el día 19 de noviembre de 2009, realizándose la reunión en los siguientes sitios web: <http://www.meh.es> y <http://www.agenciatributaria.es> empezando a las 12,00 h y con finalización a las 12,20 h. El motivo de la concentración era «la falta de regulación del sector de la informática, la no concesión de atribuciones a los estudios regulados y homologados de informática que existen para el área de informática y la indefensión y falta de seguridad que sufre el ciudadano en el tratamiento de la infor-

<sup>9</sup> Se sigue la información encontrada en el periódico *El Mundo*, publicada por Mercé Molist en fecha de 16/04/2015. Cfr. <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/04/16/552fc9a2ca4741be608b4578.html> (página consultada en fecha de 5/08/2018).

<sup>10</sup> <http://ww2.grn.es/merce/2003/rdom.html> (página consultada en fecha de 5/08/2018).

mación en España». El objeto de la reunión era la visita en masa a diversos documentos correspondientes a la memoria de la Agencia Tributaria.

La autoridad gubernativa inadmitía a trámite la reunión al verificarse que no era una manifestación o reunión en el marco de lo previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, modificada por la Ley Orgánica 9/1999, reguladora del Derecho de Reunión. Se entendía que, de entre los lugares públicos previstos por el legislador, no se encontraba una página web, sino el espacio real: la vía pública y no el ciberespacio. Además, en la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid se señalaba el posible abuso de derecho (art. 7.2 Código Civil) al encerrar, en realidad, ese derecho de reunión, un ánimo especialmente fraudulento, puesto que los conocimientos técnicos de los convocantes posibilitaban que conocieran a priori los resultados de su acción, que presuntamente podría implicar una caída y cierre de un servicio público que se ofrecía al resto de ciudadanos a través de internet. Se consignaba expresamente la «mala fe» (art. 7.1 Código Civil) de los convocantes puesto que conocían que esa acción supondría la inutilización de un servicio público.

Los convocantes no estaban de acuerdo con el concepto de espacio público, puesto que, para ellos, el derecho de reunión que prevé el texto constitucional menciona «lugares de tránsito público» sin especificar si se trata de físicos o no, además, según los convocantes, el legislador no había distinguido tras más de 12 años –por aquel entonces–, de vida de las redes sociales, por lo que, según ellos, debería aplicarse la máxima que: «lo que no está prohibido, está permitido». Y, en todo caso, hacían referencia a lo que en la práctica ocurría con el derecho de reunión, que cortaba calles e impedía el tráfico rodado, y que eso era normal, de forma que ese ejercicio era incluso protegido por las fuerzas de seguridad del Estado. Por lo que «si el tráfico virtual se cortara como consecuencia de una manifestación virtual masiva no se entendía por qué había distinción con una manifestación física masiva».

Los medios de comunicación se hicieron eco de la noticia y apareció publicada en diversos soportes de radio, prensa y televisión tal y como puede verse del resumen de prensa que publicó en forma de recopilación de medios que se hicieron eco de la noticia el CCII (Consejo General de Colegios Profesionales de Ingeniería en Informática), donde señalan, entre otros a los periódicos *ABC*, *La Razón*, *El País*, *El Mundo*, *La Vanguardia*, *20 Minutos*, etc<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr., <https://www.cci.es/295-regulacion-informatica-protetas-manifestaciones-informatica-2008> (página consultada en fecha de 3/08/2018). Contiene los accesos a los diferentes

## 2.2 Casos relacionados con congregación de personas en una página web

Esta modalidad cada vez es más usual y su uso se ha generalizado. Este es el supuesto que no genera problemas desde el punto de vista jurídico, ya que, la acción no bloquea o dificulta servicios, simplemente, se usa una página web que hace las veces de «lugar de reunión» donde de una forma más o menos ordenada, los ciudadanos o sus avatares pueden mostrar su apoyo a reivindicaciones, lemas, protestas o juicios de valor, o bien, interactuar de una forma más o menos activa en función del contexto y la forma en la que se produce. Algunos casos que se pueden citar, a título de ejemplo, son:

Reporteros sin Fronteras (RSF) convocaba, como en años anteriores, el 11 de marzo de 2008 una manifestación virtual para denunciar la censura en internet. Consistía en el desarrollo durante 24 horas de entradas desde distintos países a su página web para que los internautas pudieran marcar en un mapa del mundo los lugares donde se producía falta de libertad de expresión. La campaña «24 horas contra la censura» del año 2007 movilizó a más de 40.000 internautas<sup>12</sup>.

En el año 2017, Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) convocó una «manifestación virtual» en Madrid para pedir la independencia de Cataluña. A tal efecto, dispuso la página web [www.defensaelteuvot.cat](http://www.defensaelteuvot.cat), donde quien lo deseara podía inscribirse en la marcha y apoyar los candidatos republicanos a las elecciones del 20 de diciembre: Gabriel Rufián, Joan Tardà –al Congreso– y el juez Santi Vidal –al Senado–. La web daba la posibilidad de manifestarse virtualmente en sitios emblemáticos de la capital como las torres Kio, sede de Bankia; la sede del PP, en la calle Génova; la del PSOE, en Ferraz; el Hotel Palace; el Tribunal Constitucional; el Congreso; la Moncloa y la Zarzuela. La campaña se complementaba con un vídeo en el que se veían las calles más emblemáticas de Madrid vacías e invitaba a los ciudadanos a unirse al objetivo de ERC, que es defender la independencia<sup>13</sup>.

Un supuesto especialmente imaginativo ha sido el derecho de reunión y manifestación convocado el día 11 de abril de 2015 frente al Congreso donde se realizó una convocatoria mediante «hologramas» compuestos por imágenes tridimensionales proyectadas de personas que portaban carteles con lemas y protestas. Esas personas previamente se habían registrado en una

---

links de los medios de comunicación que se hicieron eco de la noticia.

<sup>12</sup> Cfr., <https://www.elimparcial.es/noticia/6544/tecnologia/rsf-promueve-acciones-en-contra-de-la-censura-en-internet.html> (página consultada en fecha de 3/08/2018).

<sup>13</sup> Cfr., [https://www.eldiario.es/politica/ERC-manifestacion-republica-catalana-Madrid\\_0\\_455655327.html](https://www.eldiario.es/politica/ERC-manifestacion-republica-catalana-Madrid_0_455655327.html) (página consultada en fecha de 3/08/2018).

página web aportando imágenes personales escaneadas que habían hecho llegar a la web desde cualquier lugar del mundo. La convocatoria partía de la plataforma denominada «no somos delito» compuesta por más de 100 asociaciones diversas. La protesta iba dirigida a rechazar la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana que se aprobó en el año 2015<sup>14</sup>.

Un común denominador se da en todos los supuestos, el uso de las TIC (internet y redes sociales) que actúa combinado con el derecho de reunión y manifestación, tal y como señalan Micó y Casero-Ripolles produce un efecto muy especial, algo parecido en economía al efecto multiplicador. Se trata de «un mecanismo de comunicación abajo-arriba que acaba teniendo carácter circular, pues las informaciones de las que inicialmente se hacen eco sus propios protagonistas y diversos líderes de opinión en las redes sociales acaban siendo objeto de la atención de los medios. El papel de los medios, en este contexto, es diverso: dan carta de naturaleza a las protestas, aumentan su difusión y su importancia, y a su vez realimentan el flujo de comunicación incesante de las redes sociales, que se hacen rápidamente eco de lo publicado en los medios, prolongando el proceso comunicativo»<sup>15</sup>.

### 2.3 Casos relacionados con congregación de personas en las redes sociales

Esta tercera forma de ejercicio del derecho, desde el aspecto jurídico, tampoco puede calificarse como una actividad que genere problemas especiales de seguridad pública. En estos casos, las redes sociales sirven, en la mayoría de los supuestos para difundir la convocatoria, pero también para que, de forma concurrente al desarrollo de la reunión o manifestación partidarios o adeptos, que no acuden físicamente, estén presentes, aunque sea de forma virtual en el acto. También posibilita que los interesados puedan interactuar con el aporte de lemas, opiniones o juicios de valor o elemento más o menos imaginativos a la convocatoria. Algunos casos que se pueden citar, a título de ejemplo, son:

Hay una convocatoria que llama la atención por su excepcionalidad, ya que no es normal que se realice una convocatoria desde un medio de comunica-

---

<sup>14</sup> Cfr., <https://www.publico.es/espana/miles-hologramas-protestan-represiva-ley.html> (página consultada en fecha de 3/08/2018).

<sup>15</sup> MICÓ, J. LL., y CASERO-RIPOLLÉS, A., Political Activism Online: Organization and Media Relations in the Case of 15M in Spain, en *Information, Communication & Society*, Vol. 17, (2014), p. 858-871.

Cfr., <https://www.publico.es/espana/miles-hologramas-protestan-represiva-ley.html> (página consultada en fecha de 3/08/2018).

ción contra los sindicatos mayoritarios en España. Se trataba del uso de la red *Twitter* mediante el «hashtag»: #19FueraSindicatos para que durante todo el día 19 de febrero se pudieran dejar opiniones y apoyo a la protesta. En este caso desde la empresa de comunicación denominada Intereconomía se movilizaba a los usuarios de *Twitter* a manifestarse en contra de las centrales sindicales Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT) en el contexto de la reforma laboral aprobada en el año 2012 en España<sup>16</sup>.

Otro ejemplo del uso de las redes sociales como elemento coadyuvante al ejercicio tradicional del derecho de reunión y manifestación es la convocatoria realizada el 4 de diciembre de 2009, en varios lugares de España al mismo tiempo: Madrid: Ministerio de Cultura (Plaza del Rey); Barcelona: Plaça Sant Jaume; Sevilla: Plaza Nueva; Valencia: Plaza del Temple; Zaragoza: Plaza España; Málaga, etc. Además de la convocatoria presencial en todos esos lugares, la difusión de la convocatoria posibilitaba y promocionaba la participación a través de las redes sociales<sup>17</sup> con el siguiente formato:

Manifiéstate!

- Únete al grupo de *Facebook* del Manifiesto.
- Únete al evento en *Facebook* de la manifestación de Madrid.
- Únete al evento en *Fácebook* de la manifestación de Barcelona.
- Pon tu avatar de protesta en *Twitter* aquí.
- *Twittea* este *post*.
- Escribe en tu *blog* las direcciones de las protestas y da a conocer tu parecer.
- Envía un *sms*, *email* o *twitt* a tus amigos para que se sumen a la protesta.
- Ven con tus amig@s y prepara carteles y pancartas para enseñar mañana en la manifestación.

L@s internautas nos estamos comunicando a través de foros de debate, correos electrónicos y mensajes con diversas asociaciones que, al margen del encuentro de mañana, pretenden «coordinar y organizar una manifestación multitudinaria para el día 11 de diciembre, con la intención de convocar a un millón de ciudadanos».

Un último ejemplo que aportamos hace referencia a un suceso que conmocionó a la opinión pública. Se trataba de la desaparición y, tras las investigaciones policiales, detención y posterior condena por asesinato al padre de los niños meno-

<sup>16</sup> Cfr., <http://www.periodistadigital.com/periodismo/internet/2012/02/19/manifestacion-en-twitter-contra-ccoo-y-ugt.shtml> (página consultada en fecha de 5/08/2018).

<sup>17</sup> Cfr., <http://artestadigital.blogspot.com/2009/12/manifestaciones-por-la-defensa-de-los.html> (página consultada en fecha de 5/08/2018).

res de edad Ruth y José. Se realizaron múltiples concentraciones especialmente en Córdoba, en fecha de 31 de marzo de 2012 y en otras fechas. En todo caso, se trataba de concentraciones simultáneas donde junto a la presencia física de personas en un determinado lugar, también era posible sumarse a la convocatoria de forma simultánea por medio de las redes sociales como Facebook y Twitter bajo los enlaces <http://www.facebook.com/events/270257476393671/>; y #ruthyjose; así como en otras plataformas que servían de información para que los ciudadanos pudieran apoyar las protestas<sup>18</sup>.

Una vez expuestos los diferentes casos en los que la realidad virtual se convierte en un elemento de primer orden en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación, es necesario, antes de iniciar el análisis jurídico –y sin olvidar que este es el objetivo principal de este estudio– no puede dejarse de lado la vertiente social estudiada por parte de las Ciencias Políticas y las disciplinas que, desde la Sociología, centran su estudio en las organizaciones y los movimientos sociales, puesto que estas ciencias sí que han prestado especial interés al papel de las tecnologías móviles y de las redes sociales como transformadoras del ejercicio práctico del derecho de reunión.

Siguiendo lo señalado por García-Lomas<sup>19</sup>, en la convocatoria y la fase previa resultan relevantes muchos elementos, pero, especialmente: «La elección de los medios, lenguajes y mensajes que van a utilizarse en esa fase preparatoria, no es en absoluto una cuestión baladí. No todos los medios tienen la misma capacidad de llegar a un público determinado y frente a los modelos de comunicación unidireccional característicos de los medios propagandísticos convencionales –cartelería, buzoneo, correo postal, prensa propagandística– el correo electrónico y las redes sociales permiten hoy una comunicación mucho más rápida y gratuita, y lo que es más importante, una comunicación que puede ser personalizada, interactiva y multidireccional y que puede prolongarse en el tiempo. Internet y las tecnologías móviles permiten, efectivamente, establecer un diálogo permanente con las bases, recibir sus opiniones y contrapropuestas, hacer a sus miembros partícipes en la toma de decisiones, pudiendo ser las propias bases de la organización las que de forma mucho más horizontal toman la iniciativa, las que formulan, negocian y toman las decisiones sobre cada

<sup>18</sup> Cfrs., la plataforma Kedamoos <http://www.kedamoos.com/KedadaSolidaria/kedada-5332.html>, y también la página web: <http://ruthyjose.blogspot.com/2012/03/> (páginas consultadas en fecha de 5/08/2018).

<sup>19</sup> Se sigue lo expuesto por García-Lomas quien efectúa un análisis en este sentido (sociológico y político) sobre el papel de las TIC en las manifestaciones, desde la convocatoria o fase previa y en el transcurso de la manifestación, en su puesta en escena y posterior explotación en las redes sociales. GARCÍA-LOMAS TABOADA, J. I., «La mediación de las tecnologías móviles de las Redes Digitales en la organización, puesta en escena y difusión posterior de las manifestaciones reivindicativas», en *¿Nuevas alternativas de la comunicación?: soportes, contenidos y audiencias* (coord. por BARRIGA CANO, M.ª J.), Sevilla, 2016, pp. 222-231.

propuesta»<sup>20</sup>. En relación con el transcurso de la manifestación, su puesta en escena y posterior explotación en las redes sociales este autor señala que: «Centrándonos por ahora en las manifestaciones propiamente dichas, debemos señalar que el formato más extendido y prototípico es el que consiste en hacer concurrir por lo menos a más de veinte personas en un mismo lugar y realizar un determinado trayecto urbano. Las redes sociales y los dispositivos móviles juegan en esta otra fase dos funciones especialmente relevantes en su transcurso:

- 1) Sirven como sistema de comunicación interna (lo que permite comunicarse entre sí a los miembros de los equipos de control y seguridad).
- 2) Sirven para documentar y/o retransmitir audiovisualmente el evento, lo que permite a su vez realizar dos diferentes clases de operaciones adicionales:
  - a) Generar pruebas documentales para las posibles denuncias de abusos policiales, infiltración de topos o sujetos violentos, u otras incidencias.
  - b) Generar documentos audiovisuales que, dando cuenta de diferentes aspectos de la manifestación, sirvan para propagar en las redes sociales dichas tomas y grabaciones, ya sea para contrarrestar la imagen e información ofrecida por los medios convencionales, o bien para nutrir los archivos documentales y recursos audiovisuales propios de cada organización»<sup>21</sup>.

Y en lo relativo al resultado final de la convocatoria, las TIC superan la necesidad tradicional de congregar un elevadísimo número de manifestantes; en este sentido, «frente a los formatos tradicionales y frente a esa focalización mediática centrada en el número de asistentes y en la presencia de incidentes, una nueva eclosión de fórmulas escénicas de protesta han permitido en los últimos años a las organizaciones activistas lograr un mayor impacto en los medios y en la opinión pública general sin que resulte una condición imprescindible tener una numerosa afluencia de asistentes. Así, las imágenes de los bustos desnudos de las militantes del grupo feminista Femmes, las espectaculares acciones de Greenpeace y otras organizaciones, consiguen ser noticia en las televisiones y en la prensa gráfica internacional movilizándolo para dichas acciones a un grupo a veces muy reducido de activistas. El impacto que cosechan en las redes sociales y en internet estas imágenes resultan ser, en ocasiones, mucho mayor y duradero en el tiempo que el que proporciona la cobertura puntual en los medios convencionales, y subiendo los vídeos a plataformas como *Youtube*, los simpatizantes consiguen además internacionalizar inmediatamente la causa. No se trata de manifestaciones propiamente dichas, sino de acciones,

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 224-225.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 226-227.



que han bebido del *happening* y de la *performance*, y que se planifican en secreto fundamentalmente para poder ser realizadas ante las cámaras de los equipos documentales propios, y para difundirse no ya a los medios sino, sobre todo, en redes sociales y plataformas de internet»<sup>22</sup>.

### 3. DIRECTRICES PARA SU ACOMODO RAZONABLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Por motivos de espacio, la regulación jurídica del Derecho de Reunión y manifestación la damos por conocida y nos centraremos exclusivamente en las directrices para su acomodo:

I. *Necesidad de completar cualquier convocatoria*. La realidad social hace que cualquier convocatoria que se realice ante la autoridad gubernativa deba ser complementada por toda la información en términos especialmente amplios, que se pueda encontrar por cualquier medio, pero de forma muy especial a través de la denominada «realidad virtual»: internet y las redes sociales.

En este sentido, es oportuno destacar la jurisprudencia desarrollada por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, puesto que ha sido pionero porque, aunque en el año que se aprueba la Ley que regula el Derecho de Reunión no existía internet ni las redes sociales, pero el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dejó muy claro que, la convocatoria que se presenta a la autoridad gubernativa para formalizar la comunicación previa, puede completarse o integrarse con el contenido de datos ofrecidos por internet y en los medios de comunicación públicos, ya que sirve para explicar los motivos que han de reunir a los asistentes a la convocatoria. (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por todas, Cfrs. las de 18-1-2008, de 13-05-2008 y 20-04-2011). En este sentido, la capacidad de comunicación que permite el uso de las nuevas tecnologías supone un elemento de primer orden para publicitar determinadas convocatorias, sobre todo y con especial auge entre los colectivos de jóvenes y usuarios que manejan perfectamente los recursos informáticos.

II. *El aspecto jurídico*. De forma muy especial nos vamos a detener en tres aspectos:

1.º En relación a la manifestación virtual o *netstrike* entendida como la acción que desarrolla comportamientos que por cualquier medio sean

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 228-2297.

susceptibles de dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, o cuando se proceda a obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno introduciendo o transmitiendo datos; o destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica. Se trata de una acción tipificada penalmente, con lo cual está excluida «ope legis» del ejercicio del derecho de reunión.

- 2.º En relación con el resto de las modalidades señaladas, esto es, usar una página web o redes sociales para una cibermanifestación o fórmulas de apoyo de concentraciones a través de redes sociales, de forma más o menos imaginativa, no resulta un comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico, y en este caso, su uso está permitido legalmente, aunque con los límites legales establecidos para con el derecho de libertad de expresión y libertad de reunión y manifestación. Destaca en este caso el límite del discurso del odio que pueda constituir delito de odio tipificado en el artículo 510 y ss. del Código Penal.
- 3.º Parece que, a la vista de la reforma introducida en el Código Penal<sup>23</sup>, la realidad virtual es solo un elemento más, que en realidad comienza a ser especialmente importante, pero que en todo caso necesita del espacio público real: de la calle, de espacios abiertos, de presencia simultánea de

---

<sup>23</sup> El Código Penal tipifica comportamientos que por cualquier medio sean susceptibles de dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, y en concreto para este caso del «netstrike», cuando se proceda a obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno mediante las siguientes conductas: a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo 264 Código Penal; b) introduciendo o transmitiendo datos; o c) destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica.

Las penas aplicables a esos comportamientos varían en función del resultado producido, desde seis meses a tres años pudiendo ser superiores en algunos casos muy específicos. En concreto pueden llegar a los cinco años y conllevar la imposición de la pena de multa cuando los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea. El Código Penal señala lo que considera como «infraestructura crítica» señalado que se trata de un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones.

En otros supuestos, la pena máxima sería de ocho años cuando el acto haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos.

Resulta especialmente interesante detenernos en la potencial autoría por parte de personas jurídicas, en cuyo caso se contemplan penas de multa desde uno a cinco años o del triple a doce veces el valor del perjuicio causado, e igualmente, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

más de 20 personas, de comunicación a la autoridad gubernativa, en fin, de los requisitos señalados en este trabajo.

La necesidad y contenido esencial del ejercicio del derecho de reunión y manifestación en el espacio público real, no virtual, en espacios públicos abiertos se explica también por la obligación de los poderes públicos de garantizar el pacífico y legítimo disfrute de este derecho por parte de los participantes, por ello, se señala su gran dimensión prestacional, representada por dispositivos de seguridad de diversa consideración, en función de cada una de las convocatorias concretas que se ejerciten en la vía pública. Esta dimensión hace que no se considere derecho de reunión o manifestación a una mera agrupación de personas cuando no supera un número mínimo. Ese número se ha fijado en veinte personas, solo en ese caso se considerará derecho de reunión o manifestación.

Esa consideración meramente numérica es uno de los elementos que sustentan la obligación de las Delegaciones del Gobierno y de las Consejerías de las Comunidades Autónomas con competencias (País Vasco y Cataluña) para adoptar las medidas necesarias con el fin de proteger la seguridad en la celebración de reuniones o manifestaciones, tal como recoge el artículo 23 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. En todo caso, la obligación de la protección por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, no excluye la obligación de los convocantes o promotores de diseñar un servicio de orden propio, tal y como se prevé en el artículo 9.1, de la L. O. rectora del derecho de reunión, así como solicitar a la autoridad gubernativa las medidas de seguridad públicas.

Pero además, esa dimensión prestacional se refleja claramente cuando la regulación jurídica de este derecho requiere también que su ejercicio se lleve a cabo en un recinto público<sup>24</sup>.

De ahí que, fijándose en el ejercicio de este derecho en el espacio público real, el propio Tribunal Constitucional haya señalado en su Sentencia 59/1990,

---

<sup>24</sup> En su regulación legal se excluyen expresamente aquellas que son celebradas por las personas físicas o jurídicas en sus propios domicilios, en locales públicos o privados, por razones familiares o de amistad, así como también las que celebren los Partidos Políticos, Sindicatos, Organizaciones Empresariales, Sociedades Civiles y Mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de Propietarios y demás Entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros o a otras personas nominalmente invitadas. En este ámbito se excluyen igualmente las reuniones celebradas por profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión. En relación con las reuniones de carácter militar, se consideran también extrañas al derecho de reunión, aplicándose su normativa especial a aquellas que se celebren en unidades, buques y recintos militares.

de 29 de marzo FJ 5.º, literalmente que: «La obligación de comunicar, previamente, a la Autoridad gubernativa la realización de la manifestación es, por el contrario, tan solo exigible con respecto a las reuniones “en lugares de tránsito público” (art. 21.2). En la actualidad dicha comunicación se rige por los artículos 8 y siguientes de la L.O. 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, de cuyo régimen interesa destacar. En primer lugar, que no se trata de interesar solicitud de autorización alguna (art. 3, L. O. 9/1983), pues el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa (arts. 9.1 y 10.1 C. E.), sin que pueda conceptuarse como un derecho de configuración legal, sino tan solo de efectuar una declaración de ciencia o de conocimiento a fin de que la Autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de los derechos y bienes de la titularidad de terceros, estando legitimada, en orden a asumir tales objetivos, a modificar las condiciones de ejercicio del derecho de reunión e incluso, a prohibirlas, previa la realización siempre del oportuno juicio de proporcionalidad (...)».

III. *El necesario juicio de proporcionalidad.* En este sentido, los derechos fundamentales pueden ser limitados por otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos –no son derechos absolutos–, aunque cualquier limitación debe ser interpretada con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia de los derechos (libertad de expresión y derechos de reunión y manifestación). Para verificar cuándo las convocatorias de «manifestación virtual» en sus diversas modalidades deben ser prohibidas o modificadas, deberemos realizar la justificación constitucional que la limitación requiere, mediante el estudio de los tres requisitos exigibles a la administración, que son los que constituyen el contenido del juicio de proporcionalidad:

- 1) La adecuación: En este caso, la prohibición y/o modificación del derecho de reunión o manifestación debe resultar el medio adecuado, idóneo, útil, eficaz, y seguro para conseguir el fin propuesto por el legislador (fin que solo puede ser la protección de otro derecho fundamental o la protección de un valor o un bien que tenga fundamento expreso o implícito en el texto constitucional, o como último extremo, la protección del orden público que no suponga peligro para personas o bienes). En este caso, con toda claridad, afectaría la regulación penal, o dicho de otra forma, la consideración de determinados comportamientos como delitos, que no pueden desarrollarse desde un derecho de reunión. Cuando la libertad de expresión pretenda, con el ejercicio de la manifestación virtual traspasar límites, de ese derecho también deberá prohibirse.

- 2) La necesidad: Desde luego, debemos estar ante una medida adecuada que debe calificarse como indispensable para asegurar el ordenamiento jurídico y evitar alteraciones de orden público con peligro para las personas y bienes. La necesidad de mantener el ordenamiento jurídico cuando una convocatoria es contraria a derecho debe ser igualmente tenida en cuenta y también la limitación que el ordenamiento jurídico establezca para con el derecho de reunión y manifestación y otros derechos y libertades concurrentes cuando colisionen. Y, desde luego, en el análisis de la necesidad, el ordenamiento jurídico debe atender a que los derechos no se ejerciten en fraude de ley ni con abuso de derecho (arts. 7.1 y 7.2 Código Civil).
- 3) La proporcionalidad en sentido estricto: Del análisis de todos los elementos en conflicto, habrá que concluir afirmando que la intensidad de la intervención sea proporcional y proporcionada a los bienes jurídicos en conflicto. Mediante esta fase del juicio crítico se concluye afirmando que el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés público que se trata de proteger.

IV. Para acertar en todos esos juicios críticos de proporcionalidad habrá que sopesar varios *elementos concurrentes en toda convocatoria*. En ocasiones se materializarán todos, o en algunos otros supuestos, solo estaremos ante algunos de ellos que habrá que analizar caso a caso. En concreto:

- 1) *Los convocantes*. ¿Quién o quiénes son los convocantes? ¿Qué representan? Teniendo presente que estamos ante un derecho que se reconoce a una sola persona, sea quien sea, habrá que examinar este extremo teniendo en cuenta elementos tales, como la seriedad de la convocatoria, la afluencia de ciudadanos (algunos colectivos tienen la posibilidad de convocar más personas que otros), etc. Sin olvidar los antecedentes que puedan constar de desórdenes públicos o antecedentes penales o de seguridad ciudadana para analizar convenientemente todas las circunstancias concurrentes en los convocantes.
- 2) *¿A quién o quiénes puede afectar?* Normalmente, los derechos de reunión y manifestación se realizan para protestar contra algo o alguien, y aunque la autoridad gubernativa tiene prohibido confrontar con los convocantes no hay que olvidar que la Administración debe proteger a todos, a los convocantes y a las personas contra las que se pretende protestar, y máxime cuando, como ocurre en este derecho, estas personas no tienen legitimación procesal para poder acudir ante el Tribunal Superior de

Justicia que corresponda para solicitar que la reunión o manifestación sea prohibida o limitada.

- 3) *La finalidad de la crítica y ánimo de los convocantes en relación con los bienes y derechos y libertades en conflicto.* La libertad de expresión no puede superar el límite del derecho penal, y/o vulnerar otros derechos y libertades. Habrá que estar atentos para intentar compatibilizar la convocatoria con el ordenamiento jurídico, puesto que pueden y deben operar limitaciones en determinadas circunstancias, siendo la prohibición la última solución.
- 4) *El contenido de la protesta: la intensidad, el tono humorístico, sarcástico o satírico, y cuándo y cómo se ejercita.* En este capítulo, además de enjuiciar los lemas, proclamas y medios utilizados en los términos señalados antes, habrá también que tener en cuenta los siguientes elementos:

*La fecha, lo que representa.* Si la reunión o manifestación se pretende desarrollar un día de especial significado para los convocantes o para las personas o entidades ante las que se pretende hacer llegar la protesta. El lugar elegido por los convocantes, si se trata de una zona que presenta especiales características o no de cara a la exposición pública de la convocatoria. El horario elegido por los convocantes, si coincide o no con otras circunstancias concurrentes en el espacio público. *La potencial repercusión del peligro sobre bienes y personas,* con especial atención a la afectación de elementos «virtuales». Cuando estemos ante una manifestación, *los itinerarios propuestos,* que no se solapen con lugares que tengan necesidad de especial protección o de seguridad pública y en su caso su intensidad de protección en función de las circunstancias concurrentes. *La forma de acudir a las convocatorias,* de forma que no se puedan encontrar personas de signo antagónico en medios de transporte público ya que no resulta posible realizar un dispositivo de seguridad que evite cualquier riesgo «in itinere» de los manifestantes. *Los medios utilizados para desarrollar la convocatoria:* vestimentas, metáforas, etc., que sean acordes a la reivindicación y que no aporten afrentas gratuitas, que no impliquen violencia, y que no sean instrumentos sacados de contexto. Analizar y prever las denominadas «contra-manifestaciones» que pueden producir incidentes de orden público con peligro para personas y bienes mediante enfrentamientos y altercados por parte de grupos antagónicos.

- V. Cada caso requiere de un estudio individual, y cualquier conclusión que se alcance debe haber superado el estudio de todas las circunstancias concurrentes y en especial, el juicio de proporcionalidad.

A falta de un estudio detallado de cada uno de los casos que se desarrollen, se puede afirmar que la manifestación virtual que pretenda dañar, imposibilitar o debilitar el uso de espacios virtuales por otros usuarios no es un derecho de reunión, sino que se trata de verdaderos actos delictivos. Sin embargo, el uso del espacio virtual cuando se conecta con el derecho de reunión sin causar daño en el espacio virtual no genera, *a priori*, problemas de seguridad pública.

VI. En todo caso, si algo ha quedado claro, es que ya no se puede entender el derecho de reunión y manifestación sin conectarlo con el uso de las TIC, internet, las redes sociales y el denominado espacio virtual. El uso del espacio virtual debe ser analizado como un elemento más en cualesquiera convocatorias que se comuniquen a la autoridad gubernativa.

Dicho de otra forma, ahora el derecho de reunión y manifestación es virtual y real. Según esa dinámica de retroalimentación, existe una clara correlación entre la participación del público en las redes digitales y los medios de comunicación y su papel activo en las movilizaciones sociales. La incidencia práctica en el espacio público real, el alcance y calado de la movilización social, resulta determinante para mantener vivo el interés del público y su movilización a través de internet, que a su vez nutre con más ciudadanos movilizados a las protestas o manifestaciones que tienen lugar en la calle<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Estas ideas las comparten muchos sociólogos que han trabajado las movilizaciones sociales. En este sentido, coincido en el análisis que realiza García-Lomas cuando afirma que: «El reciente surgimiento de formas puramente virtuales de protesta y reivindicación (como son las *netstrikes*, los “ataques” masivos a una página web que quedará “colgada” cuando millones de internautas previamente concertados intenten conectarse a la vez, o las campañas solidarias de solicitud de firmas a nivel global en apoyo de una u otra causa, etc.) y su creciente auge como medio de presión, no necesariamente debe interpretarse como una tendencia general a desocupar los espacios físicos que ofrecen aún las plazas y las calles reales. Es verdad que gracias a las retransmisiones en *streaming* hoy se puede asistir a cualquier evento en directo e interactuar con los asistentes con tal de disponer de un portátil, una tableta o un *Smartphone*, pero ello no implica que los actos *in situ* estén quedando vacíos. Muy al contrario, son las mismas redes sociales las que han posibilitado que en las últimas décadas se hayan producido las manifestaciones callejeras más numerosas y revolucionarias que jamás haya conocido la humanidad, como son las que orquestaron las revueltas de la Primavera Árabe o las protestas globales contra la Guerra.

Una de las ventajas señaladas por nuestros entrevistados es que, a través de las redes digitales, el convocado se convierte a su vez y de forma muy inmediata en difusor, en convocante, cuando publica la convocatoria en su perfil de *Facebook*, o la propaga entre sus contactos a través de *Twitter*, *Telegram* o *WhatsApp*. Contribuye así no solo a una muy veloz propagación que crece en proporción geométrica, sino que lo hace dando además su apoyo testimonial favorable al ser él mismo quien la reenvía a sus propios contactos personales.

Finalmente, debemos señalar que, frente a los límites propios de un panfleto o un cartel impreso, todas esas convocatorias y comunicados que se transmiten instantáneamente a golpe de *click* en las redes pueden además acompañarse de enlaces a otros documentos, fotografías, artículos de prensa, vídeos y reportajes audiovisuales, etc., operando como hipertextos». (GARCÍA-LOMAS TABOADA, J. I.: «La mediación de las tecnologías móviles de las Redes Digitales», cit..., pp. 224-225).

# Equilibrios digitales

Antonio García Padilla<sup>1</sup>

*Presidente de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación  
Decano Emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico*

En el IX Congreso de las Academias Iberoamericanas que tuvo lugar en Asunción, Paraguay, intenté analizar a grandes rasgos ciertos aspectos relacionados con el equilibrio entre compradores y vendedores en el comercio digital<sup>2</sup>; en especial, quise identificar entonces protecciones al consumidor que no surgen de las cláusulas contractuales en sí (los remedios acordados, los foros jurisdiccionales dispuestos para dilucidar controversias, la manera de sufragar los costos de tales dilucidaciones, etc.)<sup>3</sup>. Intenté fijarme en vez en las protecciones que, allende los contratos, surgen del medioambiente digital en el que dichos contratos se generan; aquellos resguardos que, disposiciones contractuales a un lado, definen los derechos de los participantes en el mercado digital y explican prácticas típicas de las plazas virtuales de contratación<sup>4</sup>.

Decía entonces que la plataforma virtual es ella misma un recurso de inusual valor para los consumidores, entre otras cosas por la oportunidad que les brinda para la difusión de sus opiniones sobre los productos en tráfico<sup>5</sup>. En los mercados tradicionales es difícil y costoso para el consumidor comunicar distendidamente su parecer en cuanto a las cosas que adquiere. Asimismo, en el comercio tradicional el consumidor debe de ordinario prescindir de las

---

<sup>1</sup> Presidente de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, Decano Emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, pasado Presidente de la Universidad de Puerto Rico (2001-09) y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico (1986-2000). Los alumnos Roger Álvarez y Ramón Correa ayudaron como asistentes de investigación en el desarrollo de este ensayo.

<sup>2</sup> GARCÍA PADILLA, Antonio *Al pulsar El botón verde... y El equilibrio entre las partes en el comercio digital*, en Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas: ponencias y conclusiones (2017) (ponencia ofrecida en el IX Congreso de las Academias Iberoamericanas en Asunción, Paraguay).

<sup>3</sup> Íd.

<sup>4</sup> Íd.

<sup>5</sup> Íd.



opiniones de los usuarios previos del producto que contempla adquirir, más allá de las que el vendedor o manufacturero esté dispuesto a brindarle. En los espacios digitales es distinto el panorama.

La plataforma de comercio virtual permite la expresión fácil de opiniones en torno a las cosas que se trafican. Los usuarios crean contenidos (*user generated contents*, o «UGC's») en los *blogs* y páginas de comentarios en torno a los productos que se trafican. De esa forma, el consumidor tiene acceso a públicos muy amplios a través de todo el mundo; puede diseminar sus opiniones de manera inimaginable hasta hace poco.

Informa el portal STATISTA que, en 2018, en Estados Unidos alrededor de 30.6 millones de personas publicaron opiniones en blogs<sup>6</sup>. Los consumidores prestan atención a los UGC's. Los estudios indican que los compradores confían más en los UGC's que en cualquier otra fuente de información disponible en línea<sup>7</sup>. Además, los UGC's son suplementados en la red con material creado a través de programas informáticos, como son los *chatbots*<sup>8</sup>, los *mashups*<sup>9</sup> y otras aplicaciones de inteligencia artificial, también capaces de influenciar la opinión de los consumidores.

La gráfica siguiente, producida por STATISTA, describe la forma en que los UGC's y otras fuentes digitales influyen el ánimo de los compradores.

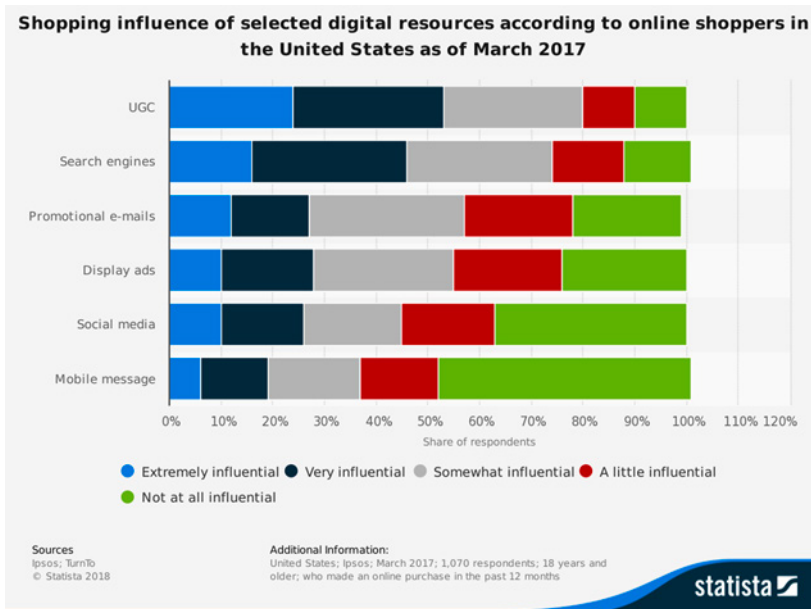
---

<sup>6</sup> *Number of bloggers in the United States from 2014 to 2020 (in millions)*, STATISTA <https://www.statista.com/statistics/187267/number-of-bloggers-in-usa/> (última visita 4 de abril de 2019).

<sup>7</sup> *Shopping influence of selected digital resources according to online shoppers in the United States as of March 2017*, STATISTA, <https://www.statista.com/statistics/308524/shopping-influence-digital-resources-smm/> (última visita en 12 de octubre de 2018).

<sup>8</sup> *Chatbot*, WIKIPEDIA, <https://en.wikipedia.org/wiki/Chatbot> (última visita en 19 de diciembre de 2018, 00:27).

<sup>9</sup> *Mashup*, WIKIPEDIA, [https://en.wikipedia.org/wiki/Mashup\\_\(web\\_application\\_hybrid\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Mashup_(web_application_hybrid)) (última visita en 17 de diciembre de 2018, 23:52).



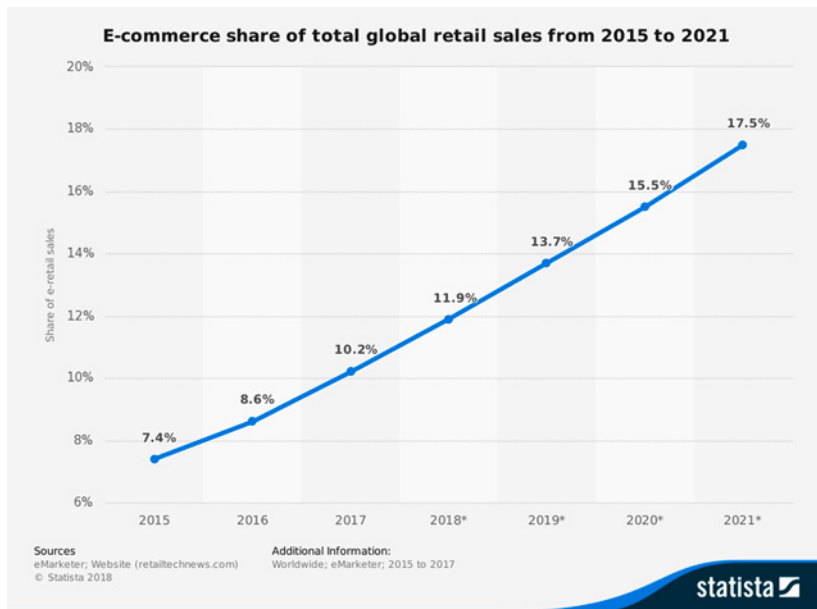
En este X encuentro de Madrid quiero retomar el tema. Concretamente, quiero volver sobre el asunto de las influencias en los mercados digitales y examinar un punto que considero importante en cuanto a ellas: los controles regulatorios que emergen para atajar la natural tentación de los vendedores a teñir, con material generado por tales vendedores, la información que reciben los compradores en la plataforma digital, con el propósito de influenciar sus decisiones<sup>10</sup>. Esas emergentes preocupaciones reglamentarias ponen de relieve, tanto o más que las inquietudes y desvelos en torno a asuntos contractuales tradicionales (contratos de adhesión versus acuerdos negociados, desbalances de poder negocial entre las partes, foros arbitrales versus judiciales para la adjudicación de conflictos<sup>11</sup>, etc.) la verdadera naturaleza de las plataformas de comercio digital, las tensiones que los describen y algunos de los retos más importantes del derecho en este fascinante campo.

<sup>10</sup> Jessica Friedrich, *Count Your Lucky Stars: Why Consumers May be Thankful for Monopolistic Behavior in the Rating and Review Industry*, 25 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 537, 557 (2015).

<sup>11</sup> El tema de la disponibilidad del foro arbitral para casos de consumidores mantiene constante actualidad. Véase, por ejemplo, la opinión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U. S. 333 (2011).

## 1. EL MERCADO DIGITAL

El mercado digital describe acelerados ritmos de crecimiento. La siguiente gráfica demuestra la dimensión de aumento en el comercio digital desde 2015 con proyecciones hasta 2021<sup>12</sup>. Como puede apreciarse, el intercambio mundial de productos a través de medios digitales se ha mantenido en claro ritmo de aumento.



## 2. EL CONTROL DE LA LEGITIMIDAD DE LAS OPINIONES

Si a la dimensión del mercado le añadimos la influencia que, como hemos visto, los consumidores le reconocen a las voces que se manifiestan en las redes, es anticipable la tentación de los vendedores de adulterar las opiniones que expresan esas voces. Esto es, ya que los *UGC's* y otros foros similares influyen los mercados, ¿cómo se evitan influencias indebidas que adulteren la información que surge de dichos foros? ¿Cómo arrestar la anticipable tentación de los vendedores de afectar las opiniones expresadas en la red que influyen a los compradores? ¿Cómo anticipar el momento en que puedan ser computadores los que tengan el control de algunos blogs, y sean esos computadores los que generen la información que aparece en los *UGC's*?

<sup>12</sup> E-commerce share of total global retail sales from 2015 to 2021, STATISTA, <https://www.statista.com/statistics/534123/e-commerce-share-of-retail-sales-worldwide/> (última visita en 12 de octubre de 2018).

### 3. LA REACCIÓN DE LOS ESTADOS

El tema comienza a llamar la atención de los estados<sup>13</sup>. Ya sea mediante la adopción de legislación, de reglamentación administrativa, o incluso a través de interpretación jurisprudencial<sup>14</sup>, los estados han comenzado a generar controles en este campo. Aparentan perfilarse dos acercamientos distintos, uno en Estados Unidos y otro en Europa.

Estados Unidos abordó el tema a través de la Comisión Federal de Comercio («FTC»). La primera reglamentación se adoptó el 18 de enero de 1980 y fue posteriormente enmendada el 15 de octubre de 2009<sup>15</sup>. Provee de la siguiente forma:

*When there exists a connection between the endorser and the seller of the advertised product that might materially affect the weight or credibility of the endorsement (i.e., the connection is not reasonably expected by the audience), such connection must be fully disclosed. For example, when an endorser who appears in a television commercial is neither represented in the advertisement as an expert nor is known to a significant portion of the viewing public, then the advertiser should clearly and conspicuously disclose either the payment or promise of compensation prior to and in exchange for the endorsement or the fact that the endorser knew or had reason to know or to believe that if the endorsement favored the advertised product some benefit, such as an appearance on television, would be extended to the endorser<sup>16</sup>.*

Como puede verse, la reglamentación estadounidense busca asegurar que sean honestas las opiniones en torno a productos que se divulgan en la red digital<sup>17</sup>. Relaciones significativas (*material connections*) entre vendedores y

<sup>13</sup> Para referencias sobre los distintos países véase Haneen Dajani, *UAE's paid social media influencers will need license under new media rules*, THE NATIONAL (6 de marzo de 2018), <https://www.thenational.ae/uae/uae-s-paid-social-media-influencers-will-need-licence-under-new-media-rules-1.710664>; Constantin Eikel, *New decision on German influencer marketing: Courts in Berlin require disclosure as advertisement even for non-sponsored posts*, LEXOLOGY (3 de agosto de 2018), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=12d4d756-d753-4d0e-be47-4fd70c62acad>; Georg Szalai, *U. K. Probing Social Media Influencers*, HOLLYWOOD REPORTER (16 de agosto de 2018), <https://www.hollywoodreporter.com/news/uk-probing-social-media-influencers-1135370>. En España ya se comienza a discutir la necesidad de regulación. Véase, Irene González López & Fernando Carbajo Cascón, *Emplazamiento de productos en las redes sociales* (julio 2016) (trabajo de fin de grado, Universidad de Salamanca).

<sup>14</sup> Constantin Eikel, *(International) Influencer Marketing in Germany: #ad might not be enough*, MEDIA WRITES (15 de diciembre 2017), <https://www.mediawrites.com/international-influencer-marketing-in-germany-ad-might-not-be-enough/>.

<sup>15</sup> Rebecca Tushnet, *Attention Must Be Paid: Commercial Speech, User-Generated Ads, and the Challenge of Regulation*, 58 BUFF. L. REV. 721, 744 (2010).

<sup>16</sup> FTC Guides and Trade Practice Rules, 16 C. F. R. § 255.5 (2009).

<sup>17</sup> Aimee Khuong, *Student Note: Complying with the Federal Trade Commission's Disclosure Requirements: What Companies Need to Know When Using Social Media Platforms as Marketing*

endosantes de productos tienen que divulgarse conjuntamente con el endoso<sup>18</sup>. Las relaciones se consideran «significativas» cuando tienen el potencial de afectar materialmente el peso y la credibilidad de los endosos<sup>19</sup>. Ello incluye el recibo por el endosante de compensación económica o la obtención gratuita de productos<sup>20</sup>. Aun cuando la opinión publicada no sea de por sí engañosa, se puede considerar como tal si crea expectativas erróneas en los consumidores típicos. El potencial impacto en la expectativa del consumidor es el criterio controlante<sup>21</sup>.

#### 4. LA REACCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Además de los estados, organizaciones internacionales también comienzan a mirar el tema con detenimiento. La Red Internacional de Protección del Consumidor («ICPEN»), agrupa a representantes de alrededor de 60 países<sup>22</sup>. Bajo la presidencia del Reino Unido, durante los años 2015 y 2016, la ICPEN adoptó guías de orientación a personas y entidades que ejercen influencia en el mundo digital<sup>23</sup>.

Las guías de la ICPEN resaltan el deber que tienen los endosantes de productos de revelar, «clara y prominentemente» si sus endosos han sido pagados, si existen relaciones comerciales entre ellos y los vendedores<sup>24</sup>.

La ICPEN y la FTC aparentan decantarse en la misma dirección. De una parte, reconocen el valor que los endosantes y críticos tienen a la hora de generar un mercado digital vibrante e inteligente. De otra, advierten el riesgo que para la salud de los mercados acarrear endosos o críticas deshonestas o adulteradas por los intereses de vendedores.

---

*and Advertising Spaces*, 13 HASTINGS BUS. L. J. 129, 133 (2016); Kaitlin A. Dohse, *Note: Fabricating Feedback: Blurring the Line Between Brand Management and Bogus Reviews*, 13 U. ILL. J. L. TECH. & POL'Y 363, 368 (2013) («Ensuring honesty in consumer reviews is important not only for ethics reasons but for economic reasons too. Unsurprisingly, researchers have found that positive reviews mean higher profits in several industries.»); FTC Publishes Final Guides Governing Endorsements, Testimonials, FED. TRADE COMM'N (5 de octubre de 2009), <https://www.ftc.gov/newsevents/press-releases/2009/10/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials>.

<sup>18</sup> Khuong, *supra* nota 16.

<sup>19</sup> *Íd.*

<sup>20</sup> *Íd.*

<sup>21</sup> Ivan L. Preston, *The Federal Trade Commission's Identification of Implications as Constituting Deceptive Advertising*, 57 U. CIN. L. REV. 1243, 1278 (1989).

<sup>22</sup> INT'L CONSUMER PROTECTION AND ENFORCEMENT PROTECTION, <https://www.icpen.org/protecting-consumers-worldwide> (última visita en 22 de diciembre de 2018).

<sup>23</sup> *Online Reviews & Endorsements ICPEN Guidelines for Digital Influencers*, INT'L CONSUMER PROTECTION AND ENFORCEMENT PROTECTION (junio 2016), <https://www.icpen.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Digital%20Influencers-JUN2016.pdf>.

<sup>24</sup> *Íd.* en la p. 4.

## 5. LOS RESULTADOS DE LA REGLAMENTACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

La reglamentación estatal enfrenta retos. Para empezar, la cantidad de *blogs* crece diariamente<sup>25</sup>. Se estima que existen más de 1,883,637,867 páginas de internet<sup>26</sup>. La inversión de las empresas vendedoras en publicidad digital es inmensa. En Estados Unidos solamente se espera que alcance los \$17.34 mil millones en 2019<sup>27</sup>. Globalmente, en 2019 se anticipa una inversión de \$50.2 mil millones<sup>28</sup>. La observación y auditoría de esa actividad requiere recursos superiores a los que hoy día tienen disponibles los reguladores<sup>29</sup>. En Estados Unidos, directivos de la *FTC* reconocen que los recursos que la agencia tiene a su alcance no son suficientes para examinar la cantidad de *blogs* activos<sup>30</sup>. Dicho de otra forma, los recursos destinados a la supervisión no corresponden a la dimensión de la tarea asignada. En consecuencia, los recursos de la agencia se concentran en investigar aquellos casos que son denunciados<sup>31</sup>.

No es de extrañar que no fue hasta abril de 2017 que la *FTC*, según informa en su *blog* (en el cual parece razonable confiar), se comunicó directamente con los generadores de *blogs* para proveerles orientación en torno a las divulgaciones que debían hacer al producir dichos *blogs*<sup>32</sup>. Luego de recibir presiones en torno a un caso particularmente notorio en el que se ignoraban abiertamente los requisitos de divulgación en mensajes de *Instagram*<sup>33</sup>, la *FTC* se dirigió por escrito a más de noventa compañías y personas que influenciaban con *blogs* el mercado digital de ciertos productos<sup>34</sup>. Casos relacionados con plataformas distintas de *Instagram* no se incluyeron en las comunicaciones de abril de 2017<sup>35</sup>.

<sup>25</sup> Zac Johnson, *How Many Websites and Blogs are on the Internet?*, BLOGGING.ORG, <https://blogging.org/blog/how-many-websites-and-blogs-are-on-the-internet/> (última visita en 22 de diciembre de 2018).

<sup>26</sup> Íd.

<sup>27</sup> Adrienne Sconyers, *Note: Corporations, Social Media, & Advertising: Deceptive, Profitable, or Just Smart Marketing*, 43 IOWA J. CORP. L. 417, 419 (2018).

<sup>28</sup> Íd.

<sup>29</sup> Khuong, *supra* nota 16, en la p. 141.

<sup>30</sup> Íd.; Caroline McCarthy, *Yes, New FTC Guidelines Extend to Facebook Fan Pages*, CNET (21 de septiembre de 2018), <http://www.cnet.com/news/yes-new-ftc-guidelines-extend-to-facebook-fan-pages/>.

<sup>31</sup> Íd.

<sup>32</sup> Aun las compañías de Silicon Valley que intentan esa supervisión, no empecen sus recursos, enfrentan problemas serios. Véase, *FTC Staff Reminds Influencers and Brands to Clearly Disclose Relationship*, FEDERAL TRADE COMMISSION (19 de abril de 2017), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose>.

<sup>33</sup> *What is Instagram?*, INSTAGRAM, <https://help.instagram.com/424737657584573> (última visita en 22 de diciembre de 2018).

<sup>34</sup> Laura E. Bladow, *Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing*, 59 WM. & MARY L. REV. 1123 (2018).

<sup>35</sup> Íd. en la p. 1156.

Los resultados no fueron halagadores. *Public Citizen*, una entidad del tercer sector interesada en estos temas y que instó la acción ante la *FTC*<sup>36</sup>, observó las cuentas de *Instagram* de 46 de los operadores que recibieron las cartas de la *FTC* en abril de 2017<sup>37</sup>. El estudio, que se llevó a cabo entre el 1 de mayo y el 12 de julio de 2017, concluyó que solo uno de los *bloggers* que había recibido la advertencia de la *FTC*, cumplía cabalmente con la reglamentación<sup>38</sup>. Aunque algunos de los *bloggers* hicieron divulgaciones en los anuncios que publicaron subsiguientemente, en total, de los 412 anuncios publicados por los 46 *bloggers* a los que la *FTC* hizo advertencias, 327 —o el 79 por ciento— no cumplía con la reglamentación<sup>39</sup>. En septiembre del mismo año, la *FTC* volvió a enviar cartas a 21 de las personas reincidentes, pero esta vez pidiendo que declarasen si tenían relaciones significativas con ciertos productos promocionados en sus redes<sup>40</sup>.

## 6. LA COMISIÓN EUROPEA Y LOS CAMINOS POSIBLES

Los resultados de las iniciativas reglamentarias tomadas hasta el momento sugieren reflexión en torno a los caminos a seguir de cara al futuro. Una alternativa es, desde luego, olvidar el control de las opiniones y partir de la presunción de que las voces que buscan influenciar el mercado digital responden —o pueden responder— a vínculos materiales con vendedores y productores. Esto es, que el mercado parta de la presunción de que las voces de influencia están teñidas por los intereses de la oferta. He ahí una posible solución.

Recientemente, la Comisión Europea parece inclinarse en esa dirección: mantener al mínimo la intervención regulatoria, aunque alerta a la necesaria educación de los consumidores<sup>41</sup>. Como el título de su informe anticipa, el problema de la desinformación está estrechamente relacionado con el de *fake news*. La Comisión descarta soluciones que fragmenten la internet o pongan en vigor cualquier tipo de censura<sup>42</sup>. La Comisión recomienda que se «diluya» la desinformación, se creen mecanismos donde se pueda analizar la vera-

<sup>36</sup> *FTC Staff Reminds Influencers and Brands to Clearly Disclose Relationship*, *supra* nota 33.

<sup>37</sup> *Íd.*

<sup>38</sup> *Íd.*

<sup>39</sup> *Íd.*

<sup>40</sup> *Three FTC actions of interest to influencers*, FEDERAL TRADE COMMISSION (7 de septiembre de 2017), <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2017/09/three-ftc-actions-interest-influencers>.

<sup>41</sup> *A multi-dimensional approach to disinformation Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, COMISIÓN EUROPEA (marzo 2018), [http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=50271](http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271).

<sup>42</sup> *Íd.*

cidad de los datos ofrecidos, el análisis a base de algoritmos y la mejor educación de los consumidores<sup>43</sup>. La Comisión identifica el problema, pero acepta que es complejo y no intenta soluciones simples<sup>44</sup>. He ahí una de las posibilidades de acción de cara al futuro.

De otra parte, de escogerse la ruta reglamentaria seguida por la *FTC*, debe partirse, sugiero, de las siguientes bases:

*Primera*, la plataforma digital crea, a fin de cuentas, un espacio internacional que no reconoce fronteras y que, como los espacios marítimo y aéreo, no pueden gobernarse por múltiples cuerpos de reglas; esto es, los equilibrios compradores y vendedores en el mercado digital deben ser los mismos sin importar el lugar en donde se encuentren dichos participantes. Es un mercado que reclama una *lex mercatoria* libre de idiosincrasias nacionales. En efecto, cada vez más personas en el mundo compran y venden a través del internet sin reconocer demarcaciones nacionales. La práctica, como es natural, es mayor en África y el Medio Oriente (50 % de las ventas realizadas en 2017) que en Norteamérica (14 % de las ventas que tuvieron lugar en 2017)<sup>45</sup>. Las fuerzas de opinión que inciden sobre esos mercados no deben sujetarse a reglas distintas para cada país. Si el mercado ha de regularse, la regulación requiere la acción concertada de la comunidad de naciones<sup>46</sup>.

*Segunda*, la normativa internacional que surja debe contar con los mecanismos y los recursos que aseguren la efectividad de su implantación en los diferentes estados. Igual que en otros campos, no se trata tanto de adoptar normas, sino de cómo hacer efectivas las normas que se adopten. Es decir, en el

<sup>43</sup> Íd.

<sup>44</sup> Íd.

<sup>45</sup> Marty Grant, *The 2017 Global Online Consumer Report: Key Figures in E-Commerce Worldwide*, ECOMMERCE NATION (8 de mayo de 2017), <https://www.ecommerce-nation.com/2017-global-online-consumer-report/>.

<sup>46</sup> La Convención sobre el Derecho Internacional a la Rectificación, 24 de agosto de 1962, 435 U. N. T. S. 191. No empecé su marcado sabor de Guerra Fría ofrece retórica interesante para orientar estos esfuerzos, no obstante, sus contextos tan diferentes. Dice así en su preámbulo:

*Deseosos de hacer efectivo el derecho de sus pueblos a estar plena y fielmente informados, Deseosos de mejorar la mutua comprensión entre sus pueblos mediante la libre circulación de informaciones y opiniones, Considerando, el peligro que para el mantenimiento de relaciones amistosas entre los pueblos y para la conservación de la paz entraría la publicación de informaciones inexactas, Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó, en su segundo periodo ordinario de sesiones, la adopción de medidas destinadas a combatir la difusión de informaciones falsas o tergiversadas, Considerando, sin embargo, que no es factible por el momento instituir en el plano internacional un procedimiento para averiguar la exactitud de las informaciones que pueda llevar a la imposición de sanciones por la publicación de informaciones falsas o tergiversadas, Considerando, además, que para impedir la publicación de informaciones de esta índole o reducir sus efectos perniciosos es, ante todo, necesario elevar el sentido de responsabilidad de quienes se dedican profesionalmente a su difusión, y fomentar la amplia circulación de las noticias.*



dinámico tráfico digital, como en la vieja Ínsula Barataria, debe imperar la aspiración por «leyes pocas y que se cumplan»<sup>47</sup>.

Todo lo anterior, dependerá de la medida en que la comunidad entienda y calibre cuáles son los elementos que definen los balances entre las partes que participan en las plazas digitales de comercio. Más que otra cosa, la plataforma digital es en algún sentido, quizás como las bolsas de valores, un espacio de convergencia entre vendedores y compradores que influye las posibilidades relativas de los que participan en él. El análisis de ese espacio debe reconocer esas características del objeto que intenta regular.

## 7. PERSPECTIVAS

Dicho todo lo anterior, el debate en torno a la intensidad regulatoria que demanda el comercio sobre plataformas digitales palidece si se le mira en función de las perspectivas que emergen en torno al perfil de los mercados. En el horizonte aparecen anticipos de automatización que rebasan por mucho la dimensión del debate planteado.

Se dice que para 2050, la capacidad total de las computadoras digitales excederá la capacidad agregada de las mentes humanas. Ello supone que:

*In principle, the market could be replicated in silicon –replacing the distributed, parallel flesh-and-blood system that we are familiar with. The computers would tell people what to produce-distributing rewards and meting out sanctions as necessary- and distribute to people whatever they should consume*<sup>48</sup>.

Es el augurio de un cuadro nuevo, de diferentes paradigmas, de equilibrios realmente desafiantes. Mercados que sugieren problemas creados y resueltos por inteligencias digitales, en una nueva realidad, que discurre sobre silicón, que subordinaría al automatismo a muchos de los actores actuales. Tal vez este sea un tema para el XI encuentro.

---

<sup>47</sup> MIGUEL DE CERVANTES, *El ingenioso hidalgo Don Quijote De la Mancha* (1966). Para una lectura multilingüe de la gran novela véase Miguel de Cervantes Saavedra, *El Quijote Universal. Siglo XXI* (2016), y en cuanto concretamente sobre los consejos traducidos a hindi y croata, las págs. 905 y ss. Aprovecho la alusión a esta obra para aclarar que la constante referencia a voces de construcción inglesa para describir algunas dinámicas y actores de la plataforma digital de comercio —blogs, bloggers, UGC's, por ejemplo— no responde a un deseo de competir con la fascinante traducción que Ilan Stavans hace al Espanglish del Capítulo 74 del Quijote en la citada obra dirigida por Francisco Sánchez Gómez y otros. Véase págs. 1149 y ss. Los sustitutos castellanos de estas voces han de surgir, o muchas de ellas habrán de castellanizarse. Sea como sea, en el momento, pienso que las usadas son las que con mayor universalidad describen los objetos y sujetos tratados.

<sup>48</sup> ERIC A. POSNER & E. GLEN WEYL, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society* 286-7 (2018).

# Enseñanza y aprendizaje del Derecho en la Universidad Nacional de Educación a Distancia con las nuevas tecnologías: el ejemplo de la Historia del Derecho

Consuelo Juanto Jiménez

*Profesora de Historia del Derecho de la UNED  
Académica Correspondiente de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación de España*

SUMARIO: 1. *Técnicas y herramientas de trabajo tecnológicas en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED): Plataformas y curso virtual.* 2. *Enseñanza y aprendizaje virtual de la Historia del Derecho en la UNED.* 3. *Proyectos innovadores para una enseñanza a distancia de Historia del Derecho mediante el uso de plataformas virtuales de UNED. El proyecto Redhisder.* 4. *Enseñar y aprender el derecho histórico con nuevos métodos prácticos desde plataformas virtuales.*

## 1. TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS DE TRABAJO TECNOLÓGICAS EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (UNED): PLATAFORMAS Y CURSO VIRTUAL

En la Universidad Nacional de Educación a Distancia los estudios de Grado y Postgrado se imparten a través de un proceso de virtualización que hace uso de medios tecnológicos de comunicación docente y discente que en los últimos años ha facilitado su propia metodología a distancia. El reto que supone la virtualización de los títulos de Grado en el nuevo Espacio Europeo de Educación Superior constituye, en el caso particular de la UNED, el punto de partida de una «revolución tecnológica» en la metodología característica de esta Universidad.

El novedoso sistema que la UNED ha adoptado propicia una atención docente integral en la que el alumnado se ve beneficiado de las ventajas de esta metodología adaptada a las nuevas tecnologías, a través de las cuales puede estudiar en una plataforma virtual en las que están presentes y operativas todas las asignaturas de todas las titulaciones de Grado y de todos los másteres que actualmente se ofertan e imparten.

En la UNED su espacio virtual se denomina ALF, y en él se encuentra operativo un amplio abanico de posibilidades de enseñanza y aprendizaje, como el referido al área de los Cursos Virtuales donde profesores y alumnos encuentran toda la información docente: donde ambos colectivos trabajan de manera interactiva, a través de distintos mecanismos informáticos, en un escenario de enseñanza y aprendizaje en el que ambos son protagonistas del estudio de la titulación correspondiente. Así, de una manera no presencial o semipresencial, la tecnología informática se convierte en herramienta imprescindible en el sistema de educación a distancia en el que se hallan inmersos.

En general, las plataformas virtuales se refieren a la tecnología utilizada para la creación y desarrollo de cursos o módulos didácticos en el Web, y en concreto en UNED, suponen una herramienta docente fundamental e imprescindible para la enseñanza a distancia con las nuevas tecnologías, que los docentes utilizan como método de trabajo adecuado a una metodología didáctica, que al mismo tiempo que enseñan su asignatura, les permite crear cursos aprovechando los contenidos académicos y de investigación propios de su disciplina con los que habitualmente trabaja.

Pero también, estos cursos virtuales están configurados en UNED, como auténticas redes sociales para el aprendizaje, pues se diseñaron en un primer momento, para su utilización en la plataforma ALF que posteriormente ha servido de base para la creación de la plataforma virtual operativa actualmente en UNED: la plataforma ALF. Con este nuevo sistema informático de ALF, se han implantado virtualmente las nuevas titulaciones de Grado y Postgrado tras un proceso de adaptación que ha tenido lugar a partir de 2000, con arreglo a los nuevos planes de estudio del nuevo Espacio Europeo de Educación Superior que se han ido implantando progresivamente en esta Universidad creando para cada titulación y cada una de sus asignaturas un Curso Virtual organizado desde su Sede Central en Madrid.

La virtualización de las asignaturas a través de la plataforma ALF supone un cambio cualitativo en muchos ámbitos, y constituye, sin lugar a dudas, un paso más en la creciente globalización que implica la nueva plataforma ALF como red social para el aprendizaje. En esta plataforma, los cursos virtuales se inician en cada una de sus web con una serie de elementos o iconos que

dan acceso a los distintos espacios y lugares virtuales de las asignaturas correspondientes.

El icono o pestaña de inicio conduce directamente a *Mi portal*, constituyendo el espacio individual propio del Profesor. El de *Grados* nos lleva a una página de enlaces en la que aparecen los nombres de las asignaturas de la titulación respectiva. El de *Comunidades*, es un espacio de debate entre profesores y alumnos, es decir una Comunidad Académica muy útil en cada uno de los Centros Asociados y sus tutores.

Por otra parte, conviene destacar otros instrumentos de comunicación muy importantes en este proceso virtual como foros de debate, correo electrónico y charlas (chats).

a) Los *Foros de debate*, constituyen una importante pieza fundamental en la red social para el aprendizaje, y son los que se describen a continuación:

- El de consultas generales para que los alumnos puedan plantear todo tipo de cuestiones de trámite sobre las asignaturas.
- Los foros específicos de cada uno de los profesores y profesoras del equipo docente para la resolución de dudas planteadas por los alumnos respecto al contenido de la asignatura. Este foro específico adopta la forma y estructura de una Guardia Virtual del equipo docente.
- El *Foro de estudiantes*, que constituye un canal de comunicación entre los alumnos de la asignatura y que es ajeno a la gestión del Equipo Docente.
- La plataforma permite la creación de otro tipo de foros temáticos de cada profesor de la Sede Central, por temas o lecciones del programa, lo que favorece la adaptación del Curso a las peculiaridades de la enseñanza de la asignatura.

b) La herramienta *Charlas* permite organizar reuniones (chats) en un día, hora y lugar concreto (sala de chat), que puede utilizarse entre alumnos o como sesión de trabajo convocada por el Equipo docente para reuniones muy importantes en el transcurso del curso académico en su año natural, como los Consejos de Departamento o las revisiones oficiales de exámenes. Es de destacar la importancia de esta herramienta como un instrumento de trabajo esencial para el profesor en la UNED. Se trata de un espacio virtual que permite la comunicación escrita entre personas en tiempo real, es decir, de forma sincrónica. La participación en una actividad de este tipo resulta muy sencilla, quedando todas las intervenciones de los asistentes identificadas y registradas por el sistema. Es uno de los elementos que presenta mayor dinamismo en el marco de esta red social para el aprendizaje.

c) Otro tipo de herramientas a considerar son:

- La herramienta *Evaluación* permite al profesorado subir a la plataforma Curso pruebas de autoevaluación, pruebas de evaluación a distancia o exámenes de años anteriores.
- La aplicación cuenta con la herramienta *Calificación*, a través de la cual se puede obtener información de las pruebas o tareas realizadas en el Curso Virtual.
- Con la herramienta *Estudio* se puede acceder a los grupos virtuales de trabajo que se hayan establecido dentro del curso y que disponen de acceso a una zona de almacenamiento de documentos en la que el profesor puede depositar material de apoyo al estudio y aprendizaje de las asignaturas como esquemas resúmenes, lecturas complementarias, etc.
- La herramienta *Progreso Personal* registra el número de visitas a las diferentes páginas del Curso, así como la actividad en los foros de debate y en el correo, al objeto de medir su grado de aprovechamiento por parte del alumno.
- La aplicación para la *Gestión de Cursos Virtuales*, permite consultar toda la información sobre el estado de las asignaturas y de los Cursos Virtuales en los que esté matriculado el alumno.
- La inclusión, a través del apartado *Documentos* de distintos recursos complementarios a los recogidos en el espacio general de la asignatura dentro del Curso Virtual, permite introducir, por medio de la utilización de iconos identificativos, una amplia gama de recursos que facilitan su estudio y tutorización:
  - *Orientación breve*: se trata de un simple comentario, explicación o introducción que el Equipo Docente desea hacer explícito en el propio Plan de Trabajo de la asignatura. Es de extensión reducida.
  - *Orientación multimedia*: constituye también un comentario explicativo y esclarecedor sobre algún tema de interés elaborado por el Equipo Docente en soporte audiovisual o multimedia.
  - *Documento*: incluye una amplia variedad de materiales en cualquier formato electrónico, como *Word, pdf, etc.*
  - *Documento multimedia*: facilitado en forma de vídeo o audio.
  - *Enlace*: se incluyen páginas y espacios de internet como materiales de trabajo o consulta.
  - Otros apartados a destacar en la plataforma ALF del Curso Virtual de las asignaturas son los referidos a Biblioteca, Novedades, Tablón de anuncios, Preguntas más frecuentes, etc.

Además, en esta configuración tecnológica de las asignaturas de Grado, la UNED cuenta con canales y medios de difusión como los programas de radio y TV, así como videoclases y videoconferencias que en su caso impartan los equipos docentes y que pueden ser visionados en la página web de la UNED.

Los Cursos virtuales organizados, así como red social para el aprendizaje ofrecen al profesorado múltiples medios de enseñanza con herramientas informáticas muy útiles desde internet apoyados en una base de datos que admite cambios en su contenido (añadiendo, cambiando o borrando información o asociando datos a la información existente) y en la forma de presentarlos, o en ambos casos a la vez.

## 2. ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE VIRTUAL DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN LA UNED

En este Congreso se presentan una serie de reflexiones y planteamientos sobre la enseñanza y el aprendizaje de la disciplina de Historia del Derecho en la UNED, en el marco del nuevo Espacio Europeo de Educación Superior y de la Innovación Docente, y en el contexto de la nueva sociedad del conocimiento adaptada a las nuevas tecnologías<sup>1</sup>.

Pretendemos mostrar así la forma en que se ha abordado el proceso de enseñanza-aprendizaje de esta asignatura, partiendo de la necesidad de los alumnos de Historia del Derecho de poseer un buen conocimiento del Derecho en la Historia, y siendo conscientes de la necesidad de la mejora de la metodología docente para adaptarnos al nuevo escenario que el nuevo plan de estudios de Grado en Derecho exige en la actualidad. De esta forma se han introducido nuevos cambios con el objetivo de formar a futuros juristas incentivando la reflexión teórica y práctica para la adquisición de competencias profesionales. Por tanto, el modelo de actividad docente se ha orientado a competencias que define las actuaciones y relaciones entre los profesores del equipo docente de Historia del Derecho, la interacción con su alumnado, respondiendo a los principios de colaboración y eficiencia, tanto en lo relativo a la utilización de los recursos, como a la dedicación de los profesores, profesoras y alumnos.

Con esta finalidad se ha diseñado un plan de actuación enriqueciendo la actividad docente con la plataforma virtual ALF, valorando su utilidad en el

---

<sup>1</sup> Estas reflexiones se plantearon por vez primera en el «XV Congreso Internacional de Tecnologías para la Educación y el Conocimiento: Redes Sociales para el Aprendizaje», celebrado los días 1, 2 y 3 de julio de 2010 en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid), en un trabajo que yo misma presenté en colaboración con otros profesores del Departamento de Historia del Derecho de esta Universidad: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M.; PÉREZ MARCOS, R.; JUANTO JIMÉNEZ, C.; BOLAÑOS MEJÍAS, C., y FERNÁNDEZ CARRASCO, E.: «Enseñanza y aprendizaje de la Historia del Derecho en la nueva sociedad del conocimiento adaptada a las nuevas tecnologías,» en *Redes sociales para el aprendizaje*, editores ALONSO GARCÍA, C. M., y GALLEGU GIL, D. J., Anaya, versión multiplataforma Windows, MacOS X, Linux, pp. 1-10.

aprendizaje de Historia del Derecho y con la pretensión de crear nuevas vías de comunicación y colaboración entre los profesores de la asignatura y los estudiantes, aprovechando al máximo las posibilidades que ofrece esta plataforma.

Los resultados obtenidos hasta la fecha han sido satisfactorios para todos los elementos personales de este proceso de enseñanza-aprendizaje, tanto los alumnos y alumnas, como los profesores y profesoras del equipo docente, pues nos ha permitido reflexionar sobre las prácticas docentes y trabajar así para la mejora de la calidad de la enseñanza universitaria.

Si accedemos a la asignatura virtual de Historia del Derecho Español del Grado en Derecho de la UNED en su plataforma virtual ALF, comprobamos que cuenta con dos espacios básicos: el espacio general de la asignatura, preparado por el Equipo Docente y en el que se recoge un plan de trabajo con todos los contenidos, actividades, propuestas de evaluación, espacios de comunicación, etc. En la página inicial, situándonos en *Mi Curso* o *Plan de Trabajo* del curso o asignatura, construida por el Equipo Docente con la herramienta *Planificador*, se encuentran los iconos de navegación, es decir, accesos directos a los lugares de consulta frecuente o de especial importancia. Esta conexión física informática remite de forma inmediata al usuario a aquellos enlaces cuya localización resulta prioritaria para una buena operatividad del curso virtual: Guía de Estudio, documentos, novedades, tablón de anuncios, biblioteca, preguntas más frecuentes, foros de discusión, glosario, tareas, calificaciones, exámenes anteriores y tutoría.

Algunas de las herramientas virtuales más significativas con las que se trabaja en la asignatura de Historia del Derecho Español a través de su curso en la plataforma Alf<sup>2</sup>, son las referidas a la herramienta *Contenidos* que incluye una breve descripción de cada lección o tema del programa, y los foros de debate, principalmente, el de consultas generales para la resolución de cuestiones de trámite, y el específico atendido por cada uno de los profesores y cada una de las profesoras del equipo docente en su cuota respectiva, es decir el foro referido a la Guardia Virtual del equipo docente.

Desde esta perspectiva integral de aprendizaje que ofrece la asignatura de Historia del Derecho a partir de la plataforma ALF de la UNED, la enseñanza

---

<sup>2</sup> Recogemos aquí la descripción realizada sobre este diseño virtual de las plataformas de UNED, por RIQUELME JIMÉNEZ, C.: «La virtualización en la plataforma ALF como apoyo a la labor del Profesor-Tutor de la UNED: Historia del Derecho Español», en «III Jornadas de redes de Investigación en Innovación Docente. Innovación en enseñanza semipresencial», del 15 al 17 de marzo de 2010. UNED, Campus de Senda del Rey- Madrid. Vicerrectorado de Innovación y apoyo docente.

de la disciplina se convierte en una comunidad virtual formativa imprescindible e enriquecedora para todos sus profesores y alumnos.

### 3. PROYECTOS INNOVADORES PARA UNA ENSEÑANZA A DISTANCIA DE HISTORIA DEL DERECHO MEDIANTE EL USO DE PLATAFORMAS VIRTUALES DE UNED. EL PROYECTO *REDHISDER*

Como ya se ha señalado en otro momento<sup>3</sup>, en el proceso docente relativo a la Historia del Derecho se produce una transmisión y asimilación de una serie de conocimientos propios de la disciplina que supone una enseñanza densa sobre los sistemas jurídicos, instituciones y fuentes jurídicas del pasado que de manera equilibrada y complementaria se intenta conectar con el empleo de métodos de trabajo prácticos en el estudio de la asignatura, adaptados a las nuevas tecnologías docentes.

Tratamos de evitar así, un modelo de enseñanza universitaria concebida solo para la participación activa y exclusiva del profesor o profesora que dirige sus conocimientos a un alumnado que le escucha de forma pasiva. No cabe duda de la importancia del sistema de enseñanza clásico relativo a la clase teórica y en la clase práctica, pues es necesario motivar al alumno en la participación de estas clases para preparar la asignatura y para resolver las cuestiones prácticas que se planteen, a través de los recursos docentes específicos y clásicos desde el punto de vista de la metodología histórico-jurídica, sin embargo, no es menos importante y necesario aprender Historia del Derecho a través de nuevas técnicas de innovación docente.

En este marco se han diseñado distintos materiales curriculares para la configuración de los Cursos Virtuales de Historia del Derecho. La documentación elaborada en distintos formatos electrónicos se presenta, aunando los caracteres de amplitud y variedad de la misma, como un primer hito de cara a la profundización y desarrollo de las potencialidades que la nueva plataforma ALF ofrece como red social para el aprendizaje.

Uno de estos materiales más importantes consiste en una relación de textos histórico-jurídicos comentados, en formato digital, sobre los diferentes sistemas jurídicos propuestos para su estudio y aprendizaje en las distintas etapas

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.M.; PÉREZ MARCOS, R.; FERNÁNDEZ CARRASCO, E., y JUANTO JIMÉNEZ, C.: «La innovación docente aplicada a la Historia del Derecho», en «III Jornadas de redes de Investigación en Innovación Docente. Innovación en enseñanza semipresencial», del 15 al 17 de marzo de 2010. UNED, Campus de Senda del Rey- Madrid. Vicerrectorado de Innovación y apoyo docente.



históricas (prerromano, hispanorromano, visigodo, medieval, moderna y contemporánea) con arreglo al programa de la asignatura y a los manuales recomendados y teniendo en cuenta los contenidos de los temas del programa que sirven de base para su comentario.

Otro de los instrumentos docentes consiste en el *Glosario de términos jurídicos* que sobre la base del Glosario existente de la asignatura en la plataforma virtual, se ha procedido a su ampliación a través de la búsqueda de nuevos términos en diccionarios especializados. Se ha procurado en todo momento dar una definición de los distintos conceptos sencilla y clara, evitando las posibles disquisiciones doctrinales sobre algunos aspectos con objeto de facilitar su comprensión y potenciar su utilidad como herramienta de estudio.

Con la incorporación de este glosario mediante la página web de la UNED para la enseñanza a distancia de la Historia del Derecho desde plataformas virtuales, se pretende ofrecer al alumnado una posibilidad metodológica para la adquisición de un vocabulario jurídico que facilite la comprensión de los temas del programa de la asignatura en su estudio y preparación para la evaluación correspondiente. Se considera así esta herramienta como un elemento metodológico complementario en la enseñanza y aprendizaje de esta asignatura, que permite a los estudiantes del primer curso del Grado en Derecho fijar los conceptos histórico-jurídicos, hacer un uso apropiado de los repertorios legislativos y diccionarios jurídicos. En general, en la elaboración de este sistema, se ha pretendido introducir un método enfocado a la inclusión de vocablos propios de la jerga jurídica latina y española. También se estima adecuada la inclusión de las definiciones fundamentales del sistema jurídico general, atendiendo de manera prioritaria a las acepciones más usuales y genéricas de la práctica jurídica, y que al mismo tiempo sea instrumento de una referencia útil para las personas ajenas al mundo jurídico y legal.

Por otra parte, conviene destacar un proyecto de investigación de innovación docente de Historia del Derecho de la UNED, en el que se viene trabajando desde las nuevas tecnologías en los últimos cursos académicos, y que adopta la denominación de *Redhisder o Redes en Historia del Derecho*.

En UNED, las nuevas titulaciones de Grado y Postgrado se han implantado tras un proceso de adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Docente que ha sido impulsado desde diferentes frentes y muy especialmente a través de las convocatorias de *Redes de Investigación para la Innovación Docente*, en las que han estado presente de manera activa diferentes asignaturas del Grado en Derecho, y especialmente, desde 2008, la de Historia del Derecho Español, actualmente activa en este sistema.

Los docentes que venimos trabajando en el proyecto *Redhisder* atendemos a la modificación y adaptación de la metodología del área de Historia del Derecho y de las Instituciones potenciando el uso de recursos y técnicas de apoyo al alumnado. Nuestro objetivo ha consistido en impulsar esta innovación, modificando los materiales docentes, especialmente los prácticos, para adecuarlos a las nuevas necesidades de los estudiantes. En la misma línea hemos reflexionado sobre nuevas formas de prácticas docentes y el diseño de un nuevo plan de actuación de enriquecimiento del curso virtual para fomentar la plataforma sobre aprendizaje y diseño.

Con este proyecto de *Redes*, se pretende proponer un modelo de actividad docente orientado a competencias, que define las actuaciones y relaciones entre el equipo docente de Historia del Derecho y su interacción con los alumnos, respondiendo a los principios de colaboración y eficiencia, tanto en lo relativo a la utilización de los recursos, como a la dedicación de docentes y alumnos.

La asignatura de Historia del Derecho y de las Instituciones es fundamental en el Grado de Derecho de la UNED, ya que para los estudiantes de Derecho es una de las competencias profesionales más importantes en el mundo de la práctica y de la ciencia jurídica. Por ello en este proyecto de Redes de innovación docente en Historia del Derecho, el planteamiento principal se asienta en el reto de formar futuros juristas en los nuevos planes de estudios a nivel internacional ampliando la reflexión teórica y práctica para la adquisición de competencias profesionales.

Para ello nos servimos en este objetivo innovador de la plataforma del curso virtual de UNED valorando su utilidad en el aprendizaje de Historia del Derecho tratando de mejorar este proceso de enseñanza-aprendizaje de esta asignatura.

Con todo ello se pretende:

1. Mejorar la calidad de la docencia de la asignatura
2. Adecuar la metodología didáctica a los criterios del Espacio Europeo de Educación Superior en lo referido a métodos activos de enseñanza y diseño institucional basado en competencias.

En este sentido se han realizado una serie de tareas que genéricamente y en su conjunto exponemos y describimos de la manera siguiente:

1. Innovaciones del equipo docente.
2. Planteamiento de debate y reflexión previos y posteriores a la toma de decisiones.

3. Innovaciones en el diseño del plan de estudios de la asignatura.
4. Complementariedad metodológica a través de internet: uso extenso del campus virtual de la UNED junto con los recursos materiales impresos habituales en el modelo UNED.
5. Introducción de contenidos de apoyo: uso de glosarios y foros online temáticos.

En la complementariedad metodológica a través de internet utilizando el campus virtual de la UNED, se han diseñado medios didácticos y se han propuesto tareas formativas en la plataforma virtual con el uso de herramientas de aprendizaje y comunicación que han facilitado la realización de las tareas propuestas por los estudiantes y el dominio de la base teórica de Historia del Derecho.

Hay que tener en cuenta que los cursos virtuales permiten desarrollar nuevas estrategias metodológicas, siendo fundamental la planificación y el diseño de las distintas actividades como los sistemas de autoevaluación.

Actualmente nuestras tareas están centradas en la concreción de una nueva página web de las asignaturas relativas a Historia del Derecho Español, para dedicar un espacio a nuestro material docente. También estamos concretando, a través de la plataforma ALE, el fomento de la lectura y análisis del derecho histórico. Una de las finalidades esenciales en este proyecto de Redes de innovación docente, consiste en mejorar el aprendizaje del alumno en la comprensión visual y conceptual de las leyes históricas con la metodología de «imágenes en red».

Se pretende, también, ampliar y desarrollar este proyecto invitando a los alumnos a participar en actividades de seminarios virtuales en la modalidad de prácticas, y ofreciéndoles la posibilidad de adquirir conocimientos histórico-jurídicos a través del desarrollo de destrezas necesarias para el planteamiento de una investigación propia en el ámbito de Historia del Derecho.

Este objetivo persigue que, con el trabajo en red, los alumnos puedan plantear un proyecto de investigación sobre algún aspecto propio de la práctica profesional del derecho basado en la casuística de los procesos y tribunales históricos que han dejado una base fundamental en los actuales.

Siguiendo con el espíritu abierto y permanente de nuestro proyecto, también intentamos trabajar de forma continua en un clima de reflexión que nos permita revisar constantemente las nuevas estrategias y los nuevos retos que la nueva enseñanza a distancia exige en la actualidad en consonancia con la Universidad de la nueva sociedad del conocimiento y adaptada a las nuevas tecno-

logías. En ello, y para su consecución incidimos muy especialmente a través de nuestras herramientas de comunicación fundamentales: foros de debate (consultas, específicos, temáticos), buzones de consulta, videoclases, programas de radio, etc.

En definitiva, un espacio que nos permite profundizar permanentemente en la enseñanza de nuestra asignatura de Historia del derecho y de las Instituciones, para transmitirla en este nuevos contexto y mantener su status docente y científico.

#### 4. ENSEÑAR Y APRENDER EL DERECHO HISTÓRICO CON NUEVOS MÉTODOS PRÁCTICOS DESDE PLATAFORMAS VIRTUALES

El programa clásico de Historia del Derecho es un instrumento esencial para el desarrollo pedagógico de la asignatura mediante las actividades docentes de las clases teóricas. En él se exponen todos los temas que el alumno ha de estudiar para adquirir los conocimientos fundamentales para dominar la disciplina. Otro medio de enseñanza aprendizaje absolutamente necesario es el manual de la asignatura con el que el alumno tiene acceso a la adquisición de los conocimientos fundamentales referidos a la evolución histórica de las instituciones públicas de la administración española en todos sus órdenes, y de las fuentes jurídicas que las han regulado. Con estos manuales el estudiante debe preparar la asignatura con ayuda de las clases teóricas, prácticas a través de los recursos y tecnologías propias de la UNED; y de forma virtual a través de nuestros Cursos virtuales.

Ateniéndonos al debate y reflexión que hemos efectuado sobre la enseñanza de la Historia del Derecho en la UNED, consideramos que la clase teórica cumple la función de proporcionar a los alumnos una introducción general, contextualizadora sobre los temas o lecciones del programa. Con las clases teóricas se trata de que el alumno comprenda históricamente la regulación jurídica de las diversas organizaciones públicas y privadas españolas. La clase teórica puede adoptar diversas formas en función de sus contenidos y objetivos: puede consistir en una presentación concreta, esquemática y descriptiva de uno de los temas del programa (la Romanización Jurídica de Hispania, el Feudalismo en la España Medieval, la Codificación o el Constitucionalismo); o en una presentación analítica de un proceso de más larga duración (la islamización de Al-Andalus, la unificación religiosa, territorial y jurídica, la burocratización de los órganos administrativos del Estado Moderno). Este tipo de clases teóricas facilitaría el estudio individual y personalizado de los temas del programa con ayuda del manual recomendado.

En esta labor docente tratamos de evitar un modelo de enseñanza concebida como un monólogo del profesor, y conviene ofrecer una versión de la construcción del conocimiento como un proceso de construcción de significados en el que participen todos los componentes del aula. Entendemos que el aprendizaje en el aula es posible gracias a la comunicación que se da entre los participantes en una actividad, por ello el lenguaje resulta muy importante para la comprensión de los procesos de influencia educativa. Así, podemos entender el aprendizaje como una conversación que se desarrolla a través del discurso en el que se implican profesores y alumnos en el aula.

Además, en este proceso intelectual del alumno, en la disciplina de Historia del Derecho consideramos que una de las tareas más fundamentales es la lectura. En Historia del Derecho, si queremos entender, o empezar a entender los procesos políticos, sociales y jurídicos que se han sucedido a lo largo de la Historia, no tenemos otro remedio que leer. En efecto, la memoria sin inteligencia no sirve de nada al estudiante de Historia del Derecho y por ello el alumno voluntariamente tiene que realizar el esfuerzo de leer guiado por el programa de la asignatura, el manual y las recomendaciones de los profesores. Para ello, nos estamos planteando un nuevo objetivo para fomentar la lectura y análisis de la documentación entre el alumnado. Pretendemos entregar a los estudiantes un listado de artículos de naturaleza histórico-jurídica que estén a su disposición o que pondremos a su disposición, que deberán leer y resumir para a continuación sintetizar en un breve tema, los contenidos de los mismos. Creemos que esta actividad es muy recomendable para alumnos que cursen los primeros años del Grado en Derecho, para habituarlos a trabajar con diversas fuentes previamente seleccionadas por los docentes, para evitar que inicien su estudio con búsquedas acríticas en internet que pueden ofrecerles información incorrecta, incluso falsa. Ciertamente, no cabe ninguna duda de que en nuestro alumnado se debe fomentar el desarrollo de las capacidades críticas de la información que reciben, con la finalidad de que puedan seleccionar las fuentes que mejor conduzcan a su aprendizaje autónomo. Pero, todavía algo más, muy importante. En este proceso educativo y formativo, entendemos que en la preparación de la disciplina conviene guiar al alumno en la realización de una serie de prácticas en la forma de comentarios de textos histórico-jurídicos como un complemento esencial e ineludible de este proceso formativo, ya que consideramos que nuestra labor docente presupone un conjunto planificado de actividades destinadas a lograr que los alumnos aprendan ciertos conocimientos, destrezas y habilidades.

Según la experiencia docente adquirida, y en función de las investigaciones pedagógicas que hemos realizado en los últimos años, la realidad es que se necesita recurrir a otro tipo de actividades docentes complementarias que orienten de manera práctica al alumnado y le ayuden en la comprensión de

las diversas normas jurídicas que a lo largo de la Historia se han sucedido en la vida política y jurídica de la sociedad española.

En el entorno universitario y académico se parte de la realidad ya asumida que desde el punto de vista pedagógico y docente las clases prácticas, son actividades esenciales que complementan el estudio individual del alumno, ya que con ellas el profesor profundiza en la explicación de las lecciones del programa y aclara las dudas suscitadas en los alumnos. Con este método el alumno deja el aprendizaje pasivo y evita la asimilación sistemática de datos pasando a una comprensión integradora de los procesos histórico-jurídicos que conforman la Historia del Derecho. En consecuencia, con ello pretendemos ayudar a los alumnos a establecer relaciones entre algunos aspectos de la dimensión teórica de la asignatura, y algunas tareas propias del diseño y la aplicación de procedimientos. Así, se plantean problemas o situaciones histórico-jurídicas sencillas y se abordan de manera integrada. Este último aspecto es muy importante para nosotros y para la coherencia de la asignatura, ya que las prácticas no consisten en la aplicación mecánica de un instrumento, sino que, para su resolución, es necesario realizar un análisis de todos los elementos que tienen que ver con la resolución de cuestiones histórico-jurídicas.

En definitiva, con arreglo a estas premisas y a estos criterios, venimos trabajando en los últimos cursos académicos en el fomento de la actividad práctica de nuestra asignatura a través de la realización de Comentarios de Texto sobre la legislación histórica y de los fenómenos sociales y políticos que en ellas se regulan.

Conscientes de la virtualidad hermenéutica de los Comentarios de Texto como arte de interpretar textos y documentos, la actividad que describimos y de la que informamos ha consistido en la elaboración de diversos comentarios de textos jurídicos de nuestro Derecho histórico, en los que los alumnos debían situar en el tiempo y en el espacio la norma jurídica y analizar qué pretendía regular cada precepto, y cómo variaba con respecto al inmediatamente anterior y posterior, así como con respecto a preceptos contemporáneos de otros territorios peninsulares. Para ello debían emplear técnicas de análisis y redacción de textos históricos y jurídicos, si bien se les ha permitido el empleo flexible de las mismas. En realidad, el objetivo principal de esta actividad, ha consistido en que el alumno comprenda diversos textos histórico-jurídicos, relacionando acontecimientos históricos y normativa jurídica.

Esta experiencia la hemos puesto en marcha en nuestro Curso Virtual de la plataforma ALF, desde donde venimos trabajando desde cursos anteriores, y desde la que en este curso hemos pretendido completar la experiencia elaborando nuevos materiales y recursos, y realizando una evaluación más ajusta-

da a los resultados obtenidos. Las conclusiones las establecemos desde el punto de vista del estudiante y desde el punto de vista del profesorado del equipo de Historia del Derecho. Este proyecto contempla la puesta en práctica de una metodología de aprendizaje activo, concretada mediante la realización de Comentarios de Textos histórico-jurídicos, y en este trabajo exponemos las principales conclusiones extraídas de esta primera experiencia de innovación docente realizada para la asignatura de Historia del Derecho.

Durante el curso se ha desarrollado este tipo de actividad práctica que ha sido diseñada para estimular el trabajo activo del alumnado y para ayudarle en el desarrollo de habilidades de trabajo activo que le sirva en su posterior labor de aprendizaje durante la carrera. Así, al alumno se le ha ofrecido una serie de textos históricos y jurídicos seleccionados en función de la importancia de los distintos temas del programa de la asignatura para la comprensión global de la Historia del Derecho. Los modelos de comentarios que se han propuesto han sido un método de trabajo práctico, unas pautas de procedimiento para ayudar al alumno a extraer del texto la mayor información posible que hiciese factible su contextualización, explicación y comprensión histórico-jurídica.

Concluimos por tanto con la consideración de que en Historia del Derecho, el análisis del derecho histórico, supone una actividad de enormes posibilidades docentes, que permite conocer y comprender los fenómenos histórico-jurídicos, orientando al alumno a un aprendizaje activo y participativo, y fomentando en él un razonamiento crítico y reflexivo sobre las cuestiones que suscita o puede suscitar cualquier documento o norma jurídica histórica. Resulta además que este método es el instrumento docente adecuado para ponderar el grado de conocimientos positivos que haya adquirido el alumno, su habilidad para formular y señalar conexiones y relaciones entre fenómenos histórico-jurídicos. Con ello se pretende también fomentar la capacidad de análisis, discernimiento y síntesis, y, en definitiva, cultivar en los estudiantes un espíritu participativo y crítico.

# El uso del Portafolio Digital para la Enseñanza-aprendizaje y para la Evaluación Académica en el ámbito del Derecho

M.<sup>a</sup> Eugenia Ortuño Pérez

*Académica Correspondiente de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación de España  
Prof. TU, acreditada como Catedrática de Derecho Romano  
Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona*

## 1. PRESENTACIÓN

El paso de la sociedad de la industrialización a la sociedad tecnológica ha provocado, entre otras consecuencias, que las estructuras comunicativas hayan sufrido una profunda transformación al haberse convertido en imprescindible para la vida cotidiana el uso de internet y de las redes sociales. Ello ha dado lugar a la creación de nuevas formas de socialización que han incidido profundamente en todos los ámbitos de la sociedad y entre otros, se han visto afectados también los procesos de aprendizaje<sup>1</sup>.

Centrándonos en la esfera universitaria y, concretamente, en las Universidades españolas la transformación tecnológica ha tenido una especial cabida por el cambio de paradigma educativo sufrido en las mismas a raíz de la implementación del conocido como Plan Bolonia, basado en los principios del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) y en el Sistema Europeo de Acumulación y Transferencia de Créditos (ECTS). Dicho Plan ha provocado un cambio

---

<sup>1</sup> Para Luhmann la comunicación es un proceso de aprendizaje. Cfr: LUHMANN, N., *Zwischen Intransparenz und Verstehen: Fragen an die Pädagogik*. Frankfurt am Main, 1986. CASTELLS, M., et al., *Proyecto Internet Catalunya*. <http://www.uoc.edu/in3/pic/esp/>. FONT, A., «La incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en los programas de Formación Continuada de Jueces y Magistrados», en *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review* 5 (2011).



de modelo formativo, a raíz del cual se ha pasado, o se ha intentado pasar, de un aprendizaje básicamente memorístico y de carácter dogmático a una formación en competencias en la que al estudiante se le confiere un papel completamente activo, porque ya no aprende recibiendo información, sino que aprende haciendo, ejecutando tareas, realizando actividades. Y, en este proceso, al docente se le atribuye la función de guía de su aprendizaje; ha pasado de ser selector y transmisor de contenidos a ser guía de su aprendizaje, un planificador, un gestor de tareas, de actividades y recursos y un dinamizador del proceso de aprendizaje con el fin de crear el entorno más favorable para conseguir este objetivo.

Este sistema pretende favorecer la formación integral de los estudiantes con la finalidad de que puedan satisfacer las exigencias sociales y laborales que constantemente demandan nuevos perfiles competenciales y conocimientos permanentemente actualizados a lo largo del ciclo vital<sup>2</sup>.

En este contexto es en el que también se ve inmersa la enseñanza, ahora –enseñanza-aprendizaje– del Derecho y, en relación a la misma, es sobre la que se va a centrar esta intervención. Concretamente, en la referencia a una herramienta tecnológica, en este caso planteada desde la perspectiva educativa, a un instrumento multimedia, el portafolio digital, el cual resulta de gran utilidad para poder aplicar el modelo formativo indicado, al tener una doble funcionalidad, que se traduce en una metodología de enseñanza-aprendizaje y en una herramienta o instrumento de evaluación<sup>3</sup>. En el mismo se puede reflejar una parte significativa de la vida del titular de esta herramienta, que en nuestro caso centraremos en la vida académica, pero que puede comprender cualquier extremo de la vida del individuo, como el profesional y/o el personal.

El elemento relativamente novedoso de nuestra presentación está en la aplicación del portafolios en el ámbito del Derecho en el contexto del Espacio Europeo de Educación Superior, ya que, dicho instrumento ya venía utilizándose en el marco educativo de algunos países desde hace más de veinte años.

Tras la exposición de los aspectos teóricos de carácter general configuradores de esta herramienta, vamos a centrar nuestra atención en la aplicación concreta de la misma en una asignatura, que de entrada, quizá puede resultar

---

<sup>2</sup> Como afirma A. Font, «Una competencia es una especie de conocimiento complejo que siempre se ejerce en un contexto de una manera eficiente. Las tres grandes dimensiones que configuran una competencia cualquiera son: saber (conocimientos), saber hacer (habilidades) y ser (actitudes y valores)». Cfr: FONT, A., «El aprendizaje basado en problemas en la formación judicial», en *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review* 6 (2012), p. 3. RUÉ, J., y MARTÍNEZ, M., *Les titulacions UAB en l'Espai Europeu d'Educació Superior*. Cerdanyola del Vallès, IDES-UAB. 2005.

<sup>3</sup> FONT, A., y ORTUÑO, M.<sup>a</sup> E., et al., «Las competencias genéricas en el Grado de Derecho y su evaluación», en *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*. 6 (2012).

sorprendente, ya que nos referiremos a una asignatura de Prácticas: las Prácticas Externas del Máster de la Abogacía que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Con esta referencia de aplicación concreta del portafolios digital, se pretende evitar que esta presentación tenga un carácter puramente teórico, a la vez que permite mostrar, con una finalidad paradigmática, las posibilidades que puede proporcionar su utilización, que van más allá de las puramente centradas en la enseñanza-aprendizaje y en la evaluación y que permite constatar su uso en la aplicación práctica del derecho y, en definitiva, en el desarrollo del mismo, por cuanto en la actualidad, dicho desarrollo es competencial<sup>4</sup>. Y todo ello, forma parte de un contexto que comprende tanto el ámbito formativo como el profesional porque, en el ámbito del Derecho, el conocimiento profesional coincide en gran medida con el conocimiento académico<sup>5</sup> y, como afirma Schön<sup>6</sup>, el pensamiento del jurista se conforma inicialmente a partir de este conocimiento y de sus métodos, y se reelabora de manera inductiva a través del contexto de aplicación<sup>7</sup>.

## 2. EL PORTAFOLIO DIGITAL

El portafolio digital, en el entorno educativo, es un espacio virtual de aprendizaje que gestiona el estudiante y que permite mostrar su proceso de aprendizaje mediante las evidencias que va generando, a la vez que permite realizar un seguimiento del mismo por parte del profesor.

Es, a su vez, una herramienta y una metodología<sup>8</sup>. Como herramienta se trata de un conjunto estructurado de documentos elaborados por el estudiante, bajo la tutorización del docente, que ponen en evidencia el proceso seguido para la consecución de los objetivos de aprendizaje que se deben alcanzar y,

<sup>4</sup> VILLA, A., y POBLETE, M., *Aprendizaje basado en competencias*. Bilbao: ICE de la Universidad de Deusto, 2007. RUÉ, J., «Formar en competencias en la universidad: entre la relevancia y la banalidad». *REDU. Revista de Docencia Universitaria*, 6.1, 2008. Monográfico, «Formación centrada en competencias», <http://redaberta.usc.es/redu/index.php/REDU/issue/view/42>. PRADES, A., *Les competències transversals i la formació universitària*. Tesis doctoral. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2015. Disponible a: <http://www.tdx.cat/handle/10803/2346>.

<sup>5</sup> FONT, A., y ORTUÑO, M.ª E. et al., «Las competencias genéricas...», op. cit., p. 7.

<sup>6</sup> SCHÖN, D., *La formación de profesionales reflexivos. Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje en las profesiones*. Barcelona, 2002.

<sup>7</sup> Para referirme a este apartado de la comunicación tendré en consideración lo determinado en un trabajo previo que realizamos los componentes de un Proyecto de Innovación Docente, cfr: FONT, A.; ORTUÑO, M. E.; ANDRÉS, E.; CABALLOL, L.; GUAL, M., y GÓMEZ, S., «Guia per a la programació d'activitats i l'avaluació de competències transversals en el Grau de Dret. 2012. Disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/2>. FONT, A., y ORTUÑO, M.ª E., et al., «Las competencias genéricas», op. cit., p. 7.

<sup>8</sup> FERRER CERVERÓ, V., *La metodología didáctica a l'ensenyament universitari*. Barcelona, 1994.

además, indican su estrategia para la investigación, el pensamiento reflexivo, el rigor y el análisis<sup>9</sup>.

Como metodología el portafolios permite al estudiante construir y autorregular su propio aprendizaje.

En definitiva, el portafolio se presenta con una cuádruple perspectiva. Por una parte, se trata, como se ha dicho, de una metodología docente, pero también se presenta como una estrategia de aprendizaje y como un instrumento de reflexión, a la vez que plantea la vertiente propia de una herramienta tecnológica<sup>10</sup>.

Existen diferentes tipos o clases de portafolios, según la perspectiva que se tome en consideración. Campbell y otros distinguen entre portafolios de trabajo, en los que figura fundamentalmente el progreso del aprendizaje, y portafolios de presentación, en los que figuran los documentos acreditativos de las evidencias del aprendizaje, es decir, los elementos que constan en el mismo, informan sobre cómo se desarrollan los trabajos y el aprendizaje del alumno<sup>11</sup>.

Desde otra perspectiva, pueden distinguirse entre portafolios de carácter académico, de carácter profesional y de carácter personal. Y en atención a la determinación de su contenido pueden distinguirse entre portafolios abiertos, portafolios cerrados y portafolios mixtos. El primer tipo se da cuando es el titular del portafolio quien determina por completo su contenido; en el segundo es la institución de la que depende el portafolio la que fija por completo su composición, sin intervención alguna en este sentido de su titular; y, por último el portafolio mixto es aquel en el que para la determinación de su contenido se conjugan las posibilidades de los tipos anteriores, es decir, la institución fija unos elementos obligatorios y deja al titular que incorpore voluntariamente los que considere oportunos.

En nuestra exposición nos centramos en el portafolios académico universitario de presentación. Este tipo de portafolios tiene un carácter mixto, orientado al desarrollo y a la evaluación de la adquisición de las competencias,

---

<sup>9</sup> COLÉN, M. T.; GINÉ, N., y IMBERNON, F., *La carpeta de aprendizaje del alumnado universitario*. Barcelona, 2006.

<sup>10</sup> LIN, Q., *Preservice teachers' learning experiences of constructing e-portfolios online*. *Internet and Higher Education*. Doi: 10.1016/j.iheduc.2008.07.02. VAN TARTWIJK, J. , y DRIESSEN, E. *Portafolios para el aprendizaje y la evaluación*, 2010. GUASCH, T., y GUARDIA. *Prácticas del portafolio electrónico en el ámbito universitario del Estado Español*. 2008.

<sup>11</sup> CAMPBELL, et al., *How to develop a professional portfolio: a manual for teachers*. 2.ª ed., Boston, 2001. Vid. también: BARRAGÁN, R., et al., «E-portafolios en procesos Blended-Learning: Innovaciones de la Evolución en los Créditos Europeos», en *RED. Revista de Educación a Distancia. Educación y aprendizaje en la Sociedad del Conocimiento*. Vol. VIII. Monográfico. *Portafolios electrónicos y educación superior en España*. <http://www.um.es/ead/red/M8>.

que el estudiante ha de haber adquirido al finalizar sus estudios. En este caso, el portafolio se utilizará como un medio de aprendizaje reflexivo, además de ser un instrumento de supervisión, de seguimiento y de evaluación, que efectúa el profesor que actúa como tutor. Al final de su formación, si su titular lo considera oportuno, podrá convertirlo en portafolio profesional. De ser así, dicho portafolio deberá mantenerse y actualizarse a lo largo de la vida profesional, es decir, deberá contener lo que en términos pedagógicos se denomina aprendizaje de por vida, en el que figurarán no solo todas las evidencias que acrediten el aprendizaje en el ámbito académico, sino que también se podrán incluir la formación y las experiencias posteriores a su graduación<sup>12</sup>.

### 3. SU UTILIDAD Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

#### A) Utilidad

Desde un punto de vista general, el uso del portafolio conlleva que:

- En el mismo se definen los objetivos en función de las competencias, es decir, en base al saber hacer, y no solo en base a conocimientos de las disciplinas, es decir, en el saber<sup>13</sup>.
- Facilita el aprendizaje y la evaluación de competencias<sup>14</sup>.
- Se trata de un instrumento no solo de evaluación, sino también de autoevaluación.
- Acoge, contiene y demuestra los aprendizajes de mayor relevancia del estudiante<sup>15</sup>.
- Facilita la comunicación.
- Facilita la colaboración.
- El *feedback* que le proporciona el tutor para que pueda mejorar en este proceso.

<sup>12</sup> REESE, M., y LEVY, R., «Assessing the Future: E-Portfolio Trends, Uses, and Options in Higher Education» (Research Bulletin, Issue 4). Boulder, CO: EDUCAUSE Center for Applied Research, 2009; disponible en: <http://www.educause.edu/ecar>.

<sup>13</sup> FRANQUET, M.ª T., y FORTUNY, A., «L'ús del portafoli com a eina d'aprenentatge i avaluació a l'assignatura Dret i Gestió de Continguts», en *Docencia virtual y experiencias de innovación docente*. VILLCA POZO, M., y CARRERAS CASANOVAS, A., Coords. Barcelona, 2014, p. 131.

<sup>14</sup> FONT, A., y ORTUÑO, M.ª E., et al., «Las competencias genéricas...», *op. cit.*, p. 7. FONT, A.; ORTUÑO, M. E.; ANDRÉS, E.; CABALLOL, L.; GUAL, M., y GÓMEZ, S. «Guía per a la programació...», *op. cit.*

<sup>15</sup> BARBERÁ, E., et al., «Portafolios electrónicos y educación superior en España: situación y tendencias», en *RED. Revista de Educación a Distancia. Educación y aprendizaje en la Sociedad del Conocimiento. Vol. VIII. Monográfico. Portafolios electrónicos y educación superior en España*. <http://www.um.es/ead/red/M8>.

Desde el punto de vista específico del alumno/a permite:

- La participación del estudiante en su proceso de aprendizaje, convirtiéndose en el protagonista.
- Permite que el alumno/a muestre y transforme en evidencias lo que ha aprendido.
- Concienciación del estudiante de su propio aprendizaje y del progreso del mismo.
- Permite la reflexión sobre los elementos fuertes, las debilidades, las dificultades, los progresos y los éxitos del proceso de aprendizaje.
- En relación al punto anterior, permite la revisión crítica y reflexiva de los procesos de aprendizaje.
- Permite trabajar de forma autónoma y gestionar recursos de diferente naturaleza.
- Facilita el desarrollo de la reflexión personal.

#### B) **Ámbito de aplicación**

En el ámbito estrictamente académico, el portafolios digital puede aplicarse a cualquier disciplina de cualquier titulación ya sea del Grado o de Postgrado y cualquiera que sea la naturaleza de la asignatura porque se trata de un instrumento de gran utilidad tanto para la labor del docente, como y, principalmente, para la del estudiante<sup>16</sup>. Existe constancia de ello<sup>17</sup>. De hecho ya venía aplicándose esta herramienta tecnológica desde hace años, en Universidades extranjeras. Favorece tanto la labor docente, como y, principalmente, el aprendizaje reflexivo.

#### 4. **LA VISIÓN PRÁCTICA DE SU APLICACIÓN. EL PORTAFOLIO DIGITAL EN LAS PRÁCTICAS DEL DERECHO**

Lo que se acaba de expresar con carácter general en relación a la utilización del portafolios digital en el ámbito académico, como herramienta multimedia destinada a la formación-aprendizaje y a la evaluación, se va a concretar, a continuación, en la aplicación práctica de este instrumento en una asignatura de un máster, situando su implementación en una asignatura del Máster de la Abogacía que se imparte en la Facultad de Derecho de la UB conjuntamente con el Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Se trata de la asignatura de Prácticas Externas.

---

<sup>16</sup> Por ejemplo, VAN TARTWIJK, J., y DRIESSEN, E. W., Europe, A. for M. E. in, & Staff, A. for M. E. in E. (2010). Portfolios for Assessment and Learning. Association for Medical Education in Europe. <http://books.google.es/books?id=m3eMZwEACAAJ>

<sup>17</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, E., Algunas aplicaciones del portafolio en el ámbito. 2000. Educativo, en [http://www.tecpachucavirtual.mx/moodle/file.php/139/TECNICAS\\_DE\\_ESTUDIO/portafolio.pdf](http://www.tecpachucavirtual.mx/moodle/file.php/139/TECNICAS_DE_ESTUDIO/portafolio.pdf). GUASCH, T., GUÀRDIA, L., BARBERÀ, E., «Prácticas del portafolio electrónico en el ámbito universitario del Estado Español». *Revista de Educación a Distancia*. Monográfico VIII, 11 (2008).

Este Máster es un tanto particular por cuanto tiene la función y la finalidad de complementar la formación necesaria para el acceso al ejercicio profesional de las profesiones de Abogado y de Procurador de los Tribunales. En España, desde la promulgación y entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre y del Reglamento que la desarrolla aprobado por Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, con lo que se regula el acceso a dichas profesiones, la capacitación profesional exigida, «va más allá de la obtención de una titulación universitaria» (Exp. Mot. Ley), la cual resulta imprescindible<sup>18</sup>, pero no suficiente, por cuanto se precisa cursar una formación posterior a la obtención de aquel título que «proporcione una capacitación profesional especialmente cualificada» (Exp. Mot. Regl.).

Esta formación se centra, en primer lugar, en la realización de un curso formativo específico con la finalidad de adquirir un conjunto de competencias profesionales también específicas. En segundo lugar, deben realizarse prácticas externas y, por último, una vez cursada dicha formación, deberá superarse una prueba de acceso, la cual es la que concederá la aptitud y el título profesional y es la que permitirá la colegiación en alguno de los Colegios Profesionales, ya sea de la Abogacía o de los Procuradores de los Tribunales de España (art. 2 Regl.).

En el ámbito universitario, este curso formativo se ha traducido en la creación de un máster de acceso a la abogacía que, según los casos, es impartido por las Universidades o por estas en conjunción con los Colegios profesionales, sin perjuicio de que dichos Colegios también pueden, a través de sus Escuelas de Práctica Jurídica, proporcionar esta formación.

En la normativa reguladora se confiere una gran importancia a las Prácticas Externas. En el Máster de la Abogacía de la UB / ICAB estas están configuradas en el Plan Docente del mismo, como una asignatura de 30 créditos, conforme con lo establecido en los artículos 6.1 de la Ley y 14.1 del Reglamento, representan un tercio de los créditos totales del Máster, (30/90). Estos se reparten en dos asignaturas: Prácticas I a la que se le han atribuido 9 créditos, que se traducen en 75 horas presenciales (69 horas de actividades obligatorias y 6 horas de actividades optativas) y que se imparte a través de talleres, simulaciones y actividades propias del ejercicio profesional y la asignatura de Prácticas II que consiste en la realización de las prácticas externas, a la que se le han atribuido 21 créditos ECTS, que se traducen en 525 horas presenciales. Y deben consistir en el desarrollo práctico de las actividades propias de la abogacía y de la procuraduría que se llevan a cabo en despachos profesionales, en Administraciones Públicas o en entidades u organismos del tercer sector, siempre que en los mismos puedan desarrollarse actividades de carácter jurídico. En el Plan Docente de la

---

<sup>18</sup> Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, sobre el Sistema de Ordenación de Enseñanzas Universitarias Oficiales.

asignatura de Prácticas Externas se detallan unas competencias específicas que los alumnos/as deberán poder ejercer una vez finalizadas las mismas.

También se han fijado unos objetivos referidos a los conocimientos, que se centran en la adquisición de las habilidades propias del ejercicio de la abogacía. Y, desde la creación del Máster, se ha aplicado el portafolio digital para contribuir a la consecución de estos objetivos y habilidades. Se trata de un portafolio con una finalidad esencialmente reflexiva.

La tutorización de dichas prácticas, en este máster, se efectúa por dos tutores: un tutor académico y el tutor del despacho profesional o entidad en la que se lleven a cabo las prácticas y que tenga una experiencia mínima de 5 años de ejercicio profesional<sup>19</sup>.

Y la evaluación se basa en el informe del tutor del despacho profesional o entidad y en la realización de un portafolio digital por parte del estudiante, que será tutorizado y evaluado por el tutor académico, es decir, la calificación final corresponde al tutor académico, teniendo siempre en cuenta el informe del tutor del despacho o entidad.

La singularidad del planteamiento de esta asignatura reside en el aprendizaje formativo que se ve reflejado en la utilización de un portafolio digital de prácticas, que en su doble función formativa-evaluadora, permite realizar un seguimiento de dichas prácticas a la vez que se utiliza como instrumento de evaluación de las mismas. El portafolio constituye una herramienta de comunicación entre el estudiante y su tutor/a académica de prácticas.

La estructura del portafolios que se aplica en dicha asignatura es mixta, en el sentido de que algunas partes del mismo están definidas por la propia institución como obligatorias para todos los estudiantes y hay otras partes que pueden figurar según el criterio del discente, es decir, son de carácter voluntario, tal y como se ha indicado anteriormente al aludir a los tipos de portafolios.

En el portafolios deben incorporarse unas evidencias obligatorias de las que el estudiante tiene pleno conocimiento al inicio de las mismas, además de los elementos voluntarios que considere oportunos.

Son evidencias de carácter obligatorio: un índice, el CV, un informe semanal de la actividad que se ha llevado a cabo en la institución o despacho donde se realizan las Prácticas. Descripción y análisis y reflexión de las tareas realizadas (para ello se facilita una pequeña guía de reflexión), evidencias de las tareas realizadas: a) redacción de documentos, b) reflexión sobre los casos realizados. Resultado de las búsquedas de jurisprudencia. Una memoria final

---

<sup>19</sup> Artículo 16 del R. D. 775/2011, de 3 de junio.

de Prácticas, consistente en un informe global del desarrollo de las prácticas con una reflexión final a partir del análisis y valoración de cada una de las tareas que se han llevado a cabo. A todo ello el estudiante podrá añadir, las evidencias y elementos que voluntariamente quiera incorporar, como por ejemplo, seminarios en los que ha participado, conferencias a las que ha asistido, lecturas jurídicas que ha realizado, etc.

Se pretende un aprendizaje reflexivo; de ahí que se facilita a los estudiantes la guía de reflexión indicada, basada en la propuesta de una serie de preguntas, que tienen relación sobre su propio proceso de aprendizaje y sobre el desarrollo profesional. La información se complementa con las indicaciones de cómo elaborar un documento del portafolio digital, cómo se publica el portafolio y por último, se indica la evaluación del mismo, especificando las categorías de la evaluación y las rúbricas concretas que se tendrán en consideración para la misma. Dichas rúbricas serán utilizadas tanto por el estudiante, al que se le exige una autoevaluación, como por parte del profesor-tutor académico. La calificación final y, por tanto, la nota obtenida en la asignatura resulta de la fusión de la evaluación que ha realizado el estudiante, con la evaluación realizada por el profesor-tutor, el cual tiene presente también el informe del tutor de la entidad o despacho en el que se han llevado a cabo las prácticas. La evaluación exclusivamente del resultado final es totalmente contraria a la esencia y al planteamiento del portafolio digital, por lo que el estudiante está obligado a aportar progresivamente las evidencias de su aprendizaje, para que el tutor académico pueda realizar un seguimiento y que pueda darse el *feedback* que le proporciona el tutor para que pueda mejorar en este proceso.

Como afirma A. Font, los resultados del aprendizaje deben medirse de acuerdo con un programa de evaluación específicamente diseñado para ello de acuerdo con criterios de coherencia, validez, fiabilidad, aceptabilidad y coste<sup>20</sup>. En el caso concreto que nos ocupa, él mismo los ha definido y comprenden dos categorías:

1. La evaluación del que podría denominarse el formato del portafolio, en la que se tienen en consideración tanto los aspectos formales como los materiales.
2. La evaluación del contenido. En ella se contemplan tanto los diarios reflexivos (por ejemplo: si lo que expone va más allá de la simple narración de los hechos, si se interroga sobre lo que aprende, etc.), como los mapas conceptuales (expresa una concepción sintética de la materia, relaciona conceptos, efectúa una correcta jerarquización, etc.). Se consideran también los escritos, los documentos y otras evidencias. Se exige que las evidencias voluntarias estén justificadas y comentadas.

---

<sup>20</sup> FONT, A., «Exigències i problemes de l'avaluació en l'Espai Europeu d'Educació Superior», en *Temps d'Educació* 38 (1r. semestre 2010), 53.



Tal y como se ha indicado anteriormente, la evaluación se realiza por rúbricas que el alumno/a conoce al iniciar las prácticas, las cuales se utilizarán tanto para la evaluación del profesor como para la autoevaluación del propio estudiante, el cual, está obligado a realizarla con carácter previo a la del tutor y a transmitirle el resultado.

## A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

¿Por qué la referencia en este foro al portafolio digital y a su aplicación?

Porque se trata de un instrumento multimedia y, por tanto, se adapta a la actualidad de las nuevas tecnologías.

Porque trasciende del ámbito puramente académico.

Porque el profesional, si quiere, lo puede utilizar para acreditar su perfil personal-profesional.

Porque refleja la formación del titular.

Porque refleja la forma de trabajar.

Porque refleja el grado de reflexión sobre su formación y sobre su trabajo.

Porque refleja el perfil profesional.

Porque presenta evidencias reales.

Porque incentiva y permite el aprendizaje a lo largo de la vida.

Porque contribuye a la formación en el ámbito del derecho y al desarrollo y aplicación del mismo.

Porque puede presentarse a las entrevistas de trabajo, con lo que le proporciona al contratador unos elementos de juicio sobre la persona, su formación y su forma de trabajar que van más allá del *curriculum vitae*.

Porque con el aprendizaje reflexivo, al sujeto le quedan claras sus puntos fuertes pero también sus carencias, con lo cual puede adoptar las medidas necesarias para su subsanación.

# Inteligencia artificial y otros avances tecnológicos: Nuevos retos jurídicos deontológicos para la Abogacía

José Ricardo Pardo Gato

Abogado

Académico correspondiente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

SUMARIO: 1. Desde la aprobación de la «Ley de Internet» hasta los nuevos retos tecnológicos. 1.1 La inteligencia artificial. 1.2 Machine Learning. 2 Cibertecnología y deontología del abogado. 2.1 El secreto profesional y el deber de confidencialidad adaptados a la ciberseguridad. 2.2 Determinación objetiva del secreto profesional: la utilización del sistema LexNET y la Autoridad de Certificación de la Abogacía. 3. Conclusiones. 3.1. En el ámbito técnico. 3.2 En el ámbito normativo.

## 1. DESDE LA APROBACIÓN DE LA «LEY DE INTERNET» HASTA LOS NUEVOS RETOS TECNOLÓGICOS

La aprobación en el año 2002 de la conocida como «Ley de Internet» [Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)] puso en el disparadero la vieja polémica existente en la red: un pulso latente entre la libertad de información y el derecho a la intimidad<sup>1</sup>. El temor a los delitos informáticos, el enorme potencial económico de esta malla mundial multimedia y, sobre todo, la diferencia abismal de conocimientos entre simples usuarios y expertos avezados, sitúa a estos últimos bajo permanente sospecha.

---

<sup>1</sup> Sobre la LSSI y su influencia respecto de la contratación electrónica, en particular la seriada, tuve ya oportunidad de referirme en PARDO GATO, J. R.: *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Premio Estanisla de Aranzadi 2002, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

*Hackers, crackers y phreakers* son términos que nos vienen a la mente a la hora de poner en solfa la debilidad del sistema informático y el uso de las modernas tecnologías<sup>2</sup>, y más aún aquellos individuos que sobrepasan la frontera de la legalidad y se adentran en el terreno de los conocidos como «delincuentes informáticos»: responsables de robos electrónicos, interceptación de compras online en beneficio propio o falsificación de tarjetas de crédito mediante la duplicidad de las bandas magnéticas, entre otros posibles actos ilícitos.

La aplicación en España tanto de la LSSI como de la posterior legislación sobre firma electrónica [Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (LFE)]<sup>3</sup>, con la implantación del DNI digital y la fiabilidad en la identificación del navegante, supuso sin duda un punto de inflexión en el ámbito de la ciberseguridad en nuestro país, a lo que hay que añadir una tipificación punitiva específica en el Código Penal para los casos de piratería informática y otros delitos cometidos usando la red<sup>4</sup>.

No obstante, toda esta legislación, aunque ha servido para paliar la ausencia hasta ese momento de una normativa específica al respecto, no ha evitado sin embargo la proliferación de los riesgos informáticos, algunos preexistentes a la fecha de su promulgación y otros nuevos que han ido apareciendo con el tiempo, así como los que ya se intuye formarán parte del futuro más inmediato.

En este contexto, entre estas evoluciones a tener en cuenta y que se antojan como los retos más importantes a los que hacer frente desde la perspectiva legal se encuentran: la Inteligencia Artificial, con el obligado rediseño de todos los servicios para el móvil; la robótica, tomando como ejemplo el conocido robot Ross, considerado el primer abogado «artificialmente inteligente del mundo», desarrollado desde la Universidad de Toronto y sustentado bajo la plataforma Watson de IBM, y que más bien lleva a cabo un trabajo específico de un técnico jurídico o de asistente, de servicio «paralegal», que de un abogado propiamente

---

<sup>2</sup> A los más conocidos «hackers», se suma también en el argot de la ciberseguridad la palabra «cracker», aplicable a los expertos que utilizan sus conocimientos para romper contraseñas, entrar en sistemas operativos y causar daño, enriquecerse ilícitamente con esas acciones o propagar virus informáticos; junto con los «phreakers», aquellas personas que atesoran amplios conocimientos de telefonía y realizan actividades ilegales, como interceptar o hacer llamadas sin que los titulares lo sepan.

<sup>3</sup> Para un comentario respecto de la LFE, me remito al trabajo publicado en PARDO GATO, J. R.: «Encriptación y firma electrónica», *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (ed.), Universidad de Santiago de Compostela, 2010, pp. 185-205.

<sup>4</sup> El espionaje industrial con revelación de secretos obtenidos por medios electrónicos se castiga con la pena de prisión de tres a cinco años (artículo 278 CP). Las estafas cometidas por medios informáticos (artículo 248.2 CP) tienen unas penas de diferente tenor según lo estipulado a su vez en los artículos 249 y 250 CP, que se van endureciendo en función de que concurren determinadas circunstancias que actúan como agravantes. Por su parte, en cuanto a los daños de *hacking maligno* o introducción de virus, se encuentran tipificados en los artículos 264, 264 bis, 264 ter y 264 quater CP.

dicho<sup>5</sup>; los asistentes virtuales y el aprendizaje de las máquinas o *machine learning*, en tanto que a través de algoritmos las personas podrán entrenar a las máquinas y suministrarles un ingente volumen de datos relacionados con sus intereses, de tal manera que estas a su vez los prueban y analizan, establecen coincidencias o diferencias y en base a todo ello realizan predicciones en función de unos parámetros determinados, y, del mismo modo, están en condiciones de recibir continuamente nuevos datos, así como tomarlos de otras posibles fuentes, con lo que pueden incrementar su capacidad de análisis y predicción; especialmente para la abogacía de persona física, los *chatbots* o robots que charlan, a modo de asistentes virtuales, cuando hablamos por teléfono, y que aproximan el cliente al abogado en todo momento, a través igualmente del análisis predictivo y del aprendizaje automático, con una mejora progresiva en función del mayor número de conversaciones que se lleven a cabo; el uso de criptomonedas o *bitcoin*, así como de los *blockchain* o cadena de bloques, en el ámbito cambiario general también afectará ineludiblemente en el actuar del abogado y en el de otros profesionales como los registradores, al hacer descansar la confianza en los movimientos monetarios en algoritmos matemáticos y no en las habituales transferencias o transacciones realizadas a través de bancos o entidades similares; o el *big data*, término evolutivo que describe cualquier cantidad voluminosa de datos estructurados, semiestructurados y no estructurados que tienen el potencial de ser extraídos para obtener información.

Algunos de estos avances son ya una realidad, mientras que otros, como la robótica, los vemos como algo todavía lejano, casi como un *desideratum*, pero que a buen seguro tendremos que afrontar más pronto que tarde. Me detendré a continuación sobre aquellos que empiezan a estar presentes en las previsiones de los despachos, por ahora de las grandes firmas, pero que con el tiempo su atención se extenderá a todo el sector de la abogacía, me estoy refiriendo a la inteligencia artificial y al *machine learning*.

## 1.1 La inteligencia artificial

La inteligencia artificial (IA), también llamada «inteligencia computacional», es de entre todas las novedades tecnológicas referidas la que plantea a priori mayores esfuerzos de adaptación por parte de la Abogacía, ora institucional,

---

<sup>5</sup> Desde su aparición en el año 2016, el servicio Ross ha sido contratado por importantes despachos anglosajones, como Carlton Fields o Baker&Hostetler, por poner dos ejemplos. Otros robots, no específicamente ligados al ámbito jurídico, a los que podemos hacer mención son: el robot Anbot en China, como robot autónomo, con sensores visuales y acústicos, que constituye un prototipo embrionario para la futura vigilancia y seguridad, así como para la lucha antidisturbios y antiterrorista; el robot Peper en Japón, capaz de comunicarse e interpretar emociones humanas; el Domino's Robotic Unit (DRU) en Nueva Zelanda, creado para funciones de reparto de comida rápida; los robots biológicos de Estados Unidos; etc.

ora individual o de ejercicio colectivo. Ha sido considerada, de hecho, como el fenómeno sobre el que se sustentará la denominada «cuarta revolución industrial», que será objeto de estudio para las futuras generaciones como uno de los hitos más grandes de la humanidad, con un impacto tal como el que tuvo en su día el fuego o la electricidad<sup>6</sup>. Se trata, ni más ni menos, que de la inteligencia exhibida por las máquinas y consiste en el término empleado para referirse a cualquier tipo de software capaz de ejecutar una tarea o función normalmente asociada a una persona, por requerir de una cierta inteligencia o capacidad intuitiva.

Así, en el ejercicio profesional la IA puede servir de base al abogado en diversos ámbitos de actuación<sup>7</sup>:

– *Localización y revisión de contratos y documentos*: este instrumento resulta idóneo para la búsqueda de documentación y contratos, a través de la localización de términos, expresiones o frases que se relacionan o encajan con un determinado criterio predefinido. Es un modo de robotizar la gestión de la documentación legal gracias al procesamiento del lenguaje natural y que facilita a los abogados y a otros profesionales jurídicos poder manejar en mejores condiciones y de una manera más sencilla la información que precisan, tanto para la preparación de litigios como para procedimientos *due diligence*.

En este sentido, es importante para la comparación de documentación contractual por medio de la detección de cláusulas coincidentes o no coincidentes, adicionales o inexistentes, así como el grado de divergencia que puede haber entre las mismas; clasificación de las estipulaciones y de los propios contratos conforme el tipo de que se trate, fechas, importes que en ellos aparezcan, etc.; así como variación de valores económicos objeto de pacto según estadios predeterminados de precios o garantías. Desde un punto de vista práctico, una vez fijado un criterio, por ejemplo «Localiza todos los contratos firmados por el despacho en los últimos 3 años», la IA encuentra esa información específica y sobre ella se puede establecer una serie de reglas o parámetros que faciliten a la postre el trabajo del abogado.

– *Búsqueda de información, doctrina, legislación y jurisprudencia*: hablamos no solo de un simple tecleo de una frase o palabra clave en un buscador de

---

<sup>6</sup> Así lo afirmó recientemente la CEO de Google, Sunder Pichai, traída a colación en el artículo del coorganizador del primer Congreso sobre *Legaltech* en España en 2017 MORELL RAMOS, J., «La Inteligencia Artificial en el día a día de un abogado: qué le va a enseñar y cómo lo cambiará», *Abogacía Española*, núm. 108, febrero 2018, pp. 7 y 8.

<sup>7</sup> A ellas se refirió también BRUCH MASERAS, E., «I. A.: qué es, cuál usar y cómo», *Abogacía Española*, núm. 108, febrero 2018, p. 9.

internet, sino de un barrido más inteligente, tecnológica o «artificialmente» hablando, así como de una búsqueda más rápida y eficaz, teniendo en cuenta de manera primordial el contexto que engloba o rodea determinados términos, que es precisamente lo que concreta y separa la información relevante de la no pertinente.

– *Analítica predictiva*: fundamentada en un análisis predictivo de resultados para el planteamiento de diferentes estrategias de actuación. Tras analizar el ingente volumen de precedentes con los que cuenta, la IA se convierte en un medio o herramienta idónea cuando de predecir resultados judiciales se refiere o de estimación de probabilidades de que el juzgador falle en un sentido u otro a tenor del histórico profesional del juez en cuestión. Y lo mismo cabría decir, por ejemplo, cuando queremos estimar el importe de una indemnización por despido o por accidente de circulación, o el de una pensión alimenticia que el letrado pretenda solicitar para su cliente. Pero es en el ámbito de búsqueda jurisprudencial donde la IA presenta mayores ventajas al letrado, dado que, como afirma BRUCH MASERAS, «la analítica es capaz de detectar los argumentos con los que un juez tradicionalmente falla en positivo o en negativo»<sup>8</sup>, lo que redundará en una valiosa información para el abogado a la hora de preparar sus escritos de demanda o contestación, así como también poder calcular el tiempo estimado en el que el juez o el tribunal dictará sentencia según la sala conocedora del asunto.

– *Preliminares en la preparación de una demanda o escrito de contestación*: partiendo, por tanto, de la analítica predictiva y de la propia búsqueda avanzada e inteligente referida, el abogado podrá disponer de la información requerida para el desarrollo de un primer borrador de demanda o contestación, en base precisamente a los algoritmos lógicos que actúen sobre la documentación con la que cuenta la IA, así como de las tendencias de emisión de sentencias de aquellos jueces sobre los que recaerá el deber de juzgar el caso concreto.

– *Sistemas automatizados de diagnóstico encaminados a aportar solución a determinadas situaciones jurídicas*: en consonancia a todo lo anterior, la IA también posibilita la creación de sistemas automatizados de diagnóstico con la pretensión de resolver específicos problemas jurídicos que se planteen. Y ello en base al recurso a soluciones web ejecutables a demanda de los abogados o usuarios, configurables de acuerdo a la información y/o documentación que estos incorporen y que a su vez será debidamente contrastada por la aplicación, lo que se traducirá en la sugerencia de posibles soluciones a la situación propuesta o la emisión de ciertos diagnósticos a temas suscitados.

---

<sup>8</sup> Cfr. «I. A.: qué es...», cit., p. 9.

## 1.2 Machine learning

Una rama de la inteligencia artificial aplicada (conocida como *Weak AI*) es el *machine learning*, sistema con el que se pretende conseguir que las máquinas aprendan de una forma automática.

Como apuntamos, se trata de un modelo de aprendizaje automático fundamentado en el entrenamiento de algoritmos, con el objetivo de que, «a partir de patrones obtenidos del análisis de datos, realicen predicciones perfeccionando modelos que nos ayuden a generar ideas y tomar mejores decisiones»<sup>9</sup>. En este sentido, para un aprendizaje mayor, que dotará a la máquina a su vez de un mejor funcionamiento, cobra importancia el volumen de datos e información con la que cuente, así como del algoritmo de que se trate, ya sean algoritmos supervisados por humanos [tanto para la entrada (*inputs*) como para la salida de datos (*outputs*)] o no supervisados (*deep learning*).

En la actualidad, el *machine learning* ha entrado de lleno en el sector de la abogacía, y de los profesionales del derecho en general, a través de diversos proyectos de *Legaltech*, basados en el uso de la tecnología y el software en servicios de tipo legal: software de gestión, generación de contratos, documentos legales y reclamaciones online, marketing digital jurídico, etc.; lo que puede contribuir a un ahorro de costes y de tiempo, así como de proyección de trabajos, con la consiguiente transformación digital de los despachos.

## 2. CIBERTECNOLOGÍA Y DEONTOLOGÍA DEL ABOGADO

Toda esta modernidad y avances tecnológicos, con sus potencialidades y beneficios, junto con los problemas de adaptación que toda novedad supone, habrán de casar igualmente con los tradicionales postulados éticos, de sentir humano y de calado profesional, entre los que se encuentran los deberes deontológicos que desde antiguo le asisten al abogado.

Y así como para perseguir la piratería informática nació una nueva policía: el «ciberdetective», como cuerpos de seguridad especializados en seguir los pasos de una actividad tecnológica ilícita desde el PC atacado hasta el ordenador o máquina de la que partió la intromisión, pasando necesariamente por el prestador de servicios<sup>10</sup>; también en el ámbito deontológico el abogado

---

<sup>9</sup> MOLINA PÉREZ-TOMÉ, S.: «*Machine Learning* en el sector legal», *Abogacía Española*, núm. 108, febrero 2018, p. 14.

<sup>10</sup> En España, tanto la Guardia Civil, con su Grupo de Delitos de Alta Tecnología, como la Policía Nacional, por medio de la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT), vigila el ciberespacio a la búsqueda de delincuentes informáticos. En este sentido, el Grupo de Delitos de Alta Tecnología

habrá de valerse de los servicios técnicos y jurídicos que la nueva realidad digital y cibertecnológica le ofrecen para garantizar su buen proceder profesional. Igual adaptación deberán realizar asimismo los colegios de abogados como vigías que son del debido cumplimiento ético por parte de sus colegiados, entre otros aspectos: el deber de secreto profesional y la confidencialidad que debe prevalecer entre este y su cliente.

A este respecto, existe ya un Proyecto de Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión relativa a las normas de Derecho Civil sobre robótica [2015/2103 (INL)], publicado el 31 de mayo de 2016, en lo que constituye el primer texto europeo sobre esta cuestión y el principal referente a tener en cuenta en la materia<sup>11</sup>. En este informe se detalla una propuesta de resolución en la que, entre otras cuestiones, se incluye: la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil específico; establecer un fondo de compensación; un régimen de responsabilidad limitada para el fabricante, el programador, el propietario o el usuario (un fondo general para todos los robots autónomos inteligentes o un fondo individual para cada categoría de robots); la creación de un número de inscripción individual que ha de figurar en un registro específico europeo; y, dando un paso más, la configuración de una personalidad jurídica propia para los robots.

Pero, por lo que a la presente comunicación afecta, lo más relevante del referido informe del Parlamento Europeo es que para dar soporte ético a todas estas propuestas, por ejemplo, en cuanto a la intimidad, la integridad, la autonomía y la protección de datos, se considera preciso un marco deontológico que sirva de orientación sobre todos estos aspectos. Así, se propone, como anexo a la resolución del informe, una carta sobre robótica, un código de conducta ética para los ingenieros de robótica y un código deontológico para los comités de ética de la investigación. Textos pioneros en Europa sobre normativa ética en el uso de la robótica y la inteligencia artificial, antesala de una futura regulación comunitaria centrada en su utilización, que han de ser tenidos muy en cuenta también a los efectos de la ética predicable en el actuar del abogado cuando intervengan tales medios.

Y es que la confianza imprescindible que ha de existir a la hora de contratar los servicios de un abogado, e igualmente a lo largo del desarrollo de su labor

---

de la Guardia Civil se encuentra integrado por personal debidamente seleccionado y sus miembros cuentan con conocimientos avanzados de informática, telecomunicaciones e idiomas, a través de varios cursos de formación en universidades y centros especializados; además está íntimamente relacionado con otros grupos policiales especializados en la investigación de delitos informáticos de todo el mundo, como el FBI (EE. UU), New Scotland Yard (Reino Unido), Gendarmería Nacional (Francia), Bundeskriminalamt (Alemania), Policía Montada (Canadá) o NPA (Japón), entre otros.

<sup>11</sup> Este informe puede consultarse en la web del Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu>.



de asesoramiento y defensa jurídica, no es algo que la inteligencia artificial y los nuevos desarrollos tecnológicos puedan reemplazar fácilmente. No obstante, la confianza debe seguir siendo el pilar principal sobre el que se sostiene la calidad del trabajo letrado y los esfuerzos de la Abogacía habrán de ir encaminados a su preservación y puesta permanente en valor. Por ello, el secreto profesional y el deber de confidencialidad habrán de mantenerse inalterables como postulados básicos de la profesión, cuya preservación debe estar siempre garantizada con independencia de los procedimientos de los que podamos servirnos en cada momento.

## 2.1 El secreto profesional y el deber de confidencialidad adaptados a la ciberseguridad

Pese a ser un deber deontológico inherente a la condición de abogado, aún en el siglo XXI el secreto profesional constituye uno de los aspectos más controvertidos a los que se enfrenta la práctica de una abogacía moderna y renovada. No en vano se trata de un auténtico derecho/deber, cuyo reconocimiento legal y deontológico no puede ser cuestionado por nadie, pero cuya interrelación genera numerosas fricciones, pues en ocasiones no es fácil delimitar con rotundidad sus límites y contenidos<sup>12</sup>.

Y no puede ser de otro modo, ya que nos adentramos en un terreno en el que deben congeniar la apreciación y el criterio subjetivo del abogado, en su faceta de profesional, con el respeto a algunos de los derechos que en el ordenamiento jurídico alcanzan el estatus de fundamentales, tales como el derecho a la intimidad y el derecho de defensa que asiste a todo ciudadano, potencial cliente.

Cohonestar estos aspectos primordiales con la seguridad requerida y con la ciberseguridad en cuanto a los elementos tecnológicos se refiere, resulta de obligada atención y cumplimiento para el adecuado desarrollo de la abogacía en su adaptación ineludible a los nuevos tiempos, máxime cuando estos novedosos elementos adquieren carta de naturaleza si lo que se quiere garantizar es la mayor de las seguridades en el ejercicio de la profesión.

Dentro de este marco de actuación, la propia IA, como la hemos definido, podría indicarle al software que los contratos consistentes en NDAs o acuerdos de confidencialidad sean directamente dirigidos o enviados a una persona concreta, por ejemplo al propio cliente, y este destinatario sepa fehaciente-

---

<sup>12</sup> En cuanto a la delimitación del secreto profesional del abogado, vid. PARDO GATO, J. R., *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Premio Memorial Degà Roda i Ventura del Colegio de Abogados de Barcelona, Colección Grandes Tratados, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 187-215.

mente quién se los envía, en este caso su abogado. Esta es solo una de las posibilidades que se abren a la hora de poner estos nuevos medios tecnológicos al servicio de la ética profesional del abogado.

En todo caso, la obligada adaptación a las novedades que la evolución de la sociedad impone no debe alejarnos un ápice de los tradicionales requisitos deontológicos que marcan el devenir profesional del letrado.

## 2.2 Determinación objetiva del secreto profesional: la utilización del sistema LexNET y la Autoridad de Certificación de la Abogacía

Al igual que establecen los artículos 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 32.1 del vigente Estatuto General de la Abogacía Española de 2001 (EGAE/2001), aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio [correlativo a su vez con la redacción prevista en el artículo 22 del Estatuto General aprobado el 12 de junio de 2013 por unanimidad del Consejo (EGAE/2013)], el Código Deontológico de la Abogacía Española (CD), en su artículo 5.1, indica, con carácter general, que el abogado tiene el derecho y deber de guardar secreto profesional «respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional» (proclamación que, en el ámbito europeo, sigue también el Código Deontológico del CCBE en su artículo 2.3.1). El abogado recibe o conoce de muy diversas confidencias, documentos y hechos, pero a diferencia de otros profesionales que también están obligados al sigilo (médicos, periodistas, investigadores, etc.), el letrado ha de actuar como filtro de ese conocimiento, es decir, decide conforme a su mejor criterio cuáles de aquellos hechos o confidencias han de ser utilizadas en el ejercicio de la defensa de los derechos del cliente.

Por tanto, el secreto profesional incluye las comunicaciones con clientes, con compañeros o con el adversario, y comprende «todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional» (artículo 5.2 CD). Extensión que aparece más detallada en el apartado 3 del mismo código, al referirse también a «las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte»; así como en el nuevo texto del Estatuto General de 2013, al delimitarla ampliamente respecto de «todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como Abogado, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional» (artículo 23.1 EGAE/2013)<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> No obstante, si la preservación, en cualquier caso, de la reserva sobre las confidencias y propuestas de los compañeros, aun con la oposición del cliente al mantenimiento del secreto, debe resultar deontológicamente adecuada, no parece razonable, sin embargo, otorgar idéntico tratamiento al adversario, salvo cuando se hayan conocido sus informaciones a través de su letrado [STS, Sala Tercera, Sección Sexta, de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4799)].

Por otra parte, el abogado debe guardar sigilo de todas aquellas noticias, hechos o documentos que han podido llegar a su conocimiento o a su poder por cualquier medio o circunstancia, por tanto también a través de medios tecnológicos, y cualquiera que sea la forma que revista su ejercicio profesional, ya sea mero asesoramiento o gestión jurídica, o bien defensa letrada en los tribunales. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de diciembre de 2003 (RJ 2005, 3604), confirma que abarca incluso los hechos públicos o notorios, y la de 22 de abril de 1997 (RJ 2007, 3094) le vale para definir el marco en el que se mueve la reserva y la confidencialidad, al incluir los borradores y las meras conversaciones orales sin que se exija la firma –electrónica o no– en los documentos, por lo que entendemos que dicho secreto se extendería al propio contrato, verbal o escrito, que el abogado haya pactado con su cliente.

La normativa deontológica hace referencia igualmente a las conversaciones presenciales y a distancia tanto con el cliente como con la parte contraria –ha de suponerse, en presencia del cliente y de su abogado–, así como también con los abogados de la otra parte. Pero esta afirmación no significa que puedan quedar excluidas de secreto profesional aquellas conversaciones que, de la misma forma, pudiera mantener el abogado con personas que sin tener la condición de clientes, contrarios o abogados, se relacionen, de un modo u otro, con el letrado dentro de su ámbito profesional, ya sea un familiar del cliente, un investigador privado, un perito, un testigo, etc.

Cuando nos referimos a conversaciones a distancia, siguiendo para ello lo establecido en el Código Deontológico, el Estatuto General de 2013 hace ya referencia expresa a los medios electrónicos y contempla la posible existencia de grabaciones. Así, al traer a colación las conversaciones mantenidas por los abogados con sus clientes, los contrarios o sus abogados, ambos textos indican que las mismas pueden ser «de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático»<sup>14</sup>, a lo que añaden –en términos explícitos en este caso del Estatuto General, si bien muy similares a los del Código Deontológico– que

---

<sup>14</sup> En cuanto al medio telefónico, el Tribunal Supremo ha ratificado que el secreto profesional ampara las comunicaciones del abogado con su cliente, por ejemplo en la STS, Sala Primera, de 25 de abril de 2002, en la que condena a un magistrado por intervenir las conversaciones telefónicas mantenidas entre clientes, presos a la sazón, y sus abogados. Si bien la STS, Sala Segunda, de 28 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 10328), afirma que «el secreto profesional que protege las relaciones de abogados con sus clientes puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes». Respecto a tribunales menores, vid. ATSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 28/2010, de 25 de marzo de 2010

«solo podrán ser grabadas con la previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes, quedando en todo caso amparadas por el secreto profesional» (artículos 5.4 CD y 23.3 EGAE/2013). Pero la redacción del Estatuto General de 2013 va más allá al pretender puntualizar que quedan además bajo secreto profesional «las grabaciones realizadas por el cliente, no conocidas por su Abogado, incluso si este no lo era o no intervino en dicho momento, de conversaciones en que intervenga el Abogado de la otra parte». Autorizadas o no, todas estas grabaciones no podrán ser utilizadas o aportadas en juicio, salvo que medie el consentimiento expreso de todos los intervinientes en las conversaciones de que se trate.

Hay que tener en cuenta, como se ha alertado, que el uso de las tecnologías de la información pone en peligro el secreto profesional de nuevos modos y maneras poco conocidas hasta hace no demasiado tiempo y que, en cualquier caso, obligan al abogado a estar precavido ante los nuevos retos. Un ejemplo muy concreto y plenamente extendido lo constituye el uso por los profesionales, además del resto de ciudadanos, del correo electrónico y las comunicaciones vía internet, bien con el propio cliente, bien con el compañero que se encarga de la representación del contrario, e incluso con los tribunales, por ejemplo a través de la plataforma LexNET.

De hecho, partiendo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que refunde parte

---

(JUR 2010, 101019), que resuelve los recursos de apelación interpuestos contra el AAN del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y contra el AJI de Madrid de 27 de enero de 2010.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de 13 de marzo de 2007 (*caso Castravet contra Moldavia*), advirtió que «una injerencia en el privilegio abogado cliente, y por ende, en el derecho del detenido a la defensa, no exige necesariamente que tenga lugar una interceptación real o una escucha subrepticia. Una creencia genuina, basada en indicios razonables de que su conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, desde el punto de vista del Tribunal, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar». Mientras que en la STEDH de 25 de marzo de 1998 (*caso Kopp contra Suiza*), el mismo tribunal ya había señalado que la injerencia existe desde la interceptación de las comunicaciones, sin que sea relevante la posterior utilización de las grabaciones; y en la STEDH de 2 de agosto de 1984 (*caso Malone*) que el secreto de las comunicaciones, y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores [así, también, SSTEDH de 6 de junio de 1978 (*caso Klass*), 12 de junio de 1988 (*caso Schenk*) y los dos fallos de 24 de abril de 1993 (*casos Kruslin y Huvig*)]. En cuanto a que, en relación también a las escuchas telefónicas, debe existir una proporción entre la intromisión de esta clase de prueba y la finalidad perseguida, el TEDH asienta dicha afirmación en la satisfacción de una necesidad imperiosa y proporcionada a la finalidad perseguida [SSTEDH de 7 de diciembre de 1976 (*caso Handsyde*), 26 de abril de 1979 (*caso The Sunday Times*), 24 de marzo de 1988 (*caso Olsson*) y 21 de junio de 1988 (*caso Berrehab*)].

Sobre los medios telefónicos, vid. CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: «La intervención de las comunicaciones del imputado con su abogado quien, a su vez, es decano de un colegio», Informe 3/2015, Comisión Jurídica del CGAE, 28 de julio de 2015. Por su parte, en relación a los medios telemáticos, téngase en cuenta la regulación contenida en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico.

de la anterior Ley 30/1992 y de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, a modo de proyección del procedimiento administrativo electrónico –obligatorio para los abogados, entre otros profesionales que precisen de colegiación obligatoria para ejercer su actividad–, la aprobación de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y la posterior entrada en vigor del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, profundizan en dicha exigibilidad en las comunicaciones de los abogados y procuradores con esta Administración pública<sup>15</sup>.

Este sistema, denominado LexNET, se configura así como una plataforma de intercambio seguro de información entre los órganos judiciales y una gran diversidad de operadores jurídicos que, en su trabajo diario, necesitan intercambiar documentos judiciales, en particular notificaciones, escritos, demandas y contestaciones. Tras años de adaptación (este modelo electrónico empezó a funcionar en el año 2004, siendo obligatorio desde el 1 de enero de 2016), podemos decir que LexNET se ha convertido en un trabajo seguro tan habitual en el ámbito de las comunicaciones judiciales como el teléfono, el fax o el correo electrónico.

En este sentido, también desde la implantación de la Autoridad de Certificación de la Abogacía (ACA) por parte del Consejo General de la Abogacía Española<sup>16</sup>, los certificados digitales emitidos por esta autoridad certificadora son certificados reconocidos según la meritada Ley de Firma Electrónica. Además de identificar al titular que lo ostenta, garantizan su condición de abogado, lo cual le permite ejercer profesionalmente a través de internet con plena validez jurídica; esto es, el carné colegial no solo facilita la identificación física al abogado que lo aporte, sino que el chip que contiene incorpora a su vez el dispositivo seguro de creación de la firma electrónica correspondiente.

Desde un punto de vista práctico, la utilización del carné colegial posibilita de esta manera poder realizar un buen número de gestiones vía online, tanto para el servicio de los propios usuarios, los abogados, como cuando se lleva a cabo en representación de los clientes: procedimientos de jura de cuentas; tramitación de pases a prisión; solicitar y obtener certificados de la Seguridad Social; declaración, liquidación y pago de impuestos; entre otros.

---

<sup>15</sup> Para mayor abundamiento sobre el sistema LexNET, vid. la página web [https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion\\_institucional/modernizacion\\_tecnologica/infolexnet](https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/informacion_institucional/modernizacion_tecnologica/infolexnet).

<sup>16</sup> Al respecto, consúltese la web <https://www.acabogacia.org/acabogacia/home.do>.

Desde la perspectiva organizativa, la condición profesional queda acreditada, en último término, por los colegios de abogados, que en su calidad de autoridades de registro, son los responsables de la emisión, suspensión y revocación de los certificados digitales<sup>17</sup>.

Por otro lado, el deber de guardar el secreto profesional por parte del abogado permanece incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, a lo que el artículo 5.7 del Código Deontológico se cuida en aclarar «sin que estén limitados en el tiempo». Así, bajo esta redacción, la citada norma no sujeta dicha obligación a límite temporal alguno, con lo que se prolongaría a lo largo de la existencia del abogado, incluso después de haber cesado en su ejercicio profesional, y con independencia de que pudiera producirse su baja colegial. Esta misma característica de intemporalidad no deja de afectarle aunque hubiese devenido el fallecimiento del cliente, pues su muerte no extinguiría el deber de secreto que le asiste al abogado.

En consecuencia, todos los datos, informaciones y documentos que el abogado reciba de su cliente, tanto durante la prestación del servicio jurídico como posteriormente a haber desarrollado su labor, deben quedar perfectamente salvaguardados dentro del secreto profesional que a aquel le asiste. Todos estos datos, que abarcan como no podía ser de otro modo los de carácter personal, no deben, por ende, ser objeto de análisis, ni antes ni después, por parte de la inteligencia artificial ni de sus sucedáneos tecnológicos, lo que conllevaría una flagrante infracción de dicho deber de sigilo.

### 3. CONCLUSIONES

#### 3.1 En el ámbito técnico

Como se ha podido comprobar, de un tiempo a esta parte es en el ámbito de la ciberseguridad donde la obligación profesional letrada de preservar la confidencialidad en la relación abogado-cliente adquiere una nueva dimensión,

---

<sup>17</sup> Sobre el tema, vid. VV. AA.: *E-Abogacía*, CREMADES, J. (coord. jurídico), y BADÍA Y LIBERAL, E. (coord. periodístico), La Ley, Madrid, 2007; PARDO GATO, J. R., «La abogacía ante el desarrollo de las nuevas tecnologías», en el libro del VIII Congreso de la Abogacía Española. Libro de ponencias y comunicaciones, Consejo General de la Abogacía Española, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 322-332; «La defensa letrada y el devenir tecnológico», *Foro Galego*, revista del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, y de la Universidad de A Coruña, núms. 196-197, segundo semestre 2006-primer semestre 2007, pp. 337-374; y, en particular en relación a la firma digital, «Encriptación y firma electrónica», *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (ed.), Universidad de Santiago de Compostela, 2010, pp. 185-205.

de tal forma que el empleo cada vez más generalizado de la tecnología y los procedimientos de protección apropiados se convierten en una necesidad deontológica.

Afirmaciones como la de que «la inteligencia artificial y la revolución de las máquinas se encuentran entre las ocho tecnologías disruptivas que cambiarán el mundo y por extensión nuestra sociedad»<sup>18</sup>, describen el sentir actual. Pero su empleo debe llevarse a cabo manteniendo la debida confidencialidad y bajo la permanente protección del secreto profesional, pues en caso contrario podríamos estar poniendo en peligro la seguridad de un sistema susceptible de resultar vulnerable, así como de toda la información alojada en aquel, lo que derivaría en un incumplimiento del deber deontológico aplicable ante una eventual infracción de dicho secreto<sup>19</sup>.

Para evitar estos efectos, ya a principios del siglo XXI se contemplaban determinadas medidas técnicas de seguridad en aras a evitar ataques de virus en la red, que podrían resultar igualmente aplicables en la actualidad; a saber: no abrir ningún mensaje de correo electrónico de un remitente desconocido, pues la mayoría de virus llegan por email; descarga de programas y aplicaciones solo de sitios seguros de la red, ya que los que se ofrecen gratuitamente pueden estar infectados; no ejecutar archivos descargados del email sin pasarlos antes por un antivirus; no facilitar la dirección de correo electrónico a cualquiera, con lo que se evitarán los *spammers* y posibles virus; cambiar la contraseña del correo electrónico con regularidad; etc.

También la Abogacía española reaccionó a estos peligros con la creación de la Autoridad Certificadora de la Abogacía, pues la utilización por parte de los colegiados de la firma electrónica ACA garantiza la seguridad jurídica y técnica de las comunicaciones que realicen, y les proporciona un entorno de seguridad que les protege frente a posibles ataques informáticos o suplantaciones de identidad que pueden poner en riesgo el secreto profesional al que todos los abogados vienen obligados.

Junto con las precedentes medidas que podríamos calificar de tradicionales, con la irrupción de la inteligencia artificial y el resto de novedades tecnológicas, las instituciones y organizaciones implicadas deben facilitar a los interesados información y medios de cómo actuar en cada caso, como por ejemplo la Guía sobre cómo gestionar una fuga de información en un despacho de abogados, publicada en el año 2016 por la Agencia Española de Protección

<sup>18</sup> GUARDIOLA SALMERÓN, M., «Retos, desafíos y nuevas oportunidades», *Abogacía Española*, núm. 108, febrero 2018, p. 10.

<sup>19</sup> Vid. <https://www.abogacia.es/2017/05/25/la-ciberseguridad-en-la-deontologia-del-abogado>.

de Datos (AEPD), en colaboración con el propio Consejo General de la Abogacía Española y el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE)<sup>20</sup>.

Es justamente desde ese mismo año cuando, en el marco de actuación de la *redabogacía*, el Consejo General de la Abogacía ha dado pasos firmes en la transición de la antigua plataforma del *correo de la Abogacía* a *Office 365*, con el fin de dotar a los colegiados con herramientas que le permitan tener su despacho a un clic y en la nube<sup>21</sup>.

Ahondando en lo anterior, se pretende la migración de la infraestructura tecnológica del Consejo a la nube, en lo que vendría a ser la *nube de la Abogacía*, y que posibilitará gestionar de forma más eficiente y segura el almacenamiento de los datos con los que cuentan los abogados; la implantación del *expediente digital*, habida cuenta de que tanto el Consejo como los colegios de abogados han de adaptar sus procesos de trabajo y sus sistemas para poder cumplir debidamente con lo que dispone la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuanto a la obligación de tales corporaciones de comunicarse telemáticamente con la Administración; o la transformación del *Sistema Integral de Gestión de la Abogacía* (SIGA), herramienta que protege la información de los colegios usuarios al encontrarse alojada en el centro de datos de la Infraestructura Tecnológica de la Abogacía Española, hacia un nuevo modelo más moderno, funcional e intuitivo, con el objetivo de facilitar los trámites a seguir entre consejo, colegios y colegiados; resultando, además, que al estar en la nube de la Abogacía, el personal del colegio autorizado accede a SIGA desde cualquier terminal u ordenador y en cualquier momento, lo que sin duda contribuye a hacer más eficiente el trabajo diario.

En cuanto a este último avance, SIGA está interconectado con las Administraciones Públicas, lo que permite al Consejo General de la Abogacía, según la propia consejera y vicesecretaria de medios materiales y tecnológicos del Consejo, Carmen Pérez Andújar, «estar a la vanguardia en eJusticia ofreciendo ser-

<sup>20</sup> Esta guía puede consultarse en la dirección de internet: [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/2016/INCIBE\\_AEPD\\_Gestionar\\_fuga\\_de\\_informacion.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/2016/INCIBE_AEPD_Gestionar_fuga_de_informacion.pdf).

<sup>21</sup> PÉREZ ANDÚJAR, C.: «REDABOGACÍA: impulsando y liderando la transformación tecnológica de la Abogacía española», *Abogacía Española*, núm. 108, febrero 2018, p. 29, señala, en su condición de consejera y vicesecretaria de medios materiales y tecnológicos del Consejo General de la Abogacía, que el potencial que tiene la herramienta del *correo Abogacía* sitúa al colectivo letrado a la vanguardia de los colectivos profesionales: «Disponemos de un buzón de correo de 50 Gb, 1 TB de almacenamiento en la nube (OneDrive), gestión profesional de agendas, contactos, tareas, soporte técnico al usuario. Podemos trabajar online con nuestros documentos de Microsoft Office (Word, Excel, PowerPoint) sin necesidad de tenerlo instalado, guardarlos de forma segura en la nube, compartir ficheros con clientes, otros miembros del despacho, el Colegio. Y mucho más (mensajería instantánea, videoconferencias, reuniones en internet, etc.)».



vicios únicos que conectan los Colegios con las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, la Agencia Tributaria, la Seguridad Social y otros Organismos»<sup>22</sup>. Mediante este sistema integral de gestión toda la información se encuentra protegida bajo estrictas medidas de seguridad físicas y lógicas conforme a los requisitos exigidos por la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Pero además del sistema SIGA, conocedores de que desde hace tiempo cualquier sistema informático puede verse afectado por un incidente de ciberseguridad, el mismo Consejo General ha venido desarrollando acciones de concienciación, formación y sensibilización entre los abogados<sup>23</sup>. En todas estas actuaciones se insiste en la obligación del letrado de mantener la debida protección de los datos que gestiona y la seguridad de los sistemas que los albergan, efectuando, por ejemplo, constantes acciones de mantenimiento, actualización y pruebas de *resiliencia*, incluyendo auditorías de seguridad periódicas<sup>24</sup>. Y, del mismo modo, cómo esa exigencia compele a la inclusión de estas necesidades de seguridad dentro de la gestión de riesgos cibernéticos que puedan afectar, de un modo u otro, a la información de los clientes<sup>25</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y como la tecnología nunca es del todo segura, los abogados deberemos exigir asimismo a nuestros proveedores tecnológicos externos que sus productos cumplan diligentemente con las obligaciones de seguridad que imponen las normas legales y deontológicas aplicables<sup>26</sup>. Con independencia de esta aconsejable medida, siempre nos queda a nivel técnico desear que los nuevos avances tecnológicos vayan de la mano de la aparición de novedosos medios o instrumentos de ciberseguridad que nos permitan a su vez, acompasadamente, dotar de mecanismos de protección y salvaguarda de la documentación y de los datos personales aportados por los clientes, lo que redundará asimismo en el cumplimiento de los deberes deontológicos que exige el ejercicio de la abogacía.

### 3.2 En el ámbito normativo

A sabiendas de que el Derecho no deja de ser más que un reflejo de la constante y permanente evolución y transformación de la sociedad en que vivimos, la abogacía debe saber adaptarse a esta nueva realidad sin perder la esencia de la profesión y de sus valores éticos más tradicionales, como es el secreto profesional y la obligación de confidencialidad.

<sup>22</sup> Et. al., p. 30.

<sup>23</sup> <https://www.abogacia.es/tag/ciberseguridad>.

<sup>24</sup> <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/conoces-tus-riesgos>.

<sup>25</sup> <https://www.abogacia.es/2012/03/14/guias-tic-gestion-de-riesgos>.

<sup>26</sup> Así lo asevera PÉREZ BES, F.: «Lo que nos enseñan las crisis de ciberseguridad», *Abogacía Española*, núm. 109, mayo 2018, p. 29.

La robótica y la inteligencia artificial, el *machine learning*, los *bitcoins* y *block-chain*, *chatbots* o *big data*, junto a otras tecnologías (como las impresoras 3D, la computación, la realidad virtual y aumentada, los vehículos autónomos o la biotecnología), han ido cambiando nuestra percepción de entender el mundo. Por extensión, y como no puede ser de otra manera, esta transformación ha de ir ligada indisolublemente al modo de comprender el Derecho y la forma de ejercer las profesiones jurídicas, aunque no podamos sostener por el momento que Ross pueda sustituir hoy por hoy a un abogado. Para contratar los servicios letrados es imprescindible la confianza y eso no es algo que la IA pueda reemplazar fácilmente, a resultas de que ese valor es intrínseco a la calidad del servicio jurídico: sin confianza no puede establecerse la relación abogado-cliente.

El primer y por ahora único paso legislativo dado en esta materia ha sido en 2016 a través del citado Proyecto europeo relativo a las normas de Derecho civil sobre robótica, que incide también, eso sí desde un prisma diferente, en los aspectos éticos a tener en cuenta. No obstante, todavía es prematuro hablar de legislación en un ámbito de actuación ni mucho menos consolidado. Pero teniendo presente la vertiginosa rapidez con la que este sector está avanzando, no resultaría descabellado anticipar debates jurídicos que abrirán nuevos retos desde el punto de vista legal y que, consecuentemente, nos harán reconfigurar nuestra manera convencional de entender el Derecho<sup>27</sup>.

Es evidente que todavía nos queda mucho por andar en este iniciado recorrido de la IA y de los nuevos avances tecnológicos descritos, incluidas las adaptaciones tecnológicas que debemos acometer para dar respuesta a las nuevas exigencias en materia de protección de datos. No obstante, la realidad viene anticipando lo que no desde hace mucho considerábamos mera ficción, debido precisamente a la latente ebullición del desarrollo científico y tecnológico, creciente y en ascenso, que vivimos en los últimos tiempos en la sociedad.

Algo que solo era mera ilusión en nuestra imaginación ha pasado de un estado de gestación inicial a convertirse en una constatación cada vez más palpable y cuya evolución augura un resultado a buen seguro mayor de lo inicialmente esperado. Todo ello supondrá, sin duda, un cambio en la concepción de nuestro día a día y, por ende, de la forma de entender el ordenamiento jurídico, lo que a su vez llevará a la Abogacía a replantear la concepción clásica del Derecho y de su aplicación práctica, sin menoscabar en ningún momento el respeto a los parámetros éticos y deontológicos exigibles, entre ellos preponderantemente, por lo que a este ámbito respecta: el secreto profesional y la debida confidencialidad.

<sup>27</sup> Así lo entiende también GUARDIOLA SALMERÓN, M.: «Retos, desafíos...», cit., p. 12.

# Enseñanza y práctica del Derecho en el mundo de las nuevas tecnologías

José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala. Conde de Cedillo  
*Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de España*

RESUMEN: Esta nota es una síntesis de la experiencia española sobre la evolución de la enseñanza y formación de profesionales para el ejercicio de la abogacía en materias de Derecho Tributario. Tiene una intención informativa.

I. Esta comunicación se conecta con la experiencia española sobre la enseñanza práctica del Derecho Tributario desde el periodo histórico entre 1950 hasta el momento presente.

II. En el punto de partida del estudio, el primer aspecto a considerar es el que sigue. En el comienzo de los años sesenta en primer lugar se va a producir un conocido proceso que ha pasado a la historia como cambio de signo de la economía española. En este proceso resulta conocido el peso que tiene en la economía española como factor más importante es su función como del abandono de la política de autarquía. En cambio, se inicia por el gobierno de los «Tecnócratas» que asumirán una política totalmente opuesta orientada a la integración de España en el mundo de la economía occidental (esta experiencia se plasma en el llamado Plan de Estabilización) y de una política de desarrollo económico con el propósito de armonizar primero y luego integrar a España en la Unión Europea.

III. En esta etapa es necesaria la enseñanza de un Derecho Tributario muy elemental por dos motivos: 1) el sistema tributario español está constituido por un modelo (al que se le conoce por el nombre de modelo latino). 2) El sistema se opone al conocido sistema anglosajón (trata de gravar a la capacidad económica efectiva y global de los contribuyentes). En España las reformas tributarias habían estructurado a partir de 1845 un sistema de impuestos sobre el producto que se amplió y perfeccionó en 1900. Las características de

estos tributos, en la medida en que eran impuestos basados en estimaciones objetivas y estándar, en módulos, catastrales, etc., no perdieron su importancia con la aparición de los impuestos «personales» sobre la renta de sociedades en el año 1921 o el impuesto sobre la renta de personas físicas (en el período 1932, y sucesivas reformas, 1940-1954). No tenían de personales poco más que el nombre.

IV. Otro aspecto a tener en cuenta es el siguiente: no existía en España una disciplina sobre el tributo que estuviera basada en la dogmática jurídica. En el plan de estudios de la Facultad de Derecho en lugar de enseñar un Derecho del tributo, se exponían en un cuatrimestre unos conceptos de técnica fiscal.

Es de justicia señalar aquí que a pesar de esta limitación, en el panorama de la España de los años 50-60 había tres impuestos sobre los cuales existía una profesionalidad jurídica y una elaboración doctrinal, al ser tributos cuya aplicación estaba encomendada a los funcionarios de determinados cuerpos de la Administración Pública. En este caso se encuentran los impuestos de sucesiones y donaciones, el impuesto de los derechos reales y el llamado Timbre del Estado.

V. Históricamente en España una construcción dogmática del tributo aparece en los sesenta con el esfuerzo y la vocación del profesor Sainz de Bujanda y de la creación de un estado de opinión de las que surgen múltiples manifestaciones, así podemos recordar las llamadas «Semanas de Derecho Financiero» que tienen un carácter periódico anual; ven la luz una serie de Revistas (Cívitas, Revista Española de Derecho Financiero, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Revista Impuestos, etc.) Todas estas referencias habían sido ya reconocidas legalmente hasta tal punto que la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 fue seguida en lo que aquí importa, por las Reformas de los planes de estudio de las universidades españolas, en las que ya se pasa a estudiar un Derecho Financiero y Tributario de acuerdo con la dogmática jurídica y la brillantez de investigadores que formaron escuelas, por los profesores Sainz de Bujanda, Rafael Calvo Ortega, Eusebio González García, etc.

VI. Al filo de nuestra exposición es preciso completar la referencia histórica mencionando la gran importancia que se había dado a los estudios sobre sistema tributario (o fiscal) en los planes de estudio de las Facultades de Ciencias Económicas y Empresariales. Siendo de destacar que ya desde las Facultades de Ciencias Económicas, desde su iniciación, fueron los licenciados en ellas los que siguieron los estudios universitarios de los impuestos, españoles pero con una perspectiva predominantemente contable.

VII. En las circunstancias en que se desarrolla el sistema tributario de la transición política se produce una importante transformación que afecta tanto

al régimen jurídico global o conjunto como a las instituciones particulares. Teniendo como punto de partida la Estructura Tributaria compartido por el estado y las Comunidades Autónomas a partir de la Constitución Española.

Los aspectos más destacables son las reformas básicas que se inician con la Ley del 15 de septiembre de 1975, llamada Ley de medidas urgentes para la reforma fiscal donde se contienen las normas relativas a la remoción del secreto bancario frente a la Hacienda Pública, una variación sustancial de las normas del Código Penal sobre el delito fiscal, la creación del Impuesto sobre el patrimonio que se incorpora al sistema español como «impuesto extraordinario» que no es propiamente tal pero que se prolongará transcurrido el primer año de su vigencia, pero también tiene la expresión (extraordinaria) como sinónimo de transitorio (puede entenderse que el legislador pretende solo utilizar el término extraordinario el que corresponde al uso del tributo como instrumento de control de otros impuestos).

VIII. En la etapa que estamos analizando, la legislación fiscal va acompañada de lo que puede considerarse el deseo o la necesidad de conseguir una más eficaz actuación administrativa. Se expresa en la concepción de una amnistía fiscal una adaptación de la Hacienda Pública a nuevas tecnologías informáticas.

Pero la amnistía y la informática requieren, a su vez ir acompañadas de una normativa basada en una legislación mucho más exigentes que la que existía antes de 1977 y por ello es precisa una modificación sustancial de todos los sistemas de tributos que dé prioridad a los impuestos que gravan las rentas efectivas de los contribuyentes. Impuestos personales sobre la Renta de las personas físicas y de Sociedades.

Esta es la verdadera dificultad cuando se aborda el período de transición política y lleva a las leyes del 8 de septiembre de 1978 (para el impuesto de las personas físicas) y de 27 de diciembre de 1978 para las sociedades y personas jurídicas quedando suprimidas de la imposición estatal las formas clásicas de los impuestos de producto, sobre rentas medias, índice, etc. (la supresión de los actuales impuestos sobre la propiedad urbana y rústica se hace en su transformación de impuestos municipales).

IX. Por otro lado la incorporación de España a la Unión Europea exigía una imposición indirecta como medida transitoria a la creación del I. V. A. (esta función transitoria o provisional es la ley de 1964 con la promulgación de la ley del Impuesto sobre el Tráfico de Empresas).

La repercusión de todo lo anterior en la enseñanza de Máster Tributarios en España es prácticamente inexistente hasta el año 1970 y a nivel internacional.

X. Existen iniciativas brillantes por entidades privadas de carácter docente (el IESE de Barcelona; la Universidad de Deusto), pero falta una demanda social por escasez de vocaciones profesionales y científicas hacia el Derecho Tributario por parte de los abogados.

Son tres las razones fundamentales 1) Una tradición histórica: en la práctica de la abogacía como parte del Derecho positivo eran los economistas y titulados mercantiles los que llevaban asuntos fiscales de la pequeña y mediana empresa. 2) La ausencia de una elaboración científica sobre la dogmática jurídica en la enseñanza del Derecho Tributario. 3) La ausencia de una legislación tributaria que sea atractiva para la vocación del jurista como consecuencia de lo apuntado anteriormente entre 1960 y 1970. La dogmática jurídica de los textos legales era muy insuficiente y tenía que resolver la jurisprudencia muchos problemas de interpretación de conceptos insuficientes en el texto legal.

En esta situación los abogados y los estudiosos del Derecho Tributario tenían que pelear con unas dificultades vinculadas a las carencias de los planes de estudio en las Facultades de Derecho prácticamente inexistentes hasta que se reforma la estructura del nuevo plan de estudios cuyos efectos en cuanto al factor de la vocación jurídica de la práctica tributaria que se concreta al final de los años sesenta. El sistema tributario español estaba legislado para unos impuestos cuya configuración era poco doctrinal para poder aplicar al Derecho Tributario que tenía su propio esquema técnico en una legislación que empieza a cambiar con la ley de este nombre Ley General Tributaria de 1963 y que había que adaptar a las exigencias de cambio legislativo de cada uno de los tributos.

El proceso no se pudo concluir hasta la transición política que se manifiesta en la creación social de instituciones complementarias para hacer frente a la insuficiencia de las enseñanzas oficiales en los planes de estudio de la licenciatura.

En la realidad esta labor complementaria de formación tributaria de los abogados en los temas tributarios demostró que su promoción mediante actividades de cursillos como jornadas, premios al estudio, creación corporativa de escuelas de práctica jurídica no eran suficientes y el precio del mercado más alto para conseguir la financiación de todas las iniciativas condujo en general al fracaso.

XI. En la década de los años sesenta a setenta la mejora de la formación jurídico-tributaria de los abogados se resuelve por otros caminos distintos al del Máster como actividad de formación en el libre mercado. Empiezan a apuntarse soluciones de especialidades tributarias de aprendizaje en los gran-

des despachos españoles y extranjeros, que hacen una fórmula de financiación que en general se nutre de la contratación de profesionales destacados que proceden de la excedencia de la Administración Pública (Abogados del Estado, Inspectores de Hacienda, Registradores de la Propiedad, profesores de la Universidad). A lo largo del tiempo va a dar muy buenos resultados para los becarios que se incorporan a los grandes despachos y reciben ellos la financiación de sus carreras profesionales.

El patronazgo de carácter docente de los másteres ha cambiado como parte de los planes de estudio que en Europa se elaboraron según las directrices de la ciudad italiana de Bolonia para la Unión Europea. Quedan condicionados económicamente a la viabilidad financiera de la universidad en la que están integradas. Esta es una etapa nueva sobre la que todavía no existe en España suficiente experiencia.

XII. La conclusión final de esta publicación es clara: la formación profesional de abogados depende no solo de su calidad, sino de su viabilidad financiera de titulados tributaristas exigible socialmente por los contribuyentes que demandan sus servicios.

# **La evolución de la enseñanza universitaria del Derecho desde su origen hasta nuestros días: Especial análisis de la situación actual de la enseñanza *on line***

**María Concepción Rayón Ballesteros**

*Profesora de Universidad en Grado y Postgrado  
Socia fundadora de Llorente y Rayón Abogados y Asesores Patrimoniales*

**Jordi Regi Rodríguez**

*Profesor de Universidad  
Director del Máster Universitario de Acceso a la Abogacía de la Universidad Nebrija  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España  
Grupo de trabajo sobre enseñanza on line del Derecho*

## **1. PRESENTACIÓN**

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC) ha generado un cambio muy importante en la enseñanza al aparecer otro tipo de formas de relacionarse con el mundo y otras necesidades que necesitan ser cubiertas por la formación universitaria, pues ya no se requiere solo la formación con un alto nivel de conocimientos sino también habilidades profesionales suficientes para resolver problemas en la vida real y capacidad de reflexión y de crítica.

Estamos asistiendo a una revolución en los esquemas tradicionales de enseñanza universitaria, a la transformación del paradigma educativo que pasa de la «Universidad tradicional», centrada en la enseñanza del profesor, a lo que se viene denominando «Universidad de la Era Digital», centrada en el aprendizaje del alumno, y que cuenta con el apoyo del profesor y también con gran cantidad de vías electrónicas para adquirir el conocimiento como materiales en formato electrónico de autoaprendizaje, actividades de autocorrección *on line*, videoconferencias grabadas o en directo, foros de debate y foros de dudas para interactuar fácilmente con profesores y compañeros, etc.



El presente análisis en este breve texto es fruto del trabajo conjunto de dos profesores experimentados del área de Derecho que han comprobado con el paso del tiempo cómo ha cambiado el sistema de enseñanza-aprendizaje desde que ellos mismos estudiaban en la Universidad en los años 80 y 90 del siglo XX a la actualidad en pleno siglo XXI, pues son profesores universitarios e imparten docencia presencial y también *on line* tanto en Grado como en Postgrado.

Nos vamos a centrar en los profundos cambios que esta modalidad supone en la docencia, en la profesión jurídica, en las metodologías que se emplean en el aprendizaje, en el paradigma de actuación de profesores y alumnos, en las actividades de intercambio de vivencias y conocimientos entre estudiantes, en la construcción del proceso enseñanza-aprendizaje entre los alumnos y con el profesor y, particularmente, en el cambio de la función del profesor que actúa hoy como guía, como tutor y como promotor de la actividad del estudiante.

En este sentido encaminamos nuestra aportación a este Congreso de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, porque consideramos que la actividad de la Universidad encuentra su razón de ser en su relación con la Sociedad<sup>1</sup> y en la actualidad requiere un cambio profundo de las enseñanzas universitarias con el nuevo contexto de globalización y de auge de las nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para adaptarse a ellas. Porque desde nuestro punto de vista nos encontramos ante una nueva forma de enseñar y de aprender que exige mayor actividad en profesores y alumnos y debemos concienciarnos sobre estos cambios por las importantes consecuencias que suponen.

## 2. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO *ON LINE*

Uno de los factores que caracterizan la sociedad actual es la celeridad de los cambios provocados por el impacto transformador de las tecnologías digitales. Estos cambios han propiciado la aparición de nuevos modelos y retos educativos a los que la Educación Superior ha tenido que adaptarse, rediseñando nuevas formas de enseñanza y aprendizaje.

En los últimos años han surgido Universidades que imparten solo docencia *on line* y también las Universidades de enseñanza presencial, tanto públicas

---

<sup>1</sup> Surge una conciencia cada vez más profunda en la Sociedad sobre la responsabilidad social, sobre la necesidad de investigar y resolver necesidades actuales y futuras, sobre la necesidad de que los estudios universitarios se orienten en una nueva dirección para la resolución de problemas reales. La Sociedad demanda profesionales del Derecho capaces de resolver problemas y la Universidad tiene la responsabilidad de responder a esa necesidad.

como privadas, han incorporado a su oferta formativa docencia de grado y postgrado *on line*<sup>2</sup>.

Para que el modelo de enseñanza *on line* funcione adecuadamente se requiere:

- Planificación: un plan de estudios coherente.
- Implementación: se requiere el diseño e implementación de metodologías docentes que impliquen al estudiante en su propio proceso de aprendizaje.
- Evaluación: en consonancia con todo lo anterior la evaluación también debe considerar aspectos diferentes<sup>3</sup>.
- Calidad y mejora: esta fase de análisis de calidad adquiere importancia creciente en cada programa de estudio para monitorear resultados conseguidos, evaluar los logros alcanzados, detectar posibles deficiencias y proponer la mejora del Plan a futuro.

Con todo este conjunto de cambios que supone la enseñanza del Derecho *on line* por nuestra parte hemos destacado las principales ventajas que ofrece:

- La eliminación de las barreras espaciales y temporales entre profesor y alumno.
- Facilita el acceso a la enseñanza superior universitaria a sectores que difícilmente tendrían cabida en la enseñanza presencial.
- Facilita que las aulas sean globales, multigeneracionales y multiculturales para enriquecimiento de los integrantes que interactúan entre ellos.
- Facilita la actualización de los contenidos y la rectificación inmediata de cambios.

---

<sup>2</sup> Obviamente conviven además sistemas mixtos de enseñanza *on line* y presencial, junto con modelos puros de enseñanza presencial con los que tradicionalmente se ha impartido docencia en la Universidad. Sobre este tema resulta muy interesante la experiencia que aporta INFANTE MORO, A., SANTOS FERNÁNDEZ, N., y SANTIESTEBAN GARCÍA, P., «La docencia on line en la Universidad presencial», en Conocimiento, innovación y emprendedores: camino al futuro / coord. por Juan Carlos Ayala Calvo, 2007, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2232556>. Se comentan en este breve artículo los pilares sobre los cuales se ha centrado la Universidad de Huelva para realizar la implementación de la formación on line en una Universidad presencial.

<sup>3</sup> En este sentido resulta interesante la propuesta de YUSTE TOSINA, R.: «Una e-evaluación innovadora como factor de mejora de la enseñanza on-line». Tesis doctoral dirigida por Florentino Blázquez Entonado (dirección de la tesis), Laura Alonso Díaz. Universidad de Extremadura, 2013. Disponible en <http://redined.mecd.gob.es/xmlui/handle/11162/133461>. En este trabajo de investigación se somete a estudio un sistema de e-evaluación de los aprendizajes en enseñanza a distancia en el que, combinando un tipo de evaluación virtual pedagógicamente innovadora y el uso de aulas virtuales síncronas, con videoconferencia, pueda acreditarse un modelo fiable y garante de evaluación de los procesos de enseñanza/aprendizaje para actividades de e-learning universitarias. Más recientemente puede verse otro completo estudio de MARCINIAR, R., y GAI RÍN SALLÁN, J., «Un modelo para la autoevaluación de la calidad de programas de educación universitaria virtual». RED: Revista de Educación a Distancia, Número 54. Madrid, 2017.

- Permite la utilización de múltiples formatos como textos, imágenes, audios, vídeos, etc.
- Proporcionan enlaces web a recursos didácticos externos a la Universidad lo que supone un aliciente para los alumnos.
- El profesor se planifica de forma más ordenada y exhaustiva, para lo cual debe sistematizar y organizar mejor los contenidos con su correspondiente calendarización y debe coordinarse con otros docentes a los efectos de conectar conocimientos y no reiterar la materia.
- Los contenidos se encuentran disponibles en la plataforma virtual y preparados para ser descargados directamente por el alumno en formato electrónico.
- Facilita el dinamismo, conocimiento y la flexibilidad entre el grupo de estudiantes.
- Requiere un nuevo método de evaluación en el que se puntúen no solo los conocimientos teóricos adquiridos, sino también su puesta en práctica y su aplicación a la realidad.
- Requiere un alto nivel de automotivación por parte del alumno, lo que una vez conseguido genera buenos resultados en su proceso de aprendizaje y es muy gratificante para alumno y profesor.
- El aprendizaje es más significativo al enfocarlo a la resolución de problemas reales y al mismo tiempo permite un conocimiento interdisciplinar similar al de un futuro profesional.
- Mayor control por el profesor de la actividad que realizan los estudiantes ayudado por las plataformas tecnológicas que se utilizan lo cual mejora la evaluación continua.

Pero no todo son ventajas, también hemos detectado algunos **inconvenientes** que presenta la formación *on line*:

- El elevado nivel de abandono de los estudios cursados mediante programas de este tipo en relación con las estadísticas de que se disponen en comparación con la enseñanza presencial, mezclado con un alto nivel de pasividad de los alumnos.
- El aislamiento virtual de muchos alumnos que no desean relacionarse con sus compañeros.
- Requiere un alto nivel de proactividad, motivación y fuerza de voluntad del estudiante.
- Requiere alumnos y profesores dotados de la tecnología adecuada.
- Precisa un elevado esfuerzo de adaptación por parte del profesorado.
- Se incrementa del trabajo que se repercute en el alumno y en la realidad muchos de ellos afirman no disponer de tiempo material para llevar a cabo las múltiples actividades encomendadas por los distintos profesores, lo que genera mucha desmotivación en el alumnado.

Desde nuestra experiencia muchos de los inconvenientes que se han planteado pueden sortearse convenientemente por la Dirección/Coordinación de la titulación junto con la colaboración del profesorado y de los técnicos que ayudan en el manejo de las plataformas.

En este sentido, debe quedar claro que en numerosas ocasiones, la enseñanza en entornos virtuales se caracteriza por ser «solitaria» pues el propio alumnado debe autogestionarse su aprendizaje sin el contacto físico tanto con el profesorado como alumnado. Ciertamente es que en las plataformas virtuales se pueden encontrar espacios colaborativos tales como las sesiones sincrónicas o los foros donde el alumnado interactúa entre sí. Sin embargo, la diferencia con la enseñanza tradicional en cuanto al espacio-tiempo es notable. Por lo que, esta ausencia de contacto físico con el entorno universitario es una de las razones por las que se realiza el acompañamiento y seguimiento al alumnado por las personas responsables de la titulación.

Todo ello implica que el alumnado deba tener una actitud proactiva, donde construya su propio conocimiento y lo comparta a través de la actitud reflexiva y crítica, que adquiera la competencia aprender a aprender asumiendo una actitud autónoma y a la vez una reflexión colaborativa y de trabajo permanente.

### 3. CON LA ENSEÑANZA *ON LINE* HAY UN CAMBIO DE PARADIGMA PEDAGÓGICO

Efectivamente, con la enseñanza *on line* el rol de profesor y el rol del alumno cambia claramente<sup>4</sup> si lo comparamos con la enseñanza tradicional en el aula.

Por un lado requiere un mayor protagonismo del alumno en el aprendizaje. En el escenario de la enseñanza a distancia el estudiante pasa a ser el centro de la formación con destrezas y actitudes de comunicación autónomas, así en palabras de Borges<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> En este sentido resultan muy interesantes las aportaciones de BENITO, M., *Introducción a la tutoría on line* Universidad del País Vasco, Bilbao 2002; y de CASTAÑO, C., «El rol del profesor en la transición de la enseñanza presencial a aprendizaje on line en *Revista Comunicar Revista Científica de Comunicación y Educación*, número 21, Madrid 2003.

<sup>5</sup> Vid. BORGES, F.: «La frustración del estudiante en línea. Causas y acciones preventivas» *Digithum UOC*. N.º 7. 2005. Disponible en <http://www.uoc.edu/digithum/7/dt/esp/borges.pdf> Consultado en agosto de 2018. Una expectativa peligrosa es considerar que la formación en línea requiere poco esfuerzo o una mínima implicación. El aprendizaje en línea requiere tanto esfuerzo como cualquier aprendizaje con otros medios. Y, por supuesto, implica saber manejarse en el entorno virtual, saber dónde está lo que uno necesita y cómo conseguirlo, leer y escribir mensajes, leer y estudiar el material de aprendizaje, rendir actividades y ejercicios y superar pruebas de evaluación.

Y por otro lado requiere una mayor implicación del profesor en el proceso de enseñanza-aprendizaje pues pasa a realizar una actividad aún más amplia y compleja. Continuando con este autor, también respecto del docente a distancia, hay que tener claro que: Aun siendo el estudiante un elemento central, el docente debe ser consciente de las acciones o carencias en las que él mismo puede incurrir. A pesar de sus funciones facilitadoras y de guía, con el acierto o la torpeza de sus acciones los docentes pueden influir de manera determinante en la motivación.

Por nuestra parte consideramos también que se abren muchos interrogantes ante el replanteamiento de la enseñanza universitaria tradicional y sobre el futuro de la enseñanza *on line*, sobre todo cuando conversamos con profesores de otros países en los que no se confía en este sistema de enseñanza y en ese cambio de paradigma, planteándonos muchas preguntas de debate.

Recientemente se ha celebrado en Salamanca un importante evento relacionado con todas estas cuestiones sobre la enseñanza en el mundo digital. Se trata del IV Encuentro Internacional Universia de Rectores, celebrado los días 21 y 22 de mayo, y que ha reunido en Salamanca a las principales autoridades académicas de 26 países para debatir los retos a los que se enfrentan las universidades del siglo XXI, principalmente para acelerar la transformación digital y la modernización de las universidades, concretando medidas para ejecutarlas.

Las conclusiones del encuentro se recogen en la Declaración de Salamanca<sup>6</sup>, una muestra de la capacidad de la comunidad universitaria para movilizarse y adelantarse a las necesidades del nuevo mundo digital. Uno de los ejes del encuentro fue: «Formar y aprender en un mundo digital», porque efectivamente uno de los retos de la Universidad es la adaptación de la enseñanza al mundo digital y al nuevo contexto laboral. Por ello se recuerda la responsabilidad de las universidades para flexibilizar y aplicar métodos educativos innovadores. En cuanto a la oferta formativa, los líderes académicos proponen una transformación hacia modelos híbridos, donde se combina la efectividad de la enseñanza presencial con la flexibilidad de la educación online, y una formación continua y adaptada a las necesidades de cada estudiante.

En este mismo sentido el tema de la transformación digital de las universidades españolas, se ha analizado en el Informe *Universitic 2017: análisis de las TIC en las Universidades Españolas*<sup>7</sup>, presentado el 18 de julio de 2018 por la Confederación de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE).

---

<sup>6</sup> Disponible en: <https://universiasalamanca2018.com/sala-prensa/>

<sup>7</sup> Según publica: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/18/fortunas/1531936483\\_335629.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/18/fortunas/1531936483_335629.html)

Además a finales de agosto de 2018, mientras redactamos esta breve comunicación, se ha publicado un artículo muy interesante en un diario nacional<sup>8</sup> titulado «La educación en los tiempos del algoritmo» lo que demuestra el interés de este tema en la Universidad española.

#### 4. CONCLUSIONES

Las TIC han generado grandes cambios en el entorno universitario y suponen una herramienta útil y necesaria para ayudar a afrontar los cambios que supone el Espacio Europeo de Educación Europea.

Hoy ya no es necesario acudir a la Universidad para buscar el conocimiento. En este sentido la idea más importante que queremos transmitir es que nos estamos equivocando, si seguimos viendo la educación universitaria como si se tratara exclusivamente de ir a la Universidad en busca del profesor que transmite la información que nos vemos obligados a memorizar, y no como un aprendizaje guiado por el profesor, que acepta la opinión del estudiante, su propio enfoque del tema, que se equivoca, aprende de la equivocación para volver a repetir y aprender, etc. El avance del mundo no será posible si seguimos aplicando un sistema educativo del pasado que valora exclusivamente al profesor que ocupa el papel principal en el aula.

Con el efecto de la globalización, y las nuevas tecnologías se han generado cambios muy profundos en la concepción de los estudios universitarios, consolidándose un cambio de paradigma con docentes y alumnos activos que intercambian vivencias y conocimientos, construyendo juntos enseñanza y aprendizaje, con el profesor que actúa como guía, como tutor y promotor de la participación activa del estudiante en la construcción de su conocimiento y de sus competencias.

Por eso es vital cambiar el paradigma tradicional del profesor único, protagonista del proceso de enseñanza, al nuevo paradigma propiciado por la tecnología de la autogestión por parte del alumno de su propio conocimiento con la ayuda del profesor.

Hemos destacado que, en cuanto a los alumnos, los cambios que se han producido son muy importantes pues el sistema tradicional solo les exigía la adecuada preparación de la materia que acumulaba conocimientos teóricos de cara a un examen final de la asignatura generalmente de tipo memorístico. El nuevo sistema busca combinar la formación teórica básica con la transmisión de experiencia<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> [https://elpais.com.cdn.ampproject.org/c/s/elpais.com/elpais/2018/08/28/eps/1535471686\\_637705.amp.html](https://elpais.com.cdn.ampproject.org/c/s/elpais.com/elpais/2018/08/28/eps/1535471686_637705.amp.html)

<sup>9</sup> Desaparecerá así la tradicional diferenciación entre juristas teóricos o académicos y prácticos.

Pero queremos destacar que se requiere aplicar recursos humanos y económicos, formar adecuadamente al profesorado en las nuevas competencias en destrezas digitales que necesita, en desarrollar plataformas más sencillas y accesibles, mucho más intuitivas que las actuales, y también para organizar los programas de enseñanza del Derecho adecuadamente para que toda la carga informática, burocrática y técnica de la plataforma que se elija para impartir la docencia no recaiga exclusivamente en el profesor que debe disponer de elevados niveles de competencia en el desempeño de este tipo de tareas no solo para elaborar los contenidos, sino también para subirlos a las plataformas de la forma conveniente con los apartados y subapartados marcados por cada Universidad, abrir los foros de participación de alumnos, abrir y atender los foros de dudas, asignar actividades a los estudiantes, elaborar *wikis*, impartir y grabar las sesiones de clase que imparta, subir las notas a las plataformas de evaluación, realizar los cálculos de porcentajes de valoración de la evaluación continua, etc.

La imposición de cargas administrativas de todo tipo a los docentes ha experimentado un considerable aumento con la enseñanza *on line* y tenemos que llamar la atención sobre este aspecto, pues una mayor carga en este sentido, le aleja de la investigación y publicación de resultado, del mercado profesional y de las necesarias competencias profesionales que debe enseñar a sus estudiantes. Desde nuestro punto de vista se hace totalmente necesario reducir la carga de tareas administrativas de los profesores.

La enseñanza *on line*, ha transformado la enseñanza universitaria hacia una modalidad de aprendizaje, flexible y abierta que ha supuesto un cambio muy considerable en las estrategias de enseñanza y de aprendizaje y, al mismo tiempo, en el paradigma pedagógico que hasta ahora se centraba en la explicación del profesor y ahora se centra más en conseguir el aprendizaje del estudiante.

Además la enseñanza *on line* ha democratizado la enseñanza permitiendo el acceso a personas de diferentes generaciones, diferentes culturas y diferentes formas de relacionarse con el mundo lo cual resulta muy positivo sin duda alguna.

Somos conscientes de los grandes desafíos que se presentan para profesores y estudiantes del área de Derecho, algunos de los cuales hemos presentado en este breve trabajo; pero el avance conseguido es muy considerable y debe ser objeto de apoyo para mejorarlo en la medida de lo posible.

## BIBLIOGRAFÍA

BENITO, M., *Introducción a la tutoría on line*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002.

- BERZOSA LÓPEZ, D., y CUADRADO PÉREZ, C. (dir.), coord. por Ignacio Calatayud Prats, Guillermo José Velasco Fabra. La evaluación e innovación docente en el Grado de Derecho, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BORGES, F., «La frustración del estudiante en línea. Causas y acciones preventivas» *Digithum UOC*. N.º 7. 2005. Disponible en <http://www.uoc.edu/digithum/7/dt/esp/borges.pdf>.
- CASTAÑO, C., «El rol del profesor en la transición de la enseñanza presencial a aprendizaje *on line*» en *Revista Comunicar Revista Científica de Comunicación y Educación*, número 21, Madrid, 2003.
- INFANTE MORO, A; SANTOS FERNÁNDEZ, N., y SANTIESTEBAN GARCÍA, P., «La docencia *on line* en la Universidad presencial», en *Conocimiento, innovación y emprendedores: camino al futuro / coord. por Juan Carlos Ayala Calvo*, 2007, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2232556>
- MARCINIAK, R., y GAIRÍN SALLÁN, J., «Un modelo para la autoevaluación de la calidad de programas de educación universitaria virtual». *RED: Revista de Educación a Distancia*, Número 54. Madrid, 2017.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., y MADRID CRUZ, D., «El Campus Virtual en la Facultad de Derecho: enseñanza *on-line* y enseñanza presencial de la Historia del Derecho y de las Instituciones». *Experiencias en el campus virtual: resultados / coord. por Alfredo Fernández-Valmayor Crespo, Amelia Sanz Cabrerizo, Jorge Merino Granizo*, 2008, pp. 40-45.
- YUSTE TOSINA, R., «Una e-evaluación innovadora como factor de mejora de la enseñanza *on-line*». Tesis doctoral dirigida por Florentino Blázquez Antonado (dirección de la tesis), Laura Alonso Díaz. Universidad de Extremadura, 2013. Disponible en <http://redined.mecd.gob.es/xmlui/handle/11162/133461>



# Sobre la operatividad y resultados de la utilización de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho Romano: Una experiencia personal

Ramón P. Rodríguez Montero

*Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidade da Coruña  
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
de España y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia*

Recientemente, Alfonso Murillo Villar, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Burgos, en su monografía titulada «¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI»<sup>1</sup>, en la que, según indica, trata «de exponer unas reflexiones acerca de la justificación actual del estudio del Derecho romano en nuestra Universidad», reflejando la «convicción de la utilidad de la enseñanza del Derecho romano a los futuros juristas»<sup>2</sup>, respecto al uso de las nuevas tecnologías en dicha enseñanza, señala –tras haber declarado que «debemos introducir nuevas metodologías (encuadradas en las modernas tecnologías) en nuestra actividad docente, salvo, claro está, que queramos quedarnos desfasados y obsoletos»<sup>3</sup>– que «es más necesario que nunca para la transmisión de los conocimientos del Derecho romano»<sup>4</sup>.

En definitiva, «renovarse o morir». Y, por razones naturales e instintivas de mera «supervivencia», muchos, por no decir, casi todos, hemos sido los que –con mayor o menor convicción– nos hemos plegado o adaptado –en mayor o menor medida; en todo o en parte– a las nuevas técnicas de enseñanza, presentadas en algunos casos en los tiempos que corren como las más idó-

---

<sup>1</sup> Publicado en la Colección «Ciencia y Pensamiento Jurídico», Andavira Editora, S. L., Santiago de Compostela, 2018.

<sup>2</sup> MURILLO VILLAR, *op. cit.*, p. 15.

<sup>3</sup> *Ibid. op. cit.*, p. 76.

<sup>4</sup> *Ibid. op. cit.*, p. 80.

neas para conseguir una supuestamente «idílica», y, a nuestro modesto juicio, exagerada, «formación integral de los alumnos».

El propio Alfonso Murillo ha destacado que, en atención a los nuevos Planes de estudios aprobados conforme a las Directrices del EEES (Espacio Europeo de Educación Superior) y tras la implantación del sistema europeo de crédito ECTS, «tenemos que innovar con nuestras metodologías didácticas; debemos servirnos de todas las tecnologías que tenemos a nuestro alcance, y seleccionar aquellas que mejores resultados produzcan en el aprendizaje del discente»<sup>5</sup>.

No obstante, admitir el recurso a las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho, y por lo que a nosotros interesa, más concretamente, del Derecho romano en particular, implica, como acertadamente ha afirmado Alfonso Murillo<sup>6</sup>, ser conscientes de que «esas tecnologías habrá que utilizarlas como meros auxiliares didácticos, pues en ningún momento se nos va a privar de los métodos docentes tradicionales: clases teóricas, prácticas, seminarios y tutorías. Sencillamente nos serviremos de internet, de las páginas web, del correo electrónico, de las aulas de informática, del *power point*, para hacer, más acorde a los tiempos modernos nuestra actividad docente»<sup>7</sup>, añadiendo a ello otra precisión importante y que siempre resulta necesario tener en cuenta: «sin olvidar que las nuevas tecnologías serán muy útiles para transmitir información, pero que por sí mismas no crean conocimiento»<sup>8</sup>, además de que «el empleo de las nuevas tecnologías (TIC), puede ser una herramienta excelente, si se aplican con sentido; en caso contrario, una pérdida de tiempo, pues el alumno atenderá más a lo llamativo del medio que al mensaje»<sup>9</sup>.

Tanto la carga lectiva asignada a la asignatura en los Planes de estudios por el nuevo EEES –que ha supuesto una considerable reducción de las horas de docencia al estilo tradicional, frente a la señalada en el antiguo y añorado Plan de 1953<sup>10</sup>–, así como la implantación desde el año 2010 en las Universidades españolas del denominado sistema de «Evaluación continua», parecen presentarse como los argumentos más sólidos que pueden servir, en cierta medida y de forma condicionada, para justificar el recurso a la utilización de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho romano<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> *Ibid. op. cit.*, p. 24.

<sup>6</sup> *Ibid. op. cit.*, p. 80.

<sup>7</sup> *Ibid. op. cit., loc. cit.*

<sup>8</sup> *Ibid. op. cit.*, p. 76.

<sup>9</sup> Opinión esta que MURILLO VILLAR, *op. cit.*, p. 70, nt. 114, comparte con CARRASCO, C., «Universidad y Sociedad. El Derecho romano ante el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)», en *AFDUDC*, n.º 11, 2007, p. 104.

<sup>10</sup> En relación a esta cuestión, relativa a las características del Plan de 1953 y las de sus sucesivas reformas, volvemos a remitir a las ilustrativas consideraciones efectuadas por MURILLO VILLAR en su *op. cit.*, p. 26 ss.

<sup>11</sup> A ellos alude MURILLO VILLAR, en *op. cit.*, p. 35.

La reducción de la carga lectiva asignada a la asignatura en los Planes de estudios desde la reforma de 1990 y en el nuevo EEES, con el consiguiente recorte de horas de docencia al estilo tradicional –perfectamente apreciable si se comparan con las asignadas a aquella en el Plan de 1953<sup>12</sup>–, desgraciadamente ha supuesto para los docentes, a consecuencia de la necesidad de adaptación al escaso tiempo que se nos ha asignado, una considerable reducción del contenido de los programas de nuestra materia.

Paradójicamente, con el Plan de estudios de 1990 –implantado temporalmente de forma desigual en las distintas Facultades de Derecho–, aun a pesar de reducirse drásticamente en el mismo el número de horas para impartir el contenido de la asignatura –que se situaba entre las materias troncales impartidas en el Primer Ciclo con una carga lectiva total de 6 créditos, equivaliendo el crédito a 10 horas lectivas–, se modificó su descriptor, pasando de su denominación tradicional como «Historia e Instituciones de Derecho romano» a la nueva como «El derecho en Roma y su recepción en Europa», lo que implicaba un importante incremento de la materia a explicar y suponía una manifiesta contradicción que se concretaba en la que cabría calificar como incongruente ampliación de los contenidos de la materia a explicar, pero, a la vez, con un importante recorte real del tiempo señalado para su impartición.

Según Murillo Villar<sup>13</sup>, «esta situación (incremento del estudio de la recepción) dejó de producirse cuando se implementó la tercera gran reforma de los Planes de estudios, por la necesaria (impuesta) adaptación al EEES», puesto que «como consecuencia de la misma, en primer lugar, el profesor ha entendido que es necesario prescindir de mucha información, para evitar en ocasiones rozar la erudición, ya que el alumno no tiene necesidad de saberlo todo; en segundo lugar, porque con la exigencia de elaborar e incluir en las Guías Docentes las asignaturas, lo que se denomina un cronograma, el profesor ha quedado «controlado», con muy escasas posibilidades de incumplimiento, salvo causas de fuerza mayor. Es decir, el profesor al comienzo de cada curso académico debe programar qué temas explicará semanalmente. El objetivo final es que el alumno reciba una explicación de todo el programa de la asignatura».

No obstante, el mencionado Catedrático de la Universidad de Burgos también destaca una circunstancia importante en cuanto a cómo ha permanecido en el organigrama jurídico-docente español la asignatura de Derecho romano a partir del EEES y del profundo cambio que ello ha supuesto, indicando al respecto que «después de unos cuantos vaivenes políticos, finalmente no ha habido unas

<sup>12</sup> *Vid.*, nuevamente, al respecto MURILLO VILLAR, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 30.

directrices propias que sirvan de guía para elaborar los Planes de estudios», añadiendo también que «se echa en falta que desde el Ministerio de Educación español no se previera la publicación de unas directrices propias por titulación, a imagen y semejanza de como se hizo en la anterior reforma de 1990, si bien se justificó como medida para no entrometerse en la autonomía universitaria», lo cual considera como «un flaco favor», puesto que «las diferencias entre los Planes de estudios de Derecho vigentes en España son tan grandes que en ocasiones solamente tienen en común la denominación de la titulación»<sup>14</sup>.

La –más que necesaria, obligada– reducción del contenido de nuestra materia, que paulatinamente ha ido perdiendo peso específico en la formación de los alumnos de Derecho, no ha seguido, por tanto, como hubiera sido deseable y se echa en falta, un criterio uniforme establecido, por lo menos en sus aspectos básicos, por parte de las autoridades oficiales educativas, ni, en su caso, consensuado por los propios profesores de la asignatura de las distintas Universidades españolas.

Así, en atención a la obligada reducción del contenido de la materia, a preguntas que necesariamente nos hemos tenido que formular, como, por ejemplo, ¿qué conocimientos consideramos que debemos transmitir para formar juristas?, ¿qué queremos que nuestros discentes sepan?, ¿qué tenemos que seleccionar a efectos de su explicación e incluir en el programa de la asignatura?, en definitiva, ¿qué debemos explicar?, se ha contestado de forma diferente, dependiendo las respuestas proporcionadas a las mismas por los profesores de la distinta importancia y valoración –en definitiva, preferencia particular– que se atribuyese a los contenidos que en su consideración de conjunto conforman la asignatura –incidiendo con mayor intensidad en algunos, en detrimento, o incluso en exclusión de otros no menos importantes–, lo que, con carácter general, ha dado lugar a que la formación romanística recibida por los alumnos resulte desigual en las distintas Facultades de Derecho de las Universidades españolas.

En nuestra opinión, el contenido a presentar de la asignatura debe procurar ser, dentro de las limitaciones temporales asignadas para su impartición, lo más completo posible<sup>15</sup>. Así, en el cronograma que venimos realizando cada

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 30 y ss.

<sup>15</sup> Compartimos plenamente las afirmaciones formuladas al respecto por COMA FORT en la entrevista que, con fecha de 13 de febrero de 2015, le realizó el profesor Gonzalo Cruz Sandoval, recogida en <http://www.ius360.com/entrevista/entrevista-de-derecho-romano-jose-maria-coma-fort>. En relación al contenido de la asignatura y en atención a las deducciones de dicho contenido impuesta por el nuevo Plan de Estudios, para José María Coma «no hay una parte más importante o que sea imprescindible, no puede suprimirse nada». A su entender, «la tendencia a extractar, que es la que estamos siguiendo en gran medida, es muy peligrosa, y claramente perjudicial para la formación del alumno».

curso y que proporcionamos al inicio del mismo a los alumnos, en las aproximadamente quince semanas de que disponemos dentro del primer cuatrimestre del primer curso –en que se encuentra encuadrada nuestra asignatura como troncal-obligatoria–, para la impartición de la materia –a la que se asignan 6 créditos ECTS– dedicamos las 5 primeras semanas a aspectos relativos al Derecho público romano, incluyendo una referencia a la tradición romanística en la cultura jurídica europea, y las 10 restantes al Derecho privado romano, intentando que los alumnos dispongan de una visión de conjunto, si bien no todo lo amplia que nos gustaría por razón del tiempo asignado, sí, por lo menos, lo más completa posible de la asignatura, procurando aprovechar al máximo los potenciales aspectos formativos que la misma presenta y que entendemos que puede ofrecer a los alumnos.

De esta forma, la que consideramos como imprescindible exposición de determinados aspectos básicos y configuradores del denominado Derecho público romano o, si se prefiere, de la Historia del Derecho romano, en su consideración como asignatura histórica, permiten al alumno, entre otras muchas cosas, adquirir una mentalidad abierta y dinámica en relación al Derecho, viendo cómo ha ido cambiando, por qué ha cambiado, y cómo puede influir un determinado sistema político sobre la configuración jurídica de que se trate.

Por lo que se refiere al concreto ámbito del Derecho privado, como es sabido, el Derecho romano aporta fundamentalmente la terminología, los conceptos jurídicos básicos y la técnica jurisprudencial del razonamiento jurídico.

Estos dos aspectos básicos son los que creemos que se deben de tomar como referencia imprescindible en relación a la posible presentación del contenido correspondiente al Derecho privado de la asignatura. Así, en las 10 semanas asignadas a la indicada parte –que distribuimos de la siguiente forma: las 2 primeras a las relaciones jurídico-patrimoniales, personas y familia; las 3 siguientes al proceso; las 2 sucesivas a los derechos reales; las 2 penúltimas a obligaciones y contratos; y la última al derecho de sucesiones– procuramos ofrecer a los alumnos la información terminológica básica y las características identificadoras y definitorias más resaltables, correspondientes a las diversas instituciones y figuras jurídicas integradas en cada una de esas partes, siempre desde una visión diacrónica, e incidiendo en sus aspectos más prácticos y problemáticos.

Dichas explicaciones básicas de las partes indicadas, las realizamos recurriendo a impartirlas presencialmente, de forma verbal en el aula, durante las 2 horas asignadas semanalmente a la asignatura, establecidas para el grupo de alumnos en su conjunto, completándolas o, en su caso, desarrollándolas,

mediante exposiciones de aspectos concretos relativos a las mismas, en las 3 horas restantes semanales asignadas a cada uno de los 3 subgrupos en que se divide el grupo total de alumnos (correspondiendo 1 hora a cada 1 de los 3 subgrupos).

Estas últimas exposiciones son realizadas voluntariamente en cada uno de los subgrupos por los alumnos integrantes de los mismos de forma individual o colectiva, siempre bajo la supervisión del profesor, aprovechando las mismas para contrastar su nivel de conocimientos y comprensión de la materia expuesta, además de para, en su caso, proceder a aclarar las posibles dudas que les pudiesen surgir en lo expuesto.

Para llevar a cabo dichas exposiciones –para las que deben obtener la información correspondiente, guiándoseles y ayudándoseles por el profesor en los criterios de búsqueda– los alumnos pueden utilizar, también voluntariamente, el recurso al power-point.

En relación a la utilización de este recurso tecnológico, a lo largo de estos años hemos venido observando que, llamativamente, en reiteradas ocasiones, muchos de los alumnos que se decantan por su utilización, siendo brillantes las presentaciones y exposiciones que realizan de los temas asignados, su nivel de comprensión de los contenidos expuestos, tras preguntarles por los mismos, adolece en bastantes casos de carencias importantes, precisamente por no haber comprendido bien, o en su caso de forma incorrecta, los que tan brillantemente han expuesto. A ello cabe añadir que, también en muchas otras ocasiones, los que utilizan en sus exposiciones el *power point*, se limitan durante las mismas, simplemente, a dar lectura de lo contenido en cada imagen proyectada, haciéndose dichas presentaciones notablemente anodinas y desvirtuando la función auxiliar, de ayuda y clarificadora que, en relación a la exposición y explicación de los contenidos que se pretenden exponer, supuestamente ofrece dicho recurso.

Con la finalidad de evitar estos efectos no deseados y obtener el máximo partido del recurso tecnológico señalado, quizá resultase necesario organizar algunas actividades para los discentes en las que interviniesen de forma conjunta y coordinada tanto docentes de Derecho, para dar indicaciones a aquellos en cuanto al contenido a explicar y desarrollar en esas exposiciones –señalando al respecto, por ejemplo, qué es lo que se pretende exponer; qué es lo fundamental; en qué hay que incidir más y qué es lo accesorio, o que presenta menor importancia; cuál debe de ser el orden de exposición; etc.–, como docentes de Ciencias de la Comunicación, encargándose estos de las cuestiones formales relativas a la exposición, es decir, de la manera más adecuada de realizarla con la finalidad de poder comunicar lo mejor posible y de

la forma más efectiva, obteniendo así el nivel máximo de aprovechamiento del mencionado recurso interactivo.

Volviendo nuevamente a los conocimientos que consideramos que se deben de transmitir, a nadie escapan las dificultades con que nos encontramos los docentes de asignaturas formativas que, como el Derecho romano, se encuentran situadas en el primer curso del Grado.

Dichas dificultades se concretan fundamentalmente en la circunstancia de que los alumnos que inician sus estudios en el Grado en Derecho, en su gran mayoría, por no decir en su totalidad, al ingresar en la Universidad, por su edad y falta de contacto, de experiencia o de mera curiosidad, desconocen las que se presentan como realidades jurídicas cotidianas básicas, su estructura, características definitorias y diferenciadoras con otras similares o parecidas, los efectos y problemática cotidiana que en torno a las mismas se pudiesen plantear, etc.

Precisamente, con la finalidad de intentar, si no solventar, por lo menos paliar en alguna medida esas carencias iniciales y poder profundizar en el estudio y desarrollo de esas realidades o conceptos jurídicos en la mayor medida de lo posible, consideramos que necesariamente debemos de asumir y partir de ese completo desconocimiento de lo jurídico por nuestros alumnos, y comenzar ordenadamente las explicaciones por el «léxico jurídico», para continuar con la «sintaxis jurídica» –ambas proporcionadas, como es sabido, en su esencia por los romanos–, y poder obtener, de esta forma, una base que permita a los discentes «aprender a leer jurídicamente» y estar en disposición de «entender lo que jurídicamente han leído». Todo ello, como es de suponer, implica la inversión de un tiempo que debemos de restar al poco del que de por sí se nos ha asignado, pero la tarea indicada creemos que es imprescindible.

Pensando en ese tiempo que necesariamente debemos invertir con los alumnos recién ingresados en la Universidad, hemos tenido la oportunidad de sugerir en otro escrito<sup>16</sup> la posibilidad de introducir contenidos jurídicos básicos, tanto a nivel teórico, como en su proyección práctica, en las Enseñanzas Medias, fundamentalmente a través de la asignatura optativa denominada «Cultura clásica», o también mediante otra, específicamente jurídica, que fuese creada al efecto para todos aquellos alumnos –que no son pocos– que tuviesen intención de realizar estudios de Derecho, o que, simplemente, desearan llevar a cabo por mera curiosidad intelectual una aproximación en sus aspectos más elementales al ámbito jurídico.

---

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ MONTERO, «Derecho romano y Educación Secundaria Obligatoria. Una propuesta de inclusión de contenidos romanísticos en la asignatura “Cultura clásica”», en *AFDUDC*, 12, 2008, p. 813 y ss.

En nuestra opinión, ello podría ayudar a reducir notablemente el obligado tiempo a invertir con los alumnos recién ingresados en el Grado en Derecho para sentar las necesarias bases jurídicas de que partir a los efectos de poder comenzar desarrollando –desde el conocimiento y comprensión imprescindibles de esas bases, como es lógico– la exposición de aspectos más técnicos y complejos.

Sería quizá aquí, en las Enseñanza Medias –y quizá no solamente en estas, sino también en las Enseñanzas Universitarias–, donde podrían encontrar un encaje, siempre, claro está, como medios de transmisión del conocimiento que se pretende comunicar a los alumnos y dirigidas a ayudar a una mejor, más rápida y completa comprensión del mismo, las nuevas tecnologías.

Como posible sugerencia planteamos, por ejemplo, la confección de documentales<sup>17</sup> en los que, mediante las correspondientes imágenes –que, según se dice coloquialmente, valen más que mil palabras– se procediese a proporcionar información –desde la realidad práctica de la vida cotidiana y los problemas que en la misma se plantean– a los discentes sobre diferentes instituciones o figuras jurídicas que, en muchas ocasiones, cuesta comprender a los alumnos a partir de la lectura de los libros o de las explicaciones de viva voz proporcionadas por el profesor<sup>18</sup>.

Nuevamente resultaría necesario recurrir en este caso a la ayuda de expertos en Comunicación audiovisual para que, partiendo de los guiones elaborados por los profesores de Derecho del contenido que quisiesen transmitir, procediesen a plasmar los mismos –con las correcciones y sugerencias que estimasen oportuno introducir en los mismos desde su experiencia comunicativa– en los correspondientes documentales explicativos, que se pondrían a disposición de los alumnos, con la posibilidad, tras ser visionados, de comentar y ampliar los aspectos tratados en los mismos.

Como complemento imprescindible de ayuda para la comprensión y resolución de las posibles dudas que pudiesen surgir a los alumnos del Grado en Derecho sobre la materia explicada por el profesor en las clases presenc-

---

<sup>17</sup> Pensamos en auténticos documentales, es decir, en películas informativas de contenidos o temas estrictamente jurídicos. Y decimos esto, porque en internet, bajo el título de vídeos de Derecho romano podemos encontrar vídeos en los que simplemente aparecen filmados profesores exponiendo temas o cuestiones determinadas de la asignatura, o bien, se trata de exposiciones en las que se utilizan exclusivamente esquemas o presentaciones de *power point*.

<sup>18</sup> Como posibles ejemplos de lo indicado, por experiencia propia, podemos señalar, entre otros muchos: el funcionamiento de la *in iure cesio*, el carácter causal de la *traditio*, la estructura, funcionamiento y efectos de las obligaciones naturales, las diferencias y efectos de las obligaciones surgidas mediante pactos o estipulaciones, el momento de perfeccionamiento de los distintos tipos de contratos, etc.



les y la desarrollada voluntariamente por los alumnos en las exposiciones correspondientes a que hemos aludido anteriormente, las tutorías presentan una gran importancia.

A las tradicionales tutorías presenciales de un tiempo a esta parte se han añadido las «virtuales», impartidas a través del correo electrónico o bien mediante los foros habilitados al efecto a través de las respectivas plataformas por las correspondientes Universidades.

Sin perjuicio de manifestar nuestra preferencia por las tradicionales tutorías presenciales, al considerar necesario e insustituible el contacto personal entre el docente y el discente<sup>19</sup>, entendemos que el correo electrónico, por el que en muchas ocasiones se suelen decantar los alumnos para contactar con el profesor, antes que hacerlo presencialmente, ofrece notables ventajas, especialmente para los que necesitan un asesoramiento, por así decirlo, urgente.

No obstante, a partir de nuestra experiencia, consideramos que los alumnos no han adquirido conciencia de la importancia del recurso a las tutorías, tanto presenciales como «virtuales». Y decimos esto porque son más bien pocos los que, esporádicamente, recurren a las mismas a lo largo de los diferentes cursos académicos. Además, los que utilizan el correo electrónico lo suelen hacer para solicitar información –que generalmente ya se les ha proporcionado y de la que ya disponen– sobre el tipo de examen a realizar, número y forma de preguntas y materia objeto de evaluación, o, en su caso y en menor medida para preguntar sobre cuestiones de fondo relativas a los contenidos del programa de los que se tienen que examinar (formulando en ocasiones preguntas excesivamente amplias, que para ser contestadas adecuadamente requieren respuestas y matizaciones extensas) en fechas muy cercanas a las establecidas para realizar esas pruebas.

Respecto a las Plataformas digitales, que también se pueden utilizar como posibles recursos para hacer llegar información adicional de la materia (esquemas, preguntas tipo test, planteamiento de casos práctico, etc.) a los alumnos, e incluir posibles foros de debate, entendemos que deben resultar lo más claras y sencillas posibles en cuanto a su accesibilidad, estructura y manejabilidad, tanto para los discentes como para los docentes. De las que conocemos y hemos tenido oportunidad de utilizar, la que nos parece más apropiada es la denominada AKADEMOS, correspondiente a la UNED, que consideramos mucho más sencilla en cuanto a su uso y manejabilidad que la denominada MOODLE, utilizada en nuestra Universidad de La Coruña.

---

<sup>19</sup> Vid. en este sentido, GUARINO, «Le lezioni non finiscono mai», en *LABEO*, 40, p. 56 ss.

Sin renunciar a hacer uso de estos recursos tecnológicos cuando se estime oportuno, consideramos que, por lo que a la Universidad presencial se refiere, nunca se debe renunciar o minimizar el que entendemos como insustituible contacto personal entre el docente y el discente. También creemos que no está de más intentar «atenuar» la que a veces es excesiva dependencia de los medios tecnológicos. En este sentido, sugerimos a nuestros alumnos la realización voluntaria de resúmenes de partes concretas o cuestiones relativas a los contenidos de la asignatura, que necesariamente deben redactar a mano, evitando utilizar el habitual recurso al ordenador para ello.

Por último, es de reseñar que, afortunadamente, en nuestra Universidad, además de disponer de la asignatura troncal obligatoria, también se recoge en el Plan de Estudios otra optativa, denominada «Técnica jurisprudencial romana», a la que se atribuyen 4,5 créditos y que se sitúa en el cuarto curso del Grado en Derecho.

El planteamiento docente que realizamos los profesores encargados de la misma, como se puede suponer, tiene un carácter mucho más práctico y técnico que el establecido para la asignatura troncal.

Contando con el conocimiento previo y comprensión de una serie de conocimientos romanísticos ya asimilados por los alumnos matriculados en la misma –ya impartidos en la asignatura troncal–, se les propone o bien que realicen un caso práctico, o, en su caso, que analicen una determinada institución, figura, o cuestión jurídica de derecho privado, desde su vertiente doctrinal y jurisprudencial, en sus aspectos romanos, así como en su desarrollo histórico operado hasta el derecho vigente, debiendo exponer oralmente ante sus demás compañeros y los profesores de la asignatura los resultados del trabajo realizado. Para la realización de dichos trabajos, tras indicárseles la estructura formal que deben seguir, así como las cuestiones en que deben incidir, se les sugiere que, aparte de determinada información básica que se les proporciona, complementen la misma con el recurso adicional a la búsqueda, además de la contenida en escritos recogidos en papel, con los incluidos en internet y bases de datos informáticas, tanto textuales como doctrinales y jurisprudenciales. Respecto a la información contenida en internet, cabe indicar que, en algunos casos, la misma adolece de calidad suficiente por falta del necesario rigor científico o por su inexactitud, y se hace necesario, tras contrastarla, advertir a los alumnos que deben desecharla o matizar sus contenidos, planteamientos o conclusiones. Es evidente que, en no pocas ocasiones, el exceso de información ofrecido en la red, por resultar equívoca o distorsionadora para los alumnos, más que ofrecer ventajas para estos, puede resultarles claramente perjudicial. Otra de las posibles dificultades que se presentan en cuanto al manejo de dicha información incluida en internet radica

en que la misma se recoge en idiomas distintos del nacional –en nuestro caso, el español–, cuyo desconocimiento por parte de los alumnos, desgraciadamente, les impide tener acceso a sus contenidos, que a veces resultan especialmente interesantes e instructivos.

## CONCLUSIONES

Se ha dicho que «la implantación del sistema ECTS, junto con la adaptación al EEES, conllevan un abandono de la docencia basada en la enseñanza del profesor, para acoger una docencia centrada en el aprendizaje del alumno; es decir, el profesor debe enseñar a aprender, y deberá ser el alumno el que asuma el protagonismo de su aprendizaje»<sup>20</sup>.

Como ya indicamos en otro escrito<sup>21</sup>, consideramos que el objetivo descrito que se nos exige alcanzar no nos corresponde de forma exclusiva y excluyente a los profesores universitarios, siendo asimismo los profesores de las Enseñanzas Medias, previas a las universitarias, también en gran medida responsables y tributarios de su consecución. Por ello, sugerimos al efecto la que consideramos como deseable coordinación entre los docentes de dichos ámbitos educativos –Enseñanza Superior y Media– para poder alcanzarlo.

Es evidente que si los alumnos que, procedentes de las Enseñanzas medias, ingresan en la Universidad, lo hacen sin ser conscientes de ese papel protagonista en el aprendizaje que, de un tiempo a esta parte, se les viene atribuyendo –como generalmente observamos que viene ocurriendo–, adoptando el papel de meros receptores pasivos de conocimientos proporcionados por el profesor universitario (lo que tradicionalmente se viene calificando como «docencia basada en la enseñanza»), el esfuerzo de dichos profesores universitarios, como es lógico –y generalmente viene ocurriendo, según venimos constatando año tras año–, se verá notablemente incrementado.

Si, por el contrario, esos alumnos llegan debidamente concienciados desde sus estudios previos a la Universidad de su papel activo y protagonista en el aprendizaje, según se pretende, nuestra tarea –la de los profesores universitarios– se simplificará notablemente.

Si a ello añadimos, además y en nuestro caso concreto, que dichos alumnos accedan a la Universidad provistos de unos conocimientos jurídicos básicos o elementales, ello nos permitirá disponer de algo más del, en nuestra opinión,

<sup>20</sup> MURILLO FERROL, *op. cit.*, p.36.

<sup>21</sup> *Vid. supra* nt. 16.

exiguo tiempo asignado para la transmisión de determinados contenidos de nuestra asignatura, también importantes para su aprendizaje y formación jurídica, con algo más de detenimiento e intensidad.

Tras la implantación del sistema ECTS y adaptación al EEES se viene insistiendo en la importancia de la utilización de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho.

Sin negar esa afirmación, consideramos que la misma hay que entenderla en sus justos términos. En este sentido, como se ha señalado muy sensatamente, esas nuevas tecnologías –seleccionando las que mejores resultados produzcan en el aprendizaje del discente– habrá que utilizarlas –siempre con sentido y sin excluir los recursos docentes tradicionales– como meros auxiliares didácticos, puesto que su función se limita a la trasmisión de información, dado que por sí mismas no crean conocimiento. Actúan, en definitiva, –si se nos permite la expresión– como «meros intermediarios» entre el docente y el discente, a los que «ponen en contacto y ayudan a comunicarse», lo que, en ocasiones, los que son fervientes defensores de su utilización parecen olvidar, exagerando la presunta excelencia de las mismas, planteándolos en algunos casos extremos con carácter exclusivo y excluyente frente a los métodos docentes tradicionales.

En nuestra opinión, no se puede olvidar –sin prescindir del recurso a las nuevas tecnologías, entendidas en los términos indicados– que es necesario e insustituible, en nuestro caso en las enseñanzas jurídicas, el contacto personal entre el docente y el discente, que indudablemente proporcionan con mayor intensidad y cercanía los recursos docentes tradicionales en las Universidades presenciales. Se dice que ahora el profesor debe «enseñar al alumno a aprender», pero, sin embargo, no parece insistirse en algo tan simple e importante como que para conseguirlo, el alumno –que es el que tiene que «asumir el protagonismo de su aprendizaje»– debe querer aprender, y que para ello debe tener interés, motivación, predisposición al aprendizaje, lo que en escasas ocasiones ocurre. Con carácter general, los alumnos que recibimos de las Enseñanzas Medias –supuestos «protagonistas» de su aprendizaje universitario– se integran –y esta es una constante apreciable curso tras curso, salvo en contadas excepciones– como meros elementos pasivos, cuyo único objetivo primordial se concreta en aprobar la asignatura de que se trate con el menor esfuerzo posible.

Lo indicado en relación a la predisposición de los alumnos para asumir el idílico «papel protagonista» que se les atribuye en el nuevo sistema educativo nos vuelve a exigir a los docentes universitarios un nuevo esfuerzo, que no nos resulta desconocido por considerar que es imprescindible realizar desde

siempre, y que se concreta en la necesidad de intentar justificar y convencer a nuestros alumnos de la supuesta utilidad del estudio y aprovechamiento de los conocimientos impartidos en nuestra asignatura, con la finalidad de conseguir motivarles para su estudio<sup>22</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, no se incide, o, en su caso, se hace de forma insuficiente, en dos criterios que consideramos que se presentan como básicos para intentar obtener esos resultados que se pretenden, y que son, además de la motivación e interés por aprender, el esfuerzo perseverante y la asunción de la consciencia del inconmensurable valor de la educación y la cultura.

---

<sup>22</sup> Al mismo alude el aquí reiterado MURILLO FERROL en su *op. cit. passim.*, a cuyos planteamientos, con amplias referencias bibliográficas, remitimos.

# Lexnet: el cambio digital en tiempo real para los juristas

Beatriz Sanjurjo Rebollo

*Académica correspondiente de la RAJyL  
Abogada del ICAM y Profesora Universitaria de Derecho Procesal  
y de Derecho de la Información y Nuevas Tecnologías*

## 1. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DIGITAL

El reto de las nuevas tecnologías ha entrado en la vida de los Juristas simplemente porque no somos seres de otro mundo y a nuestro alrededor hace tiempo que todo ha cambiado. Una revolución tecnológica que ha llegado de la mano de internet y de las RRSS, que ha cambiado en pocos años nuestras vidas, no solo las comunicaciones digitales, las notificaciones electrónicas, la domótica o los dispositivos móviles.

Nos basta con realizar un simple trabajo de campo que requiere una mínima inversión, sin necesidad de acudir a complejos y carísimos trabajos de Consultorías externas, que les propongo a todos, consiste en pagar lo que cueste el billete de transporte público, en cualquiera de sus modalidades y ciudades de origen, para comprobar en pocos minutos que la gran mayoría de nuestros acompañantes de viaje están pegados a sus dispositivos móviles, *iPad* o *Smartphones* de última generación, y cuanto más jóvenes, más caros y más innovadores son sus dispositivos móviles. También podemos gastarnos un poco más en este ejercicio de campo y acudir a comer en un restaurante, allí también comprobaremos que todos en algún momento van a estar absortos ante las pantallas de sus dispositivos móviles, usando juegos, *Apps*, realizando búsquedas en *Google* o leyendo mensajería instantánea como *WhatsApp* o *Line*, actividad que solo interrumpen para hacerse un selfi con sus compañeros de mesa.

El afianzamiento que han logrado en tan pocos años las nuevas tecnologías y el cambio que ello ha reportado a nuestras vidas hoy es un hecho incuestiona-

ble. Leemos el periódico digital, enviamos o recibimos currículos con *Vine* –la aplicación de *Twitter*–, hablamos de domótica con los compañeros de despacho, mientras los electrodomésticos en nuestros hogares deciden cuál se pone en marcha antes que el otro para consumir menos energía, disponemos de guías de museos que han pasado de ser hologramas a ciber-robots con piel de silicona, todo ello, algo impensable hace unos años. Las nuevas tecnologías nos han cambiado la vida.

Reconozcámoslo, incluso nosotros mismos, en un momento u otro, nos hemos convertido en uno de los denominados *zombies-walking*, cuando andamos absortos saliendo o entrando de nuestros trabajos, Consejos, Reales Academias, Tribunales, Juzgados, o aulas, manejando nuestros dispositivos móviles sin reparar en lo que ocurre a nuestro alrededor. Avanzamos físicamente sobre el suelo que pisamos pese a que en ese momento el paisaje haya desaparecido para nosotros, porque avanzamos solo mentalmente atentos a nuestras pantallas iluminadas donde se abre todo un universo de posibilidades que durante esos segundos es capaz de absorbernos; y es que, es una realidad innegable que el mundo de las nuevas tecnologías nuestra forma de actuar, de vivir, nuestras costumbres personales y profesionales.

Nos encontramos en un momento histórico de cambio rápido, exponencial, inmersos en una revolución que nos implica de un modo directo, y sin marcha atrás, que lógicamente también afecta de un modo directo al mundo del Derecho, desde su enseñanza a su práctica, y especialmente cuando hablamos del nuevo sistema de notificación electrónica y de presentación de escritos vía digital llamado *Lexnet*.

## 2. NUEVAS TECNOLOGÍAS EN NUESTRO TRABAJO

Recuerdo cuando uno de los mejores procesalistas que he conocido, Víctor Fairén Guillén, quien fuera catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid, y presidente durante muchos años de la Sección de Derecho Procesal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid-España), aun en plena actividad investigadora como Académico de Número, a sus más de 90 años se aferraba a su lápiz de madera y a su máquina de escribir y decía: «esto nunca falla, Dra. Sanjurjo, no como los ordenadores, esas máquinas infernales». Si viviera hoy podría ver que esas «máquinas infernales» se convierten cada año en antiguallas con una obsolescencia programada que nos obliga a renovarlos cada vez más frecuentemente, y que los propios móviles son ya pequeños ordenadores o que podemos llevar nuestros documentos o interactuar a través de pulseras inteligentes. Queramos o no, estamos abocados al uso de la tecnología digital, que ya se ha instalado en

nuestra actividad diaria formando parte inseparable de ella, y que pese a tener ese lado oscuro, que las une a múltiples y nuevas enfermedades, delitos o adicciones, ha demostrado también sus bondades, haciendo más accesible la cultura, acercando conocimientos, uniendo investigaciones, ahorrando tiempo y facilitando gestiones, desde la compra de un billete de avión, a la entrega de un escrito a tiempo, o la recepción de una notificación del Tribunal Supremo cuando estamos de vacaciones en las Maldivas o en un perdido pueblo de bellos paisajes de cualquiera de nuestros países de origen, porque se puede teletrabajar desde cualquier ubicación. No existen distancias.

Los expertos señalan que trabajando podemos llegar a consultar nuestros correos electrónicos o entrar en buscadores en internet o en RRSS más de 100 veces al día, y la tecnología vinculada al uso de internet ha demostrado que no se relega a un sector determinado de actividad económica, científica o docente, sino que se ha generalizado transformando las rutinas más arraigadas.

En el trabajo, incluso mandamos mensajes por el móvil a quien tenemos al lado y dosieres a nuestros compañeros de despacho, documentos que viajan al ciberespacio, se depositan en la Nube y vuelven a viajar hasta introducirse en el portátil de al lado; evidentemente, las famosas TIC's han ganado la batalla a los sistemas tradicionales de comunicación.

En este contexto, el sistema de notificaciones electrónicas y de presentación de demandas y escritos, *Lexnet*, se ha convertido en un hito de adaptación a ese mundo tecnológico que nos rodea y, además, hoy es una obligación los operadores jurídicos de muchos países. En España lo fue primeramente para los Procuradores permitiendo el contacto digital y directo con la Administración de Justicia, Juzgados y Tribunales, y ahora para los Abogados en aquellos procedimientos en que no sea preceptiva la participación del Procurador.

Como autora del libro «*Lexnet Abogados*», un manual de uso utilizado por Abogados de toda España, y también como usuaria de este sistema, considero que su uso resulta fácil pues funciona de un modo muy similar a cualquier webmail tradicional securizado. Por ello, si se sabe utilizar un correo electrónico, se sabe usar *Lexnet*, por ello se ha convertido en una herramienta digital que forma desde hace unos años parte de nuestro trabajo, que sin duda se seguirá mejorando.

El mayor reto personal con la implantación de *Lexnet* fue crear un manual de uso que fuera práctico, porque los juristas no disponemos de todo el tiempo del mundo, solo precisamos saber qué pasos hay que dar entre tanto bit, para así poder seguir ejerciendo nuestra profesión con la misma pasión de siempre, sin que *Lexnet* sea una piedra en el camino, sino todo lo contrario, una



herramienta que nos ayude a poder gestionar mejor nuestra actividad profesional, usando comunicaciones más sencillas, informatizadas, digitales, a través de internet. Y en poco tiempo se ha convertido en un reto tecnológico asumible para todos los que pertenecemos al mundo del Derecho, una de las áreas consideradas desde fuera como de las más tradicionales, pero los que a ella pertenecemos, sabemos que somos los más adaptables a los entornos cambiantes que nos rodean.

### 3. LA EXIGENCIA DE NUEVAS COMPETENCIAS PROFESIONALES

La transformación hacia lo digital que significa *Lexnet* trae consigo nuevos modos de trabajo que exige formación y nuevas competencias profesionales a los estudiantes de Derecho, a los Abogados, Jueces, Ministerio Fiscal, y resto de operadores jurídicos para que las comunicaciones sean efectivas, seguras y ágiles.

Competencias que conllevan combinar conocimientos teóricos y práctica profesional con el uso de herramientas digitales, cambios que requieren convertir en propios los nuevos entornos digitales más vanguardistas y que nos convierten día a día en el modelo actual de profesional del Derecho usuario de la red, el superusuario de internet y sus herramientas y aplicaciones, aquel que interactúa 24 horas al día, 365 días al año.

Los juristas estamos dispuestos siempre a nuevos desafíos, y el uso de internet es un cambio transversal que afecta a todas las disciplinas, a todos los profesionales, a todos los ciudadanos. Hablamos de la Nube, contratamos cada vez más online, manejamos términos como *Big Data*, *cookies*, derecho al olvido, ciberdelitos o *Smart cities*; *Lexnet* es un nuevo desafío de comunicación y notificación digital que se abre paso como un diferente e innovador sistema de interacción, presentación de demandas y escritos ante Juzgados y Tribunales, de recibir notificaciones y comunicaciones. En definitiva, surge un nuevo panorama digital con nuevas oportunidades, que nos llama a asumir nuevos retos. Algo a lo que los Juristas estamos acostumbrados.

Profesionalmente trabajamos rodeados de atractivos entornos digitalmente inteligentes en ese sugestivo contexto en el que vivimos insertos desde hace años, y nos introducimos cada vez más –y casi sin ser capaces de percibir nuestro propio progreso– en el marco de esas Tecnologías de la Información y de la Comunicación online, un contexto digital en constante evolución en el que hoy se ha integrado una nueva asignatura para nuestra profesión, *Lexnet*.

Desde hace tiempo el desafío virtual de las comunicaciones telemáticas en nuestro trabajo es una realidad que ninguno ignoramos, comenzamos paso a

paso con las más antiguas bases de datos online que significaron un gran cambio y que nos facilitan hoy la búsqueda de jurisprudencia, o bibliografía más fiable y rápida; ahora, hablamos de dar un paso más allá, un cambio más radical, que en realidad, con cierta perspectiva, no es más que una simple consecuencia de ese meteorito llamado internet que con gran fuerza silenciosa ha impactado en nuestra realidad cotidiana transformándola, y que hoy trae de su mano el inicio de otro gran cambio, el de las comunicaciones electrónicas y notificaciones entre operadores jurídicos y la Administración de Justicia, y que inicia su expansión con una gran repercusión, al igual que ocurre con las ondas que crea una gota de lluvia cuando con su caída rompe la tranquilidad de un lago.

Ese lago es hoy el trabajo de cualquier jurista, de cualquier abogado, pues *Lexnet* no es sino la llegada del primer cambio de otros muchos que le seguirán.

#### 4. LEXNET: UNA NUEVA HERRAMIENTA DIGITAL IMPRESCINDIBLE

Los juristas vivíamos ya apegados a las nuevas tecnologías antes de *Lexnet*, tanto que incluso para algunos de nosotros puede que haya aspectos del funcionamiento de este sistema que puedan resultarnos obsoletos o lentos; pero, lo cierto es que esta comunicación online entre Administración de Justicia y operadores jurídicos significa un interesante paso evolutivo en nuestro modo de trabajar, una nueva herramienta, que une de un modo más directo nuestro ámbito competencial a la Red.

El intercambio de documentos judiciales, notificaciones, demandas o escritos de trámite han pasado del formato papel al digital, evitando personarnos directamente ante los órganos judiciales salvo, en muchos casos, solo para la celebración de los juicios. La evolución de la Administración de Justicia hacia las Nuevas Tecnologías nos obliga a trabajar con documentos electrónicos a través de *Lexnet* como una plataforma online de comunicación, específicamente adaptada a nuestro entorno de trabajo como un vía segura y bidireccional, entre las Oficinas Judiciales y operadores jurídicos, mediante el uso de la firma electrónica y bajo una estructura de correo web securizado.

*Lexnet* ha significado un punto de inflexión en nuestro modo de trabajo, pues a partir de su implantación todas las notificaciones recibidas y los escritos de inicio o trámite remitidos a los Juzgados que se firmaban antes ológrafamente para su presentación y se presentaban en formato papel, se han transformado al formato electrónico, se firman digitalmente y se presentan y reciben online, a través de esta nueva herramienta de trabajo que se insertó en nuestro país

por imperativo legal con el fin de favorecer la digitalización en las comunicaciones con la Administración de Justicia.

*Lexnet* se ha convertido en poco tiempo en una conexión *online* segura de intercambio documental y de comunicación digital que une al ahorro de tiempo el valor añadido de la eficacia, la inmediatez, el menor consumo de papel y el ahorro de traslados físicos y de documentos al órgano judicial. Un sistema de comunicación más avanzado, al igual que con anterioridad fuera el teléfono, el fax o el correo, y que ahora se produce en una homogénea transformación con el entorno digital que nos rodea, reduciendo el volumen de almacenamiento de archivos de un modo impensable, agilizando los sistemas de búsquedas, facilitando y mejorando la seguridad de nuestro trabajo.

## 5. USO DE LA FIRMA DIGITAL

La preocupación por la seguridad ante la idea de transmitir documentos y datos confidenciales por la red era una de las máximas preocupaciones del sector, que ha venido a salvarse gracias al uso de la firma digital, la clave de acceso al sistema *Lexnet* y que ha sido definida por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, reguladora de la firma electrónica (LFE), que se aprobó en aplicación de la Directiva 1999/93/CE, como el conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros o asociados con ellos que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. Regulación que fue modificada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, en Disposición final cuarta y que conforma la normativa al respecto.

La firma digital o electrónica nos permite cifrar mensajes, y funciona en base a dos claves: la clave privada y pública de emisor y receptor del mensaje; de tal forma, que es posible identificar a ambos en cuanto titulares ciertos de los pares de claves pública y privada usados en el cifrado y descifrado de los mensajes; al tiempo, que asegura la integridad del mensaje, comprueba su recepción y que el mensaje no ha sido modificado.

El requisito para el uso de la firma electrónica es la existencia de una tercera persona, distinta al emisor y receptor del mensaje, que es el proveedor de servicios de certificación, encargado de certificar la pertenencia de la clave pública a la persona que efectivamente lo ha cifrado o firmado.

El valor jurídico de la firma electrónica es el mismo que el de la firma manuscrita y se admite como prueba documental en juicio, conforme a lo establecido en el artículo 3.8 de la LFE.

*Lexnet* se nos ofrece como el primer escalón, como la clave a ese acceso al mundo digital, un primer paso que damos a través de un sistema de comunicaciones telemáticas; pero, desde un punto de vista práctico, no ha cambiado el cómputo de los plazos procesales, ni las tramitaciones, solo permite que Letrados, así como el resto de operadores jurídicos destinatarios, Fiscales y organismo judiciales, digitalicen la presentación de escritos y documentos, o la recepción de actos judiciales de comunicación procesal, ha introducido las notificaciones telemáticas; pero, sin cambios procesales.

Este sistema de gestión de comunicaciones telemáticas permite, conforme a lo establecido en el artículo 1 del RD 84/2007, la presentación online de escritos iniciadores de procedimiento y escritos de trámite, sus documentos anejos o pruebas, así como los escritos iniciadores de ejecución; mediante la utilización de su firma digital ante los órganos judiciales sin la necesidad de personarse físicamente ante el Juzgado o Tribunal competente.

## 6. UNA MEJOR GESTIÓN DEL TIEMPO Y LOS RECURSOS

*Lexnet* en su tiempo de uso, se ha ido perfeccionando, ha incrementado su capacidad documental, ha agilizado las notificaciones y la presentación de escritos, y consecuentemente la tramitación del proceso se ha hecho más fluido con un consiguiente nada despreciable ahorro de tiempo y de recursos. Este nuevo sistema de comunicación digital con la Administración de Justicia facilita la cooperación y posibilita una mejor gestión del tiempo profesional, especialmente de Abogados, Procuradores y otros operadores jurídicos.

Desaparece el tiempo dedicado a imprimir documentos, grapar o hacer copias, porque todas esas gestiones se realizan desde el mismo ordenador del despacho profesional. Y se produce una disminución en los desplazamientos físicos de profesionales jurídicos que ahorran tener que personarse para realizar la entrega y recogida de notificaciones o presentación de escritos. Más comodidad en definitiva porque evitamos tanto imprimir documentos como trasladarlos y entregarlos en persona o mediante empresas de transporte documental. Contando con la posibilidad de acceder al sistema 24 horas al día, 365 días al año.

Por otra parte, también es cierto que se incrementa nuestra labor en el proceso de digitalización de documentos, porque la política de papel cero encierra la labor previa de escanear muchos documentos; pero, pese a ello, *Lexnet* es un cambio asumible desde el punto de vista tecnológico y práctico por todos nosotros.

Mantiene estándares de seguridad, y sin ser absolutamente perfecto, es perfeccionable, pues permite mejoras en este cambio que conlleva la interven-

ción de la tecnología en nuestras actividades profesiones diarias en relación con la Administración de Justicia.

Estamos viviendo la fase inicial, la que prevé continuar con la mejora en la gestión procesal y la agilización de los procesos, siempre en pro del justiciable, con el fin de conseguir en la Administración de Justicia mejorar las condiciones de eficacia, reducción de gastos, incremento en la calidad de servicios y eficiencia energética basada principalmente en el menor consumo de papel, disminución de gastos por uso de impresoras y sus consumibles, como toners, y también de energía eléctrica.

Del mismo modo que reduce costes materiales, agiliza la tramitación procesal, disminuye el tiempo aplicado en las tramitaciones y repercute en la mejor utilización de los espacios, porque si se desea incrementar el almacenamiento físico ahora este será en forma digital, y los *pendrives* pasan a sustituir a las estanterías; siempre que nos conciencemos en no imprimirlo en destino, porque si no, seguiremos acumulando nuevamente en papel hasta la llegada del expediente judicial digital.

## 7. COMUNICACIONES MÁS SEGURAS

Como ocurre con todos los cambios, los primeros pasos no siempre fueron fáciles, se produjeron al inicio de su implantación más caídas de sistema y problemas de acceso de los deseados; pero, lo cierto es que con *Lexnet* se ha iniciado un proceso digital en constante evolución y mejora que afecta a nuestro modo de trabajar en los procesos judiciales. Y ese cambio lo vivimos hoy. Me siento reconfortada sabiendo que mi libro *Lexnet* Abogados, ha ayudado a conocerlo y aplicarlo de un modo práctico a muchos profesionales, a muchos juristas.

Este sistema no solo nos habilita para nuestra actuación profesional en la red de cara a recibir notificaciones y presentar escritos de forma telemática, si no que nos garantiza la seguridad de nuestras comunicaciones y su confidencialidad mediante el uso de la firma digital y un programa de estructura muy semejante a un *webmail* tradicional. Un sistema que garantiza poder avanzar en tecnología y en sistemas de seguridad día a día.

De su utilización surgirán nuevas funcionalidades y necesidades de mejora, pasos que irán marcando la evolución de esta plataforma con el paso del tiempo y que ejemplificarán el hecho de que a esta implantación le seguirá una evolución en constante mejora del sistema de notificaciones electrónicas.

*Lexnet* nació con vocación de cambio y de adaptación hacia una mayor seguridad, con la flexibilidad adaptativa de un programa informático útil, que como tal refleja su gran capacidad de adaptación, su rápida posibilidad de cambio, que puede llegar a ser casi inmediata porque detrás está una tecnología que avanza a pasos agigantados ante cualquier exigencia de cambio que su uso ponga de manifiesto de cara a su mejor desarrollo, fortaleciendo las comunicaciones digitales y velando por una seguridad que ya a día de hoy es prácticamente inexpugnable.

## 8. PROTAGONISTAS DEL CAMBIO EN TIEMPO REAL

*Lexnet* no solo nos convierte en testigos directos de la evolución hacia la modernización y la digitalización de la Justicia, sino en sus protagonistas en tiempo real, los de un sueño de muchos antes que nosotros que pretendían agilizar, y que hoy nos convierte en los principales actores de este cambio.

Paulo Coelho dijo que «La posibilidad de realizar un sueño es lo que hace que la vida sea interesante». Hoy los nuevos alumnos universitarios de Derecho, los docentes, los abogados, procuradores, fiscales, jueces y todos los operadores jurídicos que se forman en nuestras universidades son 100 % digitales, cómo pretender que su día a día no lo sea. El dominio de las herramientas digitales es parte del nuevo sistema vital en esta parte del globo terráqueo, en el que tenemos la suerte de disponer todos de una conexión a internet y uno, o más, teléfonos móviles por persona, algo que recordemos no es una constante en otros lugares del planeta, donde las necesidades básicas son la prioridad diaria que resolver.

Somos privilegiados. Hace tiempo Naciones Unidas recordaba que si el mundo estuviese habitado por 10 únicas personas solo una tendría el modo de vida del que actualmente disfrutamos en países como España, y nuestros vecinos más cercanos, no solo geográfica o histórica, sino tecnológicamente hablando, y que no somos conscientes del privilegio que ello significa, cada generación lo es aún menos y en vez de que esto permita que reconozcamos la suerte que tenemos, crea por el contrario sensación de insatisfacción porque estamos solo pendientes de lo que no tenemos, llegando incluso a ser infelices, incapaces de valorar lo que ya tenemos. Algo a todas luces incoherente, pero que los psicólogos destacan como un efecto digital.

Pero, en realidad, tenemos la suerte de vivir en esa parte del planeta en la que estar conectado es posible, y queramos o no esa conexión se ha convertido en una de nuestras competencias profesionales exigibles, no solo en la práctica profesional, sino en la propia docencia y en el alumnado, en esa ola homogé-

nea que internet y sus diversas aplicaciones significan en nuestra vida profesional, por ello *Lexnet* no es solo un sistema de notificación electrónica y presentación de escritos iniciadores y de trámite, sino un cambio radical y un privilegio profesional.

## 9. SIN BRECHA DIGITAL

La inicial duda de si existiría o no brecha digital con la introducción de este nuevo sistema de comunicación y notificación digital, ya se ha resuelto, los juristas hemos asumido ese cambio y *Lexnet* es ya parte de nuestra vida profesional. Y es un nuevo escalón de aprendizaje para los alumnos.

*Lexnet* ya una realidad, mejorable, seguro; pero fiable porque el uso de la firma digital acredita nuestras actuaciones de una forma segura y nos ahorra mucho tiempo en desplazamientos y papel.

El problema de su implantación y la duda sobre si se produciría o no brecha digital en los profesionales en activo se debió a que se hizo obligatorio su uso de un día para otro, y poco o nada se sabía sobre cómo usar *Lexnet*, y pese a los esfuerzos del Ministerio de Justicia y de los Colegios de Abogados de todo el país, el uso de un manual era y sigue siendo imprescindible, y por ello cuando me invitaron a escribir el libro, *Lexnet* Abogados, el uso de preguntas con respuestas breves y prácticas para su uso inmediato, ha demostrado ser una gran idea. Con que *Lexnet* Abogados haya sacado de apuros a una sola persona es recompensa suficiente, porque los juristas que publicamos sabemos desde hace tiempo que no lo hacemos por dinero, sino porque nos gusta ayudar a la investigación y a la docencia.

Sin brecha digital *Lexnet* ha llegado así a nuestra actividad profesional, siendo ya una realidad diaria a estas nuestras vidas cada vez más digitales, más dinámicas, siendo el ejemplo perfecto que une Derecho y Nuevas Tecnologías, hermanando lo más tradicional con lo más moderno.

Un ejemplo más de esa adaptación constante del Derecho a la realidad que nos rodea, porque si un perfil profesional demuestra capacidad de cambio y adaptación a la realidad es la nuestra, la de los juristas. Y *Lexnet* es en el cambio tecnológico que más ha afectado en la actualidad a la práctica del Derecho ante los Tribunales de Justicia.

## 10. UNA PROPUESTA DE CAMBIO PARA LA DOCENCIA UNIVERSITARIA

A modo de cierre, considero preciso adaptar los actuales programas universitarios a *Lexnet*, porque pese a que su uso es una realidad práctica, lo curioso es que aún no se imparte en las universidades como asignatura, y llega a los graduados con ese miedo a lo desconocido que solo en la práctica profesional solucionan, como si se tratase de una competencia que obligatoriamente han de adquirir fuera de las aulas, cuando no lo es.

A diferencia de otras actividades digitales como el uso de portátiles o *Notebooks* para tomar apuntes, la consulta de las bases de datos, o el uso de las pizarras digitales o el campus virtual, *Lexnet* no se puede usar si no estás ejerciendo tu profesión porque solo el colegio profesional te permite utilizarlo; ello no puede ser un óbice para su enseñanza en las aulas e igual que se imparten conferencias sobre otros temas prácticos, es absolutamente necesario que esa competencia profesional se adquiera en la realización de los estudios universitarios de Derecho, aunque el uso efectivo se produzca en el ejercicio profesional, pero, del mismo modo se recrean juicios y ello solo puede hacerse estando colegiado, sería igualmente importante que el estudio de *Lexnet* fuera una asignatura más, parte del programa universitario.

El cambio digital hace cada vez más inviable ser un gran experto en Derecho sin dominar herramientas digitales como *Lexnet*, no podemos permitir que no adquirir estas competencias profesionales puedan dar al traste con toda la formación universitaria recibida.

*Lexnet* ha llegado para quedarse, no lo olvidemos. Así que, revisemos los programas universitarios de Derecho y Bienvenidos a *Lexnet*.



# Conclusiones

---

*Coordinador*

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

*Moderador*

MANUEL PIZARRO MORENO

1. Los trabajos presentados en esta sección abordan una problemática variada en el marco del desarrollo tecnológico del Derecho. Gran parte de ellos se refiere a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la enseñanza universitaria del Derecho en España y a las experiencias y proyectos desarrollados en los correspondientes centros. En todos ellos se pueden extraer unas conclusiones comunes, que se pueden concretar en las siguientes:

- La necesidad de distinguir entre nuevas tecnologías, metodologías docentes y contenidos docentes.
- El carácter imprescindible de las nuevas tecnologías en la enseñanza del Derecho. Desde un punto de vista general, las mismas se ajustan mejor a la sociedad actual. Desde la perspectiva puramente docente permiten aplicar con mayor eficacia el modelo de enseñanza a través de competencias establecido por el Espacio Europeo de Enseñanza Superior. Por fin, se ajustan al perfil del alumnado actual.
- Desde la perspectiva de los docentes, se advierte la falta de formación en el uso de nuevas tecnologías. El profesorado suele ser autodidacta por la falta de impartición de cursos formativos sobre el particular por parte de las Universidades.
- Es escaso el reconocimiento por parte de las Universidades y de las Agencias Evaluadoras del Profesorado del uso y aplicación práctica de la innovación docente en las enseñanzas, en este caso, de Derecho.
- Se recomienda la enseñanza de las nuevas tecnologías aplicadas al ejercicio del Derecho como asignatura propia de estos estudios.

2. Otro ámbito analizado ha sido el relativo a aspectos concretos del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Se trata, en concreto, de los problemas jurídicos derivados del ejercicio del derecho de reunión y manifestación en la forma propia de la realidad virtual. Se concluye que hoy en día el ejercicio de estos derechos es virtual y real y ya no puede entenderse sin su conexión con las nuevas tecnologías.

3. Se ha tenido en consideración también la influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial y laboral. Se ha puesto de manifiesto la existencia de nuevos modelos empresariales, de nuevos modelos de trabajo y determinando el nuevo perfil al que deberá ajustarse el trabajador.

Ante la nueva era digital, se han considerado las llamadas tecnologías disruptivas (robótica, inteligencia artificial, la nube, entre otros), como elementos en algunos casos de presente y en otros de implantación en un futuro inmediato. Se ha estimado que en el ejercicio de la abogacía no debe quedar al margen de su utilización.

Se señala la necesidad de que se adopten medidas de seguridad en aras de evitar ataques de virus en la red, y se han subrayado las medidas que ya se han adoptado a este respecto por el Consejo General de la Abogacía.

4. Se ha recalcado la utilidad del uso de *Lexnet* como plataforma de intercambio seguro de información entre los órganos judiciales y una gran variedad de operadores jurídicos. También el uso de la firma digital como elemento que acredita las actuaciones en forma segura.

5. Se ha analizado cómo debería ser la conjunción de la cibertecnología y la deontología profesional del abogado, se ha concluido que:

- Se precisa llevar a cabo una adaptación a la nueva realidad digital tanto por los abogados como por los colegios profesionales de la abogacía para preservar el cumplimiento ético del deber del secreto profesional y la confidencialidad entre abogado y cliente.
- La necesidad de adoptar medidas de seguridad en aras de evitar ataques de virus en la red.
- La legislación debe adaptarse también a la evolución indicada, ya que en este ámbito queda mucho camino por recorrer porque de momento solo existe un Proyecto Europeo de Derecho Civil sobre robótica.

6. Se ha examinado la transformación en los hábitos de consumo y en la forma de vida de los consumidores, lo cual provoca la necesidad de una intervención en el ámbito jurídico para dar cobertura a los nuevos planteamientos

empresariales de la era digital. El estudio se ha concretado en las formas de influir en los mercados digitales. En tal sentido se ha estimado que:

- La reglamentación no ha sido satisfactoria.
- Como se trata de un mercado internacional, la regulación deberá tener esta naturaleza.
- La normativa debería tener eficacia en los diferentes Estados.

7. Las conclusiones sectoriales o parciales expuestas dejan entrever un trasfondo común que afecta no solo al ámbito del ejercicio y desarrollo del Derecho, sino que también incide en la sociedad actual en general. Se ha advertido que estamos ante un cambio tecnológico que nos lleva a una transformación digital y a una reforma social. Las nuevas tecnologías van a irrumpir prácticamente en todos los ámbitos de la sociedad y, por consiguiente, estarán presentes en la vida diaria de las personas. Todo ello necesitará de una adaptación social y también jurídica para poder hacer frente y dar cobertura legal a tal cambio cultural. En tal sentido, se deberá seguir una formación continua para evitar que se produzcan desajustes sociales entre personas adaptadas a la nueva era digital y las que no lo estén.

8. El rápido desarrollo de las tecnologías producido en los últimos veinte años ha provocado que el ordenamiento jurídico no parezca ser suficientemente ágil y flexible para ordenar adecuadamente situaciones producidas por tecnologías que se aplican ya de forma diaria: criptomonedas, vehículos autónomos, patentes sobre formas de vida, *smart contracts*, drones o robotización del trabajo.

9. Las situaciones mencionadas afectan a todos los ámbitos de la sociedad y del Derecho, que aparece tensionado por el impacto que sobre las relaciones jurídicas tienen las novedades tecnológicas. La capacidad de respuesta efectiva de los ordenamientos jurídicos se pone a prueba, no siempre de manera satisfactoria.

10. Los desarrollos tecnológicos obligan al profesional del Derecho a adaptar la forma en la que realiza su trabajo, dado que la tecnología puede mejorar los procesos de ejecución de las tareas del jurista, permitiéndole realizar su labor de manera más efectiva.

11. Los despachos de abogados están en un momento en el que han de enfrentar su mejora y profesionalización, dados los grandes retos que el mercado de servicios jurídicos plantea. Los retos del mercado pueden resumirse en:

- a) Cambios del mercado: nuevas tendencias de consumo, basadas en el comercio electrónico.

- b) Cambios en las tareas del abogado: en los despachos, a la tarea diaria de asesoramiento jurídico se ha unido la de gestión y optimización del despacho, que pasa a ser concebido cada vez más como una empresa.
- c) Transformación digital: la digitalización conlleva la posibilidad de utilización de formas de trabajar más ágiles y flexibles.

12. Estos cambios suponen una transformación estructural del mercado de servicios jurídicos. Aquellos despachos que sepan diferenciarse, que puedan dedicar más tiempo a tomar las mejores decisiones, reduciendo los tiempos invertidos en tareas que aportan menos valor y en las que la tecnología puede ayudar, serán los que permanezcan en el mercado y obtengan crecimiento.

13. Las tecnologías aplicadas convenientemente ofrecen tanto una mayor eficiencia operativa como una fuerte reducción de costes, posibilitando la especialización del personal y la plena dedicación a tareas de mayor valor añadido.

14. Las tecnologías de gestión de servicios jurídicos actuales se integran en el proceso de trabajo del despacho, permitiendo que el abogado dedique más tiempo a la estrategia jurídica que a la gestión de tareas rutinarias, de manera que conceptos como movilidad, seguridad y productividad serán claves en la integración de tecnología en los despachos.

15. Las tecnologías jurídicas simplifican el proceso de trabajo del abogado, dado que: integran de forma simple de la función intelectual del asesoramiento con la de gestión del despacho; permiten la digitalización de los expedientes, facilitan la movilidad y garantizan la incorruptibilidad de los datos; mejoran el rendimiento y la rentabilidad del despacho, porque simplifican procesos y eliminan tareas que no aportan valor; la interconexión permite el paso fluido de una fase de trabajo a la siguiente. Esa interconexión permite una linealidad del proceso de trabajo; aceleran la gestión de búsqueda documental, dotando de valor añadido al trabajo de asesoramiento jurídico propiamente dicho del profesional, que se realiza más rápido y con un mayor índice de acierto y de pertinencia; igualan la disponibilidad de recursos entre trabajadores; y permiten la incorruptibilidad de los datos con los que se trabaja pues están depositados en repositorios accesibles online.

16. Las firmas de abogados se están reforzando en los aspectos de gestión, aumentando su enfoque a procesos y tecnología. Esto requiere que el profesional que se incorpora al despacho sea un usuario avanzado de la tecnología disponible y las universidades, por tanto, puesto que han de formar al futuro profesional de forma completa, han de incluir en sus programas asignaturas que formen al alumno en los mencionados aspectos.

17. La adaptación a las tecnologías digitales disponibles hoy en día por parte de los profesionales del Derecho, tanto de los que están cursando su periodo formativo en la universidad como de los que ya forman parte de los equipos de los despachos profesionales, es esencial. Para unos, porque les permitirá entrar al mercado laboral con garantías; para otros, porque realizarán su trabajo de forma eficiente y más efectiva.

18. Sin embargo, hoy en día las posibilidades que brindan las herramientas tecnológicas están muy lejos de ser aprovechadas de forma completa por los profesionales del Derecho. No se conocen todas las potencialidades que estas ofrecen, y generalmente nos encontramos con que los profesionales podrían sacar mucho mayor partido de las herramientas de las que disponen, sin mencionar aquellas de las que no disponen pero que ya existen y pueden contratar en el mercado. En definitiva, queda aún mucho margen de mejora en la digitalización del jurista.

# Sección 3

*Ponente*

D. ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

*Coordinador*

D. ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS

*Moderador*

D. RAMIRO MORENO BALDIVIESO

# **Ponencias**

---



# Globalización y Derecho Mercantil

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

*Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España*

SUMARIO: 1. *La nueva problemática jurídica que plantea la intensificación del tráfico económico privado.* 2. *La globalización y el Derecho Mercantil tradicional.* 3. *Significado de la referencia de la globalización al Derecho Mercantil.* 4. *Código Civil y Código Mercantil.* 5. *Derecho Civil, Derecho Mercantil y unificación del Derecho privado.* 6. *Unidad del mercado y Código Mercantil.* 7. *La protección de los consumidores y el Derecho Mercantil.* 8. *La progresiva uniformidad de la legislación mercantil.* 9. *La experiencia de la Unión Europea.* 10. *Las materias diversas del Derecho Mercantil.* 11. *Organismos internacionales.* 12. *Modalidades de cambio por Derecho blando (softlaw).* 13. *Internet y el comercio electrónico.*

## 1. LA NUEVA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE PLANTEA LA INTENSIFICACIÓN DEL TRÁFICO ECONÓMICO PRIVADO

La intensificación del tráfico económico privado a nivel internacional ha dado lugar al estudio de los problemas que esa realidad plantea al Derecho Mercantil.

A esa evolución extraordinariamente rápida de la realidad económica se hace referencia con el término «globalización» que viene a expresar que la nueva problemática del tráfico económico puede entenderse como un proceso en trance de realización, que está teniendo lugar en la práctica, y que constituye una tendencia con límites y características sin una clara delimitación.

Importa, por tanto, considerar el término «globalización» como un fenómeno en trance de realización, que se vincula, en todo caso, a la intensificación del tráfico económico privado a nivel internacional.

En la medida en que la «globalización» se refiere al tráfico económico privado a nivel internacional, es obvio que ese proceso se tiene que estudiar vinculado a la problemática que plantea la regulación legal vigente para el tráfico económico, puesto que esa regulación tiene que referirse a las normas vigentes en cada país, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Y esas normas que se relacionan sin la regulación del tráfico económico internacional cabe denominarlas en su conjunto, con un término como «Derecho Mercantil», que se relaciona sin la menor duda con la regulación del tráfico económico tanto a nivel nacional como internacional, aunque su delimitación no pueda establecerse con seguridad tanto a nivel nacional como internacional.

Nos encontramos por lo tanto en una situación paradójica que consiste en relacionar dos realidades importantes, pero que no están claramente delimitadas, y que están en proceso de realización y de cambio.

Un factor muy significativo consiste, por tanto, en considerar qué relación puede establecerse entre ese proceso económico que denominamos «globalización» y el Derecho vinculado al mismo, tanto Derecho nacional como Derecho internacional que puede denominarse «Derecho Mercantil»<sup>1</sup>.

Como realidad fundamental en la vinculación del Derecho al tráfico económico internacional debe tenerse muy en cuenta, que las normas aplicables al mismo serán en gran medida normas de Derecho interno de los Estados que se relacionan, normas que variarán en gran medida en cada Estado. Nos encontramos, por tanto, con que la noción del Derecho Mercantil hace referencia, por una parte, a las normas internas de los distintos estados y por otro a los instrumentos que a nivel internacional se han establecido precisamente para facilitar el tráfico económico internacional.

Procede, por tanto, hacer referencia a la situación actual, pero también a los procesos en curso para conseguir una mayor uniformidad entre la regulación establecida en cada país y a las técnicas que pueden utilizarse para facilitar los procesos tendentes a facilitar la regulación legal del tráfico económico internacional privado.

La «globalización» supone la superación de las fronteras nacionales por el desarrollo, muy acelerado en los últimos tiempos de la actividad económica privada<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: El Derecho Mercantil en el Siglo XXI, La Ley, n.º 2646, Madrid, 26 de diciembre de 1990

<sup>2</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: Globalización Económica y Derecho mercantil, Festividad de San Raimundo de Peñafort, 25 de enero de 2002, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, p. 33.

Esa expansión de las relaciones económicas, superando las dificultades planteadas por las fronteras nacionales se debe fundamentalmente a la liberalización generalizada de los intercambios, entre los que destacan los flujos de capitales, la incidencia de las nuevas tecnologías, especialmente en el ámbito de la comunicación y los transportes, y las innovaciones de la organización productiva<sup>3</sup>.

El incremento en las operaciones económicas internacionales se relaciona además con la ampliación de los objetos sobre los que se puede negociar. En efecto, las relaciones económicas internacionales se han referido tradicionalmente al comercio de bienes materiales, pero en los últimos tiempos los objetos sobre los que se puede negociar, tanto en el ámbito nacional como internacional, son objetos desmaterializados, como son los servicios o los denominados bienes inmateriales.

## 2. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO MERCANTIL TRADICIONAL

Al incrementarse de forma extraordinaria las actividades económicas privadas surge el problema de aplicar una normativa que facilite esas operaciones. Eso significa que la regulación legal de esas transacciones internacionales tiene que ser segura, sencilla y fácil de ejecutar.

Esas exigencias no se cumplen en la regulación tradicional, que resulta en general excesivamente complicada para la rapidez con que se opera hoy día en el tráfico económico.

En primer lugar, para las operaciones internacionales, hay que tener en cuenta que pueden aplicarse, según los casos, las normas nacionales de los Estados que tengan relación con la operación que se realiza. Así pues, en primer término hay que aplicar las normas de Derecho internacional privado, para determinar qué regulación nacional es aplicable al caso controvertido. La determinación no suele ser sencilla, pero es esencial, puesto que las distintas legislaciones aplicables serán distintas y, por tanto, el ordenamiento al que se sujete el supuesto de hecho variará según establezca la norma conflictual.

Este primer paso que da lugar a la determinación del ordenamiento aplicable implica, además, un cierto grado de inseguridad, dato este fundamental en el tráfico internacional, puesto que las distintas disposiciones que podrían aplicarse serán distintas por pertenecer a ordenamientos nacionales diversos.

---

<sup>3</sup> GARCÍA-CRUCES, ob. cit. 2, p. 11.

Ciertamente, sería deseable, para facilitar las operaciones económicas internacionales, que desde el primer momento se pudiera conocer cuál sea la regulación aplicable, lo que se conseguiría si los distintos ordenamientos aplicables tuvieran las mismas normas; esto es, si fuera aplicable una regulación legal supranacional, como por ejemplo, un Tratado internacional, o si las disposiciones legales de los estados relacionados con la operación económica tuvieran el mismo contenido. Es decir, que en la medida en que se dé un contenido uniforme a las legislaciones nacionales se estará facilitando e impulsando el tráfico económico internacional.

### 3. SIGNIFICADO DE LA REFERENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN AL DERECHO MERCANTIL

La referencia de la «globalización» al Derecho Mercantil tiene sentido por cuanto cabe considerar que bajo esa expresión se pretende incluir las normas que rigen las operaciones internacionales privadas de carácter económico. De esta forma se viene a hacer referencia a una normativa que no está delimitada de la misma manera en los distintos estados. Se trata, por lo demás, de una denominación que hace relativamente poco que ha comenzado a utilizarse.

Históricamente se ha hecho referencia a los Códigos de Comercio, entendiendo el término «comercio» en sentido estricto, esto es, referido a la actividad de intermediación en las operaciones sobre bienes materiales, considerados como «mercancías».

No siempre se ha considerado que deba distinguirse entre el Derecho Civil y el Derecho regulado por normas distintas, las que se refieren al comercio.

Así pues, se plantea una realidad jurídica que varía de país a país en el sentido de diferenciar la regulación legal aplicable a las relaciones comerciales. Es por ello tradicional la discusión sobre la justificación de distinguir frente a la legislación civil, integrada en el Código Civil, un Código de Comercio. Y se pone de manifiesto una importante evolución que no es solamente lingüística, sino que afecta a la sustancia de la regulación, al sustituirse la referencia al Derecho Comercial por la expresión «Derecho Mercantil».

Es importante recordar que en algunos casos no solo coexisten un Código Civil y un Código de Comercio, sino que este último se promulgó antes que el Código Civil, con el fin de que rigieran unas mismas normas en el mercado nacional, ofreciendo una regulación que era indispensable para asegurar la unidad del mercado.

#### 4. CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO MERCANTIL.

Se discute en la actualidad la justificación de mantener una legislación mercantil frente a la legislación civil; más concretamente la razón de existir un Código Mercantil frente al Código Civil. Así puede comprobarse cómo en algunos países como Italia y Holanda existe un solo Código Civil en el que se integran las normas mercantiles. Y en base a esa realidad se mantiene que esa integración de normas civiles y mercantiles en un mismo código supone la realización de la deseable «unificación del Derecho privado».

Pero ese planteamiento es totalmente discutible, existiendo razones importantes que justifican que junto a las disposiciones del Derecho Civil es conveniente establecer las normas mercantiles también codificadas.

#### 5. DERECHO CIVIL, DERECHO MERCANTIL Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Frente a la coexistencia de un Código Civil y otro Código Mercantil se ha defendido con gran énfasis, que una meta a conseguir consiste en la unificación del Derecho privado. Se considera que la promulgación de un Código Mercantil sería por ello inadmisibile, en la medida en que impediría la realización de un paradigma fundamental que consiste precisamente en esa unificación del Derecho privado.

Ocurre, sin embargo, que si se examina cuidadosamente el significado y las consecuencias de la denominada «unificación del Derecho privado», se llega a la conclusión de que la unificación «del Derecho privado» hace referencia a un planteamiento formal, no a un planteamiento sustantivo.

En efecto, la unificación implica que se incorporan todas las normas de Derecho privado al mismo texto legal; pero dentro de ese texto se incluyen normas distintas para los supuestos de Derecho Civil y otras especiales para los casos que presentan características típicas del Derecho Mercantil.

Las normas mercantiles, cuando se integran en un Código Civil, tienen que determinar los requisitos que caracterizan el supuesto mercantil puesto que regulan supuestos especiales frente a la regulación general del Derecho Civil.

En cuanto a los sujetos, evidentemente no es lo mismo la diligencia exigible del buen padre de familia y la que se exige como propia del empresario. Por ello, según se de uno u otro supuesto, habrá que aplicar normas diferentes aunque formalmente estén dentro de un mismo texto legal.

La unificación formal hace referencia a la integración de todas las normas de Derecho privado en un mismo texto legal; pero lo que no puede ignorarse es que las normas que se refieren a supuestos característicos de la legislación mercantil, tienen que establecer reglas diferenciadas de las que rigen con carácter general en el Código Civil, precisamente porque el supuesto de hecho que se regula no es el general contemplado por el Derecho Civil.

Si no hay unificación formal, la distinción entre normas de Derecho Civil y normas de Derecho Mercantil se establecerá por la diferencia entre los dos Códigos.

Pero esa misma diferencia en la regulación legal se produce cuando se han integrado todas las normas dentro de un mismo Código Civil. Aunque las normas en cuestión están dentro de un Código Civil, sin embargo su contenido normativo es distinto al general, y tiene que adaptarse al supuesto especial que se regula.

Tan general es el Derecho Civil como el Derecho Mercantil. Lo que les distingue, no es la supuesta generalidad, sino la existencia de situaciones de hecho en la realidad que tienen que ser reguladas adecuadamente, sin que se puedan aplicar normas que no están pensadas para la problemática que se pretende resolver.

Así ocurre que en un Código Civil unificado hay que introducir normas mercantiles, esto es, normas que tienen características diferenciadas de las normas generales de Derecho Civil, y además el contenido de esas normas tiene que ser diferente de las normas de carácter general que se incluyan en el Código.

Lo que distingue las normas civiles de las mercantiles no es la supuesta generalidad, sino la existencia de un supuesto de hecho que tiene que ser regulado adecuadamente, sin que se puedan aplicar normas que no están pensadas para la problemática que se pretende resolver.

Cuando existe una unificación, hay que seguir considerando aparte las normas que regulan supuestos especiales de la realidad.

La ventaja de mantener dos Códigos consiste en que en el Código Mercantil todo su contenido normativo está pensado para solucionar cuestiones que presentan elementos de diferenciación frente al Código Civil.

En un Código Mercantil habrá que establecer las normas sobre la diligencia que se exige con carácter general para todos los que se dedican profesionalmente al tráfico económico.

Las disposiciones sobre cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones no pueden ser las mismas que rigen para los individuos en su vida privada; no se puede prescindir de las sanciones que son típicas del tráfico mercantil, pero que resultan imposibles de aplicar en la relación entre las personas privadas. Piénsese, por ejemplo, en las normas que regulan las garantías, el servicio post venta, o la entrega de bienes de sustitución. Las disposiciones que regulan esas materias son claramente aplicables con carácter general dentro de la regulación de un Código Mercantil; pero no podrían ser aplicables cuando se relacionen con personas que actúan en su vida privada.

En definitiva, por tanto, la distinción entre las reglas que deben regular la actuación general de los ciudadanos no puede ser la misma de las aplicables a la vida privada, sino que tienen que sujetarse a la necesidad de regular las situaciones de hecho de acuerdo con la naturaleza de las cosas.

## 6. UNIDAD DEL MERCADO Y CÓDIGO MERCANTIL

Así pues, la existencia de un Código Mercantil está perfectamente justificada, en la medida en que su contenido sirva para asegurar la unidad del mercado.

En efecto, en la Constitución se impone la exigencia de mantener la unidad de mercado en el artículo 139, apartado 2. Y para conseguirlo se ha atribuido al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149.1.1.6.<sup>a</sup>). Así pues, la «legislación mercantil» constituye una categoría constitucional a la que se vincula el mantenimiento de la unidad de mercado<sup>4</sup>.

Evidentemente esa unidad del mercado, para la que sirve la existencia de un Código Mercantil, significa que la determinación del mercado desde el punto de vista económico y político es el ámbito en el que deben regir las mismas normas jurídicas privadas, que son en el aspecto económico, las disposiciones de carácter mercantil.

Por eso la integración de diversos territorios en mercados supranacionales condiciona la regulación mercantil aplicable. Esto significa que la integración de distintos mercados nacionales en un mercado supranacional más amplio exigirá el establecimiento de unas normas aplicables en todo el mercado, para lo cual habrá sido necesario proceder al establecimiento de una regulación mercantil unificada.

---

<sup>4</sup> OLIVENCIA RUIZ, Manuel: De nuevo, la lección primera sobre el concepto de la asignatura, Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1999, p. 30.

ROJO, Ángel: El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado, Revista de Derecho mercantil 291, enero-marzo 2014, p. 127 a 142.

Por lo demás, la nueva denominación «legislación mercantil» o «Código Mercantil», que sustituye a los tradicionales códigos de comercio, se manifiesta como un cambio esencial; se abandona la expresión «Código de Comercio» sustituida por «legislación mercantil», que se vincula a la unidad del mercado en el que se pretende que rijan las normas de Derecho privado y comprende todas las operaciones privadas de carácter económico que se realicen en el mercado, incluyéndose una ampliación fundamental de los sujetos relevantes por su participación habitual en el tráfico económico. Así ocurre que las normas que establecen el «estatus» de quienes actúan habitualmente en el mercado, se aplican no solo a los comerciantes, sino a los empresarios en general. Y dentro de la legislación mercantil se incluyen las operaciones que realizan en el mercado los que en la terminología actual se denominan «operadores económicos» u «operadores de mercado»<sup>5</sup>.

## 7. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y EL DERECHO MERCANTIL

La vinculación del Derecho Mercantil a las operaciones de mercado realizadas por los operadores de mercado tiene que tener en cuenta otra cuestión de la mayor importancia; me refiero al que podríamos denominar nuevo Derecho de los consumidores. La aparición de este nuevo planteamiento incide, sin duda, en la regulación legal de las operaciones de mercado, puesto que aparece un principio legal de gran trascendencia como es el de protección de los consumidores.

La protección de los consumidores se manifiesta fundamentalmente por la imposición de normas imperativas para hacer efectiva esa protección. Esas normas imperativas tratan de equilibrar la posición de las partes en la relación que las vincula, esto es, la posición del operador del mercado por una parte y la del consumidor por otra.

El factor fundamental para proteger a los consumidores es el establecimiento de normas imperativas en su favor, frente a los operadores de mercado.

Ahora bien, ese nuevo Derecho imperativo tiene que respetarse, pero ello no significa que las operaciones a las que afectan tengan que excluirse del ámbito del Derecho Mercantil.

Son dos cuestiones distintas las que se plantean y son perfectamente compatibles.

---

<sup>5</sup> OLIVENCIA, ob. cit., p. 31 y 43.



Las operaciones que hacen los operadores del mercado con los consumidores, son parte del Derecho Mercantil, puesto que son precisamente las relaciones en las que una parte es operador del mercado actuando como tal, las que están sujetas a las normas imperativas favorables a los consumidores. Ello no impide que siendo operaciones sujetas al Derecho Mercantil tengan que respetar las normas imperativas del que se ha denominado también como Derecho de Consumo.

Así pues, las relaciones a las que se tienen que aplicar las normas imperativas de protección de los consumidores, tienen que ser relaciones de Derecho Mercantil, lo cual no excluye en absoluto la necesaria aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho de consumidores.

## 8. LA PROGRESIVA UNIFORMIDAD DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

Como puede apreciarse, la relación entre la globalización y el Derecho Mercantil plantea una problemática muy compleja. Por un lado ocurre que ninguno de los dos términos puede definirse y delimitar su contenido de manera que sea aceptada con carácter general por la doctrina y, además, esas dos nociones se vinculan a unas circunstancias que están cambiando rápidamente, tanto en lo referente a la globalización, en el aspecto de la realidad económica, como en lo relativo al Derecho Mercantil cuya delimitación y contenido experimentan cambios continuos.

Ante esta realidad tan cambiante, el jurista tiene que enfrentarse a una problemática global considerando cómo puede contribuir a una evolución que dé lugar a una regulación que proporcione los cambios necesarios para facilitar soluciones a los operadores de los mercados, soluciones que deben ser adecuadas a las nuevas circunstancias que se van perfilando y tienen que ofrecer el marco de una seguridad indispensable para quienes operan en el tráfico económico y en el mercado.

Junto a la globalización que supone una intensificación de las operaciones económicas privadas se plantea, por tanto, la necesidad de facilitar ese proceso económico, lo cual implica que rijan normas sustancialmente iguales para los negocios similares que se realicen en el mercado.

Partiendo pues de una realidad en la que predominan las legislaciones nacionales, parece imprescindible impulsar el paso a una situación, en que esas legislaciones sean sustituidas por textos legales supranacionales o por textos legales que establezcan la misma regulación, al incluirse un texto uniforme, aunque sigan siendo legislación nacional.

La labor a realizar consiste por tanto en impulsar la vigencia de unas normas sustancialmente iguales, sean nacionales o supranacionales, que estén establecidas para su aplicación a las operaciones privadas de carácter económico que tengan lugar en el mercado.

Esto implica tratar de impulsar una legislación mercantil vinculada, como tal, a la solución de la problemática jurídica que planteen las novedades a que dé lugar la progresiva globalización.

Esa progresiva uniformidad en la legislación mercantil se puede conseguir por medios muy diversos.

En primer lugar porque los cambios de carácter político, que tengan por efecto la integración en un solo mercado de varios mercados nacionales imponen la modificación de los ordenamientos jurídicos nacionales para que en todo el nuevo mercado pueda operarse sin problemas que puedan derivar de la relación de las operaciones de que se trate con otras de otros países integrados en un mercado ampliador.

En esos casos, la integración de un nuevo mercado exige la vigencia de una misma normativa para el mercado, pero no es sencillo el proceso para conseguir esa finalidad.

## 9. LA EXPERIENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Buen ejemplo de las dificultades mencionadas se encuentra en la experiencia que ha dado lugar a la Unión Europea.

Como es sabido la creación de la que empezó a denominarse «Comunidad Económica Europea» tenía por objeto integrar un único mercado del que formarían parte los mercados de los Estados firmantes. Evidentemente ese mercado único tenía que estar soportado por normas directamente pensadas para asegurar el mercado común. Esas normas imponían la regulación legal que prohibía que los Estados adoptaran medidas para mantener la compartimentación de los mercados y establecían las normas legales, de vigencia inmediata, para proteger la libre competencia en el nuevo mercado.

Era, sin embargo, evidente que para la existencia y operatividad del mercado común parecía imprescindible la creación de un nuevo ordenamiento jurídico constituido por unas mismas disposiciones con vigencia en todo ese nuevo mercado, de manera que la uniformidad de las normas comunitarias rigieran en todo el mercado.

Pero era indudable que del día a la noche no se podía crear e imponer un ordenamiento jurídico nuevo. Se ha producido así un proceso largo y difícil para conseguir la vigencia de normas comunes para todos los Estados. Se ha desarrollado así una labor continuada para crear un Derecho Mercantil que rijan para todas las operaciones económicas privadas que tengan lugar en ese mercado. Esa tarea se ha llevado a cabo por cauces distintos; por una parte imponiendo normas de aplicación directa, normas que se incorporan a los tratados o se imponen como Reglamentos; y otras normas que no son de aplicación directa, sino que obligan a los Estados miembros a incluir como normas jurídicas nacionales las disposiciones que se integran en las directivas. Por medio de las directivas se consigue, por tanto, que aun subsistiendo los ordenamientos jurídicos nacionales, estos contengan la misma regulación. Se logra así la necesaria uniformidad de las normas legales que exige el nuevo mercado.

Este proceso que va imponiendo unas normas legales uniformes aplicables a las operaciones económicas privadas da lugar a una larguísima transición. Por una parte, las decisiones de dictar Reglamentos o Directivas sobre temas determinados, no se adoptan conforme a un plan previamente establecido, sino atendiendo a prioridades políticas, de manera que las materias que son objeto de regulación no forman un conjunto sistemático. Y, por otra parte, no suele ser sencilla la integración en los ordenamientos jurídicos nacionales de una manera coherente de las nuevas normas, porque estas tienen que operar sobre ordenamientos jurídicos preexistentes, con largas tradiciones; y no es posible, a menudo, organizar de manera coherente la subsistencia de los dos ordenamientos que están vigentes de manera simultánea.

Importante resulta, además, el establecimiento de un sistema jurisdiccional que vincula a un Tribunal de Justicia de la UE la interpretación inapelable de las normas integradas en el ordenamiento jurídico comunitario.

## 10. LAS MATERIAS DIVERSAS DEL DERECHO MERCANTIL

En otro aspecto hay que tener en cuenta que la legislación mercantil comprende materias muy diversas que exigen, para su uniformidad, tratamientos distintos.

Las partes más significativas que deben considerarse a efectos de establecer la necesaria uniformidad en la legislación aplicable son, en primer término, los sujetos constituidos para operar en el mercado, siendo una parte fundamental la regulación de los sujetos societarios, esto es, la regulación del Derecho de sociedades mercantiles. Otra parte importante es la que se dedica a los

títulos-valores, y, por supuesto, las normas aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles. A estas partes hay que incorporar ya la regulación del Derecho de la Competencia, y vinculado a esta el conjunto de normativas referente a la propiedad industrial y al Derecho de Autor.

No parece dudoso que cada una de esas partes del Derecho Mercantil exige un tratamiento distinto, vinculado a las peculiaridades que caracterizan a las diversas instituciones. Estos conjuntos normativos que se vinculan a realidades diversas también tienen que considerarse a la hora de promover la uniformidad legislativa a nivel internacional.

Así ocurre que los Tratados internacionales que forman parte de la legislación mercantil pueden ser de carácter general, esto es, aplicable a todas las materias objeto de regulación, o puedan referirse solamente a partes concretas de las operaciones mercantiles. Esta última posibilidad juega un papel muy importante en la práctica, puesto que siempre resulta más fácil y más útil establecer una regulación para una parte concreta de la realidad económico-privada, que no tratar de establecer las mismas normas para realidades diferentes.

De hecho existen tratados internacionales que regulan materias sectoriales. Es el caso de los Tratados internacionales sobre compraventa mercantil o sobre transporte en sus diversas modalidades. No puede ignorarse, sin embargo, que los avances en el Derecho Mercantil sectorial han de enfrentarse a dificultades específicas. Tal ocurre por cuanto las conferencias internacionales son difíciles de organizar y los textos que se acuerdan están sujetos a la necesaria ratificación de los Estados, ratificación que se produce en general al cabo de un período de tiempo que suele ser muy largo.

Otro factor que suscitan los Tratados internacionales se refiere a las diversas maneras de incorporarse a la legislación de los estados que los ratifican. Junto a los estados como España, en los que una vez ratificado el Convenio, se publica en el Boletín Oficial del Estado, y desde entonces rige como parte de la legislación vigente. Pero en otros estados no rige el texto del Tratado una vez ratificado, sino que ha de aprobarse una ley que incorpora el Convenio a la legislación vigente, pero no el texto mismo del Tratado, sino el texto tal como resulte de lo dispuesto en la Ley de incorporación.

## 11. ORGANISMOS INTERNACIONALES

En cualquier caso hay que hacer notar que la aprobación de Tratados internacionales que regulan materias integradas con las operaciones económicas de Derecho privado exigen una labor preparatoria muy intensa de consultas

entre los estados que promueven el texto que ha de someterse a su discusión en las conferencias internacionales.

La labor de preparar textos para su inclusión en Convenios internacionales es de la mayor importancia. De esta actividad se ocupan desde perspectivas diferentes tres organismos intergubernamentales que son la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, UNCITRAL (en sus siglas españolas CNUDMI) que es el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil internacional, y UNIDROIT, creada ya en el año 1926, que estudia los métodos para modernizar y coordinar el Derecho privado, en particular el comercial. Una obra especialmente importante de UNIDROIT, para su uso por los operadores de mercado, son los «Principios de los contratos comerciales internacionales» de UNIDROIT que no son normas legalmente aplicables, pero que tienen trascendencia, por cuanto los operadores pueden adoptar esos textos de manera que rijan las relaciones contractuales con las modificaciones que estimen convenientes por la voluntad de las partes.

Dado que los tres organismos mencionados contribuyen a establecer textos relacionados con las actividades de los mismos en el mercado, pero desde puntos de vista diferentes, es por lo que les ha llegado a llamar «las tres hermanas».

La aportación de esos organismos se realiza en textos concretos para una materia, de manera que el resultado de la misma sea la regulación de una institución con un problema determinado. No producen, sin embargo, textos globales de Derecho Mercantil.

La objetivación como normas que pueden utilizarse por los operadores de mercado se produce también por la actuación de organismos que actúan para poner de manifiesto el sentido que suele atribuirse a expresiones acuñadas en el tráfico. Así ocurre con los Incoterms<sup>6</sup>, que son fundamentales en la práctica, por cuanto las expresiones que se utilizan tienen un significado acuñado en el tráfico, pero que pueden ser utilizadas con un sentido diverso en virtud de la libertad de contratación que tienen las partes.

En esta materia, la STJCE, de 9 de junio de 2011 (TJCE 2011, 16), hizo la siguiente declaración:

*«Los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio internacional que definen y codifican el contenido de determinados términos y cláusulas utilizados habitualmente en el comercio internacional, tienen un reconocimiento y un uso práctico particularmente elevado».*

<sup>6</sup> GARCÍA-CRUCES, ob. cit., p. 67.

## 12. MODALIDADES DE CAMBIO POR DERECHO BLANDO (SOFT LAW)

Como puede comprobarse, son diversas las vías a través de las cuales se va incidiendo en la adaptación de una misma regulación legal a las operaciones o supuestos de economía internacional privadas.

La progresiva uniformidad de distintas partes del Derecho Mercantil a nivel internacional se puede conseguir por medios de técnica jurídica de diversa naturaleza. Estos medios son muy distintos, y por lo tanto, deben ser conocidos y estudiados, puesto que a través de todos ellos se puede desarrollar el Derecho Mercantil que rige en la práctica.

El Derecho Mercantil está integrado por disposiciones que tienen la fuerza coercitiva para que se imponga su cumplimiento. Ya se han visto los problemas que se plantean para llegar a establecer esas normas cuyo respeto se impone a quienes participan en el tráfico económico internacional.

Precisamente por esa dificultad que surge para implantar las normas jurídicas obligatorias ha hecho que se considere muy útil la posibilidad de desarrollar las disposiciones que contribuyan a promover los cambios que se consideren necesarios, pero que difícilmente pueden incluirse como parte de Derecho Mercantil al que se han de someter los operadores de mercado.

Así ocurre que en los últimos tiempos se ha extendido la idea de que pueden crearse textos que regulan las distintas instituciones sin que esos textos sean Derecho en sentido estricto, puesto que no se imponen a las partes.

Este ámbito de creación de disposiciones no imperativas, se denominan con la expresión «softlaw» esto es Derecho blando<sup>7</sup>, que es propio de la forma de actuar de los países anglosajones.

Así se establecen regulaciones que se relacionan con el Derecho Mercantil, que no se imponen como Derecho imperativo, sino que se ofrecen esos conjuntos normativos para que puedan ser utilizados voluntariamente por los operadores de mercado. Su implantación en el mercado se produce porque son conjuntos normativos que son puestos a disposición de los operadores de mercado para que puedan aplicarlos voluntariamente. Son regulaciones que se establecen en el ámbito privado para que sean utilizados voluntariamente por los operadores de mercado; y se supone que pueden aplicarse voluntaria-

---

<sup>7</sup> EMBID IRUJO, José Miguel: Aproximación al significado actual del Derecho Mercantil en Europa, Revista Jurídica del Notariado n1 100-101, octubre, 2016-marzo, 2017, p. 428.

mente porque están bien concebidos por los sectores interesados en las cuestiones de que se trata; es la bondad de la regulación que se publica la que debe impulsar o la aplicación de esas disposiciones.

Se trata de aportaciones que hacen personas y entidades para impulsar el progreso de la regulación legal, pero que no obligan como con las disposiciones legales.

Ese «softlaw» suele ofrecerse como leyes modelo, o códigos de conducta<sup>8</sup>.

Estas formas de poner a disposición de los operadores de mercado regulaciones privadas que pueden ser más útiles para las partes que las utilizan, permite impulsar un mejor desarrollo que se cumple voluntariamente y que a menudo termina siendo objeto de Derecho propiamente dicho, en cuanto es frecuente que el legislador convierta en Derecho en sentido propio, regulaciones privadas que se consideran que deben constituir normas jurídicas de Derecho Mercantil.

Dado que el *softlaw* es creación de los operadores del mercado, puede ocurrir, y eso no debe olvidarse, que lo acordado entre los operadores no pueda administrarse por constituir restricciones que alteren la libre competencia en el mercado.

Aun sin necesidad de publicar leyes modelo o códigos de conducta, la práctica diaria de los operadores económicos supone la creación de modalidades diversas de operar en el mercado, que tienen efecto entre las partes que intervienen en la operación, pero además, al ser frecuente que los operadores económicos se inspiren en precedentes que se utilizan en casos anteriores, llegan a incidir en la práctica que se desarrolla en el mercado, y esa doctrina puede incidir en las prácticas del mercado, pudiendo llegar a constituir Derecho en sentido propio por llegar a ser uso que se integra, como es sabido, entre las fuentes del Derecho reconocidas como Derecho objetivo.

### 13. INTERNET Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO

No puede omitirse la mención de la incidencia de internet con referencia a las relaciones que se establecen en el mercado.

En efecto, las nuevas tecnologías de la comunicación han sido utilizadas rápidamente para promover operaciones comerciales y económicas de todas clases. Ha surgido así una nueva realidad que es internet, realidad que se ha configurado rápidamente como un mercado que no conoce fronteras y que se

---

<sup>8</sup> GARCÍA-CRUCES, ob. cit. p. 45

extiende a todo el mundo. Es, por lo tanto, un mercado global. Y este mercado crea una situación sin precedentes, que se desarrolla rápidamente y que exige que se ofrezcan soluciones nuevas y efectivas<sup>9</sup>.

Lo primero que se pone de manifiesto es que internet funciona como un mercado, y por ello establece la doctrina que en ese nuevo mercado son aplicables las normas que rigen con carácter general las actuaciones en el mercado.

La implantación de internet tiene un efecto perverso, puesto que dada la expansión de las redes informáticas a todo el planeta se suscita la idea de que se vive ya un mercado globalizado, lo cual es cierto solo en parte y por ello es exagerado pensar que han desaparecido los mercados locales y solo hay un mercado global, lo cual no es cierto, sino engañoso.

Es posible y habitual la realización de contratos por vía electrónica. El problema de esa expansión de internet consiste en que a la hora de ejercitar los derechos que corresponden a una de las partes que ha contratado, tiene el obstáculo a veces insuperable, de tener que acudir a la aplicación del Derecho extranjero y ejercitar los derechos derivados del contrato ante foros extranjeros que plantean muy pocas posibilidades de obtención de resoluciones justas y eficaces.

Además, es necesario tener en cuenta que junto a la contratación normal a través de internet, entre dos partes que negocian y llegan a establecer una relación contractual, existe otra modalidad de contratación por internet que tiene lugar mediante la simple pulsación de teclas (click). Esta última modalidad de contratación exige la aplicación de normas que tienen carácter imperativo, para asegurar el respeto debido a los intereses de quien decide contratar de esta manera automatizada. En estos casos las normas que se imponen con carácter imperativo son realmente disposiciones pensadas para la protección de los consumidores, que son en definitiva los que acuden a la realización de los contratos por este sistema automatizado.

No debe olvidarse, por lo demás, la extraordinaria relevancia que tiene la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, puesto que a través de sus sentencias se va actualizando y adaptando a las nuevas circunstancias de la situación de hecho las disposiciones legales oportunas.

No puede olvidarse la incidencia que tienen en el mercado la gran cantidad de arbitrajes que se realizan y para cuya resolución hay que aplicar normas

---

<sup>9</sup> BERCOVITZ, Alberto: El cambio del Derecho Patrimonial Privado, Discurso leído el día 22 de mayo de 2017 en su recepción pública como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2017, p. 46.



que han acordado las partes, en el caso de que no puedan imponerse normas de carácter imperativa.

Es frecuente que los laudos se basen en normas que se consideran como parte del Derecho de contratos aunque no aparezcan mencionados con referencia a disposiciones legales vigentes.

Y, por supuesto, no puede olvidarse la función importantísima que tienen las sentencias de los Tribunales para adaptar el Derecho Mercantil a la evolución de las circunstancias de la realidad.

# Comunicaciones

---

# **La Doctrina del levantamiento del velo societario en el Derecho Internacional. Análisis del Caso Venoklim vs. República Bolivariana de Venezuela. Tramitado ante el CIADI**

**Fernando Andrés Beconi Ortiz<sup>1</sup>**

*Doctor en Ciencias Jurídicas, con Calificación «CUM LAUDE», por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción  
Abogado y Escribano egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción*

## **INTRODUCCIÓN**

Fue en el 2008 que en el seno del arbitraje internacional comienza a abrirse paso una nueva tendencia. De acuerdo con esta tendencia, los árbitros deben buscar la fuente real del control de las personas jurídicas (empresas) que demandan a Estados receptores de una inversión, al menos cuando tienen la misma nacionalidad del Estado parte en el marco del diferendo.

Cuando la persona jurídica que invierte la nacionalidad de un Estado distinto al Estado vinculado en la controversia, invoca el recurso de la doctrina del levantamiento del velo societario, es decir, el control del mismo, es viable, por cuanto que permite determinar si la persona jurídica que aparece como nacional de otro Estado no está controlada por nacionales del Estado parte al diferendo o, si se quiere, del Estado receptor de la inversión.

---

<sup>1</sup> Profesor de Post-Grado en el Curso de Maestría en Ciencias Jurídicas en el Área de Derecho Civil y Comercial. Profesor de las asignaturas Derecho Mercantil I y II, Derecho Civil Obligaciones. Profesor visitante de Grado y Post-Grado ante las Facultades de Derecho de La Universidad de Granada (España), Universidad de Bolonia y de Trento (Italia), Universidad de Buenos Aires (Argentina), Río de Janeiro (Brasil). Profesor en el Instituto de Altos Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa Nacional.

La práctica de tribunales arbitrales aún se ha sedimentado. En el caso *Aucoven contra Venezuela*<sup>2</sup> se constató que la persona jurídica se encontraba bajo control extranjero. Esto es, de toda evidencia, el primer paso o «primera capa» para proceder luego al levantamiento o no del velo societario.

Sin embargo, el tribunal, luego de correr la «primera capa», se negó a correr la «segunda capa» del velo societario que permitiría develar si la sociedad controladora posee o no la nacionalidad del Estado parte al diferendo<sup>3</sup> o proceder a investigar la nacionalidad de los las personas físicas beneficiarias finales de la sociedad controladora.

Dentro del espectro de instrumentos jurídicos internacionales y del Derecho internacional, trataremos el tema de la doctrina del velo societario en la práctica de interpretación y aplicación de normas.

## LA DISPOSICIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL. LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Convenio de Washington de 1965, por el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de diferendos relativos a las inversiones dice:

### *«Artículo 25*

*(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.*

*(2) Se entenderá como «nacional de otro Estado Contratante»:...*

*(b) Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionali-*

<sup>2</sup> . CIADI- Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. (Aucoven), c República Bolivariana de Venezuela, Caso No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2001.

<sup>3</sup> Dijo el tribunal al respecto: «En vista del acuerdo de las partes respecto de ese criterio para determinar el control, no existen motivos para que el Tribunal analice otros criterios (por ejemplo, la nacionalidad de los miembros del Consejo de Administración, la frecuencia de las visitas de los miembros del Consejo de Administración del accionista directo, la frecuencia de la «supervisión» de las actividades de Aucoven, el apoyo financiero, etc.), aunque esos criterios pudieran ser pertinentes en otras circunstancias». Aucoven, *Op. Cit.*, párr. 65.

*dad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a **control extranjero**».*

## TRATADOS

Lo primero a señalar es que estamos ante un tratado. Acorde con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, contenida en el artículo 2.1 a) un tratado es «...*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...*».

De la misma manera, la cuestión referente a la nacionalidad o control de las personas jurídicas está contenida en los más de cuatro mil tratados sobre inversiones concluidos por los Estados. A título ilustrativo: el artículo 1 del Tratado sobre Promoción y protección recíproca de las inversiones, Austria-Paraguay contiene la siguiente disposición:

«(2) *la expresión "inversionista" significa con respecto a la República del Paraguay:*

- a) toda persona física que sea ciudadana de la República del Paraguay de acuerdo con la legislación de la República del Paraguay y haga una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante; y,*
- b) toda persona jurídica, constituida de acuerdo con la legislación de la República del Paraguay, que tenga su sede en el territorio de la República del Paraguay y que realice una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante;*

*con respecto a la República de Austria:*

- a) toda persona física que sea ciudadana de la República de Austria y que realice una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante; y,*
- b) toda persona jurídica o sociedad constituida de acuerdo con la legislación de la República de Austria, que tenga su sede en el territorio de la República de Austria y que realice una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante».*

Notemos que en esta disposición no aparece el criterio de control directo o indirecto *de la sociedad*: se limita a utilizar la expresión «*toda persona jurídica*». En lo que respecta al inversionista extranjero, la persona jurídica austriaca que invierta en Paraguay, debe estar constituida acorde con los requisitos de la ley austriaca y que además tenga su sede en Austria.

El criterio definitorio de la sociedad es ante todo la normativa interna de cada uno de los Estados signatarios. Luego aparece el criterio de «sede» agregando el tercero que es el *acto de inversión*, la inversión internacional realizada en el territorio del otro Estado Parte.

El artículo 1 tratado Holanda-Paraguay dice lo siguiente:

«Para los fines del presente Acuerdo: ...

- b) El término «nacionales» comprenderá, con relación a cada Parte Contratante:
  - i) A las personas naturales que tengan la nacionalidad de esa Parte Contratante;
  - ii) A las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante; y,
  - iii) A las personas jurídicas no constituidas de conformidad con el derecho de esa Parte Contratante pero controladas directa o indirectamente por personas naturales definidas en i) o por personas jurídicas definidas en ii)».

En este acuerdo internacional, a diferencia del anterior, aparece la noción de control en sus dos vertientes: directa o indirectamente. Esta disposición es agregada al primer criterio retenido que es la legislación interna de una de las Partes.

El control directo o indirecto, en este caso, implicaría que la sociedad o persona jurídica, no necesariamente debe estar constituida acorde con las formalidades y requisitos de fondo de la normativa interna, sino que también, en el momento de definir la nacionalidad, entra a jugar el criterio de control. Esto quiere decir, *prima facie*, que una sociedad que no sea holandesa pero que tenga el control directo o indirecto de la sociedad, cae bajo el tratado y la protección jurídica brindada por el mismo. Esto incluye las inversiones efectuadas por intermedio de filiales de sociedades de una de las Partes, dondequiera que se encuentren situadas, incluso si esa situación se da en el territorio de un Estado No Parte<sup>4</sup>.

El tema del control y nacionalidad pueden coincidir en ciertos casos. Así, el tribunal arbitral puede proceder a determinar si la sociedad o persona jurídica está verdaderamente sometida a «control extranjero» o si estaba, directa o indirectamente, en manos de nacionales del Estado receptor. En otras palabras, si teniendo la nacionalidad de un Estado distinto –se entiende Parte al tratado–

---

<sup>4</sup> Cf. CIADI- AFRICAN HOLDING COMPANY OF AMERICA, INC ET SOCIÉTÉ AFRICAINE DE CONSTRUCTION AU CONGO S. A. R. L. et RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, Affaire CIRDI No ARB/05/21, 29 juillet 2008, párr. 91.

aparece, *prima facie*, como un inversionista extranjero, mientras que en realidad, los propietarios son nacionales del Estado receptor de la inversión.

Tenemos así dos criterios principales. El primero, la nacionalidad de la persona jurídica. El segundo, la noción de control directo o indirecto.

Entonces es casi inevitable preguntarse: ¿es suficiente que nacionales de los Estados no Contratantes o incluso del Estado receptor constituyan una empresa por conveniencia en un Estado Contratante para crear la apariencia de un control extranjero legítimo?

Con la citación de algunas disposiciones, ya podemos perfilar la complejidad del problema. Además, nos permite tomar conciencia de toda la problemática que conlleva la interpretación del contenido y campo de aplicación de estas normas jurídicas.

Lo primero que todo tribunal debe hacer es recurrir al texto de los acuerdos para responder a la cuestión de saber si la disposición de un tratado o sus disposiciones, determina los criterios de nacionalidad o, en su caso, si una sociedad está controlada directa o indirectamente por otra persona jurídica. Para ello, el texto del tratado es elemento esencial.

En materia de interpretación<sup>5</sup> de las disposiciones convencionales, todo tribunal arbitral internacional tiene a su disposición las disposiciones de la CVDT de 1969, en particular los artículos 31 y 32.

En consecuencia, el campo en el que analizamos el tema, es el campo convencional interestatal y la interpretación, acorde con las normas consuetudinarias consagradas en el Derecho de los Tratados.

<sup>5</sup> «Según la doctrina prevaleciente, a la hora de interpretar los TBIs, «es el tratado el que se debe interpretar; son los términos cuyo significado común debe ser el punto de partida; el contexto modera la selección de ese significado y el proceso que está más inspirado por el objeto y el propósito del tratado».

160. Cuando el texto del tratado es lo suficientemente claro, no cabe recurrir a ninguna 'regla de interpretación' adicional. Es cierto que rara vez se observan tratados cuyas disposiciones no podrían eventualmente ser consideradas ambiguas en su aplicación a determinadas circunstancias de un caso en particular. Por ello, los términos de un tratado deben ser interpretados en su sentido más común, salvo que tal sentido sea incompatible con el espíritu y el contexto de la cláusula o instrumento en el cual las palabras están contenidas, y a la luz del objeto y propósito del tratado». contexto de la cláusula o instrumento en el cual las palabras están contenidas, y a la luz del objeto y propósito del tratado». SERAFÍN GARCÍA ARMAS, KARINA GARCÍA GRUBER y República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2013-3, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 160-161.

En esa interpretación, en el ejercicio de sus competencias, están los tribunales arbitrales internacionales, que, si bien sus interpretaciones no hacen jurisprudencia, sirven como elemento referencial en tanto que práctica y, en particular, práctica de interpretación.

Seguidamente procederemos a realizar un breve análisis de la disposición del Convenio de Washington de 1965.

## CRITERIOS DE INCORPORACIÓN Y CONTROL

Según se desprende de la norma citada, son dos los eventos que se regulan en materia de personas jurídicas: *de un lado*, personas jurídicas extranjeras al Estado receptor de la inversión pero nacionales de un Estado contratante y, *de otro lado*, personas jurídicas nacionales del Estado receptor de la inversión.

Observemos primero que la primera cláusula del artículo 25(2)(b) solo menciona la «nacionalidad» del Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia.

En otras palabras, utiliza como criterio el concepto jurídico formal de nacionalidad, que, en el caso de las personas jurídicas, se determina mediante uno de los dos criterios generalmente aceptados: el lugar de constitución o la sede social de la empresa (*siège social*)<sup>6</sup>.

Aquí no se hace referencia al «control», sea extranjero o no, ni se hace alusión a «correr el velo societario» o ir más allá de dicha nacionalidad.

Si analizamos la segunda cláusula del artículo 25 (2) (b), la disposición indica que la situación es bastante diferente.

En efecto, el texto permite que las partes acuerden levantar el velo societario, pero solo «por estar sometidas a control extranjero», lo cual justifica, y a la vez condiciona, la aplicación de la excepción del levantamiento del velo societario.

Aunque el texto se refiere a personas jurídicas que tienen la nacionalidad del Estado receptor y que las partes acordaron tratar como nacionales de otro

---

<sup>6</sup> La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles dispone en el artículo 2 cuanto sigue: «La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Por “ley del lugar de su constitución” se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades».



Estado Contratante «por estar sometidas a control extranjero», se debe probar objetivamente la existencia y materialidad de dicho control extranjero.

En este sentido, la disposición general reconoce la amplia libertad que tienen los Estados, como sujetos soberanos, para definir quiénes son y quiénes no son sus nacionales<sup>7</sup>.

En la práctica, los criterios más utilizados para definir la *nacionalidad de las personas jurídicas* son el criterio de la incorporación y el criterio de la sede social, los cuales han sido reconocidos por distintos arbitrajes ante el Centro de Arreglo de Diferendos Relativos a las Inversiones (CIADI) como criterios razonables<sup>8</sup>.

En cuanto a la interpretación que pueda hacer del criterio «nacional» formulado en el artículo 25 del Convenio, existen dos alternativas:

La primera, que el tribunal se ciña estrictamente al criterio formal enunciado por la disposición citada. En otras palabras, una interpretación literal del texto.

La segunda, superar el marco de interpretación formal y proceder a analizar si la nacionalidad formal (bajo la cual actúa u opera la empresa) oculta una sociedad controlada, directa o indirectamente, por personas de la misma nacionalidad del Estado receptor.

<sup>7</sup> Como lo señaló un tribunal: «los encargados de redactar el artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI se abstuvieron deliberadamente de definir la expresión "control extranjero" con el fin de otorgar amplias facultades a las partes para que ellas proporcionaran una definición (A. Broches: *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Recueil des Cours, (1972-II)* (Venezuela, Fuentes documentales, Anexo 12). En síntesis, resolvieron las dificultades relativas a la definición reconociendo que las partes tenían autonomía para convenir los criterios que utilizarían para determinar el control extranjero». CIADI- Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. («Aucoven»), c República Bolivariana de Venezuela, Caso No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2001, párr. 61.

<sup>8</sup> Ver CIADI- Autopista Concesionada de Venezuela, Aucoven vs. República Bolivariana de Venezuela, *Op. Cit.* En el caso Aucoven, el tribunal no aplicó la doctrina del levantamiento del velo societario. El fundamento para no hacerlo que el siguiente: «El acuerdo (entre Venezuela y Aucoven) incluido en la Cláusula 64 es razonable: las partes establecieron que "control" significaba "control directo" y utilizaron el criterio tradicional de la titularidad de las acciones para determinar el control. Efectivamente, como se desprende claramente de los dos casos más importantes que se ocupan en ciertos pasajes de control extranjero (nos referimos a Amco (Venezuela, Fuentes documentales, Anexo 1) y SOABI (Venezuela, Fuentes documentales, No. 8), si bien existen fundamentos para afirmar que el control directo no es el único medio que permite determinar el control en virtud del artículo 25(2)(b), también es indudable que el control directo es un método razonable para determinar el control que está a disposición de las partes que suscribieron una cláusula de arbitraje CIADI... En vista del acuerdo de las partes respecto de ese criterio para determinar el control, no existen motivos para que el Tribunal analice otros criterios (por ejemplo, la nacionalidad de los miembros del Consejo de Administración, la frecuencia de las visitas de los miembros del Consejo de Administración del accionista directo, la frecuencia de la "supervisión" de las actividades de Aucoven, el apoyo financiero, etc.), aunque esos criterios pudieran ser pertinentes en otras circunstancias». Párrs. 64-65.

*Segundo*, el Convenio tampoco define el término *control*, el cual se utiliza en este contexto para otorgarle a una persona jurídica nacional del Estado receptor de la inversión, la nacionalidad de otro Estado con el fin de permitir su acceso al CIADI.

Se ha entendido para estos efectos que la nacionalidad de la persona jurídica será la misma de las personas que tienen su *control*, circunstancia que generalmente se define en función de la nacionalidad de quien ostente la *mayoría accionaria*<sup>9</sup>, aunque el Convenio no indica si solo se determina de esta manera o también según la nacionalidad de los directores de la persona jurídica, o la nacionalidad de quienes poseen el *control efectivo* de la compañía por medio de otras operaciones económicas.

En tal sentido, corresponde a los Estados definir la forma como opera el criterio del control en cada caso concreto<sup>10</sup>.

Del análisis de la disposición contenida en el artículo 25 se desprende que el control está referido a los casos en los cuales la persona jurídica parte en el procedimiento tiene la nacionalidad del Estado contraparte o si se quiere del Estado origen de la inversión. En el CIADI se ha planteado en distintos asuntos y procedimientos:

- a) que también debe hacerse *uso del control* para definir el verdadero propietario de las personas jurídicas nacionales de los otros Estados contratantes, y
- b) que el ejercicio del *control* implica correr el velo societario hasta la determinación final del verdadero controlante de la persona jurídica, esto es, ir más allá del primer nivel de accionistas con el fin de determinar si la controversia vincula en realidad a una parte extranjera al Estado contraparte y evitar de esta forma abusos en la utilización del sistema.

La pregunta con respecto a si se debe correr o levantar el velo societario por aplicación del artículo 25 (2) (b) del Convenio del CIADI, o en qué medida debe hacerse, se presenta de diferentes maneras y tiene diversas soluciones que dependen de si el caso se encuentra dentro de la esfera de aplicación de la primera o de la segunda cláusula de la disposición en cuestión<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Conocido en doctrina como control directo. Véase *Aucoven c. Venezuela*, párr. 64.

<sup>10</sup> Véase, CIADI- Tokios Tokelés v. Ukraine. Caso ARB/02/18, Decisión sobre jurisdicción (29 de abril, 2004).

<sup>11</sup> Cf. CIADI- TSA Spectrum de Argentina S. A. c. República Argentina, Caso No. ARB/05/5, 19 de diciembre de 2008.

## LA JUSTIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

En casos excepcionales se recurre a la llamada *técnica del levantamiento del velo* societario para mirar la conducta de las personas que se encuentran detrás de una construcción jurídica conocida como personalidad de la sociedad.

Los motivos para correr el velo societario hasta llegar a la verdadera fuente de control tiene, *a fortiori*, más peso a la luz de la segunda cláusula del artículo 25 (2) (b) del Convenio de Washington, al alegar que el *máximo control está en manos de nacionales del Estado receptor*, cuya *nacionalidad formal* es la misma de la empresa que demanda al Estado receptor ante un tribunal arbitral internacional.

No basta, por tanto, con la existencia de una sociedad o persona jurídica, ni tampoco con algunos elementos que *a priori* pudieran resultar controvertidos (la existencia de un grupo de sociedades, la unipersonalidad de alguna de ellas, etc.): la constitución de varias sociedades que integren un mismo grupo, por ejemplo, no es en sí misma un abuso de derecho.

Todo ello es perfectamente lícito y, por tanto, solo cabe apelar al levantamiento del velo cuando el tribunal aprecie una *intención fraudulenta*, un uso abusivo de todas esas herramientas jurídicas, válidas y legítimas, que todo ordenamiento jurídico pone a disposición de las empresas.

Si no se aprecia que exista fraude alguno, los tribunales rechazan acertadamente que se aplique esta doctrina.

Por el contrario, será perfectamente aplicable cuando concurren los requisitos para apreciar ese posible fraude. Entre los requisitos:

- a) control de varias sociedades por parte de una misma persona,
- b) operaciones vinculadas entre dichas sociedades, y
- c) carencia de justificación económica y jurídica de dichas operaciones.

Cuando se aprecia este tipo de situaciones, en que las operaciones intra-grupo no obedecen a ninguna otra finalidad que la defraudatoria, desviando por ejemplo los fondos de la sociedad que tiene deudas hacia otra que no las tiene, con evidente perjuicio para los acreedores de la primera, los tribunales aplican la doctrina del levantamiento del velo, dejando de este modo sin efecto esos negocios aparentes que han constituido el abuso.

Esta misma situación defraudatoria puede plantearse en el campo de las inversiones internacionales donde la empresa, por medio de un tratado, entra en relación contractual con el Estado receptor.

Concluyó al respecto un tribunal arbitral:

*«No sería coherente con el texto si se le ordenara al tribunal, al establecer si hay control extranjero, que corra el velo societario de la empresa nacional del Estado receptor y que se detenga en la segunda capa del velo societario, en lugar de realizar una identificación objetiva del control extranjero hasta llegar a su fuente real, utilizando el mismo criterio con el que comenzó»<sup>12</sup>.*

Lo que el tribunal dice es que una vez iniciada la operación de la determinación del control (directo o indirecto), no puede limitarse a esa constatación, sino que se impone continuar la operación hasta determinar a su turno, *cuál es la nacionalidad objetiva o efectiva de la empresa, y en consecuencia, quiénes detienen el control real u objetivo.*

El tribunal, pues, descarta una interpretación formal del criterio de nacionalidad así como una interpretación formalista del control, tal cual aparece en la disposición del Convenio de Washington.

## LA PRÁCTICA ARBITRAL DE INTERPRETACIÓN

Para el análisis de este otro aspecto, tomamos como referencia el caso Venoklin contra Venezuela, decisión del año 2015<sup>13</sup>.

Venoklin es una compañía registrada según las leyes de Holanda. Venoklin es una sociedad incorporada y existente conforme a las leyes holandesas, de nacionalidad holandesa, en calidad de sociedad matriz y accionista mayoritaria de las siguientes empresas mercantiles venezolanas: LUBRICANTES VENOCO INTERNACIONAL, C. A. (Lubricantes Venoco); ADITIVOS ORINOCO DE VENEZUELA, ADINOVEN, C. A. (ADINOVEN); SERVICIOS TÉCNICOS ADMINISTRATIVOS VENOCO, C. A. (Servicios Venoco); C. A. NACIONAL DE GRASAS LUBRICANTES (CANGL) y QUÍMICA VENOCO, C. A. (Química Venoco).

El debate en la etapa de objeciones a la jurisdicción se centró sobre el hecho de saber si Venoklin es un inversionista internacional, protegido por un trata-

---

<sup>12</sup> TSA Spectrum de Argentina S. A. c. República Argentina, *Op. Cit.*, párr. 147.

<sup>13</sup> CIADI- Venoklim Holding B. V. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso No. ARB/12/22, 3 de abril de 2015.

do sobre inversiones, si podía reclamar la protección jurídica y, en consecuencia, conforme a la disposición del tratado, reclamar la solución de una controversia ante el CIADI.

Venezuela argumentó que Venoklim no es una inversionista internacional pues está *controlada final y efectivamente* por nacionales venezolanos<sup>14</sup>.

Para Venezuela, ninguna de las normas invocadas por la demandante en este arbitraje (la Ley de Inversiones, el Tratado holandés y el Convenio CIADI) les permite a los nacionales venezolanos actuar en contra de sus propios Estados ante el CIADI<sup>15</sup>.

Acorde con el desarrollo argumentario jurídico de Venezuela el criterio a utilizar es el del *control efectivo*, según el cual resulta evidente que las acciones de la demandante pertenecen en definitiva a la compañía Industrias Venoco, C. A., de nacionalidad venezolana.

En consecuencia, Venoklim no cumple, según Venezuela, con los requisitos del artículo 25 (1) del Convenio CIADI, el cual requiere que el Estado Contratante demandado y el inversionista extranjero sean de nacionalidades diferentes ni los del artículo 1 (b) del Tratado holandés<sup>16</sup>.

Venoklim, por su parte, argumentó que el Tratado holandés, prima sobre cualquier norma de derecho interno<sup>17</sup> y por lo tanto debe ser aplicado por este Tribunal para determinar su competencia<sup>18</sup>. Así, según Venoklim, los requisitos para demostrar la nacionalidad del inversionista de conformidad con el Tratado holandés se encuentran suficientemente probados, toda vez que el criterio a seguir es el de la *incorporación* y no el del control efectivo<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> En igual tenor, la República Argentina argumentó en el caso TSA cuanto sigue: «... que TSA no cumple con las condiciones establecidas en el artículo 25 (2)(b) del Convenio del CIADI para ser tratada como un nacional de los Países Bajos, dado que, según surge de los datos proporcionados por TSA, en todas las fechas críticas posibles (la presentación de la solicitud de arbitraje, el consentimiento a la jurisdicción, el origen de la diferencia), TSI estaba controlada por un nacional argentino, Jorge Justo Neuss, quien poseía, directa o indirectamente, la mayor parte del capital accionario –empezó teniendo el 51 % hasta llegar, a lo largo del tiempo, a poseer casi la totalidad de las acciones. Por lo tanto, TSA no se encontraba sometida al control extranjero y no se la puede tratar como «nacional de otro Estado Contratante». En consecuencia, se debe desestimar el caso por falta de jurisdicción».

Por su parte, el demandante, TSA desarrolló el siguiente argumento: «... que TSA poseía la totalidad de las acciones de TSA y que TSI está constituida según las leyes de los Países Bajos, donde tiene su domicilio. Por lo tanto, TSA cumple con el criterio establecido en el Protocolo y en el artículo 25 (2)(b) del Convenio, dado que las partes acordaron en el TBI que TSA –debido a que TSI está constituida en los Países Bajos y posee el 100 % del capital de TSA– debe ser tratada como un nacional de los Países Bajos». TSA, *Op. Cit.*, párrs. 160-161.

<sup>15</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, párr. 131.

<sup>16</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, párr. 133.

<sup>17</sup> La Ley de inversiones, según Venoklim, incorpora al tratado bilateral.

<sup>18</sup> *Op. Cit.*, párr. 134.

<sup>19</sup> *Op. Cit.*, párr. 135.

Por el criterio de incorporación la ley interna de Holanda permite identificar a Venoklim como un nacional de ese país.

En último caso, según Venoklim, para que el criterio del control efectivo prime sobre el de la incorporación sería necesario que el Tratado holandés incluyera una disposición específica sobre el particular, cosa que no ocurre<sup>20</sup>.

Del desarrollo de los argumentos, dos figuras aparecen: control efectivo y elemento de incorporación. En esta perspectiva, dos instrumentos jurídicos deben ser analizados por el tribunal: el Convenio de Washington de 1965 y el tratado Venezuela-Holanda en relación a la nacionalidad.

El tribunal primeramente procede a realizar un análisis minucioso de la organización de Venoklim, realizando, *prima facie*, de esta manera la operación de levantamiento del velo sociedad, bajo el criterio de control efectivo<sup>21</sup>.

El tribunal demostró un interés particular sobre el hecho de determinar quién, en última instancia, la controlaba y podría ser considerado como su propietario y no se limitó al análisis formal de la figura de incorporación; es decir, abordar el tema no solo a partir de la determinación de dónde se encontraba incorporada<sup>22</sup>.

Concluyó que Venoklim es una compañía con sede en Rijkstraatweg 104, Voorst, Países Bajos, organizada en la forma societaria de responsabilidad limitada de acuerdo con las leyes holandesas.

El 100 % de sus cuotas sociales pertenece a la compañía Internacional Petroklim AB, con sede en Suecia, la cual a su vez está controlada por la sociedad Industrias Venoco, C. A., de nacionalidad venezolana, propietaria del 100 % de las acciones de la compañía sueca; el 69,96 % de las acciones de esta última pertenecen a Inversora Petroklim, C. A., también venezolana.

El tribunal, ante el desconocimiento de la nacionalidad y la distribución del capital accionario de Inversora Petroklim, C. A., la última persona jurídica que figura en la «cadena corporativa» de Venoklim, solicitó a las Partes información adicional sobre esta última empresa<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> *Op. Cit.*, párr. 137.

<sup>21</sup> En el caso *Aguas del Tunari c. la República de Bolivia*, el tribunal arbitral se negó a correr el velo societario más allá de la primera capa o del primer escalón de la escalera societaria, según la cual la sociedad tendría la nacionalidad del Estado receptor. Véase, CIADI- Decisión sobre jurisdicción, Case No. ARB/02/03, 21 th October 2005.

<sup>22</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, 143.

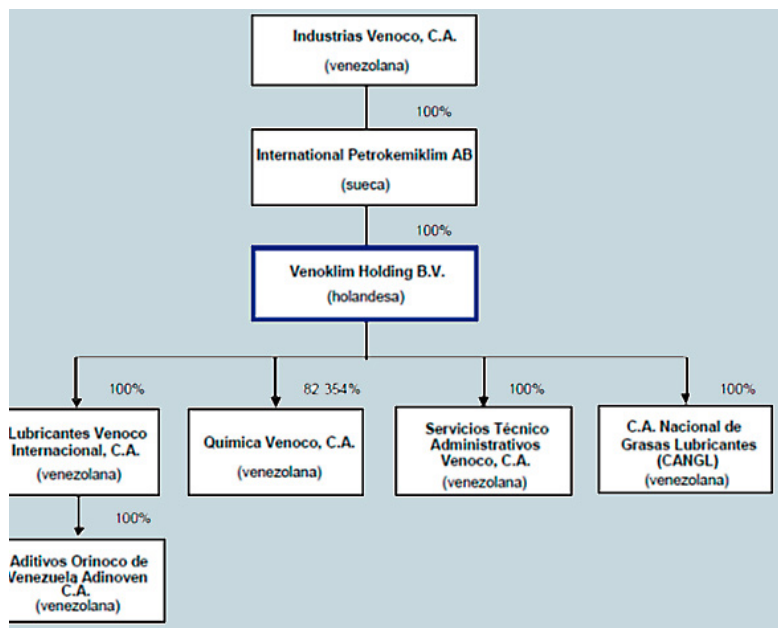
<sup>23</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, 144.

Se comprobó que Petroklím «...es una sociedad mercantil venezolana cuyas acciones pertenecen en su totalidad a los Sres. Franklin Durán Guerrero (propietario del 99% de las acciones) y Carlos Eduardo Kauffman Ramírez (dueño del 1% de las acciones), ambos nacionales venezolanos»<sup>24</sup>.

En conexión con la organización societaria, se demostró que, desde el 2006, Ricardo Francisco Barreto Muskus, de nacionalidad venezolana, es el Presidente de Industrias Venoco, C. A. y también miembro del Consejo Directivo de Venoklim desde el 2008 y Presidente de la empresa sueca que controla a Venoklim: International Petrokemiklim AB. Ricardo Francisco Barreto Muskus también es el Presidente de cuatro de las filiales de Venoklim: Lubricantes Venoco, ADINOVEN, Servicios Venoco y CANGL; además, es Director de Química Venoco, la quinta filial de Venoklim<sup>25</sup>.

Aquí podemos notar la complejidad que envuelve a la organización interna de una sociedad nacional. Las corporaciones transnacionales, poseen una trama aun más compleja y complicada.

Para mejor entender este entramado, lo graficamos del siguiente modo:



<sup>24</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, 145.

<sup>25</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, 146.

El rigor con que el tribunal analizó el tema lo llevó a evidenciar que «...la compañía venezolana Industrias Venoco CA que controla Venoklim esta a su vez efectivamente controlada por la compañía venezolana Inversora Petroklim, C. A., cuyas acciones pertenecen a los nacionales venezolanos Sr. Franklin Durán Guerrero (propietario del 99 % de las acciones) y Sr. Carlos Eduardo Kauffman Ramírez (dueño del 1 % restante) (ver párrafos n.º 144 a 146). Así, Inversora Petroklim es la propietaria real de las filiales venezolanas de Venoklim: Lubricantes Venoco Internacional, C. A. (Lubricantes Venoco) y su filial Aditivos Orinoco de Venezuela, Adinoven, C. A. (ADINOVEN), Servicios Técnico Administrativos Venoco, C. A. (Servicios Venoco), C. A. Nacional de Grasas Lubricantes (CANGL) y Química Venoco, C. A. (Química Venoco)<sup>26</sup>».

«Ante esta realidad, Venoklim no puede ser tratada como una inversionista internacional... lo que significa que no puede fundar su solicitud de arbitraje... aplicable únicamente a inversionistas extranjeros..., tampoco puede otorgársele la protección del Tratado holandés...<sup>27</sup>, aseveró el tribunal<sup>28</sup>.

Termina afirmando que «... en vista de que el Tratado holandés no puede ser aplicado en este caso, el Tribunal encuentra inútil abundar en los criterios establecidos en dicho Tratado para determinar la nacionalidad del inversionista que pretenda beneficiarse de la protección que él confiere»<sup>29</sup>.

Para el tribunal es evidente que el principio rector de la jurisdicción *ratione personae* del CIADI, en lo que concierne al inversionista, busca evitar que nacionales actúen contra sus propios estados y busca permitir que personas jurídicas nacionales controladas por extranjeros tengan la oportunidad de arbitrar sus controversias ante esa jurisdicción<sup>30</sup>. Esos dos objetivos cumplen

<sup>26</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, párr. 148.

<sup>27</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, párr. 148.

<sup>28</sup> A la misma conclusión llegó el tribunal en el caso TSA c. República Argentina: «por lo tanto, la única conclusión que se puede sacar de la información y las pruebas con las que cuenta en Tribunal es que el último titular de TSA a la fecha en la que se prestó consentimiento era el ciudadano argentino Jorge Justo Neuss. En consecuencia, independientemente de qué interpretación se le dé al TBI celebrado entre la Argentina y los Países Bajos y su Protocolo, no se puede tratar a TSA, según el artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, como un nacional de los Países Bajos debido a que no hay «control extranjero». Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje no tiene jurisdicción para evaluar las reclamaciones de TSA». *Op. Cit.*, párr. 162. En otras palabras, si hubiera habido control extranjero, el CIADI podía declararse competente.

<sup>29</sup> Venoklim, *Op. Cit.*, párr. 148.

<sup>30</sup> En otro asunto y casi con el mismo análisis, llegó a una conclusión contrapuesta. El tribunal arbitral evidenció el hecho de que «It is undisputed that Venezuela Holdings (Netherlands) is an entity incorporated in the Netherlands and as such, a Dutch national entitled to prevail itself of the BIT. But Venezuela submits that its subsidiaries, Mobil CN Holding (Delaware), Mobil Venezolana Holding (Delaware), Mobil CN (Bahamas) and Mobil Venezolana (Bahamas) have been incorporated either in the United States of America or in the Bahamas and are not Dutch nationals...», luego concluyendo que «...In the present case, Venezuela Holdings (Netherlands) owns 100 % of the share capital of its two American subsidiaries, which in turn own 100 % of the share capital of the two Bahamas subsidiaries. Thus the share capital of Venezuela Holdings (Netherlands) in those subsidia-



la esencia del sistema del CIADI que fue creado exclusivamente para dirimir conflictos entre un Estado y un inversionista extranjero<sup>31</sup>.

En términos muy duros el tribunal expresó:

*«Pretender que se considere como una inversión extranjera la efectuada por Venoklim por el solo hecho de ser esta una compañía incorporada en los Países Bajos, aunque la inversión objeto de la disputa sea en definitiva propiedad de personas jurídicas venezolanas, sería permitir que prevalezca el formalismo sobre la realidad y traicionar el objeto y el fin del Convenio CIADI.*

*Además de que por las razones expuestas, el Tribunal no puede llegar a una conclusión distinta de la referida, considerando el artículo 31 de la Convención de Viena el cual establece: «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin»<sup>32</sup>.*

## EFECTO DEL CONTROL

El **control efectivo** realizado por el Tribunal llevó a revelar la nacionalidad de las personas físicas, que controlan el entramado organizativo de una persona jurídica nacional del Estado demandado.

La incorporación, o si se quiere, la regulación interna de paraísos convencionales como Holanda, por medio de los cuales corporaciones transnacionales y sociedades mercantiles nacionales del Estado «receptor» intentan cometer *fraude a la nacionalidad*, invocando la figura de incorporación, encuentra en esta decisión un límite jurídico objetivo.

Sea cual fuere la figura utilizada, *control efectivo* u otra, lo cierto es que con esta profunda investigación realizada por el tribunal, se muestra que el levantamiento del velo societario es un elemento de primera importancia para evitar el fraude contra estados, invocando disposiciones convencionales extrañas y que, sin ser una conducta ilícita, conlleva una *intención dolosa*, elemento constitutivo del fraude a la ley, tal como es conocido en Derecho Internacional Privado.

---

*ries makes it possible for it to exercise control on them. The Tribunal does not have to consider whether or not such control was exercised in fact. In any case, under paragraph 1 (c) of the Protocol, those subsidiaries must be considered as nationals of the Netherlands benefiting of the provisions of the BIT». CIADI- Mobil Corporation, Venezuela Holdings, c. Venezuela, Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, June 10, 2010, p. 150 y 160.*

<sup>31</sup> Serafín, *Op. Cit.*, párr. 153.

<sup>32</sup> Serafín, *Op. Cit.*, párr. 156.

# La incidencia de la globalización en el Derecho Tributario de la Unión Europea y en España

Carmen Botella García-Lastra

*Inspectora de Hacienda del Estado y Doctora en Derecho  
Secretaria de la Sección de Derecho Financiero y Tributario de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación de España*

## 1. INTRODUCCIÓN

Aunque ha sido el Plan BEPS, conocido por sus siglas en inglés, presentado por la OCDE en 2012 para luchar contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios el que ha puesto de manifiesto los graves problemas que la globalización está causando, tanto en los Estados miembros de la OCDE como en los que no son miembros de dicha organización, es lo cierto que esos perniciosos efectos no son sino el reflejo de unos cambios mucho más profundos que afectan al sistema capitalista global basado en los principios de libre comercio, libre circulación de capitales y muy favorable al capital financiero.

Al respecto, ya en 1998, advirtió G. Soros (1) que las crisis asiática y de la Unión Soviética de 1997 y 1998, habían puesto de manifiesto las discrepancias existentes entre una economía global y una organización política y social de alcance básicamente nacional, lo que hace que la organización política de esa sociedad global sea claramente insuficiente, pues la unidad básica de la vida política y social es el estado-nación. Por ello, para estabilizar y regular una economía verdaderamente global, es necesario un sistema global de toma de decisiones políticas, una sociedad global que respalde la economía global.

El fenómeno de la globalización afecta a todos los órdenes, de ahí que CAZORLA PRIETO, L. M. (2) analice, dentro del fenómeno de la globalización económica, las consecuencias de la globalización financiera acrecentada por la enorme movilidad del capital que se fragmenta en todo tipo de instrumentos

financieros que, además, son idóneos para circular por las vías de la contratación electrónica, así como por la hipertrofia del sector financiero y el desarrollo de la denominada «*industria financiera*» que ha traído consigo «*la proliferación de una multitud de entidades dedicadas a fomentar los movimientos financieros como medio para conseguir beneficios.*»

Por su parte, CALDERÓN CARRERO, J. M, (3), advierte que el fenómeno de la globalización se refiere a la creciente interdependencia existente entre los diferentes países o Estados como resultado de la intensificación del volumen y tipos de operaciones transnacionales sobre bienes, servicios y flujos de inversión y capital, así como de la rápida transmisión de la tecnología y desarrollo de las comunicaciones, por lo que se trata de un fenómeno de carácter complejo que resulta de una combinación de factores, en particular, de la mejora de las comunicaciones y desarrollo de la tecnología asociada a las mismas y la internacionalización de los flujos comerciales y de capital generadora de una interdependencia entre países.

La globalización ha alterado significativamente el contexto económico sobre el que pivotaban los ordenamientos tributarios ya que se han multiplicado exponencialmente el número de operaciones económicas internacionales, destacando las correspondientes a prestaciones de servicios y la cesión de intangibles. La mayor parte del comercio internacional tiene lugar entre entidades vinculadas o empresas asociadas y surgen nuevas formas de comercio electrónico que facilitan las operaciones transnacionales. Además, los mercados financieros se internacionalizan masivamente, los paraísos fiscales emergen con fuerza y surge la competencia fiscal entre estados con objeto de atraer capitales y la inversión susceptible de deslocalización.

En este contexto, como advierte CARBAJO VASCO, D. (4), se producen serias ineficiencias en un mercado pretendidamente de libre competencia ya que determinados agentes, tanto territoriales, supuesto de los paraísos fiscales y otros territorios de baja tributación, como económicos, las empresas multinacionales, compiten deslealmente al reducir artificialmente su carga tributaria universal, por lo que generan competencia desleal y producen ineficiencias, además de cuestionar seriamente la justicia del sistema tributario.

Las empresas multinacionales han sido las grandes beneficiarias de esta situación, lo que se evidencia en cuanto que más del 60% de las operaciones comerciales internacionales se realizan entre empresas del mismo grupo. Esta situación ha supuesto la crisis del modelo de convenios bilaterales para evitar la doble imposición en cuanto que las relaciones comerciales ya no tienen carácter bilateral, sino multilateral. A lo anterior hemos de añadir la falta de competencia de las Administraciones tributarias para aplicar los impuestos

más allá de sus fronteras nacionales y los nuevos modelos económicos, basados en la economía digital, la inteligencia artificial y la expansión de las nuevas tecnologías de información y comunicación que han puesto de relieve la inoperancia de los sistemas tributarios nacionales para hacer frente a la realidad económica del siglo XXI.

De ahí que, como advierte CARBAJO VASCO, D. (5), el Plan de Acción BEPS supone, no solo un nuevo paradigma de la fiscalidad internacional, centrado en la transparencia y la preocupación por reducir o eliminar el problema de la doble no imposición, sino el hecho de que la OCDE se haya convertido tanto en la configuradora del Derecho Internacional Tributario, como en el anticipo de una Administración Tributaria universal, basada en la tributación de los beneficios allí donde se genera el valor.

En ese sentido, es destacable que el Proyecto BEPS haya sido asumido por el G-20, donde operan economías en pleno proceso de expansión, pero no incorporadas a la OCDE, cuyos ejemplos más significativos son China, Rusia, India y Brasil, habiendo sido el Programa de Acción BEPS oficialmente aprobado por el G-20, en su reunión del 26-27 de febrero de 2016, en Shanghai, China.

La OCDE se ha ido constituyendo, de esta forma, en una especie de secretaría técnica, órgano *think-tank* y gestor incipiente de las decisiones económicas y fiscales del G-20, lo cual le está permitiendo lanzar proyectos que, según indica el mencionado autor, anticipan una Administración Tributaria internacional.

La Unión Europea no ha querido quedarse atrás y ha aprobado una serie de Directivas para que tan ambiciosos objetivos se pongan en marcha de manera uniforme en los países miembros de la UE, de forma que se dé una solución conjunta e imperativa, no meras recomendaciones, a los graves problemas que están planteados, si bien, como advierte SANZ GADEA, E. (6), la diferencia fundamental entre el Proyecto BEPS y el Plan de Acción de la Comisión de la Unión Europea, COM (2015)136 final, reside en que el primero confía en el buen funcionamiento del mercado, una vez renovado el sistema de tributación de los beneficios de las empresas multinacionales, mientras que la Unión Europea, aun cuando asume en el corto plazo el sistema propuesto, propone, a largo plazo, un sistema de tributación diferente de los beneficios empresariales, basado en la determinación de la base imponible común consolidada europea, BICCIS, sistema que vendría a sustituir, a largo plazo, al plan BEPS en el ámbito de la Unión Europea.

Dada la amplitud de los objetivos perseguidos, no podemos hacer un examen exhaustivo de los mismos por lo que, en la presente comunicación nos centraremos en exponer la puesta en marcha de estas acciones en la Unión Europea y la incidencia de las mismas en España a través de las dos líneas maestras previstas para alcanzar los objetivos perseguidos, la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacional y la cooperación administrativa.

Con estos dos ejes, la Comisión confía en poder implantar las previsiones del Plan BEPS de forma armonizada en toda la Unión sirviéndose para ello de los trabajos realizados en la preparación y debate de la Propuesta BICCIS que, de esta forma, recibe un nuevo impulso al anticipar algunas de sus medidas en la Directiva 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

## 2. LA DIRECTIVA ATAD

Conocida por sus siglas en inglés, *Anti tax avoidance*, la mencionada Directiva contiene una serie de medidas destinadas a luchar contra la erosión de las bases imponibles de los Estados miembros, siendo destinatarios de la misma los contribuyentes sujetos al Impuesto sobre Sociedades en uno o varios Estados miembros, así como los establecimientos permanentes situados en uno o varios Estados miembros de entidades residentes a efectos fiscales en terceros países.

Como advierte la propia Directiva en su artículo tercero, sus disposiciones tienen carácter de mínimos, por lo que permite la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades.

La transposición de esa Directiva en los Estados miembros deberá tener lugar, a más tardar, antes del 31 de diciembre de 2018 y sus disposiciones resultarán aplicables desde el 1 de enero de 2019, con la excepción de la disposición relativa a la imposición de salida que resultará aplicable a partir del 1 de enero de 2020.

Las medidas establecidas para luchar contra la elusión fiscal previstas en la referida Directiva son las siguientes:

*Limitación de la deducibilidad fiscal de los intereses* al 30 por 100 del EBITDA, pudiendo deducir los intereses que excedan del importe así determinado hasta 3.000.000 de euros. Asimismo quedan exonerados de esta limitación los intereses contraídos para financiar la construcción de infraestructuras y los correspondientes a los empréstitos suscritos antes del 17 de julio de 2016

siempre que no experimenten modificaciones de ningún tipo. De esta disposición quedan también excluidas las entidades financieras definidas en el artículo 2, apartado 4 de la Directiva, por lo que teniendo en cuenta la relevancia de los grupos financieros en la Unión Europea, en comparación con los grupos comerciales, la medida propuesta se verá reducida sustancialmente en su ámbito de aplicación. Igualmente, quedan excluidas de su aplicación las entidades aisladas que no forman parte de ningún grupo ni están asociadas a otras. La medida se corresponde con la acción 4 del Plan BEPS y con el artículo 83 de la Propuesta BICIS.

*Establecimiento de un impuesto de salida o «exit tax»* al objeto de evitar la erosión de la base imponible en el Estado de origen cuando los contribuyentes trasladan su residencia fiscal o sus activos a jurisdicciones que aplican una tributación reducida. De esta forma, señala la Exposición de Motivos de la mencionada Directiva, «*en caso de que un contribuyente traslade su residencia fiscal fuera de un determinado Estado miembro, dicho Estado se verá privado de su futuro derecho a gravar los ingresos de dicho contribuyente, que pueden haberse generado ya pero no haberse realizado aun. La misma dificultad surge cuando los contribuyentes trasladan activos (sin enajenarlos) fuera de un Estado miembro y dichos activos incorporan beneficios no realizados.*» Por ello, la imposición de salida responde al propósito de evitar la erosión de la base imponible en el Estado de origen cuando los activos que incorporan plusvalías subyacentes no realizadas se trasladan, sin que haya cambios en su propiedad, fuera de la jurisdicción de dicho Estado, por lo que son objeto de gravamen por la diferencia entre el valor de mercado de dichos bienes y su valor fiscal, si bien se prevé la posibilidad de aplazar el pago de la cuota del referido impuesto a lo largo de un determinado número de años y liquidar el impuesto a través de pagos fraccionados. Además, lo previsto en el mencionado artículo 5 no se aplicará a los traslados de activos de carácter temporal en caso de que se prevea su retorno al Estado miembro del responsable del traslado.

*Establecimiento de una cláusula general anti abuso*, de forma que, a efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. A tales efectos, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos no se tenga en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional.

*Introducción de una norma común relativa a las Sociedades Extranjeras Controladas (SEC)* que se corresponde con la acción 3 del Plan BEPS. Se pretende impedir que los beneficios obtenidos por determinadas entidades, generadoras de rentas pasivas, queden sin tributar si se remansan en jurisdicciones con baja o nula tributación y no se distribuyen dividendos.

*Regulación de los efectos de las asimetrías híbridas*, de forma que, cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente. Esta medida se ha completado con lo previsto en la Directiva 2017/952, de 29 de mayo de 2017, que modifica la Directiva ATAD para incluir dentro de su ámbito de aplicación las asimetrías híbridas con terceros países. Esta regulación se corresponde con la acción 2 del Plan BEPS.

De la eficacia de estas medidas todavía no se dispone de información, dado que el proceso para su implantación aun está en marcha. No obstante, como los Estados miembros que tuvieran disposiciones propias en materia de limitación de la deducibilidad de los gastos financieros que sean al menos tan eficaces como la prevista en el artículo 4 de la Directiva pueden seguir aplicándolas como máximo hasta el 1 de enero de 2024, si bien deben comunicar a la Comisión, antes del 1 de julio de 2017, toda la información necesaria para evaluar la eficacia de las normas nacionales específicas para impedir los riesgos en materia de erosión de la base imponible y traslado de beneficios. Por lo demás, la Comisión deberá evaluar la eficacia de las medidas adoptadas y emitir el correspondiente informe antes del 9 de agosto de 2020.

### 3. LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA

La lucha contra la planificación fiscal agresiva no sería posible sin la colaboración administrativa. Por ello, frente al intercambio de información basado en la previa solicitud, a partir de 2002, se empezó a desarrollar un complejo sistema de intercambio automático de información, que se construye sobre Convenios multilaterales (CDI), para evitar la doble imposición, basados en el artículo 26 del MC OCDE y que no requieren las formalidades de ratificación de los CDI y además se negocian a nivel administrativo y se aprueba un conjunto de Directivas comunitarias que, partiendo de la Directiva 2011/16/UE se aprueban con una celeridad nunca imaginada.

La situación actual se caracteriza por el intercambio automático de grandes masas de datos. Su utilidad está por ver, si bien sus efectos ya se han hecho

sentir de manera considerable pues han originado grandes regularizaciones de cuentas bancarias en diversos países con lo cual el efecto principal de tener identificados a todos los titulares de cuentas bancarias con saldos de cierto importe ya se ha conseguido. Se han llevado a cabo importantes regularizaciones tanto en los EEUU, con FATCA y con las obligaciones de revelación de información (*disclosure*) todavía en vigor; en la UE, acaba de terminar la regularización de Francia y en Latinoamérica ha habido regularizaciones voluntarias en todos los países. La reforma fiscal americana recientemente aprobada abunda en esta misma línea, pues posibilita la repatriación de efectivo situado en paraísos fiscales con un coste del 15 %, cuando antes la repatriación de los fondos previamente no hubieran tributado en otro Estado estaba sujeta a una tasa de retorno de capitales del 30 %.

La Directiva 2011/16 /UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, que sustituyó a la Directiva del Ahorro, ha sido modificada en cinco ocasiones, bajo la premisa de que la tributación del ahorro no puede dejarse en manos de cada país, por lo que una acción concertada resulta necesaria para conseguir una tributación efectiva de esos rendimientos, inicialmente de rentas de trabajo, inmobiliarias y de cuentas bancarias y, posteriormente, de intercambio de información país por país; intercambio de *rulings* e intercambio de mecanismos de planificación agresiva.

Se establecen formularios comunes y el archivo de los datos recabados en sede de la Comisión de la Unión Europea. Además se emplea una plataforma común basada en la red CCN desarrollada por la UE para asegurar todas las transmisiones por vía electrónica entre las autoridades competentes.

Al efecto, se han aprobado las siguientes Directivas:

### **3.1 Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero de 2011, por la que se deroga la Directiva 79/799 CEE, regula el intercambio automático de información de carácter no financiero, conocida como DAC 1**

Se traspone a la normativa española por el RD 1021/2015, de 13 de noviembre, y el fundamento legal de esta obligación de información se encuentra en los artículos 1, apartado 2, y 29 bis de la LGT.

A partir de 1 de enero de 2014 se intercambia información sobre los rendimientos del trabajo dependiente, los honorarios de Director, los productos de seguros de vida, pensiones y la propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios. A partir de 1 de enero de 2017, la lista se amplía a los dividendos, ganancias de capital y cánones.



### 3.2 **Directiva 2014/107/UE del Consejo sobre intercambio automático de cuentas financieras, DAC 2**

Se lleva a cabo al mismo tiempo que la incorporación del estándar CRS derivado del Acuerdo Multilateral entre autoridades competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras de personas físicas firmado por España, BOE de 13 de agosto de 2015, modificado por BOE de 9 de septiembre de 2016.

Este intercambio tiene dos fuentes normativas: el acuerdo multilateral y la Directiva comunitaria transpuesta a nuestro ordenamiento por la Disposición Adicional 22.<sup>a</sup> de la LGT, que también constituye la base para la incorporación de FATCA, así como lo previsto en el artículo 37 bis del Reglamento de Aplicación de los Tributos, y en el Real Decreto 1021/2015 que establece la obligación de identificación de la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad de cuentas financieras.

El objetivo es aplicar en el ámbito de la Unión Europea la norma internacional para el intercambio automático de información de cuentas financieras. Se pretende instaurar un intercambio automático de información financiera como medio para luchar contra el fraude y la evasión fiscal y como un estándar europeo de transparencia e intercambio de información en el ámbito fiscal.

Las normas relativas a esta obligación se deberán interpretar conforme a los Comentarios de la OCDE al modelo de acuerdo multilateral y al CRS.

### 3.3 **Directiva 2015/2376, de 8 de diciembre de 2015, sobre intercambio automático de acuerdos previos con efecto transfronterizo y acuerdos previos sobre precios de transferencia (tax rulings) DAC 3**

No cabe duda que las Administraciones tributarias no se han comportado de forma leal y transparente en lo que se refiere a los grandes contribuyentes y les conceden regímenes fiscales a la carta que erosionan no solo las bases imponibles generadas en esos países, sino también en otros que se ven afectados. El escándalo de los *rulings* de Luxemburgo y los numerosos casos de regímenes especiales que se han concedido en los últimos tiempos y que han salido a la luz gracias a la decidida actuación de la Comisión de la Unión Europea en materia de Competencia ilustran suficientemente esta espinosa cuestión que abordé en anterior ponencia de 25 de enero de 2017 sobre «Recientes pronunciamientos de la Comisión de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado».

De ahí que haya que comunicar los acuerdos previos con efecto transfronterizo y a los acuerdos sobre precios de transferencia incluidos los que se formularon, modificaron o renovaron en los cinco años anteriores a la fecha de aplicación de la Directiva y sigan siendo válidos a 1 de enero de 2014, si bien los grupos cuyo volumen de operaciones sea inferior a 40 millones de euros pueden quedar excluidos de ese intercambio automático. Asimismo se excluyen los concertados con terceros países si el Convenio de Doble Imposición aplicable excluye ese intercambio.

### **3.4 Directiva 2016/881, de 25 de mayo de 2016, sobre el intercambio de información país por país DAC 4**

La acción 13 del Plan BEPS relativa a la información y documentación sobre operaciones vinculadas introduce la información país por país como instrumento que permite evaluar los riesgos en la política de precios de transferencia de un grupo mercantil sin que, en ningún caso, ese instrumento pueda servir de base a la Administración tributaria para realizar ajustes en materia de precios.

De esta forma la Directiva 2016/881 regula en el ámbito de la Unión Europea el informe país por país que los grupos multinacionales con más de 750 millones de euros de ingresos consolidados tienen que presentar cada año para cada territorio fiscal en el que operen con el objetivo de garantizar que en toda la Unión se recopile la misma información y se facilite oportunamente a las AATT. Tienen obligación de presentar ese informe las entidades que sean dominantes de un grupo y las dependientes del mismo.

En España, el RIS, en sus artículos 13 y 14, estableció la obligación de presentar el informe país por país antes de que se aprobase la Directiva comunitaria. La Orden Ministerial de 28 de diciembre de 2016 aprobó el modelo 231 de declaración de información país por país.

### **3.5 Directiva 2016/2258, de 25 de mayo de 2016. Acceso de las Autoridades tributarias a la información relativa al blanqueo de capitales, DAC 5**

La Directiva 2016/2258 UE modificó la Directiva 2011/16/UE para introducir un nuevo apartado 22.1.bis al objeto de que las autoridades tributarias puedan acceder a la información obtenida mediante la Directiva 2015/849/UE relativa al blanqueo de capitales. Constituye la respuesta de la Unión Europea a los Papeles de Panamá y su objetivo consiste en lograr una mayor transparencia que evite que situaciones como esa favorezcan el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

### 3.6 **Directiva para la comunicación e intercambio de estructuras de planificación fiscal potencialmente agresiva, DAC 6**

La Directiva 2018/822 de 25 de mayo establece el intercambio automático y obligatorio de mecanismos transfronterizos sujetos a la obligación de comunicación. El contenido de esta Directiva está en consonancia con la acción 12 del Plan BEPS y tiene por objeto reforzar la transparencia y la detección anticipada como mecanismos fundamentales para prevenir el fraude y la evasión fiscal. El concepto de planificación fiscal agresiva se solapa con el de planificación fiscal abusiva, en el sentido de que hay que comunicar todos los esquemas que se comercialicen, y tengan por finalidad reducir la deuda tributaria ya sean de planificación fiscal agresiva o abusiva con la finalidad de que la Administración esté a día de los esquemas que se utilizan por los contribuyentes por recomendación de sus asesores al objeto de que pueda formar criterio respecto a los mismos lo antes posible. Estos procedimientos se han empleado ya en algunos Estados como Portugal, Reino Unido, Australia y los EEUU, con escaso éxito.

No se define qué se entiende por «mecanismo», si bien tiene que tener claros indicios de elusión o fraude fiscal y reunir ciertas características que se denominan «señas distintivas», tales como cláusula de confidencialidad, cobro de honorarios si la ventaja fiscal se consume, estructuras de pérdidas, estructuras de transformación de renta en capital, estructuras circulares que se compensan o anulan mutuamente, se sitúan en territorios donde se aplican tipos cero, regímenes nocivos o existen asimetrías híbridas.

Tienen que comunicar los intermediarios y, cuando la información esté cubierta por el secreto profesional, los propios contribuyentes. Esta previsión puede originar una gran disparidad entre unos y otros Estados miembros.

La Directiva no contempla sanciones, ya que la Comisión no tiene competencia para ello, por lo que su regulación incumbe a los EEMM.

Los regímenes de declaración obligatoria complementan y se distinguen simultáneamente de otros tipos de obligaciones de declaración y notificación, como son los regímenes de cumplimiento cooperativo, por estar específicamente diseñados para detectar estructuras de planificación fiscal que explotan las deficiencias de un particular sistema tributario, al tiempo que dotan de la flexibilidad necesaria a las administraciones tributarias para establecer umbrales, rasgos distintivos y/o filtros que permitan su detección y, en su caso, revisión.

En nuestra opinión, esta Directiva podría conducir a la comunicación de un elevado número de esquemas de planificación, al objeto de que las Adminis-

traciones apliquen criterios uniformes para llevar a cabo esa calificación, lo que supondría un concepto unívoco de fraude, que no resultaría acorde con la diversidad de las normas sustantivas existentes en los Estados miembros.

#### 4. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CONTRIBUYENTES EN EL MARCO UN INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN AUTOMÁTICO GENERALIZADO

El contribuyente tiene que exigir una custodia impecable y un respeto por sus datos que no pueden ser objeto de filtración alguna. Por lo demás, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en dos ocasiones, Sentencia SABOU, de 22 de octubre de 2013 (C-276/12) y Sentencia BERLIOZ, de 16 de mayo de 2017, de las que cabe concluir que las Directivas de intercambio de información establecen obligaciones a los Estados miembros pero no atribuyen derechos específicos a los contribuyentes. Por tanto, no imponen a las Autoridades tributarias la obligación de consultar a los contribuyentes, ni permiten a estos cuestionar la exactitud de la información recibida. Con carácter general hay que afirmar, a la luz del caso BERLIOZ, que en la fase de investigación no participa el contribuyente quien, sin embargo, tiene derecho en la fase contradictoria a conocer los datos que le afecten aunque ello no alcance al conjunto de la investigación.

Con fecha 18 de diciembre de 2017 la Comisión ha remitido el informe previsto en el artículo 27 de la Directiva que se tiene que completar con un nuevo informe a presentar antes del 1 de enero de 2019 y que se elaborará sobre la base de la información aportada por los EEMM a través de cuestionarios y datos estadísticos. Dadas las fechas de entrada en vigor y de aplicación de las distintas Directivas, hasta ahora no hay un gran volumen de información intercambiada. El informe de la Comisión no es muy optimista y advierte que, aun cuando las disposiciones se han aplicado, no lo han sido en todos los casos de manera eficaz. La Comisión, de momento, valora el resultado de la cooperación administrativa como una herramienta de lucha contra el fraude fiscal por el efecto disuasorio que se le atribuye más que por los resultados concretos que en su implantación inicial se puedan obtener.

#### 5. CONCLUSIONES

Las Directivas aprobadas por la Comisión permiten poner en marcha las acciones del Plan BEPS de una forma coordinada y vinculante en lugar de a través de mecanismos de *soft law*, como son los instrumentos que se derivan del referido plan que, de esta forma, se ven sometidos al control comunitario,

tanto en lo que se refiere al proceso de su transposición como en lo que se refiere a los mecanismos y decisiones adoptados en su aplicación que de esta forma se verán sometidos al control de las Instituciones Comunitarias y, en especial, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por ello, el intenso proceso llevado a cabo en la Unión Europea, representa o, al menos, debería representar, un paso decisivo en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, cuya extensión y dimensiones deben ser motivo de una gran preocupación pues, según datos del FMI, la riqueza depositada en dichos territorios representa la cuarta parte de la riqueza mundial, importe que iría en aumento de no frenarlo pues, con la globalización, el dinero se mueve a gran velocidad de un sitio a otro.

Se contraponen en este proceso dos ideas motrices que no son siempre de fácil conciliación: luchar contra el fraude y la evasión fiscal por medio de una mayor transparencia y, al tiempo, dar mayor confianza a los operadores jurídicos.

La normativa española ha recogido con prontitud las orientaciones del Plan BEPS en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, cuya Exposición de Motivos hace referencia a la necesidad de luchar contra el fraude fiscal y recuperar el Impuesto sobre Sociedades como figura recaudatoria. Así se han aprobado medidas sobre tributación de híbridos y sobre la transparencia fiscal, figura que ha tenido una aplicación muy escasa desde su aprobación. Asimismo, se ha introducido la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros, rechazando la deducibilidad de los gastos financieros que carezcan de motivación económica válida.

Por su parte, la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, contempla la posibilidad de imponer sanciones a los contribuyentes que incurran en supuestos similares a los que la Administración tributaria haya calificado como planificaciones agresivas, para lo que se requiere que la Administración publique los esquemas que considera agresivos, lo que todavía no se ha llevado a cabo por lo que, en realidad, dicha previsión no se ha aplicado, sin perjuicio de que no parece una fórmula muy adecuada, dada la facilidad con la que se modifican tales esquemas.

Al tiempo, se está produciendo un predominio de los sistemas de control de riesgos frente a los de comprobación individualizada. No cabe dudar de las consecuencias de su aplicación, en especial en lo que se refiere al fin del secreto bancario para las personas físicas. No obstante, cabe dudar de su eficacia en lo que concierne a las estructuras financieras implementadas por las grandes compañías multinacionales, pues el concepto de beneficiario efectivo contemplado en la Directiva 2011/106 no sirve para desentrañar tan comple-

jas estructuras jurídicas e identificar al verdadero propietario de tales entidades. No es lo mismo el beneficiario efectivo que el titular real y la identidad de este último también puede ser relevante.

La información financiera a intercambiar se refiere a los productos financieros que obran en poder de las Instituciones financieras, por lo que quedan fuera de su alcance las monedas virtuales, bitcoins y otras menos conocidas que, ni siquiera garantizan la trazabilidad de las transferencias y que no permiten la identificación de su propietario.

La desaparición del dinero físico, dado el auge de las restricciones, cada vez mayores, a los pagos en efectivo, al objeto de derivar los pagos a las transferencias bancarias, abona esta tesis que se ve corroborada por las significativas reducciones de plantilla de los bancos que auguran que su negocio no va a ser el cobro y pago de cheques y talones, sino la custodia y transferencia de fondos desmaterializados.

En este escenario, ¿qué papel juegan las Administraciones Tributarias? Sin duda una generalización del borrador de declaración, tanto para particulares, como para pequeñas y medianas empresas. No todos los países están tan bien preparados como España en este terreno y les va a costar tiempo y dinero su puesta en marcha. En lo que se refiere a las grandes empresas, el sistema de cumplimiento cooperativo, que implica una relación de confianza entre la Administración y el contribuyente y una comprobación del cumplimiento tributario en tiempo real, se confirma, según han previsto los autores que han tratado el tema, como el complemento necesario del sistema de intercambio de información.

Sorprendentemente, o no, Estados Unidos no ha suscrito el Convenio Multilateral, lo que pudiera hacer que fuese considerado como un Paraíso Fiscal por otros Estados (7). ¿No tendrá esto algo que ver con el Brexit? En cuanto la mayor parte de los Estados se apunta a estas directrices, los americanos y británicos dejan de suscribir esos acuerdos.

Estas políticas pueden poner en tela de juicio, por inoperancia, la existencia del Impuesto sobre Sociedades. Al respecto, cabe recordar que el Informe Mirreless sobre el futuro del Impuesto sobre Sociedades avanzó una posible evolución del mismo hasta convertirse en un recargo del IVA.

Otra cuestión de la máxima relevancia es la de la localización de las ventas. La reforma Trump se inclina por su localización en el lugar de producción, mientras que la Unión Europea en la Propuesta BICCIS se inclina por el lugar del consumo. La idoneidad de una u otra forma dependerá de los efectos que se pretendan conseguir.

En todo caso, hay que tener en cuenta la creciente importancia de las ventas *on line* y el hecho de que la acción 1 de BEPS no haya conseguido ningún resultado por ahora y en la Unión Europea están haciendo una encuesta pública para ver qué solución resulta la más adecuada.

En este punto las nuevas Propuestas de Directiva de Base Imponible Común, COM (2016) 683 y Base Imponible Común Consolidada, COM (2016) 685 que, de aprobarse, se aplicarían obligatoriamente a las empresas multinacionales europeas cuyo volumen de ventas en la Unión exceda de 750 millones de euros, incluyendo las realizadas desde sus establecimientos en terceros países, resulta decisiva, pues de las mismas se podría derivar la existencia de una normativa y una gestión administrativa común para las multinacionales establecidas en la Unión Europea.

Entre tanto, en diversos países europeos se está planteando la posibilidad de aplicar a las multinacionales un tipo mínimo de gravamen de forma que se distribuya de forma más homogénea el reparto de las cargas tributarias, si bien no es fácil conseguir acuerdos en tan complicados asuntos.

En España, se han adoptado las previsiones del Plan BEPS con prontitud, si bien El Informe Anual de Recaudación tributaria de 2017 pone de relieve que, mientras que en 2007, el Impuesto sobre Sociedades aportaba a las arcas del Estado una cantidad próxima a los 45.000 millones de euros, en 2017 apenas alcanza los 23.000 millones de euros, pese a que los resultados empresariales ya se han vuelto a situar en los niveles de 2006. Dicho informe calcula un tipo efectivo del 6,14 % del resultado contable de las grandes empresas y grupos empresariales consolidados frente al 15,40 % del resto de empresas.

De otra parte, en dicho informe se pone de manifiesto que el endeudamiento empresarial español supera al de Francia, Alemania e Italia, lo que pone de relieve que, sin una armonización rigurosa de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades (8), la competencia fiscal que, inicialmente se concibió como un motor para atraer inversiones y creación de empleo, ha servido para que Estados y jurisdicciones de pequeño tamaño contribuyan a favorecer la erosión de las bases imponibles del Impuesto sobre Sociedades que, de momento, solo la rigurosa actuación de la Comisión de Competencia ha ido sacando a la luz.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- (1) SOROS, G. «La crisis del capitalismo global. La sociedad abierta en peligro». Versión española de F. Chueca, enero de 1999.

- (2) CAZORLA PRIETO, L. M. El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica, Discurso leído el día 5 de noviembre de 2010 en el acto de su recepción como Académico de Número.
- (3) CALDERÓN CARRERO, J. M. «La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI». Documento de trabajo del IEF n.º 20/06.
- (4) CARBAJO VASCO, D. «El nuevo orden fiscal tras la BEPS y su plan de acción».
- (5) CARBAJO VASCO, D. «La implantación del Plan BEPS, algunas reflexiones».
- (6) SANZ GADEA, E. «La Directiva anti abuso (1)». RCyT. CEF n.º 403, octubre 2016.
- (7) AVI-JONAH, R. y MAZZONI, L. «BEPS, ATAD and the new tax dialogue: A transatlantic Competition».
- (8) BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C. «La armonización de la Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español», Thomson Reuters, Aranzadi, 2016.



# La modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y los mecanismos de solución de controversias en materia de remedios comerciales

Dr. Óscar Cruz Barney<sup>1</sup>

*Ex Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México*

SUMARIO: 1. *Introducción: La situación de México en el contexto de las relaciones comerciales internacionales.* 2. *La modernización del TLCAN y el régimen jurídico de las negociaciones comerciales internacionales de los Estados Unidos de América.* 2.1 *Las propuestas de los Estados Unidos.* 3. *La posible eliminación del Capítulo XIX del TLCAN.* 4. *Las expectativas: El CPTPP como posible modelo modernizador.* 5. *La posición de Canadá.* 6. *Las rondas de negociación y qué cabe esperar.* 7. *Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DE MÉXICO EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

A partir de 1985 la apertura comercial buscaba corregir las distorsiones económicas generadas por la estrategia de sustitución de importaciones<sup>2</sup>. Se buscó afianzar el ingreso de inversiones al país estrechando las relaciones económicas con Estados Unidos, de ahí el inicio en su momento, de las negociaciones para la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América

---

<sup>1</sup> Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort, Cruz de San Ivo del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Medalla de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, Académico Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Académico de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. Investigador Nacional Nivel III, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>2</sup> Antecedentes históricos en CRUZ BARNEY, Óscar, *El comercio exterior de México, 1821-1928*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

del Norte (TLCAN) y que, con el antecedente del Tratado celebrado con la República de Chile que entró en vigor en enero de 1992, llevarían a negociar tratados con Costa Rica, Venezuela y Colombia, Bolivia, Nicaragua, la Unión Europea, Israel, Honduras, El Salvador y Guatemala, Uruguay, el Acuerdo Europeo de Libre Comercio, Japón, el Acuerdo de Integración Comercial con Perú.

A lo anterior, se negociaron acuerdos de alcance parcial de complementación económica con Argentina y Brasil. En el mes de julio de 2002 se suscribió el *Acuerdo de Complementación Económica 54*, que establece el compromiso de establecer una zona de libre comercio entre México y el Mercosur. Actualmente está en vigor el ACE-55 México – Mercosur (Sector Automotor) con un Primer protocolo adicional al Apéndice 1 del ACE 55 (México – Argentina).

El *Acuerdo de Asociación Transpacífico* o TPP, por sus siglas en inglés, ha sido, sin duda, a día de hoy, la negociación comercial multilateral más importante y desde una perspectiva Iberoamericana, el TPP tiene una importancia destacable, ya que está también la relativamente reciente *Alianza del Pacífico* entre México, Chile, Perú y Colombia, creada el 28 de abril de 2011, que busca la integración profunda de servicios, capitales, inversiones y movimiento de personas.

El *Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico* (AAT) o TPP (por sus siglas en inglés: *Trans Pacific Partnership*) se conforma por cuatro países iniciales o fundadores que son Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelanda y Singapur (conocidos también como P4 como iniciativa desarrollada por los países parte del Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica).

En el 2008 se llevaron a cabo negociaciones para incluir a los Estados Unidos de América (como parte de otras acciones para alcanzar una mejor posición en la región Asia-Pacífico), Australia, Perú y Vietnam. En el 2010 se incorporó Malasia al proceso y en 2012 México y Canadá se convirtieron en miembros oficiales del proceso negociador tras haberlo solicitado en 2011 pues no habían sido invitados hasta ese momento.

Cabe destacar que tanto Tailandia, Filipinas, Indonesia, Taiwán, Corea, Colombia y notablemente China han mencionado su intención de formar parte del Acuerdo.

Esta iniciativa busca desarrollar un régimen de comercio regional con evidentes implicaciones tanto a mediano como a largo plazo para la zona Asia-Pacífico y el resto del mundo, que ha iniciado un proceso de ajuste comercial importante ante los magros avances de la OMC. Así, el anuncio de las negociaciones para un Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y la

Unión Europea, denominado *Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión* (TTIP, por sus siglas en inglés: *Transatlantic Trade and Investment Partnership*), con quienes México tiene ya tratados comerciales, que hacen necesario y conveniente el involucramiento mexicano en dicha negociación.

El TIPAT modificó en su momento la situación de las negociaciones comerciales internacionales por las enormes perspectivas de integración regional que representa. No olvidemos que entre varios de los países negociadores existe ya un régimen de libre comercio o bien está en proceso de instauración. El ejemplo más claro es el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre Canadá, Estados Unidos de América y México, que ha fijado un modelo negociador para la región, y que entró a una etapa de renovación el 16 de agosto de 2017.

Una negociación compleja y que exigió de un esfuerzo muy importante del equipo negociador y del sector privado a través del Cuarto de Junto<sup>3</sup>.

El 23 de enero de 2017 el Presidente de los Estados Unidos de América anunció la salida de aquel país del acuerdo comercial, provocando con ello una reacción importante de freno en los procesos de aprobación por parte del resto de los países que participaron en el proceso de negociación. Cabe destacar que Nueva Zelanda ratificó el Tratado el 11 de mayo de 2017 pese a la salida estadounidense.

En el caso de México, el 10 de diciembre de 2015 se firmó el Acuerdo de la Mesa Directiva por el que se establece el proceso de análisis y discusión del *Acuerdo de Asociación Transpacífico* (TPP).

Ante el anuncio del retiro estadounidense se decidió suspender el proceso de análisis y en su caso aprobación por parte del Senado.

En una declaración fechada el 21 de mayo, resultado de la Reunión Ministerial, durante el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico celebrado en Hanoi, Vietnam, se decidió impulsar el denominado TPP-11, sin la participación de los Estados Unidos aunque abierto al retorno de dicho país al seno del acuerdo.

El pasado 11 de noviembre se emitió una declaración ministerial relativa a la continuación del proceso para la entrada en vigor del TPP-11. Cabe destacar

---

<sup>3</sup> Sobre el tema véase CRUZ BARNEY, Óscar, *La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

que actualmente la denominación del acuerdo cambió, por iniciativa de Canadá, a *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico* (actualmente CPTPP o TIPAT por sus siglas en español).

## 2. LA MODERNIZACIÓN DEL TLCAN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Es importante tener presente cuál es el régimen jurídico de las negociaciones comerciales internacionales de los Estados Unidos de América. Cabe destacar que la Sección 1101 de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* of 1988 establece los objetivos generales de los Estados Unidos en sus negociaciones comerciales internacionales, a fin de obtener:

- 1) Un acceso a mercados más abierto, equitativo y recíproco;
- 2) La reducción o eliminación de barreras al comercio, prácticas y políticas que distorsionen al comercio; y
- 3) Un sistema de disciplinas comerciales y procedimientos más efectivo.

Recordemos por otra parte que durante la campaña presidencial del recientemente electo titular del Ejecutivo en los Estados Unidos de América, se anunciaron diversas medidas en materia de comercio exterior que habrían de desarrollarse en los primeros 100 días de la nueva Administración:

1. El retiro del recientemente negociado Acuerdo de Asociación Transpacífico o TPP.
2. Renegociar o en su caso denunciar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Si bien la posibilidad de la renegociación ya se había planteado años atrás, recientemente (31 de marzo de 2017) el negociador en funciones de los Estados Unidos, Stephen Vaughn, hizo llegar al Congreso estadounidense un borrador de las posibles áreas de renegociación del Tratado, dividido en 18 temas generales y 48 objetivos específicos. Entre ellos destacaba por su gravedad y ciertamente inaceptabilidad la pretensión de eliminar el mecanismo de solución de controversias del Capítulo XIX del Tratado.

Conforme al derecho estadounidense, el Congreso le ha otorgado una amplia autoridad al Poder Ejecutivo para negociar Tratados Comerciales Internacionales, asimismo para:

- a) Denunciar tratados comerciales internacionales.
- b) Imponer aranceles contra prácticas comerciales injustas.
- c) Designar a países como «manipuladores del tipo de cambio».

Cabe destacar que estas tres acciones no requieren una intervención o acción por parte del Congreso ni tampoco su aprobación, dejando en el Ejecutivo una amplia libertad de acción sin contrapeso de los demás Poderes.

El fundamento legal para la negociación de tratados de libre comercio se encuentra en la *Trade Act* de 1974 que faculta al Presidente para negociar acuerdos comerciales que involucren barreras arancelarias y no arancelarias. La Sección 151 de la *Trade Act* de 1974 autoriza al Ejecutivo a someter dichos acuerdos o tratados al Congreso para su aprobación conforme al denominado *fast track* o *Trade Promotion Authority* (TPA).

La TPA fue adicionada además mediante:

- La *Omnibus Trade and Tariff Act* de 1984.
- La *Trade Promotion Authority Act* de 2002, y
- La *Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act* de 2015.

## 2.1 Las propuestas de los Estados Unidos

En una carta dirigida a Charles E. Schumer, líder del partido demócrata en el Senado de los Estados Unidos, fechada el 18 de mayo de 2017, finalmente el United States Trade Representative, Robert E. Lighthizer, notificó al Congreso de aquel país la intención del titular del Ejecutivo estadounidense de iniciar negociaciones comerciales con Canadá y México relativas a la «modernización» del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Lo anterior conforme a la sección 105(a)(1)(A) de la *Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act* de 2015 y a las facultades que le fueron delegadas por el titular del Ejecutivo.

De acuerdo con la obligación legal correspondiente se comprometió a consultar de manera cercana con el Congreso (como es su obligación legal) el desarrollo de las posturas negociadoras a fin de asegurar que sean consistentes con las prioridades del Congreso y sus objetivos señalados en la sección 102 de la citada *Trade Priorities and Accountability Act*.

Conforme a la carta, la idea es iniciar las negociaciones tan pronto sea posible, pero no antes de los próximos 90 días. La idea, conforme a la carta, es mejorar los salarios de los trabajadores estadounidenses e impulsar a la economía de aquel país y sus oportunidades conforme al TLCAN.

En la carta se hace hincapié en que el TLCAN se negoció hace 25 años y el entorno económico ha cambiado considerablemente, muchos capítulos

del Tratado se han quedado rezagados ante el desarrollo económico y de negocios. Por ejemplo:

- El comercio por vías electrónicas
- Los derechos de propiedad intelectual
- Las prácticas regulatorias
- Las empresas de Estado
- Los servicios
- Los procedimientos aduanales
- Las medidas sanitarias y fitosanitarias
- Disposiciones laborales y
- Medioambiente

De manera destacable debemos resaltar que en ese momento no se incluyó la pretensión de eliminar el Capítulo XIX del Tratado.

Concluye el texto de la carta señalando que el negociador comercial estadounidense está comprometido en concluir las negociaciones en tiempo y con resultados sustantivos para los consumidores, agricultores, rancheros y trabajadores de los Estados Unidos.

El 17 de julio de 2017 se plantearon los siguientes objetivos específicos de la modernización o renegociación por parte de los Estados Unidos, si bien todavía con un grado de ambigüedad importante<sup>4</sup>:

1. Comercio de bienes. Actual Capítulo III del TLCAN.
2. Medidas sanitarias y fitosanitarias (SPS). Actual Capítulo VII del TLCAN.
3. Aduanas, facilitación del comercio y reglas de origen. Actual Capítulo V del TLCAN.
4. Obstáculos técnicos al comercio (OTC). Actual Capítulo IX del TLCAN.
5. Buenas prácticas regulatorias.
6. Comercio de servicios, incluyendo telecomunicaciones y servicios financieros. Actual capítulos XII, XIII y XIV del TLCAN.
7. Comercio digital de bienes y servicios y flujos de datos transfronterizos. No incluido en el TLCAN.
8. Inversión. Actual Capítulo XI del TLCAN.
9. Propiedad intelectual. Actual Capítulo XVII del TLCAN.
10. Transparencia. No incluido en el TLCAN.
11. Empresas de Estado y bajo el control del Estado. Actual Capítulo XV del TLCAN.

---

<sup>4</sup> <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>

12. Política de competencia. Actual Capítulo XV del TLCAN.
13. Materia laboral. Actual Acuerdo de Cooperación Laboral paralelo al TLCAN.
14. Ambiente. Actual Acuerdo de Cooperación Ambiental paralelo al TLCAN.
15. Combate a la corrupción. No incluido en el TLCAN.
16. Remedios comerciales. Actual capítulos III y XIX del TLCAN.
17. Compras de Gobierno. Actual Capítulo X del TLCAN.
18. Pequeñas y medianas empresas. No incluido en el TLCAN.
19. Energía. Actual Capítulo VI del TLCAN.
20. Solución de controversias. Actual Capítulo XX del TLCAN.
21. Disposiciones generales. Actual Capítulo XXII del TLCAN.
22. Tipos de cambio. No incluido en el TLCAN.

En cuanto a los remedios comerciales, la propuesta de los EUA plantea:

- Mantener la capacidad de los Estados Unidos para hacer cumplir rigurosamente sus leyes comerciales, incluidas las leyes *antidumping*, compensatorias y de medidas de salvaguarda.
- Eliminar la exclusión de la salvaguarda global del TLCAN para que no restrinja la capacidad de los Estados Unidos de aplicar medidas en futuras investigaciones.
- Eliminar el mecanismo de solución de controversias del Capítulo XIX del TLCAN.
- Buscar una definición específica de la industria doméstica para productos perecederos y estacionales en procedimientos AD / CVD.
- Excluir las empresas estatales como parte de la industria nacional en los procedimientos AD / CVD.
- Facilitar la capacidad de imponer medidas basadas en el *dumping* de terceros países<sup>5</sup>.
- Promover la cooperación entre los administradores de las medidas correctivas comerciales de los países del TLCAN, particularmente con respecto al intercambio de información que mejoraría la capacidad de los administradores para monitorear y abordar eficazmente las violaciones de las medidas comerciales correctivas, por ejemplo, mediante la iniciación de oficio.

<sup>5</sup> Véase el artículo 317 del texto vigente del TLCAN: *Dumping* de terceros países

Las partes confirman la importancia de la cooperación respecto a las acciones comprendidas en el artículo 12 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

Cuando una de las Partes presente a otra una petición de medidas *antidumping* a su favor, esas Partes realizarán consultas en el plazo de 30 días sobre los hechos que motivaron la solicitud. La Parte que recibe la solicitud dará plena consideración a la misma.

- Fortalecer los procedimientos existentes y crear nuevos procedimientos para abordar la evasión de derechos AD / CVD, incluida la capacidad de realizar visitas de verificación de AD / CVD.
- Establecer mecanismos de transparencia y las debidas obligaciones de proceso reflejadas en las leyes, reglamentos y prácticas de AD / CVD de EE. UU.
- Establecer un sistema de monitoreo de importaciones de alerta temprana para productos sensibles acordados de países que no son miembros del TLCAN.

Para el Capítulo general de solución de controversias:

- Fomentar la identificación temprana y la resolución de disputas a través de consultas y otros mecanismos.
- Establecer un mecanismo de solución de controversias que sea efectivo, oportuno y en el que las determinaciones del panel se basen en las disposiciones del Acuerdo y las presentaciones de las partes y se tomen de manera razonada.
- Establecer un proceso de solución de controversias transparente mediante:
  - Exigir que las presentaciones de las partes se pongan a disposición del público;
  - Exigir que las audiencias estén abiertas al público;
  - Exigir que las determinaciones finales de un panel se pongan a disposición del público; y
  - Asegurar que las entidades no gubernamentales tengan el derecho de solicitar presentaciones por escrito a un panel.
- Tener disposiciones que fomenten el cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo.

### 3. LA POSIBLE ELIMINACIÓN DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

Los usuarios del sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional<sup>6</sup> han acudido en múltiples ocasiones al mecanismo contemplado en el artículo 1904 del TLCAN desde su entrada en vigor obteniendo resultados de diversa índole, pero siempre positivos para la relación comercial, no debemos cerrar esa puerta a los exportadores de los países parte del Tratado<sup>7</sup>. Las resoluciones del Capítulo XIX han sido en diversos

<sup>6</sup> Sobre el sistema *antidumping* mexicano véase CRUZ BARNEY, Óscar, *Antidumping*, Barcelona, Wolters Kluwer-BOSCH, 2013.

<sup>7</sup> Sobre el Capítulo XIX del TLCAN véase CRUZ BARNEY, Óscar, *Solución de controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, IJ-UNAM, 2.ª ed.,



sentidos, en unas ocasiones favorables a las autoridades nacionales de Canadá, Estados Unidos y México, y en otras a los particulares de los tres países que han solicitado su integración.

El Capítulo XIX fue el último capítulo en negociarse en el TLCAN y su inclusión representó un logro fundamental de México y de su sector privado en el Tratado. Es un mecanismo que está al alcance de los particulares interesados y que ofrece una opción única de revisión imparcial, objetiva, internacional y de naturaleza arbitral de las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional. Considero que el Gobierno de México debe defender, fortalecer y mantener el mecanismo dentro del TLCAN, de lo contrario los exportadores de los tres países perderán una opción única para dar seguridad a sus exportaciones y sus mercados.

Sin el Capítulo XIX las opciones disponibles se reducirían notablemente: serían los mecanismos de revisión interna que tenga cada país, que en el caso de México son el recurso contenido de la Ley de Comercio Exterior, el Juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y el Juicio de Amparo; así como en su caso, a nivel internacional, acudir al mecanismo de solución de controversias de la OMC, con una diferencia fundamental y diría crucial respecto del mecanismo del Capítulo XIX: acudir ante la OMC no depende de los particulares ni se les permite llevar el caso y defenderlo, sino que es una función de competencia exclusiva de los gobiernos de los países miembros.

No olvidemos que fue el gran logro del sector privado mexicano de la mano con el Gobierno de México y sus negociadores. Gracias a dicho Capítulo los exportadores de los tres países gozan de una mayor seguridad jurídica en sus operaciones comerciales.

El Capítulo XIX garantiza la imparcialidad y la capacidad que puede ofrecer un mecanismo arbitral internacional, objetivo e independiente. Eso le interesa y le conviene a todas las Partes del TLCAN. No olvidemos lo dicho en su momento por la Cámara de Senadores en su dictamen sobre el TLCAN, al tratar el tema del Capítulo XIX, quien señaló que «Las disposiciones del capítulo XIX del Tratado contribuirán a sentar las bases de un mercado libre de prácticas nocivas para el comercio entre las tres naciones... contribuirá a proteger la estabilidad de la producción nacional al establecerse vías adecuadas para dirimir las controversias que se presenten, entre ellas lo que se refiere a combatir el comercio desleal.» ( Senado de la República, *Dictamen sobre*

---

Porrúa, 2007.

*el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Acuerdos Complementarios –laboral y ambiental–*, México, Senado de la República, LV Legislatura, 1994, págs. 181-182).

Aspecto fundamental de la negociación del TLCAN fue el asegurar que los exportadores no quedasen sujetos a la aplicación de medidas de defensa contra prácticas desleales de comercio que fuesen injustificadas por parte de los socios comerciales, de ahí su importancia. La petición de eliminar el Capítulo no da razón o argumento alguno para ello. Los mecanismos contenidos en el Capítulo XIX requieren sí de algunas mejoras y ajustes, pero lejos de desaparecerlo (lo que sería totalmente contraproducente), los mecanismos y el Secretariado de los Tratados de Libre Comercio (y las secciones nacionales respectivas) deben recibir un mucho mayor apoyo material y logístico por parte de los Gobiernos de los países Parte del TLCAN, deben resolverse los problemas de tardanza en la integración de los paneles arbitrales, hay que dejar en claro que deben ser abogados los que representen a las partes en los procedimientos ante los paneles, debe resolverse el tema de la exclusión de foros entre un Panel del artículo 1904 del TLCAN y el sistema de solución de controversias de la OMC, y otros más.

Los paneles del artículo 1904 del TLCAN representan una oportunidad inigualable para que las culturas jurídicas de los países socios se difundan y sean mayormente conocidas por los participantes.

En conclusión, como usuario del sistema de solución de controversias del Capítulo XIX del TLCAN, puedo señalar y estoy cierto en que debemos defender, mejorar, fortalecer y preservar el Capítulo XIX del TLCAN, un mecanismo único en su tipo, benéfico para los exportadores de los tres países Parte del Tratado y benéfico para la buena relación e intercambio comercial regional que le ha dado a los tres países una experiencia única y sumamente positiva.

#### 4. LAS EXPECTATIVAS: EL CPTPP COMO POSIBLE MODELO MODERNIZADOR

El nivel de integración de nuestras economías es tan alto que una salida del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o una mala renegociación implicarían pérdidas importantes a las economías de ambos países. Las manifestaciones a favor de una mejora del tratado y contrarias a su desmantelamiento se han hecho presentes de manera persistente en los últimos días, calificando inclusive de devastadora una posible salida del mismo

con afectaciones a los trabajadores, para el sector negocios y para las economías de los tres países.

El *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico* o TIPAT es, sin duda al día de hoy, la negociación comercial multilateral más importante y desde una perspectiva Iberoamericana, el TIPAT tiene una importancia destacable ya que está también la relativamente reciente *Alianza del Pacífico* entre México, Chile, Perú y Colombia, creada el 28 de abril de 2011 que busca la integración profunda de servicios, capitales, inversiones y movimiento de personas.

Se ha tomado en consideración el texto del TIPAT como referencia para la renegociación del TLCAN, teniendo presente desde luego que elementos y temas negociados en el foro del TIPAT obedecieron a condiciones de la relación comercial muy diferentes a las actuales con los Estados Unidos de América y que requieren ser ajustados a las condiciones de la relación trilateral. En este sentido, el recientemente designado Secretario del Tesoro de los Estados Unidos, Steven Mnuchin, señaló durante su comparecencia ante el Comité de Finanzas del Senado estadounidense que el texto del TIPAT habrá de ser el punto de partida para la renegociación del Tratado.

Sin duda, de hecho el TIPAT ofrece un ejemplo posible de lo que podría ser una modernización negociada del TLCAN, con mecanismos mejorados en materia de solución de controversias, pensemos en el mecanismo general de solución de controversias contenido en el Capítulo XX del TLCAN versus el del Capítulo 28 del TIPAT que busca superar mucha de la problemática existente actualmente. Asimismo, en materia de inversión extranjera, las mejoras previstas en el Capítulo 9 del TIPAT respecto del régimen establecido en el Capítulo XI del TLCAN. Otros temas podrían ser mejorados como el régimen de certificación de origen de las mercancías, transparencia, anticorrupción y otros más.

Desde luego, se deberá fortalecer tanto al mecanismo de solución de controversias en materia de prácticas desleales de comercio del Capítulo XIX del TLCAN (que no tiene un mecanismo similar en ningún otro tratado comercial celebrado por México) y apuntalar el sistema mexicano de defensa contra dichas prácticas.

Ante todo, México deberá poner sobre la mesa sus intereses específicos de mejora e inclusión en el TLCAN, así como los problemas actuales y más urgentes de resolución en la relación comercial, sin dar marcha atrás en los logros obtenidos en materia de integración regional.

## 5. LA POSICIÓN DE CANADÁ

La Ministra de Relaciones Exteriores de Canadá, Chrystia Freeland, planteó la posición del país en la modernización del TLCAN<sup>8</sup>. Canadá apunta a:

En primer lugar modernizar el TLCAN pues las economías global, norteamericana y canadiense se han transformado en ese momento gracias a la revolución tecnológica. El TLCAN debe garantizar un sector tecnológico internacionalmente competitivo y que todos los sectores de la economía canadiense puedan cosechar todos los beneficios de la revolución digital.

En segundo lugar, un TLCAN progresivo conforme al modelo del acuerdo con la Unión Europea (CETA). En particular, se busca:

- Incorporar fuertes salvaguardias laborales en el núcleo del acuerdo;
- Integrar disposiciones ambientales mejoradas para garantizar que ningún país del TLCAN debilite la protección ambiental para atraer inversiones
- Agregar un nuevo capítulo sobre los derechos de género, de acuerdo con el compromiso canadiense con la igualdad de género;
- En línea con el compromiso canadiense de mejorar su relación con los pueblos indígenas, agregar un capítulo indígena; y reformar el proceso de solución de controversias entre los inversores y los estados, para garantizar el derecho de los gobiernos para regular en aras del interés público.

Canadá busca un mercado más libre para la contratación pública, un logro significativo en CETA. Las disposiciones de contenido local para los principales contratos del gobierno son comida basura política, superficialmente apetecible, pero insalubre a largo plazo. La liberalización de las adquisiciones puede ir de la mano de una mayor armonización regulatoria.

Asimismo, se pretende facilitar el movimiento de profesionales modernizando el Capítulo XVI del TLCAN ampliándolo para reflejar las necesidades negocios. Aquí nuevamente, Canadá considera que el CETA proporciona un modelo.

Los puntos canadienses se refieren en síntesis a:

1. Materia laboral.
2. Medio ambiente.
3. Derechos de género.

---

<sup>8</sup> <http://www.cbc.ca/news/politics/nafta-canada-demands-list-1.4246498>. El texto del comunicado en [https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/08/address\\_by\\_foreign-affairs-minister-on-the-modernization-of-the-north-america.html](https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/08/address_by_foreign-affairs-minister-on-the-modernization-of-the-north-america.html)

4. Derechos indígenas.
5. Mecanismo de solución de controversias inversionista-estado.
6. Expandir adquisiciones.
7. Movimiento más libre de profesionales.
8. Proteger el sistema de gestión de suministros de Canadá para productos lácteos y aves de corral.
9. Proteger las empresas culturales.
10. Mantener el Capítulo XIX.

## 6. LAS RONDAS DE NEGOCIACIÓN Y QUÉ CABE ESPERAR

Hasta este momento se han llevado a cabo diversas rondas de modernización del TLCAN, que han sido las siguientes:

Primera ronda, Washington, D. C. del 16-20 de agosto de 2017<sup>9</sup>.

Segunda Ronda, Ciudad de México, del 1 al 5 de septiembre de 2017. En ella sesionaron 25 mesas de trabajo para tratar temas como acceso a mercado de bienes, inversión, reglas de origen, facilitación comercial, medio ambiente, comercio digital, pequeñas y medianas empresas, transparencia y anticorrupción, entre otros<sup>10</sup>.

Tercera Ronda, Ottawa, Canadá del 23 al 27 de septiembre de 2017<sup>11</sup>.

Cuarta Ronda, Arlington, Virginia, EUA, del 11 al 17 de octubre de 2017. Esta ronda de negociaciones abarcó siete días enteros de discusiones en casi 30 grupos. Al finalizar, los gobiernos de los tres países declararon que sobre la base de los avances realizados en rondas anteriores, incluyendo la conclusión de negociaciones sustantivas en el Capítulo de Pequeñas y Medianas Empresas, anunciado en la Ronda tres, se concretaron sustancialmente las discusiones en el Capítulo de Competencia. Además, los negociadores lograron avances significativos en varios grupos de negociación, incluyendo Aduanas y Facilitación del Comercio, Comercio Digital, Buenas Prácticas Regulatorias, y algunos anexos sectoriales. Se señaló que las Partes ya han presentado casi la totalidad de las propuestas iniciales de texto<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> El texto de la declaración al finalizar esta primer ronda en [http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Modernization/Tri\\_Statement\\_Round1\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Modernization/Tri_Statement_Round1_s.pdf)

<sup>10</sup> El texto de la declaración final de la ronda en [http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Modernization/Round\\_2\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Modernization/Round_2_s.pdf)

<sup>11</sup> Su texto en [http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Modernization/Round\\_3\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Modernization/Round_3_s.pdf) y en [https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/09/trilateral\\_statementontheconclusionofthethirdroundofnaftanegotia.html](https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/09/trilateral_statementontheconclusionofthethirdroundofnaftanegotia.html)

<sup>12</sup> Véase [http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Modernization/NAFTA\\_MOD\\_Round\\_4\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Modernization/NAFTA_MOD_Round_4_s.pdf)

Entre las propuestas delicadas presentadas por Estados Unidos durante la cuarta ronda están:

- Incrementar el contenido regional para la industria automotriz de 62,5 % a 85 %, del cual el 50 % debe ser estadounidense
- Limitar las compras de gobierno
- La eliminación del Capítulo XIX
- Implementar cláusula *sunset*, que busca revisar el tratado cada cinco años<sup>13</sup>.

El responsable de las negociaciones por parte de los Estados Unidos, Robert Lighthizer, declaró que en las negociaciones «hay que llegar a un acuerdo equilibrado», y manifestó estar «sorprendido y decepcionado por la resistencia al cambio» tras el rechazo de México y Canadá a los cambios propuestos por Donald Trump para el Tratado. Reiteró que si esta actitud continúa y no existen cambios en las políticas del tratado referentes al empleo, manufactura y empresas nacionales Estados Unidos no podría continuar dentro del Tratado<sup>14</sup>.

Quinta Ronda, Ciudad de México del 15 al 23 de noviembre de 2017. Para esta ronda se abarcarán temas como Propiedad Intelectual, Servicios Financieros, Anticorrupción, Economía Digital, Regla de origen en sector automotriz. México lleva listas sus propuestas sobre solución de controversias y compras de gobierno<sup>15</sup>.

A los temas anteriores hay que añadir el reciente planteamiento estadounidense se excluir del capítulo de servicios el transporte de carga<sup>16</sup>.

En el mes de diciembre de 2017 se llevó a cabo una reunión técnica los días 9 al 15 en la ciudad de Washington. D. C. Los temas tratados fueron:

Anticorrupción  
Buenas Prácticas Regulatorias (BPR)  
Comercio Digital  
Competitividad  
Empresas comerciales propiedad del Estado

---

<sup>13</sup> Véase <http://cnnespanol.cnn.com/2017/10/18/tras-cuatro-rondas-de-negociaciones-que-sigue-ahora-para-el-tlcan/>

<sup>14</sup> <http://www.alcaldesdemexico.com/notas-principales/estados-unidos-decepcionado-tras-finalizar-cuarta-ronda-de-negociaciones-del-tlcan/>

<sup>15</sup> [http://www.milenio.com/negocios/tlcan-tlc-quinta\\_ronda-sector\\_automotriz-reglas\\_origen-acero-kenneth\\_smith-noticias\\_0\\_1063693879.html](http://www.milenio.com/negocios/tlcan-tlc-quinta_ronda-sector_automotriz-reglas_origen-acero-kenneth_smith-noticias_0_1063693879.html)

<sup>16</sup> <https://www.bloomberglaw.com/news/articles/2017-11-09/u-s-is-said-to-propose-freezing-mexican-trucks-out-of-new-nafta>

Energía  
Medio ambiente  
Obstáculos técnicos al comercio  
Procedimientos aduaneros  
Reglas de origen  
Servicios financieros  
Telecomunicaciones  
Textil  
Trato nacional y acceso a mercado de bienes

Cabe destacar que no se logró el cierre de ningún capítulo.

## 7. CONCLUSIÓN

- 1) El Ejecutivo estadounidense cuenta con una muy amplia gama de facultades en materia de comercio internacional, muestra de la prolongada experiencia de aquel país en la materia. El Congreso le ha otorgado una amplia autoridad al Poder Ejecutivo para negociar tratados comerciales internacionales, asimismo para denunciar tratados comerciales internacionales, imponer aranceles contra prácticas comerciales injustas, y designar a países como «manipuladores del tipo de cambio».
- 2) Estas acciones del Ejecutivo no requieren una intervención o acción por parte del Congreso ni tampoco su aprobación, dejando en el Ejecutivo una amplia libertad de acción sin contrapeso de los demás Poderes.
- 3) Las relaciones comerciales con los Estados Unidos de América siempre han sido complejas y ante la modernización del TLCAN el sector productivo mexicano debe prepararse para los cambios que habrán de presentarse; actuar, diversificar mercados de exportación y de ser posible su oferta exportadora; acercarse al gobierno de México para estructurar una defensa comercial adecuada, incluso a los organismos empresariales y agroindustriales.
- 4) El sector privado mexicano debe concientizar a sus socios y clientes en los EUA sobre la importancia de que el TLCAN se mantenga y se fortalezca para que ellos a su vez hagan lo propio con su gobierno y organizaciones; asesorarse con abogados y expertos en materia de comercio exterior. Serán necesarias unión, imaginación, capacidad de adaptación y de gestión.
- 5) Las propuestas estadounidenses son en muchos casos inaceptables e incluso contrarias a los intereses de dicho país, México debe mantenerse firme en su postura negociadora.

- 6) Se han planteado dudas sobre si el Ejecutivo estadounidense puede denunciar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte sin la aprobación del Congreso.
- 7) No existen precedentes en los Estados Unidos del retiro unilateral de un Tratado de Libre Comercio en vigor por parte del Presidente de los Estados Unidos.
- 8) La legislación estadounidense es omisa en señalar si se requiere o no de la aprobación del Congreso para denunciar un tratado de libre comercio.
- 9) La participación del sector privado mexicano a través de la figura del Cuarto de Junto, creada desde las negociaciones iniciales del TLCAN ha sido fundamental y debe continuar y fortalecerse.
- 10) México debe defender a toda costa el mantenimiento de los mecanismos de solución de controversias del TLCAN y en particular los del Capítulo XIX en materia de prácticas desleales de comercio.
- 11) En su momento se llevaron a cabo en México las consultas para la renegociación, tanto con el Senado de la República como vigilante de la política exterior de México y con el sector privado a través de la figura del Cuarto de Junto.
- 12) Temas nuevos como anticorrupción y PYMES se han incluido en la negociación y habrá que esperar sus resultados.

Finalmente, México y Canadá deben mantenerse unidos en el proceso de negociación, solo así se podrán lograr las fortalezas necesarias para la misma.



# La armonización de los Impuestos Especiales en la Directiva 2008/118/CE

Antonio Fernández de Buján y Arranz

Abogado Asociado Senior de KPMG Abogados

Académico Correspondiente de la RAJYL

Profesor de Derecho Financiero y Tributario de la UCM

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. La eficacia directa y la primacía del Derecho Comunitario sobre el ordenamiento interno. II. La Directiva 2008/118, relativa al Régimen General de los Impuestos Especiales; A. Ámbito objetivo; B. Prohibición de creación de nuevos gravámenes que den lugar a formalidades en el cruce de fronteras; C. Prohibición otros gravámenes sobre los productos objeto de los IIEE de fabricación sin finalidad específica. Especial consideración al denominado «céntimo sanitario».

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA EFICACIA DIRECTA Y LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL ORDENAMIENTO INTERNO

Como tienen escrito Falcón y Pulido<sup>1</sup>, las Directivas<sup>2</sup> únicamente obligan al Estado en cuanto al resultado a alcanzar<sup>3</sup>. La jurisprudencia, sin embargo, ha extendido la eficacia directa a determinadas disposiciones de las Directivas

---

<sup>1</sup> FALCÓN Y TELLA, R.; PULIDO GUERRA, E., *Derecho fiscal internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, 2013, pp. 31-32.

<sup>2</sup> Vid. con carácter general sobre la armonización fiscal y las Directivas armonizadoras, SIMÓN ACOSTA, E., *Armonización fiscal en Europa: imposición indirecta*, en AAVV, *Economía y Derecho empresarial. El reto europeo a la empresa española* (COORD. DORAL GARCÍA, J. A.), Eunsa, 1988, pp. 135 a 148

<sup>3</sup> Como se indica en el artículo 288 del Tratado de 25 de marzo 1957, sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (consolidado según Tratado de Lisboa) ratificado por Instrumento de 13 de diciembre 2007 «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

que no han sido ejecutadas correctamente o no lo han sido dentro de plazo<sup>4</sup> (en caso contrario, lógicamente, lo que se aplica en la norma interna de ejecución), y ello sobre la base de una doble argumentación:

- Por un lado, se entiende que la única forma de dar efectividad a la obligación de resultado que la Directiva impone al Estado es permitir a los particulares alegar la Directiva ante los jueces y Tribunales internos, pues en caso contrario ninguna sanción efectiva frente al incumplimiento del Estado.
- Por otro lado, se acude a la doctrina del *stoppel*, de origen anglosajón, o lo que es lo mismo, al clásico principio *non venire contra factum proprium*<sup>5</sup>, según el cual se considera que el Estado no puede beneficiarse de su propio incumplimiento frente a los particulares<sup>6</sup>.

En este sentido concluye el TJCE su sentencia de 19.1.1982, *Ursula Becker & Finanzamt (Delegación de Hacienda) Münster-Innenstad*, As., 8/81 que «La disposición relativa a la exención del impuesto sobre el volumen de negocios para operaciones de negociación de créditos, prevista en el párrafo 1 de la letra d) del punto B del artículo 13 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios–Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido:

---

<sup>4</sup> Vid. por todas sobre este particular, STJCE de 19.1.1982, *Ursula Becker & Finanzamt (Delegación de Hacienda) Münster-Innenstad*, As., 8/81 en la que se indica «A tenor del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, "la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios". Resulta de este texto que los Estados destinatarios están obligados, en virtud de la Directiva, a conseguir un resultado, obligación que debe cumplirse al expirar el plazo fijado por la propia Directiva.

De ello se deriva que, en todos los casos en que una Directiva se ejecuta correctamente, sus efectos llegan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro de que se trate (Sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión/Bélgica, 102/79, - Rec. p. 1473). [...] Por consiguiente, el Estado miembro que no hubiese adoptado dentro del plazo prescrito las medidas de ejecución impuestas por una Directiva, no puede invocar, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones que ésta implica. Así pues, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado».

<sup>5</sup> En la STJUE 3.2.2011, *Budějovický Budvar, národní podnik contra Anheuser-Busch, Inc*, As., C-482/09, de acuerdo con el principio jurídico que subyace al aforismo *venire contra factum proprium*, según el cual, en caso de actitud contradictoria del titular de un derecho, debe prohibirse al mismo el ejercicio de su derecho frente al obligado.

<sup>6</sup> En relación con la principal doctrina jurisprudencial sobre el principio de primacía, Vid. STJCE 6.3.1979, *Simmmenthal SpA & Comisión de las Comunidades Europeas*, As., 92/78 y STJCE 15.7.1964, *Flaminio Costa & ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica)*, As., 6/64.

base imponible uniforme, podía ser invocada a partir del 1 de enero de 1979, en caso de inejecución de dicha Directiva, por un agente de negociación de créditos, cuando este se hubiese abstenido de repercutir dicho impuesto en la fase siguiente, sin que el Estado pueda alegar en su contra dicha inejecución».

Cabría señalar, por tanto, de acuerdo con la Sentencia Ursula Becker, que tienen eficacia directa aquellos preceptos de una Directiva que establezcan una exención o beneficio fiscal, sin que el Estado que proceda pueda alegar inejecución. Cabe señalar, sobre este particular, que las disposiciones de la Directiva a aplicar deben ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas.

La interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace de una norma del Derecho de la Unión tiene como finalidad aclarar y precisar el significado y alcance de la misma, esto es, tal como debería haber debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. En consecuencia, la norma, tal y como la interpreta el TJUE, debe aplicarse a todas las relaciones jurídicas, incluidas las nacidas y constituidas antes de la sentencia en la que se haya realizado la interpretación<sup>7</sup>.

Con otras palabras, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el marco de la regulación y aplicación de la imposición indirecta, procede a interpretar la Directiva 2008/118/CE con la finalidad de delimitar y clarificar su contenido. Al respecto, la norma, tal y como la interpreta el TJUE, debe aplicarse a todas las relaciones jurídicas, incluidas las constituidas con anterioridad a la sentencia en la que se haya realizado la interpretación de la Directiva por parte del TJUE.

En relación con los IIEE, se indica en la EM de la Ley 38/1992, de 28 diciembre, de Impuestos Especiales, que la configuración de la Comunidad Económica Europea como un mercado interior, establecida en el Acta Única Europea, implica la libertad, entre otras, de la circulación de mercancías sin que se sometan a controles como consecuencia del cruce de las fronteras interiores, haciendo necesaria una profunda modificación de la imposición indirecta<sup>8</sup> que venía respondiendo, en lo que a la circulación intracomunitaria se refiere, a un modelo basado precisamente en la realización de ajustes fiscales en las fronteras.

---

<sup>7</sup> Cfr. con las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl relativas a la STJUE 27.02.2014, *Transportes Jordi Besora, S. L., y Generalitat de Catalunya, As.*, C-82/12.

<sup>8</sup> Vid. por todos sobre la reforma fiscal verde MATA SIERRA, M. T.; CALVO VÉRGEZ, J., *La reforma fiscal verde*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2015.

Esta modificación afecta a los impuestos especiales de fabricación que constituyen, junto con el Impuesto sobre el Valor Añadido, las figuras básicas de la imposición indirecta y se configuran como impuestos sobre consumos específicos, gravando el consumo de unos determinados bienes, además de lo que lo hace el IVA en su condición de impuesto general<sup>9</sup>.

Afirma PELECHÁ que habida cuenta del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional, la prelación de fuentes del Derecho respecto de los tributos sobre el comercio exterior será la siguiente:

- a) El Derecho comunitario originario (es decir, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y los actos que posteriormente los han ido modificando).
- b) Los acuerdos, tratados o convenios que contengan cláusulas de naturaleza aduanera tributaria firmados por las Comunidades Europeas.
- c) El Derecho comunitario derivado (es decir, los actos–reglamentos, directivas y decisiones– adoptados por las instituciones comunitarias en el ejercicio de las competencias que les reconoce el Derecho originario en el ámbito aduanero tributario).
- d) Las normas tributarias españolas (que, a su vez tendrán su propio orden de prelación) en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario.

Efectivamente, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea dedica una serie de artículos al arancel de aduanas (arts. 23 a 27 y 131 a 134) y otra serie de artículos a la fiscalidad indirecta (arts. 90 a 93). Esas normas están por encima del Derecho comunitario derivado y, por supuesto, por encima de cualquier norma nacional, incluida la Constitución. En los acuerdos preferenciales, de asociación, etc., que la Comunidad ha firmado con numerosos países o grupos de países es frecuente que existan disposiciones referentes al arancel de aduanas y, en su caso, a otros tributos que, eventualmente, puedan incidir sobre el comercio exterior. Ni qué decir tiene que lo establecido en los citados acuerdos se aplica por encima de lo que, respecto de los citados tributos, establezca el Derecho comunitario derivado o las normas nacionales internas<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Indica la citada EM que el mencionado doble gravamen se justifica en razón a que el consumo de los bienes que son objeto de estos impuestos genera unos costes sociales, no tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios privados, que deben ser sufragados por los consumidores, mediante una imposición específica que grave selectivamente estos consumos, cumpliendo, además de su función recaudatoria, una finalidad extrafiscal como instrumento de las políticas sanitarias, energéticas, de transportes, de medio ambiente, etcétera.

<sup>10</sup> PELECHÁ ZOZAYA, F., *Fiscalidad sobre el comercio exterior: el Derecho aduanero tributario*, Marcial Pons, 2009, pp. 19-20.

## 2. LA DIRECTIVA 2008/118 RELATIVA AL RÉGIMEN GENERAL DE LOS IMPUESTOS ESPECIALES

La Directiva 2008/118/CE, de 16 de diciembre, establece un régimen general de los impuestos especiales y deroga Directiva 92/12/CEE, de 25 de febrero de 1992<sup>11</sup>, relativa a la circulación de productos objeto de los impuestos especiales de fabricación. Como se establece en la EM de la Ley 38/92 de IIEE<sup>12</sup>, «Esta adaptación de la imposición indirecta a la nueva configuración de la Comunidad como un espacio sin fronteras debe producirse de una forma armonizada<sup>13</sup> para todos los Estados miembros, con el fin de que no se produzcan distorsiones a la competencia, se controlen sus efectos sobre otras políticas comunitarias y se haga posible que los impuestos se recauden por los Estados donde se produzca el consumo».

Como tiene escrito Lauzurica los principios en los que se basaron los acuerdos de armonización fueron fundamentalmente dos:

1. Imposición en el país de destino.
2. Definición de estructuras armonizadas relativas al ámbito objetivo de los impuestos, devengo, tipos, operadores, etc.

La aceptación de estos principios se consiguió tras un largo camino en el que fueron variando las metas fijadas. En un principio, la Comisión consideró que la libertad de circulación de mercancías solo se lograría en la medida en que la imposición indirecta fuese la misma en todo el territorio comunitario. Sin embargo, esta meta fue abandonada por las enormes diferencias de parti-

<sup>11</sup> Vid. con carácter general ERES SÁEZ, C., *La nueva directiva en materia de impuestos especiales: Principales modificaciones, incidencia sobre la normativa nacional, particularidades en relación a las pérdidas y la circulación*, Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera, n.º 231, 2009, pp. 70-75.

<sup>12</sup> La Ley 38/1992 de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales derogó a su antecesora la Ley 45/1985, de 23 de diciembre. A su vez la Ley 45/85 sustituyó a la Ley 39/1979 de 30 de noviembre, cuyo antecedente inmediato era el Decreto 511/1967, de 2 de marzo. El citado Decreto 511/1967, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de los Impuestos Especiales agrupa la imposición sobre: 1) alcoholes, 2) el azúcar, 3) la achicoria (sucedáneo del café), 4) la cerveza (con la finalidad de proteger la producción nacional de vino), 5) el petróleo y sus derivados y 6) el impuesto sobre el uso del teléfono.

Como se establece en la EM de la Ley 38/92 las profundas modificaciones que las mencionadas directivas implican respecto de la Ley 45/1985, de 23 de diciembre, hicieron aconsejable promulgar una nueva ley reguladora de esta parte de la imposición indirecta que, «adaptada a la nueva normativa comunitaria, respete en lo posible la estructura actual e introduzca todas las mejoras que la experiencia ha puesto de manifiesto, con el fin de que la gestión de estos impuestos produzca los menores costes indirectos posibles a los sectores afectados, al tiempo que asegure la eficacia de su gestión».

<sup>13</sup> Vid. por todos sobre la armonización fiscal MATA SIERRA, M. T., *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*, Lex Nova, 1996.

da existentes entre las legislaciones tributarias de los Estados miembros y de los tipos aplicables<sup>14</sup>.

Tal y como ya se ha señalado, dentro de los diversos actos normativos que establece el artículo 288 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión (consolidado según Tratado de Lisboa), establece que la Directiva «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Constituye por lo tanto la Directiva el instrumento para la armonización fiscal<sup>15</sup> más utilizado.

En aras de la armonización y del adecuado funcionamiento del mercado interior, indica Bueno Maluenda, se enmarca la exigencia recogida en la Directiva 12/92/CEE y 2008/118/CE sobre la necesidad de que el concepto de Impuesto Especial y sus condiciones de devengo sean idénticos en todos los Estados miembros. De ahí, que en la Directiva 2008/118/CE se definan con mayor claridad los aspectos relativos al momento en que tiene lugar el despacho a consumo de los productos y la figura del deudor del impuesto. En este proceso de depuración, se ha redefinido el objeto del impuesto y tras él el hecho imponible en lo tocante a supuestos que no formarían parte de él: determinadas pérdidas en régimen suspensivo y en los supuestos de irregularidades en la tenencia, fabricación o circulación de los productos sujetos a estos impuestos<sup>16</sup>.

Se procede a subrayar en el presente trabajo, que las condiciones para gravar con impuestos especiales de fabricación en el mercado interior resultan armonizadas en los distintos Estados miembros de la UE<sup>17</sup>, y al análisis de determinados aspectos de la normativa supranacional y de la jurisprudencia del TJUE, que presentan una especial relevancia.

## A. **Ámbito objetivo**

La Directiva 2008/118 establece un régimen general en relación con los impuestos especiales que gravan directa o indirectamente el consumo de los

<sup>14</sup> LAUZURICA VALDEMOROS, J., *Los Impuestos Especiales I. Disposiciones Generales*, Taric, 2012, p. 22.

<sup>15</sup> Esta armonización permite, en principio, evitar la doble imposición en las relaciones entre Estados miembros. Vid. sobre este particular la sentencia de 26 de abril de 2007, Alevizos, C-392/05, apartado 38 y las sentencias que en dicho apartado mismo se citan.

<sup>16</sup> Cfr. BUENO MALUENDA, C., *Principales aspectos de la nueva regulación de los Impuestos Especiales en España tras la Directiva 2008/118/CE*, Noticias de la Unión Europea, n.º 323, 2011, p. 73.

<sup>17</sup> Es necesario, como se indica en la EM de la Directiva (8) «que el concepto de impuestos especiales y sus condiciones de devengo sean idénticos en todos los Estados miembros, es preciso determinar, a escala comunitaria, el momento en que tiene lugar el despacho a consumo de los productos sujetos a impuestos especiales y quién es el deudor del impuesto especial».

productos objeto de los mismos<sup>18</sup>. Los productos objeto de la presente Directiva son:

- a) Productos energéticos<sup>19,20</sup> y electricidad, regulados por la Directiva 2003/96/CE<sup>21</sup>;
- b) alcohol y bebidas alcohólicas<sup>22</sup>, regulados por las Directivas 92/83/CEE<sup>23</sup> y 92/84/CEE<sup>24</sup>;
- c) labores del tabaco, reguladas por las Directivas 95/59/CE<sup>25</sup>, 92/79/CEE<sup>26</sup> y 92/80/CEE<sup>27</sup>.

Los impuestos especiales de fabricación constituyen, junto con el Impuesto sobre el Valor Añadido, las figuras básicas de la imposición indirecta y se configuran como impuestos sobre consumos específicos, gravando el consumo de determi-

<sup>18</sup> Todos ellos regulados mediante Directivas de armonización fiscal.

<sup>19</sup> Vid. sobre este particular la presentación llevada a cabo por D. Ángel Gurriá Secretario General de la OCDE en la relativas al Informe OCDE de Evaluación del Desempeño Ambiental de España 2015 en las que indica que «El denominado informe "Lagares", publicado el año pasado, constituye una buena base para la elaboración de un programa de reformas fiscales verdes. En dicho informe se propone simplificar, consolidar y reformar las ecotasas vigentes para reflejar mejor las externalidades ambientales. Desde la OCDE, recomendamos dos acciones:

1. Aumentar los impuestos sobre el diésel utilizado en el transporte, como mínimo hasta el mismo nivel que los impuestos sobre la gasolina, a fin de tener en cuenta el mayor contenido de carbono del diésel y su importante contribución a la contaminación atmosférica local, especialmente en el caso de los vehículos más antiguos (en 2012, un 43 % de los vehículos de pasajeros y un 48 % de los camiones tenían más de 10 años de antigüedad); y

2. Suprimir las medidas fiscales y las subvenciones económicamente ineficientes y perjudiciales para el medio ambiente, como son las relacionadas con la producción nacional de carbón y la generación de electricidad por combustión de carbón; las tarifas eléctricas para los hogares; los combustibles para los sectores minero y agrícola; y para el transporte marítimo, aéreo y ferroviario».

<sup>20</sup> Vid. por todos sobre la Directiva 2003/96/CE, ESCOBAR LASALA, J. J., *La transposición de la Directiva sobre fiscalidad de los productos energéticos al Derecho español*, Carta tributaria. Monografías, n.º 4, 2006, pp. 2-14.

<sup>21</sup> La Directiva 2004/75/CE, de 29 de abril, modifica la Directiva 2003/96/CE, de 27-10-2003, en lo que respecta a la posibilidad de que Chipre aplique a los productos energéticos y la electricidad exenciones o reducciones temporales del nivel impositivo.

<sup>22</sup> Vid. sobre este particular, FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y ARRANZ, A., *Los impuestos especiales sobre el alcohol y bebidas alcohólicas en la doctrina reciente del TS*, Diario La Ley, n.º 8339, 2014.

<sup>23</sup> Mediante la Directiva 1992/83/CEE, de 19 de octubre, se lleva a cabo la armonización de las estructuras de los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas.

<sup>24</sup> Directiva 1992/84/CEE, de 19 de octubre, de aproximación de los tipos del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas.

<sup>25</sup> La Directiva 1995/59/CE, de 27 de noviembre, relativa a los Impuestos distintos de los aquellos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco, ha sido derogada por el artículo 21 de la Directiva 2011/64/UE, de 21 de junio, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco.

<sup>26</sup> La Directiva 1992/79/CEE, de 19 de octubre, de aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos, ha sido derogada por el artículo 21 de la Directiva 2011/64/UE, de 21 de junio, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco.

<sup>27</sup> Nótese que la Directiva 1992/80/CEE, de 19 de octubre, de aproximación de los impuestos sobre el tabaco elaborado, excluidos los cigarrillos, ha sido derogada por el artículo 21 de la Directiva 2011/64/UE, de 21 de junio, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco.

nados bienes<sup>28</sup>, además de lo que lo hace el IVA en su condición de impuesto general. El impuesto especial, como afirma Falcón, pasa además a computarse dentro de la base imponible del IVA<sup>29</sup>, lo que es lógico ya que el producto sacado a consumo (y que por tanto ha pagado un impuesto especial) tiene incorporado un mayor valor añadido que el producto que está todavía en la fábrica o depósito; al igual, por ejemplo, que el producto transportado al punto de venta tiene un mayor valor añadido que el producto antes de ese transporte<sup>30</sup>.

Finalmente, cabe señalar que la imposición sobre la fiscalidad de los productos energéticos está por debajo de los estándares europeos. Aun así, no es nada desdeñable la incidencia de los impuestos en este sector. España cobra entre 42 y 45 céntimos de Impuestos Especiales<sup>31</sup> por cada litro de gasolina más el 21% de IVA sobre el precio, es decir, otros 21 céntimos. Cabe concluir, por tanto, que «del poco más de un euro que vale el litro, Hacienda se queda con la mitad»<sup>32</sup>.

## B. Prohibición de creación de nuevos gravámenes que den lugar a formalidades en el cruce de fronteras

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 1 de la Directiva 2008/188/CE los Estados miembros pueden recaudar impuestos sobre productos distintos de

<sup>28</sup> Como señala R. FALCÓN en, *La técnica de los impuestos especiales y el principio de proporcionalidad: un discutible cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Quincena fiscal, n.º12, 2011, pp. 7-12 (Editorial) (consultado en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), «en el caso de los hidrocarburos lo que se quiere gravar es únicamente su uso como carburante (es decir, para quemar en un motor) o combustible (es decir, para calefacción), lo que excluye el uso como materia prima (por ejemplo, para fabricar otros hidrocarburos o derivados), o en procesos de cogeneración de electricidad y calor, o en reducciones químicas o en procedimientos metalúrgicos. En el caso del tabaco, el consumo que se quiere gravar es el hecho de fumar, lo que excluye el tabaco para mascar o el utilizado con fines industriales o agrícolas. Y en el caso del alcohol y bebidas alcohólicas, el objeto del impuesto es el consumo humano por ingestión, es decir, los tradicionalmente llamados «usos de boca», con exclusión por tanto de los demás usos, como por ejemplo, el alcohol utilizado para fabricar medicamentos o productos de limpieza, el utilizado en droguería o perfumería, o el vino utilizado para fabricar vinagre».

<sup>29</sup> Vid. en este sentido artículo 78. Dos. 4.º de la Ley del IVA el cual establece que «La base imponible del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.

En particular, se incluyen en el concepto de contraprestación: [...] 4.º Los tributos y gravámenes de cualquier clase que recaigan sobre las mismas operaciones gravadas excepto el propio Impuesto sobre el Valor Añadido.

Lo dispuesto en este número comprenderá los impuestos especiales que se exijan en relación con los bienes que sean objeto de las operaciones gravadas, con excepción del impuesto especial sobre determinados medios de transporte».

<sup>30</sup> DE LA PEÑA VELASCO, G., y otros, *Sistema Fiscal Español (Impuestos estatales, autonómicos y locales)*, 5.ª ed., Lustel, 2013, p. 346.

<sup>31</sup> Por el tipo estatal que está formado por la suma de un tipo general y otro especial. Cfr. artículo 50 LIIEE.

<sup>32</sup> SIMÓN ACOSTA, E., *Tarjeta roja al céntimo sanitario*, Actualidad jurídica Aranzadi, n.º 757, 2008, p.3.



los sujetos a impuestos especiales y prestaciones de servicios, incluidos los relacionados con productos sujetos a impuestos especiales, que no tengan el carácter de impuestos sobre el volumen de negocios. No obstante, agrega el citado apartado, «la imposición de tales gravámenes no podrá dar lugar, en el comercio entre Estados miembros, a trámites conexos al cruce de fronteras».

Sobre la base de la mencionada posibilidad en nuestro país se crea el Impuesto sobre la Electricidad, que en la actualidad ya no es un IIEE de fabricación para pasar a incardinarse en los IIEE *stricto sensu* y desde este momento el hecho imponible es el suministro para el consumo o el consumo de energía eléctrica, y el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte.

Sobre este particular, en la STJUE 14.12.2015, *Minister Finansów & Oil Trading Poland sp. z o.o.*, As. 349/2013, se indica que los aceites lubricantes destinados a usos distintos de los de carburante de automoción o combustible<sup>33</sup> no están sujetos al régimen de los impuestos especiales armonizados de la Unión Europea y que no procede aplicar las normas de Derecho polaco que los gravan mediante impuestos especiales armonizados.

Es concordante con el artículo 1.3 de la Directiva 2008/118/CE que establece un régimen general de los impuestos especiales y deroga Directiva 92/12/CE, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 92/12/CE. Dicho artículo 3.3 de la derogada Directiva 92/12/CE establecía que:

«Los Estados miembros conservarán la facultad de introducir o mantener gravámenes sobre otros productos que no sean los enunciados en el apartado 1<sup>34</sup>, siempre y cuando dichos gravámenes no den lugar, en el comercio entre Estados miembros, a formalidades relativas al cruce de fronteras».

A este respecto, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, si el objetivo perseguido por una formalidad impuesta al importador de un producto sujeto a un impuesto nacional es asegurar el pago de la deuda correspondiente al importe de dichos impuestos especiales, tal formalidad estaría relacionada con el hecho imponible de estos, es decir, la adquisición intracomunitaria, y no el cruce de una frontera en el sentido de dicha norma<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Vid. sobre este particular el artículo 46 de la Ley 38/1992, de 28 diciembre, de Impuestos Especiales que establece que regula el ámbito objeto del Impuesto sobre hidrocarburos, constituido fundamentalmente por determinados productos de la Nomenclatura Combinada cuando se destinen a un uso como combustible o carburante.

<sup>34</sup> Esto es, hidrocarburos, alcohol y las bebidas alcohólicas y labores del tabaco.

<sup>35</sup> Vid. en este sentido, las sentencias *Maciej Brzeziński & Dyrektor Izby Celnej w Warszawie* Brzeziński, As., C-313/05, apartados 47 y 48, y *Director na Agentzia «Mitnitsi», anteriormente Regionalna Mitnicheska Direktsia — Plovdiv, contra Petar Dimitrov Kalinchev*, As., C-2/09, apartado 27.

En la STJUE 12.02.2015, *Minister Finansów & Oil Trading Poland sp. z o.o.*, As. C- 349/2013, mediante cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional polaco pregunta, si el artículo 3, apartado 3 de la Directiva 92/12 y el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2008/118 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que productos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación de estas Directivas, tales como los aceites lubricantes destinados a usos distintos de los de carburante de automoción o combustible para calefacción objeto del presente caso, puedan estar sujetos a un impuesto (el polaco) que se rija por reglas idénticas a las relativas al régimen de los impuestos especiales armonizados establecido por dichas Directivas.

Como se indica en el apartado 43 de la STJCE 5.7.2007, *Fendt Italiana Srl & Agenzia Dogane — Ufficio Dogane di Trento*, As. acumulados C-145/06 y C-146/06, «Efectivamente, aun cuando los aceites lubricantes utilizados para fines distintos de los de combustible y de carburante se hallan comprendidos en la definición del concepto de "productos energéticos" en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2003/96, están excluidos expresamente del ámbito de aplicación de esta Directiva por el apartado 4, letra b), primer guion, del citado artículo y, por lo tanto, no están sometidos al régimen del impuesto especial armonizado».

En este sentido, se indica en la STJUE 14.12.2015 que los citados aceites lubricantes constituyen productos distintos de los «productos sujetos a impuestos especiales» en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2008/118, de forma que, de acuerdo con el citado artículo, los Estados miembros pueden establecer gravámenes sobre los mencionados productos, siempre y cuando esos gravámenes no den lugar, en el comercio entre Estados miembros, a formalidades relativas al cruce de fronteras.

**C. Prohibición de otros gravámenes sobre los productos objeto de los IIEE de fabricación sin finalidad específica. Especial consideración al denominado «céntimo sanitario»**

Como tiene escrito Simón Acosta el IVMDH no se devengaba en el momento en que los productos dejasen el último depósito fiscal, sino cuando se vendiesen al comprador en la gasolinera. Se infringía así la directiva comunitaria sobre impuestos especiales. Además el impuesto debe tener «una finalidad específica» distinta de una finalidad meramente presupuestaria. El IVMDH fue creado para incrementar los recursos financieros de las Comunidades Autónomas con ocasión de la transferencia de competencias sobre sanidad. Se trata, claramente, de una finalidad presu-

puestaria y no de una finalidad específica, de donde se deriva otra infracción comunitaria<sup>36</sup>.

Por su parte, el artículo 1.2 de la Directiva 2008/118/CE establece que los Estados miembros pueden imponer a los productos sujetos a impuestos especiales otros gravámenes indirectos con fines específicos, a condición de que tales gravámenes respeten las normas impositivas comunitarias aplicables a los impuestos especiales o el impuesto sobre el valor añadido en relación con: 1) la determinación de la base imponible; 2) el cálculo de la cuota tributaria; 3) el devengo y el control del impuesto. Las mencionadas normas no incluyen necesariamente «las disposiciones relativas a las exenciones<sup>37</sup>».

Este apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 2008/1888/CE es concordante con el artículo 3, apartado 2, de la derogada Directiva 92/12/CEE que establecía que los hidrocarburos<sup>38</sup>, el alcohol y las bebidas alcohólicas y los tabacos, pueden estar gravados por otros impuestos indirectos de finalidad específica<sup>39</sup>, a condición de que tales impuestos respeten las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales o el IVA para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto.

Cabe recalcar, por tanto, que los productos objeto de impuestos especiales de fabricación de acuerdo con la Directiva 92/12/CEE y la 118/2008/CE que la sustituye, pueden ser objeto de un impuesto especial no armonizado. Las circunstancias que deben concurrir para que dicha posibilidad tenga lugar son que el impuesto deber tener uno o varios fines específicos y además debe respetar las normas impositivas comunitarias aplicables a los IIEE o el IVA en lo relativo a la determinación de la base imponible, el cálculo de la cuota tri-

<sup>36</sup> SIMÓN ACOSTA, E., *Tarjeta roja al céntimo sanitario...*cit.

<sup>37</sup> Como indica ANDRÉS AUCEJO, E., en *Liquidaciones tributarias derivadas de la aplicación de exenciones fiscales en materia de Impuestos Especiales*, Quincena fiscal, n.º 7, 2009 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)) «Pues en el ámbito de los Impuestos Especiales (que no solo, desgraciadamente), quizá debido a la complejidad de la materia, quizá debido a la proliferación de todo tipo de normas e instrucciones y a buen seguro dado el escasísimo número de contribuyentes a los que afecta y las grandes cifras de facturación de los mismos; se giran liquidaciones millonarias por supuestas irregularidades a sujetos que en buena lid nada deberían declarar por realizar operaciones de suministro de alcohol exento en régimen suspensivo. Quizá, posiblemente también agudizado porque solo unos pocos leen y sufren ciertas interpretaciones administrativas, a diferencia por ejemplo del IRPF donde las leemos miles de contribuyentes, lo que sin duda dificulta más dar la espalda a la Ley y al Derecho».

<sup>38</sup> Vid. a propósito del Impuesto especial sobre Hidrocarburos desde una perspectiva armonizadora, CÁMARA BARROSO, M. C., *La armonización del impuesto sobre hidrocarburos en la Unión Europea*, Dykinson, 2014.

<sup>39</sup> Vid. En relación con la finalidad específica como objetivo distinto del exclusivamente presupuestario, las sentencias, Comisión/Francia, C-434/97, apartado 19; EKW y Wein & Co., C-437/97, apartado 31, y Hermann, C-491/03, apartado 16).

butaria, el devengo y el control del impuesto, sin que estas incluyan las disposiciones relativas a las exenciones. Cabe subrayar con carácter general, que estos dos requisitos cuyo objetivo preeminente es evitar la aplicación de impuestos indirectos adicionales que obstaculicen indebidamente los intercambios comerciales, tienen carácter acumulativo.

Sobre este particular la STJUE 27.02.2014, *Transportes Jordi Besora, S. L., y Generalitat de Cataluña, As.*, C-82/12, relativa a la derogación del denominado «céntimo sanitario»<sup>40</sup>, señala que el IVMDH persigue el mismo objetivo que el impuesto especial armonizado sobre hidrocarburos. Era, por tanto, finalidad común de ambos impuestos «reducir los costes sociales (sanitarios y medioambientales) provocados por el consumo de hidrocarburos».

Como se indica en la STJUE 27.2.2014, en relación con la imposición a los productos sujetos a impuestos especiales de otros gravámenes indirectos con fines específicos, hubiera sido preciso que un impuesto como el IVMDH tuviese por objeto, por sí mismo, garantizar la protección de la salud y del medioambiente. Tal sería el caso, en particular, como señaló el Abogado General en los puntos 28 y 29 de sus conclusiones, si los rendimientos de dicho impuesto debieran utilizarse obligatoriamente para reducir los costes sociales y medioambientales<sup>41</sup> vinculados específicamente al consumo de los hidrocarburos que grava dicho impuesto, de tal modo que existiera un vínculo directo entre el uso de los rendimientos y la finalidad del impuesto en cuestión.

A propósito de la no aplicación con carácter retroactivo de esta Sentencia de 27.2.2014 que solicitó el Gobierno de España y la Generalitat de Cataluña, se indica en la misma que solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, «limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe». Para poder decidir dicha limi-

---

<sup>40</sup> Vid. a este respecto por todos entre otros, SIMÓN ACOSTA, E., *Tarjeta roja al céntimo sanitario ...cit.* Últimamente; por todos, DEL BLANCO GARCÍA, A. J., *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el poder tributario de las Comunidades Autónomas: la supresión del Impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos*, Crónica tributaria, n.º 149, 2013, pp. 67-81; MENÉNDEZ MORENO, A., *De un céntimo a 13 mil millones en apenas diez líneas de argumentación*, Quincena fiscal, n.º 8, 2014, pp. 11-17; GARCÍA NOVOA, C., *La devolución del Impuesto sobre Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos*, Quincena Fiscal, núm. 14, 2014 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)); IBÁÑEZ GARCÍA, I., *Vías dispuestas en nuestro ordenamiento para realizar el derecho de reparación derivado de las Sentencias del TJUE en materia tributaria (A propósito de la recuperación del «céntimo sanitario»)*, Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 379, 2014, pp. 5-58.

<sup>41</sup> Vid. sobre este particular, FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y ARRANZ, A., *La reforma del sistema tributario español: impuestos especiales y medioambientales*, Quincena fiscal, n.º 18, 2014, págs. 85-102.

tación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves<sup>42</sup>. En este sentido, se indica por la contraparte que la obligación de devolver dicho impuesto, cuyo rendimiento alcanzó alrededor de trece mil millones de euros entre 2002 y 2011, pondría seriamente en peligro la financiación de la sanidad pública en las Comunidades Autónomas.

En este sentido, se indica en la STJUE 27.2.2014 que el dictamen presentado por los servicios de la Comisión que citan las autoridades españolas concluyó claramente que la introducción de un impuesto sobre los hidrocarburos de importe variable según las Comunidades Autónomas, era contraria al Derecho de la Unión.

Además, el IVMDH no establecía ningún tipo de mecanismo de afectación predeterminada a fines medioambientales de sus rendimientos. *A sensu contrario*, como puso de manifiesto en el Abogado General en los puntos 25 y 26 de sus conclusiones, dicho impuesto debería estar concebido, por lo que respecta a su estructura, en particular, al hecho imponible o al tipo de gravamen, de tal modo que disuada a los contribuyentes de utilizar hidrocarburos o que fomente el uso de otros productos cuyos efectos sean menos nocivos para el medioambiente.

En el mismo sentido que la STJUE 27.2.2014, conocida como la sentencia Jordi Besora, se pronuncia la STJUE 5.3.2014, *Tallinna Ettevõtlusamet & Statoil Fuel & Retail Eesti AS, As., C553/13*. En este supuesto se alegaba que el impuesto sobre las ventas en Estonia se recaudaba con un fin concreto, que consistía en el fomento del transporte público y la consiguiente reducción de la densidad del tráfico rodado y de su impacto negativo sobre el medio ambiente. Además, se alegó que el Ayuntamiento de Tallin utilizaba los ingresos procedentes del impuesto sobre las ventas para aumentar la calidad del transporte público y que la finalidad de dicho impuesto es tanto penalizar el consumo de determinados productos y servicios susceptibles de generar un coste social o causar efectos externos negativos, como financiar servicios de interés general.

Como se indica en las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, en relación con la incompatibilidad del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos con el Impuesto sobre Hidrocarburos el establecimiento de un impuesto adicional que se devenga en un momento

---

<sup>42</sup> Vid. sobre este particular, las sentencias de 10 de enero de 2006, *Skov y Bilka*, C402/03, apartado 51; de 3 de junio de 2010, *Kalinchev*, C2/09, apartado 50, y *Santander Asset Management SGIIC* y otros, antes citada, apartado 59.

diferente al del impuesto especial (lo que también implica que los sujetos pasivos pueden diferir en lo que respecta a los dos impuestos) crea formalidades adicionales para los operadores. En consecuencia, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE sobre los impuestos especiales se opone al impuesto especial sobre hidrocarburos armonizado.

Por todo lo dicho, cabe señalar por tanto, sobre la base de los mencionados artículos que los Estados miembros conservan la facultad de introducir o de mantener gravámenes sobre los productos objeto de los impuestos especiales, con la particularidad de que dichos gravámenes no den lugar a formalidades relativas al cruce de fronteras.

# Libre competencia y mercado globalizado

Juan Manuel Fernández López  
*Abogado – Magistrado excedente*

## 1. BENEFICIOS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Los países que integran el llamado mundo occidental, se decantan unánimemente en lo económico, por el llamado sistema de libertad de empresa en el que la libre competencia es su puntal fundamental. Ello, no quiere decir, que otros muchos países, no pertenecientes a este grupo, no vayan incorporándose cada día en mayor número al sistema de economía liberal.

En un mundo cada día más globalizado, las grandes empresas han de apostar por su internacionalización, estando presentes cada día en mayor número de mercados. Ello no será posible, ni ofrecerá la rentabilidad que lógicamente se busca con las grandes inversiones, si los gobiernos no apuestan abiertamente por un sistema de libre competencia, que es el que mayor beneficio reporta, no solo a las empresas y a los consumidores, sino a los mercados, en los que se va a producir mayor riqueza.

La libre competencia va a reportar al mercado mayor número de oferentes de un mismo producto o servicio, lo que en principio va a comportar que la lucha leal entre los mismos para obtener mayor clientela les obligue a bajar los precios, lo que va a ir en beneficio de los consumidores. También en que se aumenta la demanda, pues al haber precios más bajos podrán demandar el bien o servicio a otros que antes, a mayor precio, no podían adquirirlos. También se va a derivar beneficio para los trabajadores, pues al existir mayor número de empresas van a ser demandados más trabajadores, necesarios para sus canales productivos.

Finalmente, traen beneficio para el país o para los países que opten por este sistema, ya que aumentará el número de empresas, las producciones de las

mismas y, con ello, la creación de riqueza que permitirá estados de mayor bienestar que beneficiará a los ciudadanos.

Los economistas afirman que, un mercado está en régimen de competencia, cuando los empresarios no puedan tomar sus decisiones comerciales o industriales pensando solo en su propia empresa, siempre que no haya barreras de entrada. Por el contrario, si el régimen de producción y precios se basa solo en decisiones propias, es que no existe auténtica competencia, o está al menos restringido. Además, la competencia, debe estar basada en las propias eficiencias. También es preciso que no existan barreras de entrada para que nuevas empresas puedan establecerse en el mercado, como antes se señala.

Si las empresas se concertan para fijar precios, limitar la producción, o repartirse el mercado, se estará falseando la libre competencia. También ocurrirá algo parecido si una empresa o un grupo de ellas que tienen posición de dominio en un determinado mercado, abusan de esa posición dominante para actuar en contra de los legítimos intereses de otros competidores. Así, por ejemplo, si ante la entrada de un competidor bajan los precios por debajo de los costes, el competidor, si hace lo mismo, estará perdiendo dinero, lo que determinará o que se arruine o se retire a tiempo. El empresario o empresarios dominantes, ya sin competencia molesta, subirán los precios a altos niveles para obtener así ilícitamente mayores beneficios sin que nadie pueda impedirlo, con el consabido perjuicio para los consumidores y para el propio mercado.

Es por ello que en todos los sistemas legislativos protectores de la libre competencia, estén vetados y sean sancionados los acuerdos colusorios y los abusos de posición de dominio.

La necesaria brevedad de estas líneas nos obligan también a limitar nuestro estudio que centraremos en las legislaciones y autoridades de competencia que la han desarrollado y que la aplican en países más avanzados de Iberoamérica, prescindiendo de otras referencias, también de interés, como lo es, a los países de Asia-Pacífico. Todo ello sin olvidar a EEUU, país precursor sobre la materia y la Unión Europea por su importancia en el desarrollo de sus normas y de las autoridades de competencia, que trasciende a los países miembros.

En cuanto a Iberoamérica, nos referiremos a España como país europeo, y a las zonas supranacionales de la Comunidad Andina y Mercosur, para finalmente hacerlo a la legislación de protección de la competencia de México y a Perú, cuya autoridad de la competencia es INDECOPI, pionera en la aplicación de la legislación y ha resultado más eficaz.



Tal vez el primero que considerare las bondades de la libre competencia fue el Rey Alfonso X de Castilla, que pasó a la historia con el sobrenombre de «El Sabio» por la gran prudencia y sabiduría de que hizo muestra en su reinado y que quedó patente en su libro «Las Siete Partidas» de las que se puede decir que abarcan todo el saber jurídico de la época. Pues bien, en él, también se dice cómo los comerciantes deben vender sus productos al precio que determinan según crean y sin concertarlo con otros comerciantes que se ocupan de los mismos productos.

La libre competencia, en todas las épocas, va a crear, para todos, mayores beneficios.

## 2. EL PRIMER DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN ANTITRUST EN EE.UU.

El análisis económico llevado a cabo durante el siglo XIX pone de manifiesto las ventajas que la libre competencia proporciona a los consumidores, lo que se plasma en una serie de leyes que van a configurar el derecho antitrust norteamericano. La primera Ley que al efecto se dicta, es la *Interstate Commerce Act* de 1887, aunque son algunas inmediatamente posteriores las que van a configurar el derecho antitrust norteamericano como pilar fundamental del desarrollo posterior del derecho de la competencia y del funcionamiento eficiente de los mercados.

La principal de estas leyes es, sin duda, la *Sherman Antitrust Act* de 1890. Va esta a considerar ilegales todo contrato, intriga o conspiración que pretenda limitar el comercio. Idéntica consideración tiene la estrategia dirigida por una persona a monopolizar o intentar monopolizar el comercio, o se confabule con otra, para monopolizar una parte del comercio entre los diversos Estados.

Otra norma que forma parte del conglomerado legislativo antitrust americano es la Clayton Act de 1914, que declara ilegales las conductas comerciales desleales.

A esta le sigue un hecho importante como es la creación de la Federal Trade Commission, que tuvo lugar también en 1914 y cuya finalidad se plasma en un órgano encargado de investigar las conductas desleales y dictar órdenes de supresión de actividades desleales. La Robinson-Patman Act de 1936, vino a reforzar la legislación dotándola de la facultad de sancionar a las empresas infractoras.

Finalmente, la Cellar-Kefauver Act (año 1950) viene a imponer más restricciones a las infracciones de concentración de empresas si estas pudieran tener efectos restrictivos sobre la competencia.

El derecho de la competencia norteamericano es considerado, en general, excesivamente riguroso, ya que su objetivo es la protección del comercio, restringiendo, incluso, determinadas operaciones de concentración, o exigiendo fraccionamientos de las grandes empresas, al considerar que alcanzaban dicha posición de dominio en el mercado cuya búsqueda por las empresas la consideran contraria al mercado. En Europa, solo se considera infracción, el abusar de dicha posición de dominio.

### 3. DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA A LA UNIÓN EUROPEA: UN GRAN ESFUERZO EN PRO DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS MERCADOS Y LA INSTAURACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

#### 1. **Tratado CECA**

La Europa asolada por la Segunda Guerra Mundial tenía que renacer de sus propias cenizas. Vencedores y vencidos, con economías completamente deshechas, se tenían que poner a trabajar codo con codo para reconstruir Europa. Determinadas materias resultaban especialmente sensibles para el desarrollo industrial como era el caso del carbón y del acero. De ahí que, el 18 de abril de 1951, seis países europeos, sin exclusión de los vencidos en la guerra, firmaran el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, CECA, con el objetivo de establecer un mercado común del carbón y del acero, sin medidas arancelarias, subvenciones nacionales o medios discriminatorios para asegurar la libre competencia en este sector, obtener mejores precios y abastecimiento continuado. Fue el primer mercado europeo reglado por las normas de la libre competencia que luego pasarían al tratado de la CEE, como son, la prohibición de los acuerdos colusorios y el abuso de posición dominante.

#### 2. **Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea**

Será al fin el conocido como Tratado de Roma por haberse firmado en esta ciudad, el 25 de marzo de 1957, el que estableció la Comunidad Económica Europea (TCEE). Ante la imposibilidad de lograr una unión política, se comienza a avanzar en la creación de un órgano supranacional expreso que

comenzase para, paulatinamente, ir logrando una unidad económica, con la idea de seguir avanzando hacia la deseable total unión política.

El TCEE estableció en su artículo 3.g) que la acción de la Comunidad implicará «*un régimen que garantice que la competencia no será falseado en el mercado interior*». Sobre esta base, en los artículos 85 a 94 se establece la principal legislación en materia de derecho de la competencia. Así, pues, al máximo nivel normativo europeo se contiene esta legislación entre la que cabe destacar la prohibición de todo tipo de acuerdos colusorios entre empresas (art. 85) y la también prohibición de abuso de posición dominante en el mercado (art. 86).

No fueron concordantes los criterios sobre lo que debe entenderse por «*de autoridad nacional*» a la que se refiere el artículo 88 TCEE y el Reglamento 17/1962. Va a ser el TJCEE el que en su Sentencia «BRT/SABAM», de 30 de enero de 1974, dilucide la controversia. En esta Sentencia se viene a decir que autoridades nacionales de competencia son aquellas a las que los diversos derechos internos de los Estados miembros confieren la aplicación de su propio derecho interno sobre la materia, y que en unos casos son autoridades administrativas y en otros judiciales especialmente encargadas de aplicar el Derecho de la competencia.

Con independencia de lo anterior, los Tribunales jurisdiccionales de los Estados miembros aplicarán los artículos 85.1 y 86 TCEE en virtud del efecto directo y carácter prevalente del Derecho comunitario, al dirimir contiendas entre particulares. El TJCEE, en la citada Sentencia «BRT/SABAM», reconoció el efecto directo de ambos preceptos al señalar que: «*siendo las prohibiciones de los artículos 85 y 86 aptas por su propia naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar*». Esta doctrina fue ratificada por el propio TJCEE en múltiples ocasiones.

El TCEE estableció, entre otras, la unión aduanera y una política agrícola común. Ante el éxito impulsado por la mayor fluidez de los intercambios comerciales, el 1 de julio de 1968, se suprimieron todos los aranceles internos entre los Estados miembros y se adoptó un Arancel Aduanero Común para todos los productos procedentes de terceros países.

Constantes impulsos de unos y de otros, y una voluntad común única de avance hacia una mayor integración, ya no solo económica, sino también política y social, quedó plasmada como realidad en los sucesivos Tratados de Maastricht y de Lisboa.

### 3. Tratado de la Unión Europea

El Tratado de la Unión Europea (TUE), conocido también como Tratado de Maastricht, por haberse firmado en esta ciudad el 7 de febrero de 1992, instauraría una Unión Europea que se fundó sobre la base de las Comunidades Europeas y confirió importantes competencias a la UE que habían sido objeto de cesión de soberanía por parte de los Estados miembros a las instituciones comunitarias, lo que contribuye al llamado Primer Pilar. El Segundo Pilar estaba formado por la política exterior, y el Tercer Pilar lo constituía la cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de policía interior.

### 4. Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007, dota a la UE de personalidad jurídica propia y hace vinculante la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Da un paso decisivo reduciendo las posibilidades de estancamiento en el Consejo de la UE, mediante el voto por mayoría cualificada y confiriendo mayor peso al Parlamento Europeo.

Puede, pues, comprobarse qué largo y difícil ha sido el camino en la búsqueda de un mercado común, primero, y después, en el paso decisivo de ir más allá de la construcción de la Europa de los mercaderes hacia la Europa de los ciudadanos.

Durante todo este tiempo no solo se han mantenido las normas de libre competencia, y además se ha profundizado en el establecimiento de un mercado común, para lo que las autoridades comunitarias encargadas de hacerlas respetar (Comisión Europea y Tribunal de Justicia) se han empleado a fondo.

De otro lado, en todos los Estados miembros se han adaptado legislaciones internas prohibitorias de toda práctica y/o acuerdo contrario a la libre competencia. Principalmente, todas vetan a los acuerdos colusorios y los abusos de posición de dominio, de forma semejante a la UE, al tiempo que se ha llevado a cabo una política de liberalización de los mercados para que sectores productivos que estaban en manos del propio Estado pasen a manos privadas en régimen de competencia. Una cuestión importante a este respecto, que debe señalarse, es que lo primero que debe hacerse es liberalizar el sector permitiendo que en el mismo penetren nuevas empresas, para, una vez liberalizado, desprenderse el Estado de las empresas monopolistas. Si no se hace así, se cae en el riesgo de transmitir el monopolio a manos privadas, con lo que no se mejora, sino que se agrava la situación, ya que un monopolio siempre

malo, es peor en las manos privadas. También ha sido necesario, por otra parte, una política económica de concentraciones de empresas que no distorsione la libre competencia en el mercado relevante en que deben competir. Se da respuesta así a que en muchos países era necesario el que varias empresas de un mismo sector se concentraran para lograr una dimensión competitiva no solo nacional, sino principalmente internacional.

La Comisión Europea, como órgano administrativo de defensa de la competencia y sancionador en el ámbito comunitario europeo y el Tribunal de Justicia, que revisa en vía jurisdiccional las Resoluciones de aquella y cuya jurisprudencia es vinculante en toda la hoy UE, han servido para guiar una aplicación conforme de esta legislación tanto para las autoridades de defensa de la competencia de los distintos Estados, como por los órganos jurisdiccionales.

La destacada actuación del TJ en materia de defensa de la competencia ha sido incluso motor del desarrollo de la misma. Sirva como muestra la actuación del Tribunal en la constatación de la necesidad en la adaptación de medidas cautelares en Derecho de la Competencia.

Ni el TCE ni el Reglamento 17 prevén expresamente que la autoridad administrativa decreta medidas cautelares en materia de competencia, con la sola excepción del supuesto de control sobre la concentración de empresas. Por ello, ante el vacío de medidas cautelares con carácter general en materia de competencia, el TJCE, actuando una vez más con valentía en el desarrollo del Derecho comunitario, decidió «inventar» las medidas provisionales. En jurisprudencia hoy consolidada y que arranca del trascendental Auto de 17 de enero de 1980, asunto *Camera Care Ltds*, el TJCE considera procedente la adopción de medidas cautelares por la Comisión pese a su no previsión legal. El Tribunal señala que son necesarias para conseguir la plena eficacia de las potestades conferidas a la Comisión. Se garantiza así el efecto útil del Tratado y la eficacia de las decisiones que en su virtud se adopten.

Para concluir este breve análisis del desarrollo de la legislación en la hoy Unión Europea y de su implicación en defensa de la libre competencia, debemos de hacer también una referencia, aunque somera, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que fue firmado por la UE en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

## **5. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**

Ante el fracasado «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» que, pese a ser aprobado en Roma por los Jefes de Gobierno de los

países que formaban la UE, no entró en vigor por su rechazo en referéndum en Francia y en los Países Bajos, se hizo preciso recomponer los desacuerdos y al fin se firma en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que modifica el Tratado Fundacional de la CEE y el Tratado de la UE. Tiene como principales aportaciones dotar de formalidad jurídica a la UE que podrá firmar acuerdos a nivel comunitario, se amplían las competencias legislativas del Parlamento y se reducen las posibilidades de estancamiento del Consejo mediante el voto por mayoría cualificada. El TFUE.

Por lo que respecta a las normas sobre competencia, pasan ahora a los artículos 101 a 109 TFUE, en similares términos en que venían antes enunciadas. Una vez más, deben destacarse las prohibiciones contenidas en el artículo 101 (acuerdos colusorios) y artículo 102 (abuso de posición de dominio).

## **6. La importancia del Reglamento CE 1/2003 para una más adecuada protección de la competencia**

Este Reglamento del Consejo de la UE configura un marco más efectivo para la aplicación de las normas sobre libre competencia. Tuvo una tramitación legislativa lenta, incluso con publicación de un libro blanco, todo ello a fin de conocerse a fondo las necesidades y saber las opiniones de mayor número de expertos.

Las principales novedades del Reglamento 1/2003 se pueden concretar en:

- Se abandona el régimen de autorizaciones previas que regía la aplicación del artículo 81 del Tratado (actual art. 101) y se pasa a un régimen de exención legal. Así si una empresa va a llevar a efecto una práctica contraria al artículo 81 (actual art. 101), comprobará si cumple con las exigencias del artículo 81.3 y en tal caso podrá ponerla en práctica, pero correrá el riesgo de ser sancionada si no ha hecho bien la valoración.
- Se establece una mayor coordinación entre la Comisión y las Autoridades de competencia de los Estados miembros, y de estos entre sí, a fin de una mejor aplicación de los hoy artículos 101 y 102 TFUE.
- Se dan mayores potestades de inspección a la Comisión Europea entre las que destaca el no solo inspeccionar los domicilios de las empresas, sino también los particulares de sus directivos, previa obtención de la pertinente autorización judicial.
- También viene a configurar las relaciones entre las Autoridades de Competencia y los órganos jurisdiccionales en pro de la deseada armonización de la aplicación de las normas sobre competencia.

Se ha trabajado mucho en la preservación de la libre competencia y así, como hemos brevemente analizado, se han ido dictando sucesivas normas para adecuación de la defensa de la competencia al cambio de los tiempos. También el Tribunal de Justicia, como recordábamos antes, ha contribuido de forma sólida con su jurisprudencia a estos avances.

Una vez más, deben resaltarse las múltiples ventajas que para los 28 países integrantes en la actualidad de la UE y para sus ciudadanos ha supuesto la integración europea y cómo se ha ido avanzando en un ámbito de unidad cada vez mayor, aunque haya tenido el camino recorrido serias dificultades y algunos tropiezos.

Últimamente se detectan nuevas dificultades ante la aparición en varios partidos políticos y, por tanto, también en el Parlamento Europeo, un sesgo nacionalista o populista. Las elecciones al Parlamento Europeo previstas para el 19 de mayo de 2019, nos darán una primera visión de su calado en los países de la UE.

#### 4. REALIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y DESREGULACIÓN DE LOS MONOPOLIOS ESTATALES

Si bien la legislación española de defensa de la competencia fue relativamente temprana (1963) no puede decirse que ello alcanzase a que el mercado español fuera pronto libre y competitivo. El régimen político de carencia de libertades que regía en España tiene en lo económico su correlativo en una economía intervenida y donde en los principales sectores regía un sistema de monopolios estatales, tales como en el de la energía, transportes, telecomunicaciones, carburantes, etc.

##### 1. **Ley 110/1963, de 20 de julio, de supresión de prácticas restrictivas de la competencia**

Esta temprana Ley encargada de establecer normas para posibilitar la libre competencia, prohíbe, en términos similares a los del Tratado de Roma de 1957, las conductas colusorias y los abusos de posición de dominio en el mercado (artículos 1 y 2). Encarga de su aplicación al Tribunal de Defensa de la Competencia, que crea la propia Ley.

La Ley dota al Tribunal de independencia, pero la labor del mismo, durante la vigencia de esta Ley, tenía un problema, o, digámoslo más claro, trampa, deri-

vada del sistema de economía intervenida que regía en esa época en España, Así, las sanciones que imponía el TDC a las empresas infractoras de las prohibiciones de la Ley, eran a título de propuesta y debían ser confirmadas por el Consejo de Ministros, lo que, claro es, en muy escasos casos ocurrió.

## 2. **La Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. Aclaración a la normativa europea**

Como en otros muchos ámbitos legislativos, han sido las obligaciones asumidas por España por su adhesión a la CEE en 1985 las que determinaron la publicación de una nueva Ley de defensa de la competencia más acorde con las garantías y exigencias de la legislación europea sobre competencia.

El régimen de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, viene a adecuar nuestro sistema legislativo al europeo sobre esta materia.

La Ley de la Defensa de la Competencia (LDC) encarga al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de la aplicación del Derecho interno de la competencia, con funciones de resolución y en su caso de propuesta y al Servicio de Defensa de la Competencia la instrucción de los expedientes en los términos que señala la propia Ley.

El legislador español, como se comprueba, ha optado por encomendar a autoridades administrativas la aplicación del Derecho interno sobre competencia, siendo estas las que aplicarán lo que establecen los hoy artículos 101 y 102 TFUE, como autoridades nacionales, las prohibiciones de los acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio.

La Ley española prohíbe en su artículo 1 toda conducta o acuerdo colusorio y en el artículo 6, veta el abuso de posición dominante, ambos preceptos en términos semejantes a los europeos. Además, la Ley española incorpora en su artículo 7 otra prohibición no contemplada a nivel comunitario europeo. Se trata de la prohibición de actos de competencia desleal, que por falsear de manera sensible la libre competencia en el mercado, afecten al interés público.

Pero no podemos olvidar tampoco que el objetivo principal de las normas de competencia es la salvaguarda de interés público. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989 expresamente señala: «*[l]a presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...*», para precisar más adelante: «*[l]a aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico*



*constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos...».*

La normativa de defensa de la competencia protege, pues, intereses públicos y solo privados en tanto en cuanto coincidan con los públicos. Igual filosofía se contiene en el régimen especial de medidas cautelares que al efecto diseña el artículo 45 LDC, del que es de destacar, a estos efectos, la legitimación del Servicio de Defensa de la Competencia para proponer las medidas al TDC.

Formaban el TDC juristas y economistas de reconocido prestigio, independencia y ponderación y la combinación de jurista y economistas resultó óptima en la resolución de cuestiones que, si bien debía hacerse desde el punto de vista jurídico, no podía olvidarse que tenían un gran contenido económico. Así también se contribuyó a la creación y desarrollo de un Derecho Económico, dotado de especiales singularidades.

La independencia de que la Ley dota al TDC contribuyó, sin duda, a una importante labor en la aplicación del derecho de la competencia por primera vez en España al sancionarse las conductas prohibidas.

El TDC, además, controla la concentración de empresas emitiendo un informe, aunque no vinculante, para el Consejo de Ministros. Los informes del TDC, a pesar de no ser vinculantes, fueron respetados tal cual por el Consejo de Ministros y solo en muy contadas ocasiones varió alguna de las condiciones que imponía el informe del TDC.

Cabe destacar otra importante función que tenía el TDC: el emitir informes sobre liberalización de sectores económicos, tanto a petición del Gobierno, como si no existe tal petición. Así, los informes sobre los daños causados por los monopolios, las dificultades de las reformas estructurales y el establecimiento de criterios y recomendaciones para diseñar políticas de liberalización en los sectores de los servicios profesionales colegiados, las telecomunicaciones, transportes, energía eléctrica, monopolios locales, suelo urbano, banca al por menor, puertos, distribución de productos petrolíferos, oficinas de farmacia, sector del gas, mercado de tabaco, etc.

Finalmente, hacer referencia al proceso modélico llevado a cabo en España para acabar con los monopolios. En cada sector, antes de liberalizar, se creó competencia mediante la entrada de diversas empresas, y solo a posteriori, el Estado vendió la empresa monopolista, evitando así el paso anterior del monopolio a manos privadas, lo que resulta peligroso y al final perjudicial. De esta manera, en la década de los años noventa se liberalizaron los secto-

res de transportes, telecomunicaciones, electricidad, distribución de carburantes, etc.

### 3. Ley de Defensa de la Competencia de 2007

La Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007, vino a sustituir a la anterior Ley 16/1989, motivada por la necesidad de adecuar la legislación española a los cambios introducidos a nivel europeo por el Reglamento CE 1/2003, antes examinado.

La principal necesidad arrancaba de que las excepciones a la prohibición de las conductas colusorias con la LDC de 1989, tenían que ser previamente autorizadas, bien de forma individual por el TDC o, mediante reglamentos, siendo que el Reglamento 1/2003 había suprimido la exigencia de autorización previa para que las exenciones de aplicación del artículo 81.3 del Tratado (hoy 101.3 TFUE) pudieran aplicarse. La Ley española sigue al pie de la letra el Reglamento comunitario y suprime el sistema de autorización previa para el de autoevaluación legal. Así las empresas que considerasen que, si bien una práctica resulta, en principio, prohibida por el artículo 1 LDC, pero reúne los requisitos y cumple alguna de las condiciones impuestas por el artículo 1.3 LDC, similares a las que establece el artículo 81.3 del Tratado (hoy 101.3 TFUE), podían llevar a cabo la práctica sin autorización previa.

Otra cuestión que resuelve la Ley 15/2007 es clarificar, como hace el Reglamento 1/2003, la competencia de los órganos jurisdiccionales, para aplicar los hoy artículos 101 y 102 TFUE y que la Ley de 1989 no dejaba claro, lo que había creado discrepancias sobre este tema, tanto entre los jueces, como por parte de la doctrina.

La desconfianza de las autoridades comunitarias de defensa de la competencia sobre el conocimiento de los jueces de los diversos países de la UE sobre el Derecho de defensa de la competencia, tan especial, determinó que en el Reglamento 1/2003 previera la posibilidad de comparecer la Comisión en cualquier procedimiento judicial a fin de poder hacer alegaciones, aunque no vinculantes. Con ello se pretende, sin menoscabo a las decisiones judiciales, el que los jueces nacionales conozcan la doctrina sobre defensa de la competencia y sentencias del TJ. Esta normativa también se incorpora a las normas españolas.

También, conforme al Reglamento tantas veces citado, se incorpora la exención de la prohibición de las conductas de *minimis*, aquellas que por su escasa importancia no afectan a la competencia de forma significativa (art. 5 LDC).

Novedad importante en materia de sanciones en la Ley de 2007, es la incorporación a nuestro Derecho interno de la política de «*clemencia*» que permite a un infractor el que no sea sancionado o ser su multa sensiblemente reducida, si delatan a los miembros del cártel del que forman parte, aportando medios de prueba que permitan a la autoridad de la competencia demostrar y sancionar la infracción. Aunque para algunos este sistema produzca rechazos morales, la realidad es que por el sistema de denuncia para solicitar clemencia se han sancionado, tanto a nivel europeo, como interno español, importantes cárteles.

#### 4. El nuevo modelo de autoridad en la Ley 15/2007

Finalmente, cabe señalar que la autoridad de defensa de la competencia pasa a denominarse Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en la que se integran la Dirección de Investigación y el Consejo de la CNC, y que llevan a cabo las funciones antes encomendadas al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y al Tribunal respectivamente, estableciendo normas para mayor garantía de su independencia, que dicho sea de paso, nunca anteriormente había sido cuestionada.

A pesar de que la legislación sobre defensa de la competencia y el velar por su aplicación, se han venido llevando a cabo en una sola Ley con estas funciones y objeto, totalmente separada de autoridades sectoriales que se ocupaban de la regulación de determinados sectores tales como la energía, electricidad, etc. Por Ley 3/2013 se juntan funciones en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

El nuevo macro organismo, CNMC, sigue conservando las funciones de defensa de la competencia en los términos recogidos en la Ley 15/2007, LDC, y asume las funciones que venía ejerciendo órganos sectoriales. Estos sectores son los siguientes: las comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de gas natural, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario.

No parece adecuada esta forma de actuar del legislador teniendo además en cuenta que dos años antes, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, abordó la reforma de los organismos reguladores. Si bien, se puede afirmar que esta incorporación a un solo organismo de las competencias sobre organismos reguladores no han afectado al buen funcionamiento en materia de competencia, no parece adecuado, ni se puede hablar de la misma eficacia de la CNMC en los sectores regulados. Así, ya hoy, se está pensando en una posible reforma para volver al sistema anterior.

## 5. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE COMPETENCIA EN LATINOAMÉRICA

Crear empleo, generar riqueza y reducir la desigualdad social, para eso sirve la defensa de la competencia. También para favorecer la innovación y la economía digital. Estas son palabras del Profesor José María Martín Quemada, Presidente de la CNMC de España, en la inauguración de la XIV Escuela Iberoamericana de Competencia, que patrocinada por la CNMC, se celebró en Madrid del 18 al 23 de septiembre de 2017. Todo esto, y el resto de beneficios que trae para los mercados y para las economías de los países de libre competencia, hace ya tiempo que es conocido y trata de ser implantado en los países de Latinoamérica.

A nivel supranacional, destacan dos organizaciones: La Comunidad Andina y Mercosur.

### 1. La Comunidad Andina (CAN)

Es una organización regional que tiene por objetivo común el alcanzar un desarrollo integral más equilibrado y autónomo. Este proceso se inició en 1969 con la suscripción del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969 con la participación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Venezuela fue miembro hasta el 2006; Chile originariamente miembro se retiró en 1976, como consecuencia del régimen militar y volviendo en el 2006 como Miembro asociado.

En la Comunidad Andina está vigente la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que recoge las Normas para Prevenir o Corregir las Distorsiones en la Competencia, generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia. Dicha normativa data de 1991, que reemplaza otra de 1989 o anterior de 1971.

Sus decisiones tienen supremacía sobre las leyes domésticas.

Entre sus instituciones cabe destacar la Comisión de la Comunidad Andina, cuyas funciones están todas relacionadas con el objetivo del libre mercado dentro de la subregión. Tiene la ventaja sobre otras instituciones que sus decisiones se toman por mayoría absoluta, por tanto, sin bloqueo de alguno de los miembros.

La Corte de Justicia, formada por prestigiosos juristas grandes conocedores del Derecho de la Competencia, es un órgano jurisdiccional, creado en 1996,

entró en funciones desde 1999 y reformado posteriormente en 2001. Tiene sede en la ciudad de Quito. Sus resoluciones, de gran calidad técnica, han de soportar un gran inconveniente y es que no resultan de aplicación directa como en el caso del Tribunal de Justicia Europeo, sino que han de ser ejecutadas por las autoridades locales.

## 2. Mercosur

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un proceso de integración regional constituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, al que en fases posteriores se incorporó Venezuela (se encuentra en la actualidad suspendida de todos sus derechos y obligaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.º párrafo segundo del Protocolo Ushuaia) y Bolivia (está en proceso de adhesión).

Se crea por el Tratado de Asunción de 1991, completado por el Protocolo de Ouro Preto de 1994, al que siguen otros Protocolos. Se convierte así en 5.ª economía mundial.

Desde su creación tuvo como objetivo principal proporcionar un espacio común que generase oportunidades comerciales y de inversión a través de la integración competitiva de las economías nacionales al acuerdo internacional, la libre circulación de bienes y servicios, eliminación de derechos aduaneros, coordinación de políticas agrícolas, industrial, fiscal y monetarias.

A través del Protocolo de Olivos para la solución de controversias entre las partes del Acuerdo en Mercosur, se establece como optativo un procedimiento arbitral con un Tribunal arbitral *ad hoc* y revisión del laudo ante el Tribunal Permanente de Revisión. También se establece la posibilidad de acceso a reclamar de particulares.

El 17 de febrero de 1996, Mecosur aprobó el Protocolo de la Defensa de la Competencia que se aplicaría a los actos practicados por personas físicas o jurídicas, que tengan por objeto producir o que puedan producir efectos sobre la competencia en el marco de Mercosur. Correspondía, a cada Estado parte, la regulación de los actos practicados en su territorio cuyo efecto sobre la competencia a este restrinjan. El Protocolo corresponde aplicarlo al Comité de Defensa de la Competencia (CDC) como órgano intergubernamental. Se señala un sistema complejo interpartes, si bien, corresponde al CDC las pautas para definir el mercado relevante, como medios de prueba de las conductas y criterios de los análisis de la práctica.

En el año 2010 se establece un Acuerdo de Defensa de la Competencia de Mercosur como salida al hecho de que 14 años después del anterior Protocolo no había podido entrar en vigor. El objetivo, menos ambicioso, es promover la cooperación y coordinación de los Estados en las leyes de competencia, promover la asistencia mutua y eliminar prácticas anticompetitivas, a través de la aplicación de sus respectivas leyes de competencia.

### **3. Aplicación de la legislación sobre libre competencia en México**

La primera Ley Federal de Competencia Económica data de 1993 (LFCE), que experimentó varias reformas, asumiendo fundamentalmente las propuestas de la OCDE.

En 2014 se dicta una nueva LFCE, como consecuencia de una reforma constitucional, cuyo texto ha sido reformado por última vez hasta la fecha en 2017. En esta legislación se señala como principal práctica a perseguir, por ser contraria a la competencia, los monopolios o incluso el propósito de alcanzarlos.

La Ley de 2014 crea la Comisión Federal de la Competencia Económica (CFCE) como órgano federal autónomo de promoción y aplicación de la Ley en todos los sectores económicos, con excepción de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, en donde será el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), creado también como órgano autónomo, la entidad de competencia. Se crean también órganos judiciales especializados, Juzgados de Distrito, en Derecho de la competencia en telecomunicaciones y radiodifusión, así como Tribunales Colegiados de Circuito. Ubicados en México DF, con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Otra cuestión importante es que la reforma constitucional de 2013 estableció que los juicios de amparo en materia de competencia económica no podrán llevarse a cabo hasta que las autoridades de competencia económica no hubiesen dictado resolución definitiva. Se evitan así las constantes grandes dilaciones que se producían al solicitar en cualquier momento el amparo constitucional por infracción de derechos.

### **4. Legislación sobre Competencia en Perú y Autoridades (INDECOPI)**

El Decreto Legislativo n.º 1034 de 2008 aprueba una nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitiva que sustituye a la de 1992 sobre la base cuyo texto introduce importantes mejoras.

La Ley peruana considera prohibidos tanto los abusos de posición dominante, como los acuerdos colusorios horizontales, esto es, los producidos por empresarios que se encuentran al mismo nivel de la escala productiva. También va a sancionar los acuerdos verticales, solo en determinados casos que afectan a la competencia.

Como autoridades de competencia en primera instancia administrativa está la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, con autonomía técnica y funcional.

Para garantizar la no contaminación entre el órgano decisorio y el resolutorio, la instrucción de expedientes se encarga a la Secretaría Técnica de la Comisión, que goza de amplias facultados para cumplir su función.

La Comisión, también con autonomía técnica y funcional, es el órgano resolutorio y, por tanto, quien declara la existencia de conducta anticompetitiva en su caso. También puede dictar medidas cautelares.

En la Ley peruana, a semejanza de la española, también permite tramitar peticiones de «clemencia» para quien denuncie y aporte pruebas de un cártel al que pertenece, obteniendo la exoneración o reducción de la multa.

En la brevedad de estas líneas solo resaltar que todo el procedimiento tiene las fases y garantías necesarias para las partes, siendo muy similares al que rige en España.

Las infracciones serán sancionadas con multa sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias, según su calificación de leve, grave o muy grave. La multa por infracción muy grave tiene su límite en el 12 % de los ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio económico anterior a la resolución de la Comisión.

Las resoluciones de la Comisión serán apelables en vía administrativa ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI, cuyas resoluciones son de gran calidad técnica y goza por ello de gran prestigio.

Finalmente, de no estar conforme con la resolución del Tribunal, cabe acudir a la vía jurisdiccional.

Para la aplicación de la LDC en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones existe un órgano distinto, el OSIPTEL, con funciones y tramitación muy similar.

Podemos concluir que el libre comercio entre naciones es una fuerza fundamental para el progreso.

El más importante reto que, tal vez, plantea la globalización es el de ser competitivo no solo localmente, sino también internacionalmente, donde se establece una pugna por los mejores.

Esta globalización plantea retos y presiona a las empresas a ser más eficientes en los términos en que son eficientes el resto de empresas que compiten en el mercado mundial. La globalización está obligando a repensar sus procesos productivos, a base de mejores y más baratos insumos, a identificar y conocer mercados para crear nuevas formas de llegar al consumidor y a buscar nuevas tecnologías que permitan reducir costes y precios.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, Ricardo: *El interés público en la defensa de la competencia*, en Modernización del Derecho de la Competencia en España y la UE, Fundación Rafael del Pino.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: *Tratado de Derecho Industrial*, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: *Apuntes de Derecho Mercantil*, 2010.
- CARRIZO ANDRÉS, Mario Gustavo: *El desarrollo del Derecho de la Competencia en el Mercosur*, en Rev. Derecho Privado y Comunitario 2003.
- CASES, LLUIS: *Competition Law and Policy in Spain: Implementation in an Interventionist Tradition*, en Majone G. (1996) *Regulating Europe*.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: *Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial*, en Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia n.º 204, 1999.
- *Un importante avance en la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia en Litigios Privados*, en 30 años de integración europea, el Urua 2009.
- *Fijación de precios y otras condiciones de las transacciones comerciales. Acuerdos horizontales entre empresas*, en Fundación Rafael del Pino, 2009.
- *Aplicación del Derecho de la Competencia en litigios privados*, en Anuario de la Competencia 2005.
- *Competencia en España. Medidas cautelares*, en Modernización del Derecho de la Competencia en España y la UE, Fundación Rafael del Pino.
- *Control de las prácticas anticompetitivas en Derecho de la Propiedad Intelectual*, en la Organización Mundial del Comercio IDEI, 1997.
- *Inspección de las autoridades de la competencia*, en Anuario de la Competencia, 2016.



- *Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho Comunitario de Competencia*, en Anuario de la Competencia, 2003.
  - *La modernización del Derecho Mercantil español por exigencias del Derecho Comunitario*, en Rev. Aranzadi CE n.º 9, 1993.
  - *Las medidas cautelares en el ámbito del Derecho de la Competencia. Propuestas de Reforma*, en Rev. Comunicación IDEI, 1998.
  - *Medidas Cautelares en Derecho de la Competencia*, en Anuario de la Competencia, 1996.
  - *Nuestra incorporación a Europa de la Regulación de un nuevo orden concurrencial y de la revisión de las principales instituciones mercantiles*, en La Europa Comunitaria: Balance de 10 años, 1995.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel: *La Competencia* (2000), en Alianza Editorial.
- FONT GALÁN, José Luis: *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, 1987.
- GIMÉNEZ LATORRE, Fernando: *La persecución de los cárteles: La política de clemencia*, en Modernización del Derecho de la Competencia en España y la UE, Fundación Rafael del Pino.
- MARTÍNEZ LACE, Santiago: *La aplicación concurrente del Derecho de la Competencia por la Comisión Europea y por las Autoridades Administrativas Nacionales*, en Gaceta Jurídica CE 1998.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A: *Defensa de la Competencia*, 2006.
- OCDE: *La Resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general*, en Balance de Exposiciones Internacionales, 2016.
- PEÑA, Félix: *Defensa de la competencia económica en el Mercosur*, en Rev. Jurídica Argentina, 2001.
- PETITBÓ, Amadeo: *La defensa de la competencia en España a partir del artículo 38 de la Constitución Española*, en Economía Industrial n.ºs 349-350, 2003.
- *La política de la defensa de la competencia en España*, en Revista del Instituto de Estudios Económicos n.ºs 2 y 3, 2004.
- RIVERA URRUTIA, Eugenio: *Análisis de las normas de la libre competencia y la libre competencia transfronteriza en los mecanismos de integración subregional en el caso de MERCOSUR y CARICOM*, 2016.
- RIVIERE, Martí: *La política de competencia en América Latina: Una nueva área de interés para la Unión Europea*, en Revista EC Competition Policy Newsletter vol. 3 n.º I, 1997.
- Tribunal de Defensa de la Competencia: Informes (1992, 1993, 1995 y 1997).
- VICENT CHULIÁ, F.: *Poderes Públicos y Derechos de la Competencia*, en Rev. Gral. de Derecho n.º 583, 1993.

# El Arbitraje Internacional imprescindible en la Globalización

**Julio González Soria**

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de España. Árbitro Internacional*

*Socio Fundador González-Soria Abogados*

*Ex Presidente y Presidente de Honor de la Comisión Interamericana  
de Arbitraje Comercial*

*Fundador y Ex Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid*

*Presidente de la International Law Association (SB)*

*Vicepresidente del Club Español del Arbitraje*

*Ex Miembro de la Comisión de Derecho Mercantil de Naciones Unidas*

En primer lugar parece oportuno recordar que la institución del arbitraje no es en modo alguno una institución reciente sino que, por el contrario, en España tiene una larga tradición que se inicia en el Derecho Romano en el que la institución del arbitraje tuvo una amplia regulación y utilización y que tuvo su continuación en el Derecho Histórico Español, estando presente en el primer libro jurídico considerado hispánico, como es el Breviario de Alarico, en el que aunque de una manera fragmentaria, se reflejan determinados aspectos característicos de la institución en el Derecho Romano post-clásico.

Seguimos encontrando la institución del arbitraje en los principales instrumentos jurídicos tanto en el ámbito que podríamos llamar estatal como en los fueros reguladores del Derecho local, muy importantes en España y en los que encontramos sistemáticamente una referencia al arbitraje.

Y en las Partidas encontramos la más extensa regulación de la institución, regulación que con sus modificaciones posteriores estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que estableció un nuevo sistema de arbitraje que quedó como único aplicable tras la promulgación del Decreto de unificación de jurisdicciones de 1878 que derogó el especial sistema mercantil contenido en la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830.

Incluso puede decirse que España es, sin duda alguna, uno de los pocos países en que el arbitraje fue considerado como un Derecho fundamental y elevado al rango constitucional en la Constitución de Cádiz de 1812.

En la actualidad está vigente la Ley 60/2003, de 3 de diciembre, de Arbitraje, reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que vino a consolidar el desarrollo del arbitraje y a posibilitar aun más el desarrollo del arbitraje internacional en nuestro país. Este es quizás el objetivo más claro que pretendía la nueva Ley y que ha inspirado, condicionado y moldeado su texto.

Así, vemos que la Ley de Arbitraje vigente, como una de sus innovaciones más significativas, opta por una regulación unitaria del arbitraje interno y del arbitraje internacional, de forma que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se aplican por igual a uno u otro, siguiendo así el sistema monista.

Partiendo de esta premisa, la Ley está inspirada básicamente en la Ley Modelo de 21 de junio de 1985 de la UNCITRAL/CNUDMI que, aunque está concebida fundamentalmente para el arbitraje comercial internacional, el legislador español, siguiendo el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, ha considerado que su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la mayoría de los casos, para el arbitraje interno, ya que son pocas y muy justificadas las normas en las que se requiere una regulación distinta.

Con ello aspira, como se desprende de la propia Exposición de Motivos, a que en las muy importantes relaciones internacionales, en particular en el área iberoamericana, los agentes económicos puedan incrementar la utilización del arbitraje sin tener que recurrir a instituciones de otro contexto cultural e idiomático.

En cuanto a las funciones del arbitraje se podría decir que, curiosamente, son en la actualidad muy parecidas, en su sustancia, a las que ha tenido a lo largo de la historia, aunque, como es lógico, adaptadas a la realidad actual inherente a la globalización.

En efecto, si examinamos el Derecho histórico español, vemos que esas funciones eran: por un lado, intentar alcanzar una solución de las controversias jurídicas más pacífica y amigable que el proceso oficial (así se desprende de la Ley de Madrid de 1502 que dice literalmente: *«porque acaesce que las partes por bien de paz y concordia, y por evitar costas y pleitos y contiendas, acuerdan poner en manos de los jueces árbitros»*) y por otro, sustituir el proceso oficial por otro privado a fin de eludir determinados defectos técnicos propios del proceso oficial tales como el exceso de gastos, la lentitud y el excesivo formalismo procesal o la incompetencia técnica de los que juzgan como nos dicen

muy elocuentemente las Ordenanzas de Bilbao de 1787 que justifican el arbitraje forzoso entre los socios de una compañía mercantil en evitar «*pleitos largos y costosos capaces de arruinar a todos como la experiencia ha demostrado*». (Cap X. Ley 16).

Como es lógico, si observamos el entorno mundial en la actualidad, puede decirse que la institución del arbitraje ha venido paulatinamente consolidándose como el medio idóneo para resolver los conflictos comerciales.

Y ello es así porque el nuevo entorno mundial que ha llevado a la globalización favorece y necesita de medios alternativos a la justicia estatal para resolver sus litigios. Las sociedades avanzadas se caracterizan por su grado de apertura. Son sociedades abiertas, como las definía Karl Popper. Abiertas a la libre circulación de las comunicaciones y de la información, abiertas al libre movimiento de los ciudadanos, abiertas también al libre comercio de bienes y servicios.

Esa apertura e internacionalización de la economía y la complejidad de las transacciones han forzado a los agentes económicos a buscar vías alternativas que sean capaces de garantizarles la adecuada seguridad jurídica en sus operaciones sin sobresaltos y sorpresas. Por ello, partiendo del hecho de que en los negocios internacionales se aplican ante todo usos, terminologías y costumbres establecidas por los comerciantes respecto a la materia, condiciones y formas de sus transacciones, lo deseable es que sean ellos mismos los que establezcan las reglas del mecanismo que sirva para resolver eventuales conflictos, lo que solo es posible si se recurre al arbitraje.

En el mundo actual esos agentes económicos han creado sus propias reglas autónomas de comportamiento que integran la nueva «*lex mercatoria*» a las cuales los miembros de la «*societas mercatorum*» reconocen un carácter y una aceptación universales. Ese desarrollo del Derecho de usos de comercio transnacional ha producido la creación y florecimiento de lo que pudiéramos llamar una jurisdicción transnacional que encuentra en la institución arbitral su instrumento idóneo, que se ha convertido así en el sistema adecuado para resolver las discrepancias que puedan surgir de los contratos internacionales, gracias a sus características de celeridad, confidencialidad y especialización.

La institución arbitral tiene, pues, su fundamento en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes que, en el ejercicio de la misma, deciden libremente encomendar la resolución de sus diferencias a un árbitro o tribunal arbitral, determinando el Derecho y el procedimiento a aplicar, así como el idioma y el lugar y comprometiéndose a cumplir el laudo que dicten que tiene el valor de cosa juzgada.

Hay que señalar en primer lugar que es necesario diferenciar claramente el arbitraje de inversión del arbitraje comercial. Dada la limitada extensión de esta comunicación, nos limitaremos a referirnos al arbitraje comercial.

Como señalamos anteriormente, los dos pilares fundamentales del arbitraje es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes y la eficacia coercitiva del laudo al estar equiparado en su eficacia a una sentencia judicial; por ello, es necesaria la intervención del Estado, por un lado para establecer los límites en que esa autonomía puede actuar y, por otro, para asegurar la eficacia del convenio arbitral y del laudo.

En consecuencia, para instrumentar y asegurar esos dos pilares son necesarias leyes positivas nacionales y convenios internacionales que aseguran y hacen posible la ejecución de los laudos en todos los países firmantes de los mismos, como consecuencia y necesidad de la globalización.

## 1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES MULTILATERALES Y BILATERALES

En lo que se refiere a los convenios internacionales, el primero de ellos fue el Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje adoptado el 24 de septiembre de 1923. El citado Protocolo fue completado por el Convenio de Ginebra del 26 de septiembre de 1927. Y el 21 de abril de 1961 se firmó en Ginebra el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Es interesante señalar que, en lo que pudiéramos llamar la Exposición de Motivos de dicho Convenio de Ginebra de 1961, se dice textualmente lo siguiente que sintetiza las inquietudes y la búsqueda de soluciones de los países firmantes:

*«Visto que el 10 de junio de 1958, como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje en Comercio Exterior, se firmó en Nueva York un Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras;*

*Y estando deseosos de contribuir a la expansión del comercio europeo de evitar a este fin, en lo posible, ciertas dificultades que entorpecen la organización y fundamento del arbitraje comercial internacional en las relaciones entre personas físicas o jurídicas de diferentes países europeos.»*

En el citado preámbulo se hace una referencia expresa al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, (el Convenio de Nueva York) que se firmó en Nueva York el 10 de junio de 1958. Este

Convenio fue y continúa siendo la piedra angular del arbitraje comercial internacional y que ha permitido su desarrollo, como instrumento indispensable de las relaciones comerciales en el marco de la globalización, asegurando un aspecto que, como ya señalamos, es fundamental e imprescindible, que es la ejecución de los laudos.

Dada la limitación de extensión de esta Comunicación, nos limitaremos a señalar algunos aspectos relevantes del mismo. El Convenio de Nueva York dispone en su artículo I.3 que los Estados en el momento de su ratificación pueden ejercer las llamadas reservas en virtud de las cuales:

- (a) Este Estado solo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante.
- (b) Con respecto a los laudos dictados en el territorio de Estados no Contratantes, el Estado aplicará la Convención solo en la medida en que estos Estados otorguen un trato recíproco.
- (c) Este Estado aplicará la Convención solo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno.

Es evidente que las reservas contenidas en los apartados a) y b) conocida como la primera reserva o reserva de reciprocidad, ejercida por un gran número de Estados Contratantes, suponían una limitación al ámbito de aplicación del Convenio que aspiraba a la máxima amplitud.

Afortunadamente, en la práctica, en la actualidad dicha reserva no tiene ninguna trascendencia práctica, ya que en este momento los Estados contratantes del Convenio de Nueva York asciende al número de 159, lo que implica que el requisito de reciprocidad se cumpla prácticamente en todos los casos.

La Convención de Nueva York supone, para los países signatarios, que el arbitraje goce de una presunción de legalidad y que la sentencia arbitral, como acto jurisdiccional que es, tenga la presunción de veracidad, lo que se traduce en una inversión de la carga de la prueba por lo que la parte contra la que se invoca la sentencia deberá alegar y probar la existencia de los requisitos positivos y negativos que condicionan, en cada caso, la concesión o denegación del *exequatur*, siendo suficiente para el solicitante el que presente, en apoyo de su pretensión, el documento que contenga el acuerdo o convenio arbitral y una copia del laudo. Ello no significa, quiero aclarar, que los poderes de oficio del juez queden suprimidos pero sí limitados al examen de la arbitrabilidad del litigio conforme a la *lex fori* y a la apreciación de la eventual vulneración del orden público.

En efecto, la Convención de Nueva York enumera con carácter limitativo y cerrado, las causas en que debe incurrir el laudo arbitral para que se pueda denegar el reconocimiento y homologación solicitada lo que significa, en definitiva, una determinación taxativa de los poderes del juez.

Es importante señalar que el artículo V de la Convención excluye la revisión del fondo del laudo que no procede en ningún caso ni siquiera en el supuesto de aparición de documentos o pruebas de los que no se dispuso, por fuerza mayor, con anterioridad y que de haber sido conocidos o aportados hubieran cambiado la parte dispositiva del laudo, siendo la única solución para casos de esta naturaleza la interposición de los procedentes recursos contra el laudo allí donde corresponda, en consonancia con lo que se establece en el artículo VI del Convenio que prevé la posibilidad de aplazamiento de la decisión de ejecución de la sentencia.

En el citado artículo V, las causas de denegación se dividen en dos grandes grupos: uno (en el V.1), aplicable exclusivamente a instancia de parte, a la que corresponderá la carga de la prueba, y otro (V.2), que la autoridad competente puede apreciar de oficio. Las causas de este último grupo también pueden ser aducidas por la parte, correspondiéndole entonces la prueba a la misma.

Así, en su artículo V.1 establece que solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución lo siguiente:

- a) que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II del Convenio estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren las cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

- d) que la constitución del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que dicha constitución no se ha ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
- e) que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada la sentencia.

En el artículo V.2 se añaden los dos motivos siguientes que, a diferencia de los anteriores, podrán ser, como hemos dicho, apreciados de oficio por la autoridad competente del país en el que se pide el *exequatur*.

- a) Que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Otro aspecto importante a destacar es que el campo de aplicación de la Convención de Nueva York no depende de la nacionalidad de las partes como ocurría en la Convención de Ginebra de 1927 que exigía como condición que las partes estuvieran sujetas a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes. Esta modificación supuso una importante mejora sobre la situación anterior pues la expresión sujeta a jurisdicción había causado ciertas dudas ya que algunos tribunales la habían interpretado en algunos casos como equivalente a la nacionalidad mientras que otros la consideraban como a domicilio.

Finalmente, hay que señalar que el artículo III de la Convención obliga a los Estados contratantes a reconocer la autoridad del laudo arbitral y conceder su ejecución de acuerdo con las normas de procedimiento vigentes en su territorio con arreglo a las condiciones que se establecen en la Convención, pero establece que no podrán imponerse condiciones apreciablemente más rigurosas que las aplicables a las sentencias arbitrales nacionales.

Finalmente, en materia de convenios internacionales hay que mencionar también la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de Panamá, de 30 de enero de 1975.

Junto a estos convenios multilaterales existen también convenios bilaterales firmados por los diferentes Estados con terceros Estados que regulan también el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

En los casos en que un Estado ha suscrito por una parte uno o varios convenios multilaterales y por otro, tratados bilaterales cuyos campos de acción se



superpongan, sus normas se encontrarán en una situación de concurrencia que produce problemas de elección de la normativa aplicable.

En esos supuestos, cuando el convenio internacional es el Convenio de Nueva York, la relación entre los instrumentos en cuestión debe determinarse atendiendo: a) lo previsto al respecto por la Convención de Nueva York; b) la regla de conflicto de los tratados y c) lo establecido al respecto por el otro Tratado coincidente.

En lo que se refiere a lo establecido por la Convención de Nueva York hay que señalar que la misma adopta una posición muy liberal en lo que se refiere a sus relaciones con otros tratados. En efecto, en el artículo VII.1 encontramos dos provisos. El primero conocido como el *more favourable right provision*, que reconoce la libertad de una parte para basar su solicitud de ejecución de un laudo arbitral en una ley nacional o en otros tratados en lugar de la Convención de Nueva York. El otro proviso, llamado de *compatibilidad*, establece una afirmación general de compatibilidad de sus preceptos con cualesquiera otros acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias concertados por los Estados contratantes al señalar que la Convención no afecta a la validez de otros tratados multinacionales.

En cuanto a la aplicación de la regla de conflicto de los tratados, los dos principios fundamentales tradicionales son los de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*, a los que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han añadido un tercer principio que es la *règle d'efficacité maximale* o *regla de máxima eficacia*.

Este principio de *máxima eficacia* que sustituiría en su caso a los otros dos tradicionales significa la posibilidad de aplicar las disposiciones convencionales legales más favorables en cada caso concreto de cara al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral o, dicho en otras palabras, significa que si un laudo no es ejecutable bajo un tratado que pudiera ser aplicable pero sí lo es bajo otro que también podría aplicarse se aplicará este último con independencia de si se trata de un tratado anterior o posterior o de ámbito general o específico.

A este respecto es importante señalar las diferencias de criterio existentes sobre si el citado artículo VII.1 del Convenio Nueva York obliga o no a una elección global de régimen. Así, algunos consideran que no obliga, siendo posible el recurso a disposiciones singulares de otros cuerpos normativos, mientras que, por el contrario, otros consideran que si, en aplicación del proviso de *more favourable right*, se elige una ley nacional u otro tratado aplica-

ble, habrá que basarse totalmente en el mismo con exclusión del Convenio de Nueva York y que la única excepción a esta norma sería el Convenio Europeo de 1961. Mi opinión, basada en la jurisprudencia mayoritaria, es que no obliga a la elección global siendo posible aplicar los preceptos más favorables contenidos en los tratados o leyes nacionales aplicables.

## 2. LAS LEYES NACIONALES DE ARBITRAJE Y LA LEY MODELO DE UNCITRAL

En lo que se refiere a las leyes nacionales, se ha ido produciendo un proceso de actualización e implementación de leyes especiales relativas al arbitraje nacional e internacional que no ha sido casual, siendo la globalización de la economía el factor desencadenante para que ello sucediese, a lo que debe sumarse la influencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)/UNCITRAL (sigla en inglés).

En efecto la Asamblea General de la ONU aprobó la Ley Modelo sobre arbitraje comercial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985, que fue posteriormente enmendada el 7 de julio de 2006.

Dicha Ley Modelo ha sido progresivamente utilizada como base para la promulgación de leyes nacionales que han comprendido las ventajas de disponer de una ley nacional que siga las líneas maestras de la Ley Modelo cuyas disposiciones son familiares para los operadores internacionales, elemento importante dentro del contexto de la globalización.

Parece obligado, puesto que estamos en el seno del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, señalar que, en la actualidad, la gran mayoría de los países de Iberoamérica tienen leyes regulando el arbitraje, siendo los últimos en incorporarse a la lista, Uruguay y Argentina que, con fecha 3 y 4 de julio de este año, respectivamente, han aprobado una Ley de Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo, UNCITRAL.

## 3. SOFT LAW

El incremento del comercio internacional tanto en su volumen como la complejidad de sus operaciones, así como la globalización, han hecho que los litigios que pueden surgir afecten a partes con diferente tradición jurídica, y por

tanto con una cultura y una aproximación distinta. Un ejemplo claro de esta situación afectaría a los nacionales de tradición de *civil law* y a los de *common law*.

Y si bien, en la práctica, debe decirse que se está produciendo un acercamiento entre ambos sistemas, ya que los de *civil law* están recurriendo cada vez más a su jurisprudencia y los de *common law* se están apoyando cada vez más en sus *Acts* o *Statues* que en los precedentes (*case law*), es indudable que es deseable poder tener unas reglas generales del juego que permitan una mayor uniformidad en los criterios a aplicar por los árbitros.

Por ello ha sido muy positiva la aparición de lo que se ha llamado *soft law* que consiste en *guidelines* o recomendaciones que contemplan el tratamiento a dar a cuestiones y problemas que se suscitan en la práctica.

Estas recomendaciones no son, por supuesto, de obligado cumplimiento a menos que las partes expresamente así lo hayan acordado, pero en cualquier caso pueden ser utilizadas como referencia por los árbitros.

Merecen especial mención, como ejemplos de *soft law*, el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI/UNCITRAL de 1976, modificado en 2010, y modificado nuevamente el 16 de diciembre de 2013 para incorporar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado; las Notas de CNUDMI/UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral de 2016; las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre prácticas de pruebas en arbitraje comercial internacional de 29 de mayo de 2010; las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en arbitraje internacional, de 23 de octubre 2014; Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional de 25 de mayo de 2013 y las Directrices de la IBA para la redacción de cláusulas de arbitraje internacional. En esa misma línea, pueden citarse las denominadas *Prague Rules* que son unas Directrices cercanas a los sistemas de *civil law*, cuyo texto final está previsto para diciembre 2018 y que pretenden sustituir a las Directrices de la IBA sobre prácticas de pruebas en el arbitraje comercial que hemos mencionado más arriba.

Igualmente hay que mencionar el Código de buenas prácticas del Club Español del Arbitraje de 2005 y las Recomendaciones relativas a la imparcialidad e independencia de los árbitros del Club Español del Arbitraje, de 23 de octubre de 2008. Ambos textos están siendo revisados en profundidad por el CEA en la actualidad.

#### 4. LAS CORTES Y CENTROS DE ARBITRAJE

Aunque conviene aclarar que el Arbitraje como institución es indivisible, puede hablarse de variantes opcionales. Es decir pueden utilizarse diversos criterios que, sin alterar la unicidad fundamental del arbitraje en Derecho Privado, manifiesten diversas especies del mismo, aunque hay que señalar que la mayoría de los criterios usados son extralegales y utilizados por la doctrina con finalidad puramente expositiva. Para lo que nos interesa, nos limitaremos a referirnos a la distinción entre arbitraje institucionalizado o administrado y arbitraje no institucionalizado o *ad hoc*.

Es evidente que las características del moderno tráfico comercial y la necesidad de asegurar al máximo la neutralidad, imparcialidad y eficacia del arbitraje han hecho que sea el arbitraje institucionalizado o administrado el dominante en nuestros días a través de centros e instituciones a los que nos referiremos a continuación.

Han sido y siguen siendo esas Cortes o Centros de Arbitraje los verdaderos impulsores del arbitraje, facilitando la logística necesaria en los diferentes aspectos entre los que destacan el mecanismo de nombramiento de los árbitros, el establecimiento de normas procedimentales en sus Reglamentos y algo tan importante como son los honorarios de los árbitros y las tasas de administración de la propia Corte o Centro lo que permite tener una referencia previa del coste del procedimiento arbitral.

Entre las Cortes que gozan de un reconocimiento internacional, pueden citarse la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Instituto CCE), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) con su Centro Internacional para la Resolución de Disputas, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) así como la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC). Hay que señalar el crecimiento del arbitraje en Extremo Oriente con los Centros de Singapur, Hong Kong y Corea. También hay que citar al recientemente creado Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR).

En España existen también importantes Cortes de Arbitraje, como son la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, la Corte Española de Arbitraje, el Tribunal de Arbitraje de Barcelona y la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid.

En lo que se refiere a Iberoamérica, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial ha jugado un papel importantísimo en el desarrollo del arbitraje

La CIAC o IACAC (siglas en inglés) fue creada en 1934 por la antigua Organización de Estados Americanos como organismo no gubernamental como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación, para solucionar de manera especializada y eficaz, las controversias comerciales que se susciten dentro de la comunidad empresarial internacional.

En 1975 es aprobada la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), a la que nos hemos referido anteriormente, que supuso un importante espaldarazo a la CIAC ya que en su artículo 3.º establece que *«A falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial»*.

La CIAC, que tuvo el honor de presidir durante seis años, desarrolló una estrategia de estrecha colaboración con AICO (Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio) y por ende con las Cámaras de Comercio iberoamericanas que posibilitó la creación de los principales Centros de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de América, España y Portugal, que constituyen las Secciones Nacionales o Secciones Asociadas, que configuran la CIAC y que han permitido que, en la actualidad, exista una importante infraestructura de Cortes que facilitan la difusión, utilización y consolidación del arbitraje en ese ámbito geográfico.

Para terminar, no me resisto a reproducir lo que Aristóteles dijo hace muchos siglos atrás y que sigue plenamente vigente: *«Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro antes que a un juez, ya que el primero no atiende sino a la justicia, mientras que el juez mira solamente la ley y el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la primera»*.

# Globalización y Derecho Mercantil

Juan Carlos Palmero

*Académico de Número y ex Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina)*

Uno de los efectos del fenómeno de globalización consiste inevitablemente en el *fenómeno de concentración económica* como consecuencia del cual las empresas que disponen titularidades de las grandes patentes marcarias internacionales, con validez y extensión universal, operan en diversos países del globo a través de sociedades nacionales, pero controladas por la matriz que generalmente se encuentra radicada dentro del mundo desarrollado, dando lugar a lo que vulgarmente se conoce como la «*sociedad multinacional*». El estudio de la cuestión exigiría efectuar consideraciones económicas, sociales e incluso de orden político, que excederían con creces los límites impuestos por la organización editorial de este Congreso para las comunicaciones.

Por el contrario, cabe destacar la existencia de un problema muy claro: al abordarse las cuestiones jurídicas en torno a la sociedad multinacional y de manera especial, sus eventuales o posibles consecuencias disvaliosas o negativas cuando desarrollan sus actividades en lugares donde se carece de herramientas técnicas adecuadas para receptor estas inversiones extranjeras, se trata de un tema específico que requiere respuestas en particular.

En definitiva, queremos destacar que el atraso o la carencia de una legislación societaria *aggiornada* a las exigencias que impone la globalización, deja a ese país en una situación de evidente desamparo y debilidad frente a cualquier exceso que puede inferirse de este fenómeno y lo más grave todavía, es que con la intención de corregir estos efectos perniciosos, se utilizan recursos exclusivamente políticos, que resultan las más de las veces instrumentos ajenos al Estado de Derecho, lo que da lugar exactamente al efecto contrario de lo que se buscaba corregir.

A fines de la década del setenta del siglo pasado, UNIDROIT realizó en Roma un encuentro de juristas latinoamericanos para tratar el tema «*Unificación y*

*armonización de la legislación latinoamericana en torno a la sociedad multinacional*». evento científico<sup>1</sup> que puso al descubierto, precisamente, el problema que estamos destacando, en el sentido que cuando una legislación societaria no brinda respuestas para receptor la sociedad multinacional, el efecto casi inevitable es que las reacciones se efectúan en un plano exclusivamente administrativo o de facto, generalmente a través de la torpeza o arbitrariedad del Estado.

Es verdad que el mundo ha evolucionado considerablemente respecto de la época comentada, y ahora existen instrumentos técnicos con los cuales las empresas se protegen de esas situaciones indeseadas a través de tratados de garantías recíprocas de las inversiones, donde los diferendos se dirimen ante Tribunales Arbitrales Internacionales, pero si bien puede ser un remedio para los grandes negocios, no alcanza ni es suficiente para evitar los efectos negativos de la falta de una legislación societaria moderna y adecuada que otorgue garantías a emprendimientos de menor magnitud, sobre la base de las seguridades propias del Estado de Derecho.

Y como dice el refrán campestre, «*cuando termina la habilidad, empieza la fuerza*», que traducido al problema que nos ocupa, podría parafrasearse diciendo que «*la falta de una legislación societaria de grupos moderna y adecuada, termina provocando la arbitrariedad del Estado*» y con ello, la incomunicación completa respecto de las posibilidades económicas de crecimiento, situación fácilmente observable con solo un repaso aunque superficial de casos ocurridos especialmente en América Latina durante el siglo pasado.

En definitiva, la comunicación pretende advertir acerca de la necesidad que tienen los diversos países de ajustar sus legislaciones a los desafíos del crecimiento, dentro de la problemática propia de la globalización.

¿Cuál es en definitiva la estructura jurídica de una sociedad multinacional? Más allá de su significación semántica o, si se quiere, de inevitables implicancias políticas, se trata siempre de un problema de *control societario*<sup>2</sup> en sentido estrictamente técnico, a través del cual una entidad radicada en el extranjero, que hace las veces de *matriz* o *sociedad controlante*, detenta participaciones

<sup>1</sup> PALMERO, Juan Carlos: «Unificación y Armonización de la legislación latinoamericana en el campo de las empresas multinacionales» ponencia presentada al Segundo Congreso Internacional de Derecho Privado, organizado por UNIDROIT en la ciudad de Roma, del 9 al 15 de setiembre del año 1976. Publicada en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Editorial Depalma N° Año 10, junio 1977, p. 366 y ss.

<sup>2</sup> FINZI, Enrico: «Società controllate (art. 6. D. L. 30 ottobre 1930, n.º 1450)» Publicado en *Rivista di Diritto Commerciale*, Año 1932, T I., p. 462.

accionarias suficientes como para imponer la voluntad social de otra sociedad o *sociedad controlada* o *filial*, con domicilio en el país, lo que en definitiva –más allá de algunas particularidades propias del caso– presenta los mismos e iguales problemas que suceden con los grupos cuando desenvuelven sus actividades dentro del Derecho nacional o doméstico<sup>3</sup>.

Por esta razón los países deben incorporar a sus Leyes de Sociedades, regulaciones atinentes a los «*grupos de sociedades*»<sup>4</sup>, tanto cuando se trata de situaciones de *subordinación o verticales* (control jurídico o de hecho y fusiones), como así igualmente, en los supuestos de *colaboración u horizontales* (control contractual o acuerdos de cooperación), de forma tal que los movimientos que vehiculizan las relaciones intersocietarias, encuentren un marco legal adecuado capaz de disciplinar tanto su funcionamiento normal, como así las desviaciones o disfuncionalidades que pueden surgir de este fenómeno.

Por otra parte, la legislación ordinaria o común, no alcanza ni resulta suficiente para remediar este tipo de conflictos tan particulares como los que pueden inferirse de los movimientos grupales cuando se desplazan entre jurisdicciones o naciones diferentes.

Sin necesidad de llegar a disponer de regulaciones más sofisticadas, propias de estados de concentración económica extremas, como sucede en Alemania y otros países desarrollados –también Brasil–, en los cuales incluso se ha llegado a considerar los llamados «*agrupamientos societarios de derecho*» o de segundo grado (*Konzers de derecho*), lo cierto es que una legislación específica que brinde las herramientas básicas a estos efectos, será suficiente para poder recibir inversiones a través de sociedades domésticas controladas desde el exterior, sin mayores inconvenientes, porque el Derecho por sí mismo esta en condiciones de dar respuesta a cualquier situación de abuso o de utilización disfuncional de las personas jurídicas.

La llamada *sociedad multinacional*, se instrumenta necesariamente a través del instituto jurídico del *control societario*, por el cual la sociedad extranjera o *matriz*, opera en un determinado país a través de una sociedad *filial* nacional, incluso con socios y/o directores locales, pero en definitiva, la unidad de decisión y de mando se encuentra fuera de la fronteras y en no pocas ocasiones integran una flotilla de entidades que están sometidas a una misma polí-

---

<sup>3</sup> CHAMPAUD, Claude: «Les groupes et groupements de société – Contribution a étude des entreprises liées» Ed. Les presses Alpha, Paris, 1968.

<sup>4</sup> MANOVIL, Rafael: «Grupos de Sociedades», Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. P. 988



tica empresarial de producción e incluso comercialización mediante la conformación de un *grupo económico*.

## 1. INOPONIBILIDAD SOCIETARIA: «TEORÍA DE LA SUPERACIÓN DE LA PERSONALIDAD»

Sobre estas premisas, consideramos importante comunicar una solución técnica existente en la Ley de Sociedades argentina N.º 19.550/73, incorporada con motivo de la reforma efectuada por la Ley 22.903/83, que entendemos puede ser una herramienta eficaz para la disciplina y regulación del funcionamiento grupal, tanto doméstico, como así internacional. Por otra parte y en razón de la carencia de antecedentes semejantes en el Derecho comparado, reviste todavía una cierta novedad legislativa y por lo tanto, puede ser de utilidad como precedente o emulación de países del Continente a este respecto.

La experiencia jurisprudencial de la norma en cuestión, acaecida en Argentina en treinta años de vigencia, y su favorable acogida doctrinaria, demuestran que ha sido una herramienta eficaz y válida para el avance en la temática grupal, especialmente cuando se trata de brindar solución y moralidad a situaciones de desviación funcional de la sociedad y/o de la persona jurídica, circunstancias que la hacen recomendable, por el éxito probado en su funcionamiento práctico, tanto en nuestra realidad nacional, como así en aquellos lugares que les sirvió de fuente inmediata.

Nos estamos refiriendo a la modificación que se introdujo al artículo 54 de la Ley de Sociedades, donde se reguló, como supuesto legal específico, la figura de la *inoponibilidad societaria*, para de esta manera introducir la llamada *«teoría de la superación de la personalidad»*, o *«corrimiento o levantamiento del velo»* y según la terminología anglosajona: *«Disregard of legal entitys»*, *«To Lift the veil»* o *«Piercing the veil»*<sup>5</sup> que reconoce una larga tradición jurídica universal, pero que es difícil encontrar precedentes de haberse concretizado en un precepto particular.

Dice la norma en cuestión: «Artículo 54: Inoponibilidad de la persona jurídica: *«La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso técnico para violar la ley, el orden público o la buena fe para frustrar derecho de terceros, se imputará directamente a los socios*

---

<sup>5</sup> PALMERO, Juan Carlos: «Fundamento científico de la teoría de la desestimación de la personalidad», publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2008 3, *Abuso de la personalidad societaria*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 69.

*o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados».*

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 (Ley 26.994/15), ha extendido idéntica solución para las personas jurídicas en general, tal como lo expresa textualmente su artículo 144: «Inoponibilidad de la persona jurídica: *«La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.*

*Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados».*

Como se advertirá, sin necesidad de ulteriores consideraciones, se trata de una misma figura, solo que se ha extendido su campo de aplicación del régimen estrictamente societario, a todas las personas jurídicas en general, criterio que salvo algunas disidencias minoritarias, los autores coinciden que se trata de una réplica, solo que adaptada a un campo más amplio que el que tuvo al momento de su incorporación a la legislación nacional.

## 2. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES DEL PRECEPTO EN CUESTIÓN

2.1 Al momento de propiciarse la figura como una reforma a la Ley de Sociedades N° 19.550, la Comisión Técnica designada por la Secretaría de Justicia de la Nación<sup>6</sup> tuvo muchas dubitaciones antes de la toma de decisión. El argumento de mayor peso a ese momento, era la opinión de Provinciale<sup>7</sup> que advertía los riesgos del «abuso del abuso» y que la separación de los patrimonios a través de la figura societaria, constituía un verdadero dogma a la limitación de la responsabilidad<sup>8</sup>, y que su debilitamiento podía generar consecuencias nefastas para la organización de los negocios.

<sup>6</sup> La Comisión que redactó el Anteproyecto, estuvo integrada por los Dres. Horacio Fargosi, Jaime Anaya, Enrique Zaldívar, Raúl Etcheverry, Enrique Butty y Juan Carlos Palmero, convertido Ley N°22.903/83.

<sup>7</sup> PROVINCIALE, Renzo: Apparenza, simulazione e frode nella costituzione di società in *Ultimi scritti*, Giuffrè Editore, 1969.

<sup>8</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *La persona Jurídica*, 2.ª Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984.

En contraposición a estas hesitaciones, se trajo a consideración algunos casos jurisprudenciales, que habían dado lugar a soluciones bien encaminadas respecto del fondo, pero que adolecieron de defectos sustanciales y formales capaces de producir un desgaste jurisdiccional debido a correcciones introducidas por los Tribunales de Alzada<sup>9</sup>. Ante el dilema de utilización incorrecta de la figura, o legislarla directamente, se optó por esta última solución y así se comenzó a trabajar en un texto legal que incorporara esta herramienta técnica a la legislación nacional.

2.2 Un antecedente que gravitó de manera decisiva, lo constituyó la vertiente germana, a través de esa obra que tuvo difusión universal de SERIK *Apariencia y realidad de las Sociedades Mercantiles*<sup>10</sup>, y una virtud incuestionable en particular: ubicar la cuestión como un supuesto del abuso de derecho, no solo a los contratos de cambio o negocios jurídicos, sino también extenderlo al terreno de la actuación societaria o de las personas jurídicas, cuando sus administradores transgreden los fines o razones que había tenido en cuenta la ley al otorgarle la personalidad.

Pero al momento, buscar parámetros para la redacción de una norma que receptara esta posición, los estándares que suministraba resultaban de tal amplitud y a veces sus traducciones al español conferían significados diversos o confusos que imposibilitó su traslado al texto en elaboración, tales como: *simulación absoluta, fraude a la ley, frustración de derechos de terceros, equidad, buena fe, apariencia, naturaleza de las cosas, etc.*

En definitiva, las enseñanzas del jurista alemán sirvieron para darle sustento científico al instituto, pero pareció mucho más ajustado a nuestra realidad, utilizar los estándares y la terminología del derecho nacional, al recurrir a la redacción del principio de abuso de derecho utilizada por el artículo 1071 del viejo Código Civil, en cuanto determinaba: *«El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícitos ningún acto.*

*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres».*

<sup>9</sup> AMADEO, José Luis: El abuso de la personalidad. *Cuadernos El Derecho*. Ed. Universitas S. R. L. Bs. As, 1974, pág. 42. La extensión de la quiebra a las sociedades al grupo «Swift Deltec», la SCJN terminó revocando aspectos procesales, que no habían sido tenidos en cuenta por la primera instancia.

<sup>10</sup> SERIK, Rudolf: *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, Editorial Ariel, Barcelona, 1958, p. 133.

No se precisa explicaciones para advertir que la estructura del agregado al artículo 54 de LS, utilizó estándares semejantes con los que se caracterizaba el abuso de derecho según nuestra legislación civil, circunstancia que además de hacerlo accesible a los operadores jurídicos, disponían como apoyatura de una amplísima corriente jurisprudencial completamente consolidada, que aventaba las dudas que había respecto de sus alcances y correcto funcionamiento en la realidad.

2.3 La segunda fuente directa del precepto en análisis lo constituyó la riquísima doctrina y jurisprudencia acerca de la «*Teoría del maître dell'affaire*» (Abuso de poder social)<sup>11</sup> respecto al instituto de la extensión de la quiebra a las sociedades «*inconsistentes*» (desmantelación sustancial), o *mâitrisée*, desnaturalizadas o desviadas funcionalmente por «*abuso de poder*» (desviación del fin común) tema sobre el cual era factible encontrar antecedentes que se remontaban a casi un siglo y, por lo tanto, brindaban una sólida apoyatura por parte del Derecho comparado<sup>12</sup> al nuevo precepto a incorporar.

La evolución de esta teoría comenzó a fines del siglo XIX, en base a situaciones en las cuales se desviaba el fin común de la sociedad, para someterse a otra finalidad individual o grupal, pero completamente ajeno a las razones por las cuales el legislador le concediera el privilegio de organizarse bajo una fórmula societaria.

Del repaso de toda esta amplísima vertiente jurisprudencial, aparecen las correcciones que hacían los jueces cuando debían poner en descubierto al *deudor real*, que se *enmascaraba* bajo la cubierta de una fórmula técnica, para el ejercicio del comercio en forma clandestina, lo que motivaba la reacción del derecho en orden a restablecer la verdad.

De esta manera, la *finalidad común* o el fin social determinaba que toda la actuación societaria desde su creación, al igual que su funcionamiento regular, debía preservarse de actividades abusivas o disfuncionales respecto de su objeto, que en este sentido, actúa como brújula que guía el camino legal de la persona moral.

La jurisprudencia fue perfeccionando sus decisiones<sup>13</sup> a través de la primera mitad del siglo XX y en sus últimas manifestaciones, termina haciendo res-

<sup>11</sup> BÉGUIN, Jacques: «Les extensions de passif en droit commercial», Université de Rennes, Faculté de Droit et de Sciences Économiques, Thèse pour le doctorat, del 25 juin 1965.

<sup>12</sup> RAAD, Nabil Fadel. «L'Abus de la personnalité morale en Droit Privé», con prefacio de Francois Terré. Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1991.

<sup>13</sup> LEGEAIS, R.: «L' extensión de la faillite sociales. Une mesure contre les abus de la personnalité moral des sociétés», publicada en *Rev. Trim. De Droit Com.*, año 1957, Pto 1. pág 4 y ss.

ponsable personalmente a un socio<sup>14</sup> que había adquirido una sociedad que funcionaba de manera regular, pero que a partir de su dominio o toma de control, termina sojuzgando la sociedad «*como dueño y disponiendo de sus bienes como si fuesen propios*», en base al ejercicio de un poder abusivo, desviando el interés social, por el exclusivo interés personal, situación que provocó que se le extendiera, los efectos propios de la falencia social.

Así el 8 de agosto del año 1935 se introduce una modificación a través del agregado al artículo 437 del Código de Comercio francés que textualmente expresa: «*En cas de faillite d'une société, le faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux como des siens propres*»<sup>15</sup>.

2.4 Una clarificación del artículo en cuestión, lo constituye la figura de la inoponibilidad, como fórmula específica dentro de invalidación en general, ya que se entendió que la nulidad no era factible de aplicarse a los contratos asociativos o personas jurídicas de las cuales se infiere una actividad y no actos jurídicos en particular, circunstancias que de trasladarse directamente a estos supuestos, podría generar daños o perjuicios injustos a terceros.

### 3. CONCLUSIONES

Sobre los precedentes técnicos comentados, se terminó logrando la redacción definitiva actual del artículo 54 LS argentina, el que en primer lugar, protege a las sociedades de *actividades extrasocietarias* o ajenas a su propio fin común, es decir, producidas por desviaciones funcionales, solución que pone de relieve este aspecto o perspectiva funcional de la sociedad, a través de lo que constituye una defensa de su *actividad regular*, en miras a la consecución de su cometido institucional.

En segundo lugar, se utiliza en la descripción de los supuestos, la fórmula clásica con la que se caracteriza el principio general del abuso de derecho, a

---

<sup>14</sup> VEAUX, Daniel: *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, Editorial Techniques S. A., París, 1947, Pto. 178, p. 334 y ss.

<sup>15</sup> El agregado al artículo 437 del Código de Comercio francés se redactó tomando como base y reproduciendo casi textualmente los argumentos vertidos en el pronunciamiento jurisdiccional dictado por el Tribunal de Comercio del Sena, del 13 de diciembre de 1927, que resolvió el famoso caso conocido como «*affaire Vidal*», por el cual los efectos de la falencia de la sociedad fueron extendidos a su socio y administrador, todo ello en razón de que «*bajo una apariencia regular*» (*sous le couvert*), «*escondía*» (*masquant*) su actuación personal, disponiendo en «*su propio interés*», de sus bienes y capitales como si fuesen suyos» todo ello configurando una verdadera desnaturalización o empleo disfuncional de la persona jurídica.

través de la enunciación de los estándares de «buena fe», «violación de la ley», «orden público» o «frustración de derecho de terceros», abanico de posibilidades o herramientas brindadas a los magistrados para cubrir el amplio espectro de posibilidades anómalas que ofrece la realidad negocial.

Para concluir, el encuadramiento dentro de la «teoría general de la invalidación» corresponde a entidades que desarrollan *actividades*, situación diferente de los simples *actos*, circunstancia que torna adecuada la fórmula de la *inoponibilidad*, antes que la *nulidad*, que corresponde sin duda a estos últimos, cuestión que ha significado un considerable avance cuando se trata de trasladar estos efectos a una sociedad en pleno movimiento sobre todo respecto de la preservación de los terceros de buena fe.

# Algunas notas sobre globalización y empresas públicas

Manuel Luis Pérez García

Académico Correspondiente de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación de España

Doctor en Derecho. Subdirector Adjunto de la Asesoría Jurídica del Departamento 4.º  
del Tribunal de Cuentas. Empresas estatales y otros Entes Públicos

La economía global<sup>1</sup> se basa en unos mercados abiertos y competitivos caracterizada por la preponderancia de las empresas privadas<sup>2</sup>. Las empresas públicas a nivel mundial, aunque no son actores principales, sí poseen un peso específico considerable, aunque variable en cada país, a pesar de los procesos de privatización llevados a cabo en gran número y principalmente a partir de la década de los 80 del siglo pasado. Los objetivos de los procesos de privatización incluyen motivaciones económicas, políticas y financieras.

Aunque se haya pronosticado en numerosas ocasiones el ocaso de las empresas públicas<sup>3</sup> la realidad es que siguen gozando de su importancia a todos los niveles y en todo tipo de estados y economías (no hace falta glosar el papel de las empresas públicas chinas; en multitud de países en vías de desarrollo, en economías emergentes, por ejemplo, Brasil, y en economías avanzadas, en nuestro entorno, el caso de Francia).

---

<sup>1</sup> El Diccionario del español jurídico de 2016 define globalización como tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales.

<sup>2</sup> Aunque tras décadas de creciente integración económica, el sentimiento nacionalista y las políticas proteccionistas están nuevamente de moda, lo que plantea dudas sobre el futuro de la globalización. PARGENDLER, Mariana (2018): «The Grip of Nationalism on Corporate Law». Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3144451>.

<sup>3</sup> Interés del que se hace eco la doctrina científica. Prueba de ello, los recientes trabajos de: CLEGG, L.J., VOSS, H. y TARDIOS, JA. (2018): «The autocratic advantage: Internationalization of state-owned multinationals», *Journal of World Business*, n.º 53, págs. 668-681; LIANG, H., REN, B., y SUN, S. L. (2015): «An anatomy of state control in the globalization of state-owned enterprises», *Journal of International Business Studies*, n.º 46, págs. 223-240 y CUERVO-CAZURRA, Álvaro, INKPEN, Andrew, MUSACCHIO, Aldo y RAMASWAMY, Kannan (2015): «Governments as owners: State-owned multinational companies», *Journal of International Business Studies*, n.º 46, pp. 223-240.

Según la OCDE, el 22 % de las 100 empresas más grandes del mundo ahora están efectivamente bajo control estatal. Este es el porcentaje más alto en décadas. El aumento de las empresas estatales como competidores mundiales ha suscitado preocupaciones relacionadas con la igualdad de condiciones. Algunos competidores y observadores comerciales afirman que la compensación otorgada por los gobiernos a las EPE a cambio de obligaciones de política pública llevadas a cabo en el país y otras ventajas que disfrutaban las empresas estatales, pero no las privadas, pueden dar a las empresas estatales una ventaja competitiva en los mercados internacionales. El desafío es que en una economía globalizada, algunas políticas intervencionistas estatales pueden tener efectos de empobrecimiento del vecino. El riesgo de no abordar estas preocupaciones es que los socios comerciales y de inversión pueden volver a las respuestas proteccionistas, lo que a su vez puede desalentar la inversión internacional tan necesaria<sup>4</sup>.

A diferencia de otros ordenamientos, el régimen jurídico al que están sujetas las sociedades mercantiles públicas en España es complejo ya que aunque adoptan una de las formas de personificación de derecho privado (el de las sociedades de capital), las sociedades mercantiles públicas no se someten de manera exclusiva, ni tan siquiera principalmente, al ordenamiento privado. El legislador español ha establecido un denso corpus normativo, del más variado contenido<sup>5</sup>, que viene a poner en entredicho su naturaleza privada y que, en definitiva, demuestra que se trata de unas entidades que están a medio camino entre una Administración pública y una empresa privada, pues no siendo ni lo uno ni lo otro, tienen elementos característicos de ambas.

En esta comunicación nos centraremos en las sociedades mercantiles estatales, teniendo en cuenta cuestiones de Derecho Mercantil, pero sin olvidar por motivos obvios otras ramas del Derecho, por su aplicación al sector público empresarial.

a) *Precisiones terminológicas y metodológicas*: La noción empresa pública a nivel internacional no es unívoca. Para la OCDE, los países difieren con respecto al abanico de instituciones que consideran empresas públicas. A los efectos de sus Directrices, se entenderá por empresa pública cualquier perso-

<sup>4</sup> OCDE (2016): *State-Owned Enterprises as Global Competitors: A Challenge or an Opportunity?*, París, Publicaciones OCDE.

<sup>5</sup> Sin ánimo de ser exhaustivos, las cinco instituciones configuradoras del régimen económico-financiero del sector público (presupuesto, contabilidad, tesoro público, estabilidad presupuestaria y control) se aplican en su modalidad más flexible. Por ejemplo, en las sociedades mercantiles estatales únicamente cabe la auditoría pública. *Vide* PASCUAL GARCÍA, JOSÉ y RODRÍGUEZ CASTAÑO, ANTONIO RAMÓN (2018): *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, pág. 94. Por ello les será de aplicación el Derecho privado con adaptaciones (mercantil, civil o laboral), salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.



na jurídica que la ley nacional reconozca como una entidad mercantil y en la que el Estado ejercite los derechos de la propiedad. Ello incluye las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones. Además, las entidades legalmente establecidas, con personalidad jurídica reconocida por una ley específica, serán consideradas empresas públicas siempre que su objetivo o sus actividades, o parte de ellas, tengan un carácter principalmente económico.

Por su especial naturaleza jurídica la empresa pública en España ha sido estudiada principalmente desde el Derecho Público<sup>6</sup>. En el Derecho Mercantil los análisis específicos han sido más infrecuentes<sup>7</sup>.

b) *Política de empresa pública*: A punto de conmemorar el cuadragésimo aniversario de nuestra Constitución es un buen momento para afrontar nuevamente cuestiones cruciales en relación con la política de empresa pública: bases constitucionales<sup>8</sup>, necesidad y justificación de la intervención estatal en la economía<sup>9</sup>, el tamaño del sector público empresarial y su peso específico en el mercado<sup>10</sup>, su eficiencia, su internacionalización, su régimen jurídico<sup>11</sup>, etc.

<sup>6</sup> CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2017): «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, n.º 203, pp. 17-56.

<sup>7</sup> Aunque a efectos ilustrativos recientemente podemos destacar un manual universitario: VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes y ARROYO APARICIO, Alicia (2018): *Derecho Mercantil y Administraciones Públicas*, 2.ª edic., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia y una excelente tesis doctoral: MATILLA MAHIQUES, Laura (2016): *La estructura organizativa y el régimen jurídico de las sociedades públicas*, tesis doctoral dirigida por Esperanza Gallego Sánchez y Nuria Fernández Pérez (codirs. tesis), Alicante, Universidad de Alicante. En uno de los manuales de referencia las menciones sobre la empresa pública son escasas: AA. VV. (2017): *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3.ª edic., Oxford, Oxford University Press.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio (2017): «Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración Pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso de medios propios», en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, PAREJO ALFONSO, Luciano José y VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.), Vol. 2, Tomo 2, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 2427-2455.

<sup>9</sup> ALONSO UREBA, Alberto (1985): *La empresa pública: aspectos jurídicos-constitucionales y de Derecho Económico*, RDU, Madrid.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión una visión crítica y documentada de nuestra política de empresa pública en un trabajo multidisciplinar y comparado a cargo de un catedrático de Derecho Administrativo y uno de Economía Aplicada en BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés y PETITBÒ I JUAN, Amadeo (2016): «Mucho sector público y poco mercado: la política de empresa pública», *Presupuesto y gasto público*, n.º 83, pp. 57-80. Aunque un informe sobre España de la Oficina de Asuntos de Inversión del Departamento de Estado de EE. UU. en 2017 consideraba que el tamaño del sector de las empresas públicas en España es relativamente pequeño (*The size of the public enterprise sector in Spain is relatively small*).

<sup>11</sup> CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis (2015): «Una aproximación al régimen jurídico de la empresa pública», en AA. VV., *La intervención administrativa y económica en la actividad*

c) *Internacionalización*: Las empresas públicas españolas en los últimos tiempos han intensificado su internacionalización. Prueba de ello es el «Plan de Internacionalización del Transporte y las Infraestructuras 2018-2020» del ministerio de Fomento, elaborado por INECO (Ingeniería y Economía del Transporte, S. A.) con la colaboración de todas las empresas del Grupo Fomento y de las principales Asociaciones Sectoriales representantes del tejido empresarial español del transporte y las infraestructuras, en coordinación con la Secretaría de Estado de Comercio y el ICEX. Están incluidas ADIF, AENA, AESA CEDEX, ENAIRE, INECO, PUERTOS DEL ESTADO, RENFE y SENASA. El citado Plan es uno de los resultados de la Estrategia de Internacionalización de la Economía Española 2017-2027, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, coordinada por la Secretaría de Estado de Comercio y aprobada por Consejo de Ministros el 8 de septiembre de 2017. Esta estrategia plantea la necesidad de definir un marco estratégico que permita llevar a cabo una planificación a largo plazo de las actuaciones a desarrollar en el ámbito internacional, así como conseguir que dicha planificación adquiera un carácter de política de Estado. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, contempla un concepto amplio de internacionalización, al establecer que las políticas de fomento de la internacionalización son: «*el conjunto de las actuaciones que desarrolla el sector público, junto con el sector privado, para facilitar y reforzar la dimensión internacional de la economía española y fomentar la presencia exterior de las empresas y de los emprendedores como factores de estabilidad, crecimiento y generación de empleo*».

Un par de ejemplos. En primer lugar, Aena S. M. E., S. A. (Aena) es un operador global de servicios aeroportuarios con una importante dimensión internacional. Su actividad de negocio en el ámbito internacional se desarrolla a través de su sociedad mercantil estatal filial Aena Desarrollo Internacional S. M. E., S. A. (Aena Internacional), la cual participa en la gestión de 16 aeropuertos en diferentes países, utilizando la experiencia y el know-how aeronáutico de Aena.

En segundo, el Consorcio Español Alta Velocidad Meca Medina, S. A. (CEAMM), que tiene como misión administrar la participación de los miembros españoles del Consorcio en la SPV saudí, que es una Sociedad de Propósito Específico bajo la legislación saudí que está constituida por el CEAMM y los dos socios saudíes dando lugar al Consorcio Al Shoula. Las empresas públicas controlan el 49,87 % del capital del consorcio ganador. De estas, el

---

*empresarial: el derecho público y la empresa*, SERRANO ACITORES, Antonio (dir.), Barcelona, Bosch, pp. 157-174.

mayor paquete lo controla Renfe Operadora, con un 26,9 % de las acciones; ADIF, con un 21,5 %, e Ineco, con un 1,47 %. El 50,13 % del capital corresponde a empresas privadas, como Talgo (17,5 %); la constructora OHL (6,21 %); Invensys Rail Dimetronic (5,18 %); Indra (4,63 %); Copasa (6,76 %); Cobra (5,30 %); Imathia (2,21 %); Inabensa (1,40 %); y Consultrans (0,94 %). El conjunto de las empresas españolas tiene el 88 % de la sociedad adjudicataria (Al Shoula) y los socios saudíes, el 12 % restante (Al Shoula Group, 7 %, y la constructora local Al-Rosan Contracting, 5 %). La participación de las empresas españolas en la sociedad saudí se realiza a través de una sociedad vehículo española, garantizando así una visión única del grupo y facilitando la interlocución con los socios saudíes y SRO (Organización de Ferrocarriles Saudíes). Estas empresas construirán y operarán, durante 12 años, la línea de alta velocidad en el Reino de Arabia Saudí, proyecto conocido en España como el AVE de los peregrinos.

d) *Europeización*: La europeización del Derecho es el conjunto de repercusiones del Derecho europeo sobre los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. Este modo de acción –vertical– entre la Unión Europea y los Estados miembros no discurre, sin embargo, exclusivamente en una sola dirección, sino que es recíproco. Especial atención se presta a la clasificación que distingue entre tipos de europeización. En función de si esta se refiere al Derecho material, al Derecho procedimental o al Derecho de organización procede distinguir entre la europeización material, la procedimental y la institucional. Podemos convenir en que es mucho más acusada en el ámbito del derecho público (administrativo, tributario, financiero, etc.) pero no hay que desdeñar su alcance en el ámbito mercantil<sup>12</sup>.

e) *Gobierno corporativo*: Los principios de buen gobierno<sup>13</sup> no se circunscriben a las sociedades cotizadas, o a las grandes empresas privadas, sino que deben tener su aplicación, con las debidas adaptaciones, en las empresas públicas. Son varias las iniciativas que se están adoptando en este sentido. En España podemos mencionar la Ley de Transparencia<sup>14</sup>, así como otras nor-

<sup>12</sup> De factor de máxima importancia es catalogada la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea en el año 1986. Ese hecho fue decisivo para la legislación de sociedades mercantiles. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (2018): «Un cuento de nunca acabar: la legislación sobre sociedades mercantiles», en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; ARIAS VARONA, Francisco Javier y MARTÍNEZ ROSADO, Javier (coords.), Madrid, Iustel, p. 153.

<sup>13</sup> Sobre las interacciones del buen gobierno corporativo y el cumplimiento normativo véase: RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio (2018): «Buen gobierno y programas de cumplimiento», en *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel y PÉREZ CARRILLO, Elena F. (dirs.), Madrid, Marcial Pons, pp. 501-517.

<sup>14</sup> Transparencia Internacional-España acaba de publicar el Índice de Transparencia de las Empresas Públicas (INDEP), herramienta para medir el nivel de transparencia ante los ciudadanos y la sociedad de las Empresas públicas estatales. En esta primera edición del INDEP, se eva-

mas que han iniciado el proceso de incorporar los principios de buen gobierno a las sociedades públicas. En el ámbito internacional, la OCDE es la organización más activa en la materia, empezando por sus Principios de Gobierno Corporativo en las empresas públicas de 2005 y sus Directrices de 2015.

f) *Responsabilidad consejeros*: Una de las modulaciones del régimen de las sociedades mercantiles estatales es su especial régimen de responsabilidad de los consejeros. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ha introducido un régimen especial de responsabilidad aplicable a los integrantes del consejo que tengan la condición de empleados públicos. La responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo será asumida directamente por la Administración General del Estado (AGE). Esta podrá exigir, de oficio, a dicho empleado público la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando concurriera dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las normas administrativas<sup>15</sup>.

g) *Información no financiera*: En fecha 25 de noviembre de 2017 se publicó el Real Decreto-Ley 18/2017<sup>16</sup>, que traspone la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

La información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas tiene como objetivo identificar riesgos para mejorar la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general y, para ello, incrementa la divul-

---

lúa la transparencia de las 45 mayores empresas públicas estatales, y ello a través de un conjunto integrado de 60 indicadores. Las seis Áreas de transparencia que se evalúan en el INDEP son las siguientes: a) Transparencia activa e información sobre la empresa; b) Relaciones con la sociedad, usuarios o partes interesadas y calidad de servicios; c) Transparencia económico-financiera; d) Transparencia en las contrataciones y convenios; e) Derecho de acceso a la información; f) Prevención de la corrupción y cumplimiento en transparencia y buen gobierno.

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther (2016): «El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales: ¿hacia la irresponsabilidad por la gestión de sociedades públicas?», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 47, pp. 129-169; y LEÓN SANZ, Francisco José (2018): «La responsabilidad en las sociedades mercantiles estatales», en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; ARIAS VARONA, Francisco Javier y MARTÍNEZ ROSADO, Javier (coords.), Madrid, Iustel, pp. 514-536.

<sup>16</sup> Esta norma modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas.

gación de información no financiera, como pueden ser los factores sociales y medioambientales.

En el ámbito del sector público empresarial, y en concreto en las empresas públicas, la rendición de cuentas y la transparencia adquieren un papel crucial ya que, por su propia naturaleza, nacen como un instrumento para servir a la sociedad y su principal función radica en la producción de bienes o prestación de servicios para la sociedad. Es por ello que la información no financiera se configura como un cualificado mecanismo para responder a las necesidades de información de los interesados (Cortes Generales, Ejecutivo, Administración Pública, ciudadanía), y elemento de legitimación y justificación para las empresas públicas.

En este sentido, a día de hoy se está tramitando el Proyecto de Ley<sup>17</sup> por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (procedente del Real Decreto-Ley 18/2017, de 24 de noviembre). Según este Proyecto de Ley los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría de cuentas únicamente deben comprobar que se haya facilitado el estado de información no financiera. La actuación del auditor se limitará únicamente a la comprobación de que la información no financiera y sobre diversidad se ha facilitado en los informes correspondientes. Esta actuación meramente formal debe tener necesariamente como consecuencia una mayor incidencia del control interno y del externo sobre la información no financiera del sector público empresarial<sup>18</sup>.

h) *Integridad y lucha contra la corrupción*: Mediante instrumentos de Derecho internacional se ha generado para los Estados la obligación de luchar contra la corrupción, ya que se han aprobado una serie de tratados que, a pesar de la distinta naturaleza de sus cláusulas, contienen claras obligaciones al respecto de establecer medidas tanto para prevenir como para castigar la corrupción con carácter general, y en muchos casos con incidencia en el sector público empresarial.

<sup>17</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, Núm. A-15-1, de 22 de diciembre de 2017.

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión resultan de interés los trabajos de GARDE SÁNCHEZ, Raquel y LÓPEZ PÉREZ, M. Victoria (2016): «Aplicación del informe integrado en las empresas públicas», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n.º 68, págs. 69-82 y LLAMAS TUTOR, Soledad (2017): «La información integrada en las empresas públicas y los entes públicos empresariales», *Revista Española de Control Externo*, n.º 57, pp. 93-127.

A modo de ejemplo y por su importancia, reseñar la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003 (en adelante, CNUCC).

i) *Responsabilidad penal de las sociedades mercantiles estatales (Compliance-Cumplimiento normativo)*: En el año 2010, en contra del tradicional principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*), el legislador incorporó al Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010, el artículo 31.bis, que atribuye a las personas jurídicas la capacidad de cometer determinados delitos.

El 31 de marzo de 2015 se publicó en el BOE la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y que entró en vigor el 1 de julio de 2015. La reforma detalla qué requisitos han de cumplir las personas jurídicas para acreditar un «debidó control» dentro de su organización que les permita evitar su responsabilidad penal, más allá de la que puedan contraer las concretas personas físicas de su organización que hayan podido delinquir. Esos requisitos deberán concretarse en protocolos de prevención de riesgos penales y en la disposición de medios materiales y humanos encaminados a la gestión de esos riesgos.

Se apuesta por una cultura de *compliance* (cumplimiento normativo), de origen anglosajón, al otorgar a los programas de prevención<sup>19</sup> adoptados por las empresas un valor eximente de responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos cometidos en su nombre y en su provecho, tanto por sus apoderados y administradores como por sus empleados. Así, el modificado artículo 31 bis establece que la única vía al alcance de la persona jurídica para quedar exenta de responsabilidad penal consiste en que esta pruebe que: (a) su órgano de administración ha adoptado (y ejecutado con eficacia), antes de la comisión del delito, medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión de delitos; (b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención se ha confiado a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control; (c) los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de prevención, y (d) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano referido en el apartado (b).

<sup>19</sup> Cfr. JUNCEDA MORENO, Javier (2018): «Programas de cumplimiento y sector público. Especial mención a las empresas y entes públicos», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 91, pp. 169-178. En este trabajo se analizan los requisitos para implantar programas de prevención de delitos en las empresas públicas.

La reforma se refiere a la adopción e implementación eficaz de un programa de *compliance* por parte del órgano de administración. La exigencia de que sea el propio órgano de administración de la persona jurídica el que se encargue de estas funciones, va en línea con lo requerido por las *Sentencing Guidelines* estadounidenses, los principios de la OCDE en relación con la Convención Anticohecho Internacional o los principios establecidos por la *Serious Fraud Office* en relación con la británica *Bribery Act*.

Una novedad de la L. O. 1/2015, se refiere al reconocimiento de responsabilidad penal de las Sociedades mercantiles públicas. Ya desde su introducción en 2010, el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica fue criticado por un amplio sector doctrinal que lo consideró incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales. Cinco años después, con un escaso número de procedimientos dirigidos contra personas jurídicas y sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa, la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acomete una importante modificación del artículo 31 bis, con la gran novedad, de importancia a nuestros efectos, de extender por esta LO, con modulaciones, el régimen de responsabilidad a las sociedades mercantiles públicas<sup>20</sup>.

Pero esta modificación, tal como señala la doctrina más autorizada, se llevó a cabo a raíz de las conclusiones del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en su informe sobre la Aplicación en España de la Convención de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y otros instrumentos relacionados. El documento hizo un llamamiento al Reino de España para completar la reforma de su Código Penal mediante la consolidación o la armonización de los delitos –hasta entonces tipos separados– por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros y para el soborno de funcionarios europeos, así como la eliminación de la excepción existente para las empresas públicas en el marco del Código Penal.

Hace escasas fechas, en julio de 2018, el titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional procesó a la empresa semipública Defex<sup>21</sup> –participada en un 51 % por la Sociedad Estatal de Participaciones

---

<sup>20</sup> Para MORENO VIVAS, por su integración en el Sector Público, la administración de fondos públicos (de todos los ciudadanos), y la ausencia de los controles administrativos habituales obliga a que el diseño de los controles internos contrapesen las libertades de que gozarán los gestores. En estos controles aparece, como básico y trascendente, la implantación desde los máximos niveles de dirección la cultura de cumplimiento de la ley. En MORENO VIVAS, Jesús (2017): «Empresas públicas», en *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 320.

<sup>21</sup> La Junta General de DEFEX SA SME conforme al artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital, y el artículo 74 de los Estatutos Sociales de la Sociedad, y previa autorización de Consejo de Ministros adoptado por Acuerdo de 22 de septiembre de 2017, acordó el día 10 de octubre de 2017 la disolución de DEFEX SA SME.

Industriales (SEPI)<sup>22</sup> y en un 49 % por compañías privadas– por la supuesta venta irregular de armas a Angola.

j) *Derecho de la Competencia y ayudas estatales*: Uno de los objetivos principales de la normativa de defensa de la competencia es evitar y, en su caso, sancionar las conductas que produzcan, o puedan producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. Uno de los agentes económicos especialmente sujetos son las empresas públicas. Muestra de ello, es la Decisión de la Comisión Europea de 10 de julio de 2018 sobre la ayuda estatal SA.37977 (2016/c) (ex 2016/nn) ejecutada por España en favor de la Sociedad estatal de Correos y Telégrafos, S. A. que supone la obligación de devolver 167 millones al Reino de España por ayudas «excesivas» a través de compensaciones «excesivas» y exenciones fiscales incompatibles con las normas europeas en relación con la prestación del servicio postal universal obligatorio entre 2004 y 2010.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (2017): *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3.ª edic., Oxford, Oxford University Press.
- AA. VV. (2016): *State-Owned Enterprises in the EU: Lessons Learnt and Ways Forward in a Post-Crisis Context*, Institutional Paper 031, Bruselas, Comisión Europea.
- ALONSO UREBA, Alberto (1985): *La empresa pública: aspectos jurídicos-constitucionales y de Derecho Económico*, RDU, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (2018): «Un cuento de nunca acabar: la legislación sobre sociedades mercantiles», en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; ARIAS VARONA, Francisco Javier y MARTÍNEZ ROSADO, Javier (coords.), Madrid, Iustel, págs. 151-164.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés y PETITBÒ I JUAN, Amadeo (2016): «Mucho sector público y poco mercado: la política de empresa pública», *Presupuesto y gasto público*, n.º 83, pp. 57-80.

<sup>22</sup> La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) es una entidad de Derecho Público. Sus actividades se ajustan al ordenamiento jurídico privado, si bien le resulta de aplicación determinada normativa pública como la que deriva, entre otras, de la Ley General Presupuestaria, la Ley de Contratos del Sector Público o las leyes de Presupuestos. SEPI está adscrita al Ministerio de Hacienda. Esta Sociedad nació en 1995, por Real Decreto-Ley 5/1995, de 16 de junio, posteriormente aprobado como Ley 5/1996, de 10 de enero de 1996, de Creación de determinadas Entidades de Derecho Público. Para profundizar véase ORDIZ FUERTES, Concepción (2015): «Régimen jurídico y funcionamiento de SEPI», en *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial: el derecho público y la empresa*, SERRANO ACITORES, Antonio (dir.), Barcelona, Editorial Bosch, pp. 197-222.



- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis (2015): «Una aproximación al régimen jurídico de la empresa pública», en AA. VV., *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial: el derecho público y la empresa*, SERRANO ACITORES, Antonio (dir.), Barcelona, Bosch, pp. 157-174.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2017): «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, n.º 203, pp. 17-56.
- CLEGG, LJ., VOSS, H. y TARDIOS, JA. (2018): «The autocratic advantage: Internationalization of state-owned multinationals», *Journal of World Business*, n.º 53, págs. 668-681.
- CUERVO-CAZURRA, ÁLVARO, INKPEN, Andrew, MUSACCHIO, Aldo y RAMASWAMY, Kannan (2015): «Governments as owners: State-owned multinational companies», *Journal of International Business Studies*, n.º 46, pp. 223-240.
- GARDE SÁNCHEZ, Raquel y LÓPEZ PÉREZ, M. Victoria (2016): «Aplicación del informe integrado en las empresas públicas», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n.º 68, pp. 69-82.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2018): «El patrimonio de las sociedades mercantiles públicas», en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL; ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER y MARTÍNEZ ROSADO, JAVIER (coords.), Madrid, Iustel, pp. 415-433.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio (2017): «Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración Pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso de medios propios», en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, PAREJO ALFONSO, Luciano José y VIDA FERNÁNDEZ, José (coords.), Vol. 2, Tomo 2, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 2427-2455.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther (2016): «El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales: ¿hacia la irresponsabilidad por la gestión de sociedades públicas?», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 47, pp. 129-169.
- JUNCEDA MORENO, Javier (2018): «Programas de cumplimiento y sector público. Especial mención a las empresas y entes públicos», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 91, pp. 169-178.
- LEÓN SANZ, Francisco José (2018): «La responsabilidad en las sociedades mercantiles estatales», en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER y MARTÍNEZ ROSADO, JAVIER (coords.), Madrid, Iustel, pp. 514-536.

- LLAMAS TUTOR, Soledad (2017): «La información integrada en las empresas públicas y los entes públicos empresariales», *Revista Española de Control Externo*, n.º 57, pp. 93-127.
- LIANG, H., Ren, B., y Sun, S. L. (2015): «An anatomy of state control in the globalization of state-owned enterprises», *Journal of International Business Studies*, n.º 46, pp. 223-240.
- MATILLA MAHIQUES, Laura (2016): *La estructura organizativa y el régimen jurídico de las sociedades públicas*, tesis doctoral dirigida por Esperanza Gallego Sánchez y Nuria Fernández Pérez (codirs. tesis), Alicante, Universidad de Alicante.
- MORENO VIVAS, Jesús (2017): «Empresas públicas», en *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 299-321.
- OCDE (2016): *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, Edición 2015, París, Publicaciones OCDE.
- OCDE (2016): *State-Owned Enterprises as Global Competitors: A Challenge or an Opportunity?*, París, Publicaciones OCDE.
- ORDIZ FUERTES, Concepción (2015): «Régimen jurídico y funcionamiento de SEPI», en *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial: el derecho público y la empresa*, SERRANO ACITORES, Antonio (dir.), Barcelona, Editorial Bosch, pp. 197-222.
- PARGENDLER, Mariana (2018): «The Grip of Nationalism on Corporate Law». Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3144451>.
- PASCUAL GARCÍA, José y RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón (2018): *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio (2018): «Buen gobierno y programas de cumplimiento», en *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel y PÉREZ CARRILLO, Elena F. (dirs.), Madrid, Marcial Pons, pp. 501-517.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes y ARROYO APARICIO, Alicia (2018): *Derecho Mercantil y Administraciones Públicas*, 2.ª edic., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

# Globalización y Derecho Mercantil

Fernando Sarmiento Cifuentes

*Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*

RESUMEN: La Globalización, mundialización: fenómeno actual iniciado a mediados del siglo XX. Afecta al mundo entero. Produce consecuencias de toda clase y lleva a la conformación de realidades –económico, políticas y sociales– que determinan la creación de bloques de países que a su vez requieren la adopción del nuevo derecho comunitario que afecta las concepciones normativas civiles y mercantiles nacionales de los países integrados.

PALABRAS CLAVE: Globalización, Economía, Transportes, Cultura, Política, Geopolítica, Comunicaciones, Derechos Fundamentales, Dignidad de la persona humana, Integraciones, Transhumanismo, Nueva Lex Mercatoria-Derecho Comunitario.

## 1. INTRODUCCIÓN

Puede decirse sin duda alguna que el mundo actualmente marcha en progresión geométrica hacia la unificación. Es el fenómeno imperante en la realidad y esta se concreta principalmente en la denominada globalización.

Este fenómeno, consiste en un proceso tecnológico –la electrónica– que facilita el acceso de masas ingentes a las comunicaciones prontas y de bajo costo<sup>1</sup>. Consiste también y coetáneamente en un proceso político mediante el cual los países, antes celosos de sus respectivas condiciones soberanas: se agrupan, o mejor se asocian de diversas maneras, primordialmente mediante la celebración de tratados públicos: de libre comercio –TLC– unos, y, otros en verdaderos conjuntos más estables y permanentes conocidos como de Integración, por ejemplo la Unión Europea. Empero, el fenómeno globalizante es

---

<sup>1</sup> V. Kanna, Parag «Conectografía». Ed Paidós. Planeta. Colombia, 2016.

esencialmente de naturaleza económica aunque, sin que al menos actualmente, pueda clasificarse como si se tratara de un determinismo económico. Entraña la globalización, en su impulso, la modalidad de ser considerada como una expansión del sistema capitalista por cuanto implica la ampliación de los mercados, la concentración de capitales y a la vez la mayor dimensión y más veloz traslación de los negocios financieros. Genera interdependencia generalizada entre las naciones por causa de la diversificación de la producción industrial y de que esta pueda fraccionarse en las conocidas cadenas productivas en miras a la reducción de los costos asociados a ella.

El origen de la Globalización se presenta a partir del final de la II Guerra Mundial al desintegrarse el sistema de Bretton Woods y al transformarse las instituciones económico-financieras internacionales y con la preponderación de las empresas transnacionales con implicaciones severas sobre el empleo de la mano de obra, en tanto que surgieron la intensificación del libre comercio, el abaratamiento de los transportes y la tendencia a homogeneizar los modelos financieros y del desarrollo.

Una vez impuesto el cambio profundo del que venimos tratando se consagra a plenitud la llamada sociedad de consumo.

La Globalización implica el multilateralismo surgente y se materializa en la creación de las Naciones Unidas –ONU–, el Fondo Monetario Internacional –FMI–, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio –OMC–, entre otros organismos de importante significación.

Luego de la creación de los antecitados organismos internacionales se comenzó la creación de los primeros bloques integrativos, a saber: Comunidad Europea, hoy Unión Europea, y en variados intentos latinoamericanos. Tema que nos aleja del propósito de este escrito que no es otro que el de analizar las implicaciones de la globalización en el derecho. Este efectivamente ha sufrido mutaciones severas, tanto en su causación u origen, como en su contenido normativo y en los entes que ejecutan sus mandatos.

## LA GLOBALIZACIÓN

i) *En la Cultura.* El fenómeno comentado, de gran dinámica, afecta a los diferentes pueblos en sus modas, costumbres, contenidos musicales y audiovisuales, comida e incluso en las corrientes turísticas que se presentan incrementadas por la asistencia masiva de personas, a los sitios de interés, creándose así una tendencia imparable a un mundo homogeneizante. Pero produce también un efecto aparentemente contrario: comunidades afectas en su idio-

sincrasia, defensa de su idioma y de sus costumbres, representaciones artísticas y tendencias de comportamientos generalizados.

ii) *En la política.* El fenómeno globalizante extiende su influencia sobre el sistema democrático asediado por la informática y las múltiples tendencias y exigencias calificables de populistas, al tiempo que permite el acceso incontrolado de la gran masa poblacional que se considera a sí misma como irredenta, y es crítica de toda autoridad y favorece la tendencia a convertir las actividades locales normativas en general.

iii) *En la normatividad.* La globalización influyente en la Integración condiciona las leyes nacionales. Sus ordenamientos jurídicos son asediados y se ven en la apremiante necesidad de transformarse, para con ello unificar y simplificar al extremo los procedimientos y los contenidos sustantivos mismos y, en general, sus relaciones para institucionalizar la internacionalización jurídica que le permitiera a diferentes Estados la fácil y expedita competitividad y la seguridad de los intercambios mercantiles, tratando de mantener al mismo tiempo, con la seguridad jurídica, la protección individual de los derechos fundamentales y estableciendo, además, métodos de solución de conflictos comerciales mediante la implementación de sistemas directos de solución o con el posible acudimiento a los organismos internacionales tales como la Organización Mundial de Comercio –OMC–, entre otras entidades.

Así la legislación propia y singular de los países contratantes integrados es abolida en gran medida y reemplazada por el denominado Derecho Comunitario, contenido en los tratados públicos asociativos derivados de los pertinentes procesos de integración.

iv) *En la gobernabilidad.* Afecta el ejercicio de la autoridad y los gobiernos ven severamente afectadas sus competencias puesto que por la red se cuestiona el ejercicio del poder mismo. Sobre este tópico el arriba citado Moisés Naim afirma con acierto: «Sin embargo, durante los últimos tres decenios, las barreras que protegen el poder se han debilitado a gran velocidad. Ahora es mucho más fácil aplastarlas, rodearlas o socavarlas». Adelante agrega: «(...) las causas de este fenómeno están relacionadas no solo con las transformaciones demográficas y económicas y la difusión de las tecnologías de la información, sino también con los cambios políticos y la profunda alteración de las expectativas, los valores y las normas sociales. Las tecnologías de la información (que incluyen internet...), desempeñan un papel importante en la manera de acceder y utilizar el poder. Pero la explicación fundamental del debilitamiento de las barreras tiene que ver con transformaciones tan variadas, como el rápido crecimiento económico o, en muchos países pobres, los patrones migratorios, la medicina y la sanidad, la educación e incluso las costumbres y

actitudes culturales; es decir, con los cambios experimentados por el alcance, el estado y las posibilidades de la condición humana en estos tiempos».

Aun el sistema democrático se ve afectado, puesto que al no poder satisfacer todas las apetencias legítimas o no, desmesuradas o no, prontamente o con demora, se crean reactivamente verdaderas masas inconformes, insatisfechas y opositoras al límite. Se causan manifestaciones anárquicas, populismos y autoritarismos de distinta índole e intensidad.

v) *En la comunicabilidad.* En lo referente al ejercicio de la difusión del pensamiento y al funcionamiento de los medios de comunicación se observa que disminuyen notoriamente su influencia sobre la opinión pública, dado el auge de las redes sociales, y además es claro el lento desaparecimiento y pérdida de influencia en la opinión pública de la prensa escrita: periódicos, revistas, etc. El libro ve disminuida su presencia real competida por la virtualidad.

vi) *En las jurisdicciones.* El globalismo influye en materia judicial y se expresa en el «activismo» que prácticamente debilita la seguridad jurídica y soslaya el «Estado de Derecho».

vii) *En la globalización obra en la desprotección del medio ambiente.* Determinado por diversos factores tales como el calentamiento global, el aumento poblacional incontrolado, la desertificación, la deforestación implacable, el deficiente manejo de los residuos sólidos (basuras), el agotamiento de áreas fértiles, etc., todo lo cual produce desconcierto y temor, sin que los posibles correctivos se adopten, en forma eficiente y generalizada.

viii) *En las migraciones.* Otro problema de especial significación es el de las descomunales migraciones humanas y los riesgos que entrañan frente a los eventuales beneficios que de ellas se derivan y que producen discrepancias ciudadanas en cuanto atañen a la defensa de los derechos humanos, los traslados ordenados de mano de obra y generan intolerancias ante las diferencias étnicas y religiosas, generando xenofobia de múltiples ocurrencias.

ix) *En la afectación al capitalismo.* Desde otro ángulo, se habla de la transformación del capitalismo. Es del caso citar al publicista Paul Mason que dice «(...) el ascenso de la tecnología de la información alteró las instituciones básicas del capitalismo; los precios, la propiedad y los salarios. He sostenido así mismo que el neoliberalismo fue un falso amanecer y que la crisis posterior a 2008 es el producto de algunos defectos del modelo económico que impiden el aprovechamiento pleno de las nuevas tecnologías y el consiguiente despeque de una quinta onda larga (...) que hace posible (...) el postcapitalismo».

Y, por otro aspecto, en referencia a los países en vía de desarrollo: El economista Thomas Piketty advierte: «Ahora examinemos el caso de los países pobres y emergentes; por desgracia, las fuentes históricas que permiten estudiar la dinámica de la distribución de la riqueza a largo plazo son mucho más escasas cuando se sale de los países ricos. Sin embargo, existen varios países pobres y emergentes para los cuales se puede encontrar fuentes fiscales de larga duración que permiten establecer comparaciones –aproximadas– con los resultados obtenidos para los países desarrollados». Al efecto cita como ejemplos, Sudáfrica, India, Indonesia y Argentina<sup>2</sup>.

x) *En la Geopolítica*. No resulta extraño que la geopolítica tenga una importante mutación. En efecto, los imperios sucesivos existentes a lo largo de la historia se derrumbaron como efecto fundamental de la I Guerra Mundial, (1914-1918), y se dio lugar a la hegemonía mundial o unipolar de los Estados Unidos de América, seriamente combatida por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, URSS. Perdida la llamada Guerra Fría por esta última, prevalece el poderío norteamericano con la fuerte rivalidad con la China y la emergencia de la India además de otros opositores como Rusia e Irán. Pero la globalización permite el surgimiento de importantes integraciones como la de la Unión Europea y la formación de mercados económicos políticamente competidores. Otros lo son potencialmente, como es el caso de Latinoamérica, que pueden evolucionar en sus propósitos integracionistas y ser potenciales elementos del equilibrio geopolítico mundial.

Algunos comentaristas manifiestan críticas como el analista Noam Chomsky dice citando a Giacomo Chiozza que «Es bien sabido que Estados Unidos, al que hace solo unos años se le pedía que tomara las riendas del mundo como un coloso de poder y atractivo sin parangón (...) está en declive y se enfrenta a la inquietante perspectiva de su decadencia final». Adelante agrega: «De hecho, el declive empezó cuando el poder de Estados Unidos era máximo, poco después de la Segunda Guerra Mundial, y la retórica de la década del triunfalismo tras el derrumbe de la Unión Soviética fue, más que nada, una ilusión. Además, el corolario más común –que el poder se desplazará a China y la India, es altamente dudoso, ya que son países pobres con graves problemas internos. El mundo se está tornando más diverso, pero en el futuro próximo no hay ningún competidor para el poder global hegemónico, de Estados Unidos, a pesar de su declive<sup>3</sup>».

Por su parte, Stiglitz señala: «Durante décadas los pueblos del mundo subdesarrollado se han rebelado cuando los programas de austeridad impues-

<sup>2</sup> V. Piketty, T. (2014), *El Capital en el Siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 358

<sup>3</sup> V. Chomsky, N. (2016), *¿Quién domina el mundo?*, Barcelona, Ediciones Grupo Z, pp. 79.

tos en sus países han sido demasiado severos, pero sus quejas no tenían eco en Occidente. Lo nuevo es hoy la ola de condenas en los países desarrollados». Empero, dicho autor se pregunta: «Por qué la globalización –una fuerza que ha producido tanto bien– ha llegado a ser tan controvertida?» Y agrega: «La apertura al comercio internacional ayudó a numerosos países a crecer más rápidamente de lo que habrían podido (...). El comercio exterior fomenta el desarrollo cuando las exportaciones del país lo impulsan; el crecimiento propiciado por las exportaciones fue la clave de la política industrial que enriqueció a Asia y mejoró la suerte de millones de personas». Aduce posteriormente: «La globalización ha reducido la sensación de aislamiento experimentada en buena parte del mundo en desarrollo y ha brindado a muchas personas de esas naciones acceso a un conocimiento que hace un siglo ni siquiera estaba al alcance de los más ricos del planeta. Las propias protestas antiglobalización son resultado de esta mayor interconexión<sup>4</sup>».

Debemos considerar que las características económicas de la globalización que permiten la liberalización de normas que en países en vía de desarrollo protejan la estabilización de los flujos de capital volátil (portafolio) y la influencia de entidades a las que tienen el papel de gobernantes del mundo globalizado: Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial de Comercio, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, entre otros, causan notorio disgusto y alimentan las argumentaciones antiglobalizantes y el enfrentamiento más que ideológico con el Consenso de Washington y con las tendencias de reducir el papel de los Estados y aumentan a cambio la influencia de las ONG y de las empresas multinacionales.

xi) *Efectos de la globalización.* Como consecuencia de la globalización, o si se prefiere, hecha posible por ella, aparece la conformación de bloques regionales, que hay quienes la consideran como el primer momento del establecimiento de una verdadera economía mundial que además dará paso prontamente a un gobierno universal, lo cual si bien entusiasma a muchas naciones, en cambio, atemoriza a otras, por las deletéreas afectaciones de sus culturas y por el verdadero debilitamiento de sus soberanías nacionales.

La Integración resulta como real *Politik* inevitable pero no es admitida para todos. Sin embargo, es de apremiante conveniencia. Si bien es cierto que la integración afecta el derecho, esta aseveración debe examinarse cuidadosamente.

---

<sup>4</sup> V. Stiglitz, J. (2015), El malestar en la globalización. Debolsillo, Bogotá, pp. 35 y ss.



En efecto, la Integración se proyecta mediante la creación de instituciones supranacionales de gobierno, control, mecanismos de solución de conflictos y/o tribunales de justicia, para mantener la observancia de su normatividad y el predominio del trato equitativo y respetuoso a los pueblos, el funcionamiento de un sistema parlamentario que formule la creación y vigilancia en la formación y sostenimiento del derecho comunitario, que esté por sobre los derechos nacionales, que no desaparecen, sino que se limitan a un estrecho campo de aplicación, noción esta que no es de fácil asimilación y menos de aceptación general.

No obstante, se encuentra en el campo de la Integración que esta se perfecciona mediante Tratados de Libre Comercio, en numerosos casos, pero es conveniente, en nuestro criterio, que se examinen y se logren Tratados públicos de alto espectro, que permitan el avance sistemático y sostenido de los acuerdos que abarquen y regulen los intercambios de mano de obra, el fácil traslado de capitales, la protección del medio ambiente, la amplitud de la educación y la salud, el reconocimiento de títulos académicos, la eliminación de barreras arancelarias y fitosanitarias, el libre tránsito de los ciudadanos de los países integrados...

## 2. EN CUANTO AL DERECHO TENEMOS

Según el pensamiento del significativo tratadista Llamas Pombo:<sup>5</sup> el Derecho Civil, en particular, y el Derecho privado, en general, deben considerarse: «... a partir de su conceptualización histórica y su orientación corresponden a una categoría histórica, dinámica, cambiante, producto de la experiencia jurídica enfrentada a la realidad social. Arranca como un proceso. No obstante está dotado de cierto grado de estabilidad pues existe ambivalencia entre su inmutabilidad y contingencia, entre lo nuevo y lo viejo, la trascendencia y la inmanencia».

Se pasa del antiguo *ius civile* a la codificación y leyes especiales que lo amplían. Pero el siglo XX trae notables afectaciones por los cambios sociales y económicos, con el efecto del detrimento del derecho, ocasionado por el fenómeno económico. Emergen el Derecho Económico y el Derecho Social. Según Harari, en la actualidad la transformación es mayor y más acelerada por el surgimiento del transhumanismo, la búsqueda de la felicidad y el predominio del placer. Nos asombramos ante los avances de la ciencia y la tecnología, quedan de lado –aunque no totalmente– las catástrofes, pestes y guerras<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> V. Llamas Pombo E., «Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil, 2.ª Ed., Universidad Javeriana. Bogotá.

<sup>6</sup> «Homo Deus», Yuval Noah Harari. Ed Debate. Cuarta reimpresión. Bogotá 2017.

El posthumanismo se hace presente y el humanismo tiende a desaparecer. La globalización posibilita y amplifica el fenómeno con la aparición de la inteligencia artificial y el *Big Data* a que requieren nuevas normatividades y paradigmas éticos correlativos.

Ahora bien, la globalización como fenómeno sociológico trasciende la economía de mercado y afecta el derecho que deviene en una normatividad contractualizada mediante la celebración de tratados y también por la integración o constitución de bloques de estados asociados bajo reglas de concertación y conveniencia que regulan los intercambios comerciales y las posibilidades de la sociedad de consumo, por lo cual surge la necesidad de defender derechos fundamentales como la privacidad de la persona, la protección de sus datos personales, la salud, el medio ambiente, la protección del consumidor, el genoma humano, entre otros. No puede darse de otra manera oposición axiológica alguna entre el Derecho público y el Derecho privado amparados por el principio de solidaridad. Es el *ius novum* que bien puede estar inserto en las normas comunitarias de la integración.

Se entroniza la supranacionalidad jurídica: terminología compartida, procedimiento común, reglas uniformes, obligatoriedad de seguir conductas similares en los ámbitos individuales y colectivos.

En suma, el predominio del *Soft Law* del que tratan convenciones especiales internacionales (compra venta, contratos) y la Nueva *Lex Mercatoria*, el proyecto de Código Civil Europeo, etc.).

Es destacable el afirmar que en la corriente unificadora se expresará, posiblemente, en la protección de la persona humana, como un geoderecho que comparta en suma la libertad, la dignidad de la persona humana, el progreso económico, social y sus derechos fundamentales.

## CONCLUSIÓN

Como ya vimos en los apartados precedentes, el fenómeno de la Globalización se impone universalmente y comprende las principales actividades humanas, afecta todas las disciplinas: Economía, Política, Geopolítica, Cultura, Salud, Comunicaciones, Transporte, Asuntos sociales, Protección de derechos fundamentales y del medio ambiente, migraciones y, desde luego, el Derecho privado, comercial y civil.

El Derecho nuevo toma las formas adaptativas como la novísima *Lex Mercatoria* y consagra normas de uniformidad, contractualismo y unificación jurí-

dica en el Derecho comunitario o de la integración. Por consiguiente, el mundo marcha hacia la real mundialización.

## BIBLIOGRAFÍA

- «Conectografía». KHANNA, Parag. Ed. Paidós. Planeta. Colombia, 2017.
- «El fin del poder». NAIM, Moisés. Ed. Debate. Bogotá, 2013.
- «Postcapitalismo». MASON P. Ed. Paidós. Planeta. Bogotá, Colombia 2016.
- «El Capital en el Siglo XXI». PIKETTY. Ed. Fondo de Cultura Económica. España, 2014.
- «Nueva Historia de la Guerra Fría». LEWIS GADDIS, John. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2011.
- «¿Quién domina el mundo?». CHOMSKY Noam. Ed B. Colombia, 2016.
- «El malestar en la globalización». STIGLITZ, Joseph. Ed. Taurus. Colombia, 2015.
- «Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil» y Derecho Civil de España. LLAMAS POMBO, Eugenio. Ed. U. Javeriana, 2010.
- «Homo Deus». HARARI, YUVAL Noah. Ed. Debate. Bogotá, Colombia, 2017.

# El nuevo paradigma del contrato en la contratación globalizada y estandarizada sin negociación

Antonio Sotillo Martí

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Abogado  
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia (España)  
Académico de Número y Secretario General de la Real Academia Valenciana  
de Jurisprudencia y Legislación*

La Constitución Española en su artículo 51 obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, convirtiendo, además, dicha protección en uno de los principios rectores de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Por su parte, el artículo 38 reconoce como un derecho de los ciudadanos la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, debiendo los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Así mismo, el artículo 33 reconoce a los ciudadanos el derecho a la propiedad privada, cuyo contenido debe estar delimitado por su función social.

He querido citar estos tres preceptos constitucionales, porque me parece que constituyen el núcleo fundamental de la actividad económica de los particulares, del orden público económico constitucionalizado y de una nueva concepción del contrato como mecanismo articulador de dicha actividad.

Por su parte, el artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea obliga a esta en sus políticas a «*garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores*», lo que se articula mediante las normas de aproximación de las legislaciones nacionales para garantizar el funciona-

miento del mercado interior conforme lo dispuesto en los artículos 114 y 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Si examinamos con cuidado el artículo 53 de la Constitución, realmente la única diferencia en cuanto a la garantía del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, por una parte, y, de otra, de la protección de los consumidores como principio rector de la política económica, estriba en la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los primeros, puesto que ninguno de todos dispone de un procedimiento especial de protección, ni tienen acceso al recurso de amparo.

Nosotros como juristas seguimos un tanto anclados en una concepción del contrato o negocio jurídico como expresión típica de la economía de mercado, como un hecho regulado por el Derecho que, a su vez, regula, como decía CARNELUTTI. La función del contrato sería el ser instrumento de regulación de la circulación de bienes y derechos basada en la autonomía de la voluntad de los sujetos intervinientes, los cuales serían los únicos llamados a la auto regulación de sus propios intereses.

Esta concepción o teoría del contrato como expresión de la autonomía privada e individual, que se remonta al iusnaturalismo escolástico, reclama como requisito imprescindible una sociedad en la cual los sujetos y operadores son formalmente iguales e intercambian entre ellos bienes o servicios con igual poder económico. Todo ello se refleja claramente en las obras de los racionalistas DOMAT en el siglo XVII y de POTHIER en el siglo XVIII y se traslada al contenido del primer Código europeo: el Código Civil de Napoleón, de 1804, y su artículo 1234, que prácticamente se reproducirá literalmente en los Códigos posteriores.

En esa concepción clásica del contrato, fundada en la autonomía de la voluntad, los sujetos privados serían libres de contratar o no, libres de elegir a su otra parte contratante, y libres de determinar el contenido del contrato. Todas nuestras discusiones han girado en torno a la autonomía privada y la libre voluntad, a su falta, o a sus vicios, es decir, a la interpretación clásica del artículo 1261 del Código Civil: la falta del consentimiento o sus vicios, las divergencias entre voluntad querida y voluntad declarada.

El instrumento contractual, formalmente idóneo para adquirir la propiedad de un bien y, por tanto, a hacer circular la riqueza, desde el momento en que excluye de su propia dinámica a los sujetos sin fuerza contractual, no realiza ya una igual distribución de la riqueza.

Sin embargo, la evolución de la economía y de las relaciones de producción a lo largo del siglo XX con la consiguiente intervención del legislador en la tute-

la del contratante más débil y regulación del contenido contractual a fin de garantizar la justicia sustancial, nos han obligado a matizar nuestras concepciones. Pero, con todo, seguimos afirmando que todo ello son meros límites concretos o excepciones al sagrado principio de la autonomía privada y cuya interpretación, además, debe ser hecha *cum grano salis*.

Así pues, estamos en la realidad económica y social actual muy lejos de la concepción racionalista de DOMAT y ya no podemos entender el contrato y la propiedad como instituciones del orden y de la razón natural y, por tanto, eternas e inmutables.

Los juristas seguimos afirmando que el negocio se funda en la voluntad, que es su esencia. Siempre que el ordenamiento jurídico protege a uno de los contratantes, simplemente se estaría derogando este principio por razones de oportunidad. Las desviaciones del modelo son imputables a factores de la realidad de carácter contingente, es decir, no es el modelo el que ya está históricamente superado por nuevas relaciones de poder, sino que es la realidad la inadecuada respecto al modelo.

De tal modo que todas las intervenciones del legislador en materia de relaciones contractuales no se deben considerar como indicios de una transformación estructural y funcional del contrato, sino como simples excepciones justificadas para corregir distorsiones de la realidad.

Todo ello conduce a una primera conclusión sobre la insuficiencia y, a menudo, la falta de aplicación en estos casos de falta de negociación contractual de las normas de interpretación contenidas, por ejemplo, en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, o en el artículo 57 del Código de Comercio españoles. Estas reglas, pensadas en la situación económica y social del siglo XIX, se convierten en gran medida en inservibles en una realidad en que los contratantes ni están informados en igualdad de condiciones, ni negocian los términos de sus compromisos. Merece ser subrayado en este sentido cómo incluso la regla de la buena fe del citado artículo 57 tan solo aparece referida a la fase de ejecución y cumplimiento de los contratos mercantiles y no a la fase precontractual.

Quizá nuestras ideas clásicas del negocio jurídico «*inter privatos*» tienen todavía mucho camino que recorrer en el sentido que lo han hecho las concepciones del contrato en otras ramas del Derecho como el Derecho Administrativo o el Derecho Laboral.

En efecto, me permito sostener, por el contrario, que el modelo o paradigma contractual del tiempo presente nada tiene que ver con aquella concepción

clásica. Dicho claramente: la voluntad de los privados ya no representa el motor de la circulación de los bienes y el tráfico patrimonial, como ya pusieron de relieve los especialistas en Derecho privado italianos, como ALPA («*Le stagioni del contratto*», Bologna, 2012), GALGANO («*Il contratto*», Padova, 2007), RODOTÁ («*Le fonte di integrazione del contratto*», Milano, 1969), RESCIGNO («*L' autonomia dei privati*», Padova, 1970), BARCELONA («*L' uso alternativo del diritto*», Bari, 1973, y también «*Diritto privato e proceso economico*», Napoli, 1973) y GILMORE («*La morte del contratto*», Milano, 1988), entre otros.

El contrato ya no realiza los intereses de los contratantes, sino también intereses externos de la colectividad. El contrato no está al servicio exclusivo de la autonomía privada. Así puede entenderse la obligación del respeto de las consecuencias derivadas de la buena fe en el cumplimiento del contrato prescrita en el artículo 1258 del Código Civil. Buena fe como expresión de protección de intereses sociales difusos merecedores de tutela.

Más aun, el ordenamiento jurídico protector de consumidores se situaría antes del propio momento contractual, esto es, en una función correctora y preventiva de la disparidad de poder entre las partes contratantes, regulando conflictos colectivos existentes entre categorías sociales contrapuestas y reforzando a aquellos que se encuentran en una posición de inferioridad.

El contrato se ha convertido en un instrumento o estructura pre redactado y estandarizado, que deja escaso margen a la libre voluntad de los contratantes. Ello se muestra con mayor evidencia en los contratos financieros, bien sean del mercado del crédito o del dinero, del mercado de valores o del mercado de seguros. En ellos se ofrece un producto o servicio empaquetado, no dejando al cliente, bien consumidor o usuario, persona física, empresario autónomo, o bien pequeña o mediana empresa, persona jurídica, más que la posibilidad de adherirse o no al mismo, sin margen de elección, ni, por supuesto, de posibilidad de alterar o modificar el redactado contractual predeterminado o impuesto a través de condiciones generales.

Todo ello ya ha sido destacado por la propia Comisión Europea en su Informe del año 2000 sobre aplicación de la Directiva 93/13 y también por el Banco de España en su Informe al Senado publicado en el BOCG, Senado, n.º 457 de 7 de mayo de 2010: «*De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto*».

El ahorrador o inversor, que desea obtener alguna rentabilidad a sus ahorros o el demandante de dinero para su consumo o para su actividad profesional o

empresarial no tienen posibilidad de elección. Las entidades financieras les ofrecerán unos productos muy similares, ya que los márgenes de competencia entre ellas son muy estrechos, unos contratos con escaso margen también de negociación con un condicionado estandarizado o generalizado. La autonomía de la voluntad se limita a decidir ahorrar o no, invertir o no.

Sobre estas nuevas realidades del sistema de producción del capitalismo financiero ya nos advirtieron DE CASTRO en sus últimos trabajos en el Anuario de Derecho Civil («*Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*») y el maestro DÍEZ PICAZO, miembro también de esta Academia, desde las primeras ediciones del Tomo I de sus «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*».

Las bases o presupuestos ideológicos, que fundamentaron la concepción liberal del contrato, han desaparecido. La libertad y autonomía individual en la regulación de los propios intereses en un libre mercado ha dejado paso a la intervención y a la configuración de los contratos no ya por los propietarios de los bienes o derechos destinados al tráfico económico, sino por los grandes inversores financieros, gestores de capitales ajenos, es decir, agentes del riesgo de los ahorradores.

Por otra parte, tampoco se sostiene hoy día el principio de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato ya no es un acuerdo a arreglo de intereses entre iguales. Uno de los contratantes se ve sometido al contenido obligacional predeterminado por la otra parte.

Más aun, la parte que ha impuesto las condiciones contractuales no asume realmente ningún riesgo en la operación. La llamada «suerte» del contrato, esto es, la posibilidad de que se produzcan durante la vida del contrato desequilibrios fortuitos ajenos a la voluntad de las partes, ya no existe. Desde la misma celebración del contrato se produce un desequilibrio, por cuanto el futuro del contrato no tiene riesgo alguno para una de las partes.

Incluso, frente al posible incumplimiento del consumidor o usuario cliente se ofrecen a la entidad financiera una serie de remedios materiales y procesales que le protegen de pérdidas superiores a las que tenía previstas soportar. Sin embargo, el cliente consumidor no dispone de los mismos remedios contractuales o procedimentales frente a las conductas impropias de las entidades financieras, a pesar de todos los loables esfuerzos de nuestro ordenamiento jurídico *pro consumatore*.

Incluso nuestro moderado y cuidadoso con las palabras Tribunal Supremo en sus Sentencias 406/2012, de 18 de junio (RC 46/2012), 241/2013, de 19 de



marzo (RC 485/2012) y la de 8 de septiembre de 2014, ha llegado a decir que la normativa sobre condiciones generales de la contratación y la de protección de consumidores se explican por *el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante...*; y son calificadas como *«un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen causal propio y específico»*.

Son muy esclarecedoras las palabras del magistrado del Tribunal Supremo español Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno en su voto particular a la STS n.º 205/2018 de 11 de abril de 2018, cuando afirma: *«En la contratación bajo condiciones generales el esquema tradicional del contrato por negociación (de la igualdad y libertad formal de las partes) salta por los aires. El contrato no es conceptualmente una regla de voluntad, es decir, una manifestación del poder de decidir de las partes, de consentir en obligarse o de poder establecer los pactos, cláusulas o condiciones, conforme a las emblemáticas formulaciones de los artículos 1254 y 1255 del Código Civil, sino otra cosa distinta en donde el poder de decisión del adherente, si acaso lo tiene, porque el bien o servicio le puede resultar imprescindible, se limita a aceptar o rechazar el único contrato posible que es el que ha redactado el predisponente. Por tanto, si a la contratación bajo condiciones generales se le sigue calificando conceptualmente de contrato o, con mayor precisión, de modo de contratar, no lo es por su definición de regla de voluntad, de consentimiento prestado, sino más bien por su condición de regla de conducta o de reglamentación que viene impuesta por las exigencias mismas que el sistema económico ha determinado»*.

Me atrevo a afirmar algo más allá, esto es, en la contratación financiera nunca, ni siquiera en sus orígenes históricos, hubo igualdad o simetría entre las partes. El contrato y su tradición conceptual empezaron a hacerse añicos en la revolución industrial de finales del siglo XIX, pero mantuvieron en los Códigos decimonónicos aquella regulación que más protegía los intereses de las clases dominantes y de los incipientes poderes financieros e industriales de la época.

En el marco de estas nuevas realidades económicas y sociales, las normas de protección de los consumidores forman parte esencial del nuevo orden público económico en la llamada economía social de mercado, que, sin duda, recoge nuestra Constitución. Este nuevo orden público sería el mencionado en el artículo 1255 del Código Civil como límite a la libertad contractual.

Una de las consecuencias más relevantes de cuanto se ha expuesto es que se produce una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la constatación del libre consentimiento y expresión de la voluntad. Si no lo consigue probar, el

contrato no existiría, no solo porque falta el pleno y cabal consentimiento, sino porque se vulneran los citados nuevos principios del orden público económico constitucional y de la buena fe objetiva.

En efecto, correspondería a la parte que ha predispuesto y redactado las condiciones generales estandarizadas del contrato y las ha impuesto a la otra parte, que simplemente ha tenido que adherirse, la prueba de que ha existido una verdadera libertad de contratar y autonomía de la voluntad, debiendo demostrar que el adherente ha expresado libremente su consentimiento y ha comprendido plenamente el contenido del contrato.

Parece que esta es la tesis de nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, entre otras, en sus Sentencias de 20 de enero de 2014; 12 de enero, 27 de octubre y 30 de noviembre de 2015 y en las de 29 de noviembre y 18 de diciembre de 2017, y 11 de abril de 2018, cuando afirma que, ante la existencia de una asimetría informativa, *«se impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación»*.

El instrumento organizador de la circulación de los bienes, de la riqueza y del tráfico económico, que es el contrato, por encima de los intereses subjetivos o particulares de las partes, ha de ser objetivamente equilibrado no solo en su ejecución y cumplimiento, sino también en su fase precontractual y en su perfección, siendo ello el nuevo principio de orden público en la economía de mercado. Así, el contrato coadyuva a sostener intereses generales y un nuevo concepto objetivo de buena fe. Todos los poderes públicos, incluido el judicial, deben preservar y proteger estos intereses generales.

# El traslado del domicilio social de las sociedades mercantiles

Francesc Tusquets Trias de Bes

*Abogado, Profesor titular de Derecho Mercantil  
Académico de Número y Secretario de la Acadèmia de Jurisprudència  
i Legislació de Catalunya*

SUMARIO: *I. Introducción. 1. El domicilio como elemento identificador de las personas físicas y jurídicas. 2. El principio del domicilio real. II. El traslado del domicilio social. 1. El traslado del domicilio dentro del territorio nacional. 2. El traslado del domicilio al extranjero. 3. El traslado internacional del domicilio social dentro de la U. E. III. Conclusión.*

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1 **El domicilio como elemento identificador de las personas físicas y jurídicas**

El nombre y el domicilio constituyen elementos identificadores de las personas físicas pero también de las jurídicas, y por tanto de las sociedades mercantiles.

Ni el Código de Comercio (en adelante C. de C.) ni el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) contienen una definición del domicilio social, si bien numerosas normas mercantiles se refieren al mismo.

En primer lugar, como ya se ha dicho, cumple el domicilio social una función identificadora. Por este motivo el artículo 24 del C. de C. exige, con carácter general, que los empresarios individuales, las sociedades y las entidades sujetas a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil hagan constar en toda su documentación, pedidos y facturas el domicilio, el municipio y los datos identificadores de su inscripción registral.

Por otro lado, el domicilio debe necesariamente constar, por ejemplo, en los títulos de las acciones de las sociedades anónimas [art. 114.1.a) LSC], en la memoria de las cuentas anuales (arts. 260 y 261 LSC), etc.

Además, y muy especialmente, el domicilio social es una mención que obligatoriamente debe constar en los estatutos de las sociedades mercantiles (arts. 23 LSC y 120 RRM –Reglamento del Registro Mercantil–).

## 1.2 El principio de domicilio real

La normativa societaria no exige de forma expresa que el domicilio social sea único. Ello no obstante, la doctrina es unánime en este sentido<sup>1</sup>, con fundamento en la seguridad jurídica y en la función del domicilio como criterio de atribución de la competencia judicial, que resultaría incompatible con una pluralidad de domicilios.

Obviamente la exigencia de un único domicilio social es perfectamente compatible con el establecimiento de sedes secundarias, como por ejemplo las sucursales.

Ahora bien, la fijación de este domicilio único de las sociedades mercantiles no es discrecional, puesto que el ordenamiento jurídico español sigue el principio de domicilio real.

En este sentido, el artículo 9.1 LSC requiere que el domicilio social, fijado dentro del territorio español, coincida con el lugar donde se encuentre el centro de la efectiva administración y dirección de la sociedad, o bien de su principal establecimiento.

Son por tanto dos, y solamente dos, los criterios entre los que pueden optar los estatutos: el de la sede administrativa o el de la productiva.

La sede administrativa estará donde radique el poder de decisión, mientras que la productiva deberá ser la de la explotación más importante de la sociedad.

Consiguientemente este principio de domicilio real con sus dos criterios de sede administrativa o productiva impide un domicilio social meramente formal.

---

<sup>1</sup> Vid. LUCINI MATEO, A. «Domicilio», en AAVV (P. Prendes, R. Martínez-Echevarría, R. Cabanas, directores), *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, Cizur Menor, 2017, pp. 100 y ss.

Y en el supuesto de que, bien en los estatutos fundacionales o en posteriores modificaciones se fije un domicilio social que no coincida con ninguno de los dos criterios (sede administrativa o sede productiva), será de aplicación el artículo 10 LSC, que establece que en caso de discordancia entre el domicilio registral y el real, los terceros podrán considerar cualquiera de ellos.

Tal facultad de elección que la norma atribuye a los terceros es válida a todos los efectos, tanto mercantiles como procesales<sup>2</sup>.

Vale la pena señalar que el criterio de dirección y administración efectiva de la sociedad rige también para fijar el domicilio fiscal (art. 48 de la Ley General Tributaria).

## 2. EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL

En un mundo globalizado, el traslado del domicilio social reviste especial importancia.

Ahora bien, conviene distinguir, pues es distinta su normativa, entre el traslado del domicilio dentro del territorio nacional español y el traslado internacional de domicilio, y en este caso cabe diferenciar si se produce o no dentro de la U. E.

### 2.1 El traslado del domicilio dentro del territorio nacional

Como ya se ha avanzado, el domicilio social es una de las menciones que necesariamente debe constar en los estatutos sociales.

Por consiguiente, cualquier cambio de domicilio constituye una modificación estatutaria.

Y las modificaciones estatutarias corresponden al órgano que representa la voluntad de los socios, es decir la junta general (art. 285 LSC).

Si esto es así en toda modificación estatutaria, con mayor razón, si cabe, cuando la misma consiste en el traslado del domicilio social, puesto que el domicilio social determina el lugar de cumplimiento de derechos y obliga-

---

<sup>2</sup> De esta opinión LUCINI MATEO, *loc. cit.*, p. 113.

ciones; y por tanto el cambio del domicilio social afecta a los derechos de los socios.

A título de ejemplo citaré algunas normas:

- La junta general se celebra en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figura el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social (art. 175 LSC).
- En el domicilio social tienen los socios el derecho de examinar el texto íntegro de las propuestas de modificaciones estatutarias, así como de los informes elaborados por administradores y auditores (art. 287 LSC).
- En el domicilio social pueden los socios de las sociedades limitadas que representen al menos el 5% del capital, examinar por sí o juntamente con expertos contables, los documentos que sirvan de soporte y de antecedentes de las cuentas anuales (art. 272.3 LSC).
- En el domicilio social se paga el dividendo (art. 276.2 LSC).

Ahora bien, como excepción al principio general de competencia de la junta general para las modificaciones estatutarias, tradicionalmente la legislación societaria permitía que el traslado de domicilio dentro del mismo término municipal lo pudiera acordar el órgano de administración (art. 285.2).

La menor trascendencia y prácticamente nula afectación respecto de los derechos de los socios y terceros que comporta un cambio de domicilio dentro del mismo término municipal, debe permitir que sea el órgano encargado de la gestión de la sociedad el que pueda acordar dicho cambio.

Ello no obstante, recientes reformas legislativas han atribuido también al órgano de administración la competencia para trasladar el domicilio social dentro de todo el territorio nacional español.

En efecto, primero fue la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, cuya disposición final primera modificó el artículo 285.2 de la LSC, sustituyendo las palabras *término municipal* por *territorio nacional*.

Y para evitar dudas interpretativas, el 6 de octubre de 2017 se aprobó el Real Decreto-Ley 15/2017, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional, que da nueva redacción al citado artículo 285.2 en los términos siguientes:

*«2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior el órgano de administración será competente para cambiar el domicilio social dentro del territo-*

*rio nacional, salvo disposición contraria de los estatutos. Se considerará que hay disposición contraria de los estatutos solo cuando los mismos establezcan expresamente que el órgano de administración no ostenta esta competencia.»*

Queda por tanto claro que, el órgano competente para trasladar el domicilio social dentro del territorio nacional español es el de administración, salvo que los estatutos de forma expresa le nieguen tal competencia<sup>3</sup>.

La exposición de motivos del RD Ley justifica la reforma, entre otras razones en la necesidad de favorecer la movilidad geográfica de las empresas españolas, y en la exigencia de garantizar el principio constitucional de libertad de empresa.

Ciertamente la modificación de la norma permite que el acuerdo de traslado del domicilio social pueda adoptarse con gran celeridad.

En efecto, el órgano de administración puede reunirse de forma inmediata mientras que la junta general de las sociedades anónimas debe ser convocada con una antelación de un mes y la de las sociedades limitadas de quince días (art. 176.1 LSC).

Sin embargo, no cabe la menor duda de que el referido RD Ley se dictó para que, atendidas las circunstancias especialísimas que se dieron en Cataluña en el mes de octubre de 2017, los bancos y otras empresas pudieran trasladar el domicilio social a otro lugar dentro del territorio nacional español<sup>4</sup>.

Es evidente que las circunstancias llevaron a ello, pero esta norma, dictada para resolver un problema concreto, permanecerá muy probablemente en nuestro ordenamiento.

Hay precedentes, la ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos, promulgada para evitar la quiebra del Banco de Barcelona, tuvo 80 años de esplendorosa vigencia.

Por tanto los socios de las sociedades de capital son y serán las víctimas de la situación referida, ya que habrán perdido la oportunidad de participar en la

---

<sup>3</sup> Sobre la modificación del artículo 285.2 LSC puede verse el trabajo de L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «Cambio de domicilio social: comentario al nuevo artículo 285.2 LSC», *La Ley Mercantil* n.º 40, 1 octubre 2017, pp. 1 a 17.

<sup>4</sup> Vid. TUSQUETS TRIAS DE BES, F., «El Trasllet del domicili de les societats mercantils», *RJC*, 2017, pp. 935 y ss.

decisión importante de fijar el domicilio social de la sociedad, que es –ya se ha dicho– uno de sus signos identificatorios<sup>5</sup>.

Estos recientes cambios normativos comentados van además en contra de los principios del movimiento del *Corporate Governance*, que pretende limitar el excesivo poder que se concentra en los administradores y directivos de las sociedades.

Y en este sentido la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, modificó la LSC precisamente para incorporar los principios de gobiernos corporativo, con el objetivo de ampliar las facultades de la junta general.

## 2.2 El traslado del domicilio social al extranjero

Muy distinta es la normativa relativa al traslado del domicilio social al extranjero, en la cual tienen los socios unos derechos que, como se ha visto, han perdido en el cambio de domicilio dentro del territorio nacional.

En efecto, en primer lugar cabe destacar que la operación consistente en el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad española, se halla regulada en el Título V, artículo 92 y siguientes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales.

Tal operación puede definirse como el traslado del domicilio social de una sociedad mercantil española al extranjero, con cambio de la Ley reguladora de la sociedad y adopción de un tipo societario del Estado de destino, conservando su personalidad jurídica<sup>6</sup>.

De acuerdo con la normativa citada pueden trasladar su domicilio social al extranjero todas las sociedades mercantiles, incluidas por tanto las sociedades colectivas y las comanditarias simples, que tengan la nacionalidad española y estén inscritas en el Registro Mercantil.

No obstante cumplir dichos requisitos, quedan excluidas las sociedades que se encuentran en periodo de liquidación y las que estén en concurso.

El procedimiento a seguir para llevar a cabo la operación de traslado del domicilio social al extranjero es análogo al establecido para las restantes ope-

---

<sup>5</sup> TUSQUETS TRIAS DE BES, *loc. cit.* p. 942.

<sup>6</sup> Vid. S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, «La futura Directiva sobre transformación transfronteriza. Propuestas para un proceso complejo», *Diario La Ley*, n.º 9048, Sección Tribuna, 25 de septiembre de 2017.



raciones de modificación estructural previstas en la Ley 3/2009; aunque sea dudoso que el traslado al extranjero constituya propiamente una modificación estructural análoga a las restantes operaciones reguladas en la referida Ley (transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo)<sup>7</sup>.

El proceso consta de tres fases, una primera preparatoria, otra de decisión y por último, su ejecución.

La fase preparatoria consiste en que los administradores de la sociedad deben redactar dos documentos relevantes: el proyecto de traslado y el informe explicativo de dicho proyecto.

El proyecto de traslado debe indicar, como mínimo, los datos de identidad de la sociedad que se traslada, el nuevo domicilio social, los estatutos y la nueva denominación, en su caso, para después del traslado, el calendario del traslado, así como los derechos previstos para protección de socios, acreedores y trabajadores (art. 95.2 Ley 3/2009).

Dicho documento ha de ser firmado por todos los administradores, y en caso de faltar la firma de alguno de ellos debe indicarse la causa, por ejemplo, por ausencia, enfermedad o incluso por discrepancia con el contenido del proyecto de traslado.

Un ejemplar del proyecto debe ser presentado para su depósito en el Registro Mercantil.

Requiere además la norma (art. 96) que los administradores confeccionen un informe que explique y justifique de forma adecuada y detallada el proyecto de traslado, en cuanto a sus aspectos jurídicos y económicos y sus consecuencias para socios, acreedores y trabajadores.

Es importante destacar que la decisión de trasladar el domicilio social al extranjero a diferencia, como se ha visto, del traslado de domicilio dentro del territorio nacional español, compete exclusivamente a la junta general.

Pero además, en caso de sociedades anónimas, la junta debe constituirse con el quórum reforzado previsto en el artículo 194 LSC, y en caso de sociedades limitadas, el acuerdo debe adoptarse con la mayoría legal reforzada del artículo 199.b LSC.

---

<sup>7</sup> Se ha defendido no obstante que al trasladar el domicilio social al extranjero se produce una transformación al cambiar de tipo social y por tanto de ley reguladora. En este sentido ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *loc. cit.*

Es decir, quiere el legislador que el acuerdo de trasladar el domicilio social al extranjero sea adoptado no por los administradores, sino por los socios, pero además con los quórum y mayorías reforzados previstos en la legislación societaria para los acuerdos societarios más relevantes.

Y por si ello no fuere suficiente, la convocatoria de la junta que debe debatir sobre el traslado del domicilio social al extranjero, se somete a reglas especiales respecto de los medios de publicidad, plazo de antelación e información a suministrar en la convocatoria.

Por otra parte, se concede a los socios que han votado en contra del acuerdo de traslado el derecho de separación, mediante la cesión de sus acciones o participaciones por su valor razonable.

Nótese que únicamente tienen derecho de separación los socios que han votado en contra, no los ausentes o los que se han abstenido como ocurre en los supuestos de causas de separación previstos en el artículo 346 LSC.

Por tanto, interesa destacar que la reforma legislativa comentada en el epígrafe anterior, ha conducido a una situación de desequilibrio en la protección de los derechos de los socios, ya que esta ha desaparecido en el caso del traslado del domicilio dentro del territorio nacional, mientras que se mantiene en el traslado internacional.

Y esta diferencia de trato que se otorga a los derechos de los socios en el traslado de domicilio dentro del territorio nacional, se ve agravada por la configuración del Estado español, con 17 Comunidades Autónomas, puesto que el traslado de domicilio de una Comunidad a otra también llevará consigo importantes cambios normativos que afectarán a la sociedad y a los socios.

Por otra parte, en el traslado internacional del domicilio, se reconoce a los acreedores, cuyos créditos hayan nacido antes de la publicación del proyecto de traslado, el derecho de oposición.

Por último, el acuerdo de traslado internacional del domicilio social debe elevarse a escritura pública y presentarse en el Registro Mercantil español que corresponda.

Y el registrador mercantil, previa calificación, expide certificación acreditativa del cumplimiento de todos los trámites requeridos, y se procede al cierre registral de la hoja abierta a la sociedad.

No podemos, sin embargo, olvidar que deben cumplirse también los requisitos que pueda exigir el ordenamiento jurídico del domicilio de destino, y la eficacia del traslado queda condicionada a la inscripción de la sociedad en el correspondiente registro del nuevo domicilio.

En efecto, hay que tener en cuenta que, para el Estado de destino, la operación de traslado comporta necesariamente reconocer una entidad que no se ha constituido siguiendo sus normas y que además trae consigo una serie de vínculos y relaciones jurídicas creadas al amparo de otro régimen jurídico<sup>8</sup>.

### 2.3 El traslado internacional del domicilio dentro de la UE

La necesidad de cumplir para el traslado internacional del domicilio social, no solo los requisitos exigidos por el Estado de origen, sino también los requeridos por la legislación del Estado de destino, ha provocado más de un problema incluso en los traslados transfronterizos realizados dentro de la UE.

Como es bien sabido, el artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la UE, respecto de la libertad de establecimiento, equipara las personas físicas nacionales de un Estado miembro con las sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro, cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentra dentro de la UE.

Y el artículo 49 del mismo Tratado prohíbe restricciones a la apertura de agencias, filiales y sucursales en el territorio de otro Estado miembro y garantiza la posibilidad de constituir y gestionar sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales.

Sin embargo, dicha norma no se refiere expresamente al traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro.

Ello no obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ha ido ampliando el perímetro de la libertad de establecimiento y por consiguiente de la prohibición de restricciones, para incluir formas de ejercicio no mencionadas específicamente en el ya mencionado artículo 49<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA: «El traslado internacional de domicilio social: novedades jurisprudenciales y legislativas», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 80, julio-agosto 2018, pp. 144-148.

<sup>9</sup> Vid. A. LUCINI MATEO, «El traslado internacional del domicilio social dentro de la UE, a debate en el IV Congreso Notarial Europeo», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 75, septiembre-octubre 2017, p. 62.

Así ha ocurrido con el traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro, en las sentencias de los casos CARTESIO, VALE y POLBUD.

Pero aunque la jurisprudencia del TSJE haya admitido el traslado de sede social en un Estado miembro a otro, no existe una regulación de dicha operación.

Como ha sido destacado<sup>10</sup>, desde hace ya más de veinte años se viene tratando en la UE sobre la conveniencia de regular el traslado internacional de sede social, y se han producido dos recomendaciones del Parlamento Europeo en 2009 y 2012, y recientemente el Informe por iniciativa propia de 13 de junio de 2017.

Pero no se ha dictado todavía una Directiva que regule la cuestión con carácter general de este tipo de operaciones de traslado de domicilio social de un Estado miembro a otro, tratando cuestiones como la tutela de socios, acreedores y trabajadores, así como los aspectos fiscales y administrativos de la operación.

Se trata de una cuestión sin duda compleja, teniendo además en cuenta que en la UE coexisten Estados que siguen, a efectos de establecer la nacionalidad, la doctrina de la constitución (*incorporation*) y otras la de la sede real (*real seat*).

Esperemos que los problemas se vayan solventando, y en la próxima legislatura del Parlamento Europeo –en esta ya no va a ser posible– se dicte la esperada Directiva.

### 3. CONCLUSIÓN

En un mundo globalizado no cabe dudar de la importancia de una adecuada regulación del traslado del domicilio social, que facilite la operación pero al propio tiempo garantice los derechos de socios y terceros.

Y en este sentido, el ordenamiento español, contiene una completa regulación sobre el traslado internacional del domicilio social. Sin embargo, la reforma legislativa operada en octubre de 2017, como consecuencia de determinada situación político-económica, ha privado a los socios de sus derechos en los traslados de domicilio dentro del territorio nacional español.

Una vez más las razones económicas –aunque en este caso de peso– se han impuesto a las jurídicas.

---

<sup>10</sup> Vid. ÁLVAREZ ROYO, VILLANOVA, «La futura Directiva ...», cit. p. 16.

No se han seguido por tanto las recomendaciones del maestro de mercantilistas D. Joaquín Garrigues, quien en su clásico *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas* escribió: «No conviene, sin embargo, exagerar la preponderancia económica en la legislación de sociedades, confundiendo el aspecto económico con el jurídico, porque el objeto de la ciencia jurídica son siempre normas, no las leyes económicas y naturales».

# **Globalización y Derecho Mercantil (Ponencia de la Academia Nacional de Derecho de Honduras)**

**Sergio Zavala Leiva**

*Académico y Secretario General de la Academia de Derecho de Honduras*

## **PRESENTACIÓN**

El fenómeno de la globalización –entendido este– como un proceso económico, tecnológico y empresarial a escala mundial, consiste en la comunicación e interdependencia entre muchos países del mundo, que unen sus mercados por medio de una serie de transformaciones sociales, económicas e, inclusive políticas, dándoles un carácter esencialmente global. En este orden de ideas, la globalización es frecuentemente identificada como un proceso de tipo dinámico que abre sus puertas a la revolución informática que comienza en las postrimerías del siglo XX y se afianza en el siglo XXI, llegando hoy día a una etapa de liberalización y democratización, en la medida en que internet igualmente se va democratizando tanto en su cultura económica, social y jurídica, y en sus distintas relaciones nacionales e internacionales, propiciadas por el desarrollo de las tecnologías digitales y de las telecomunicaciones, que han hecho posible la comunicación y el acceso a la información de forma inmediata, o sea en el instante en que el usuario desee y desde cualquier lugar del planeta.

De esta forma tenemos una globalización de las comunicaciones auspiciada por el desarrollo de las tecnologías digitales y por la difusión masiva del internet, que a su vez produce una globalización financiera que es producto de la interconexión de los mercados bursátiles en el mundo y que nos conduce a la creación de nuevas normas que afectan el Derecho Mercantil.

Este proceso se caracteriza por la integración de las economías locales con una economía de mercado, en la cual los diferentes métodos de producción y

los capitales de trabajo se consolidan a una escala global, en la cual cobra importancia el papel de las empresas multinacionales con el principio de la libre circulación. El ordenamiento jurídico es influido por los efectos de la globalización y de esta manera se ve obligado a uniformar y simplificar sus procedimientos y las regulaciones de orden nacional o internacional con el propósito de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídicas, además de hacer internacionales los derechos fundamentales del ciudadano que se integran a una cultura global, la cual desde un punto de vista tecnológico depende para su desarrollo y expansión en los avances de la conectividad en el transporte y en las telecomunicaciones, facilitando la libre circulación de personas y la masificación de internet.

La valoración de este fenómeno, o la inclusión de algunas definiciones pueden variar según la ideología del interlocutor, habida cuenta que este fenómeno ha despertado un entusiasmo en ciertos sectores, mientras que, en otros, ha promovido un improcedente rechazo, como efecto de lo que podemos llamar antiglobalización. Emitir una opinión acerca de si la globalización es satisfactoria o no a los intereses generales, sería inapropiado. Es más importante definir correctamente cuáles son sus efectos positivos, y cuáles serían sus efectos negativos.

Las inversiones extranjeras, así como la apertura de nuevos mercados constituyen las razones principales por las cuales se hace necesario, de acuerdo con este fenómeno, un esquema legal que deba garantizar dichos propósitos, con énfasis en la libre circulación de capitales, seguridad jurídica, libre instalación de empresas multinacionales, protección de la propiedad privada y una política de bajo nivel arancelario que debe ser en todo caso correlativa, como una regla de oro que deberá aplicarse recíprocamente, por las partes intervinientes o por los Estados en general.

Sin lugar a duda, la aparición de internet y los avances tecnológicos han sido pasos gigantescos en la aparición de la globalización. Las empresas, para no quedarse atrás en el tema de la competitividad, se han modernizado y han reestructurado sus telecomunicaciones, siendo internet la vía para la expansión de las actividades comerciales, profesionales y de servicio en el mundo. El comercio electrónico ha sido una de las vías de este desarrollo, operando los métodos de los negocios y el comercio internacional, posibilitando las relaciones entre los clientes y sus proveedores mediante los canales de comunicación de internet sobre todo en la publicidad, que ahora se hace en forma globalizada y permitiendo a su vez el establecimiento de empresas virtuales.

La globalización necesita un análisis serio y exhaustivo para poder comprender su impacto en las disciplinas jurídicas aplicables. Por eso, intentar definir su concepto no es nada fácil, pues se trata de todo un proceso histórico que tiene que ver con una dinámica social y económica que se hace patente con la expansión de los mercados y a través de procesos de integración y por el intercambio de bienes, servicios y capitales. De esta manera, la globalización ha motivado a que la comunidad empresarial impulse operaciones en todos los continentes, enfrentando la desigualdad jurídica de las distintas codificaciones internas.

## 1. EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN VIRTUAL

Conforme al avance de la tecnología, el aumento creciente en las aplicaciones electrónicas de los contratos transnacionales ha dado lugar al surgimiento de un vacío relacionado con las formalidades y la clase del contrato de que se trate, lo que ha originado una jurisdicción electrónica, cuya aplicación es relativamente simple por aquellos que estipulan a través de contratos electrónicos virtuales por internet, y que en la mayoría de los casos están ubicados en países diferentes.

Como sabemos, la norma legal para determinar la jurisdicción aplicable en materia de Derecho internacional privado es el domicilio del contraveniente o demandado, lo que no se aplica en la contratación electrónica por contener circunstancias especiales que hacen difícil determinar el domicilio del demandado y consecuentemente establecer cuál sea o podría ser la jurisdicción aplicable.

En relación con la solución de las disputas que en este ámbito se puedan originar, no es fácil determinarlo como lo dejamos expresado, dado los múltiples conflictos de las leyes internas y la jurisdicción mercantil aplicables. Lo que desde luego está salvado en los contratos electrónicos de orden privado que deriven de la aplicación de las convenciones o tratados internacionales, cuya solución en este caso, habría que encontrarla en su texto legal.

Como quiera que sea, si no fuere posible determinar con certeza la jurisdicción aplicable, habría que determinar en forma genérica, como nos ilustra la doctrina, tres alternativas que nos pueden ayudar para la solución de este problema, a saber:

1. La unificación de las reglas contractuales electrónicas;
2. La unificación de las reglas de los contratos electrónicos mediante una convención internacional global; y



3. La asunción de una jurisdicción especial, propia para los contratos por internet.

En el momento de examinar la competencia judicial internacional relativa a los contratos electrónicos que no estén sujetos a ninguna jurisdicción es del caso recurrir a las normas previstas para la contratación internacional tradicional, habida cuenta de la falta de una regulación concreta, como así lo tiene establecido la comunidad europea, particularmente en el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento CE/2001 sobre Jurisdicción y Ejecución de las Sentencias en Materia Civil y Mercantil, así como en el Convenio de Lugano, del 16 de septiembre de 1988, sobre Jurisdicción y Ejecución de las Sentencias en Materia Civil y Mercantil que es de aplicación rigurosa para los Estados Miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Es del caso mencionar que el Reglamento 44/2001 que se aplica en la Comunidad Europea señala tres posibilidades para establecer la competencia judicial internacional en materia de contratos:

1. Aplicación de las estipulaciones de las partes dentro del principio de autonomía de la voluntad. De conformidad al Convenio de Roma de 1980 los pactos de sumisión entre las partes a una determinada jurisdicción y competencia deberá determinarse en el momento de su contratación internacional.
2. El domicilio del demandado, como es tradicional en la legislación común, y
3. El lugar en donde deberá cumplirse la obligación, como lo infiere la mayoría de las legislaciones latinoamericanas en los procedimientos comunes. Salvo en los contratos de compraventa, en donde el Estado que tiene jurisdicción es aquel en donde deben entregarse los bienes traditados; y en el caso de la prestación de servicios, se colige que el Estado que la tiene, es aquel en donde debieren prestarse los servicios contratados.

A este respecto debemos distinguir las distintas modalidades de los contratos que se suscriban a través de la red, estos son:

- a) Los contratos que se celebren a través de la red, pero cuyo cumplimiento se deba realizar *off line* o en el mundo real, no virtual; y
- b) Los contratos que son celebrados y ejecutados exclusivamente por internet, sin que preceda la entrega de bienes ni prestaciones de servicio en el mundo real, lo que se conoce como «contratos on line».

El auge de las comunicaciones y los avances de las tecnologías informáticas, dicho sea de paso, hacen florecer a la globalización desde el punto de vista económico haciendo cortas las distancias entre los países, a la vez que promueve indirectamente la integración regional de los comercios internacionales.

El correo electrónico y la internet en general han permitido, como queda explicado, que cualquier persona pueda hablar con sus semejantes desde cualquier parte del planeta, sin trabas de ninguna clase y a una velocidad extrema, utilizándose en muchos casos las redes sociales como vehículo de comunicación, lo que ha contribuido al desarrollo del comercio y a un nuevo orden mundial en esta materia, en el cual, el Derecho Mercantil se erige como una especie de canal regulador para crear las reglas uniformes entre los Estados, hacia la armonización del Derecho Comercial.

Reglas que han sido incorporadas a las leyes internas de los Estados o previstas en la Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercadería, adoptada en La Haya el 30 de octubre de 1980 y la Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza, suscrita por la Comisión Internacional de las Naciones Unidas (UNCITRAL) por sus siglas en inglés, que han sido incorporadas a los sistemas legales de varios países, y forman parte del derecho interno de los mismos.

La globalización de los mercados es propia de una economía contemporánea basada en la expansión de los mercados y de las empresas transnacionales que buscan las ventajas de los mercados de capital, mano de obra competitiva, como ocurre con los mercados chinos, cuya economía hoy día es de las más desarrolladas, compitiendo con la de las grandes potencias económicas como los Estados Unidos.

En los últimos tiempos, las grandes economías mundiales han sufrido cambios estructurales que han definido un nuevo Derecho Mercantil, con la participación de los organismos internacionales como el FMI, el Banco Mundial y la ONU que han jugado un rol muy importante en el modelo clásico de libre comercio y por ende en la globalización de las naciones. Este nuevo orden mundial integra empresas, mercados y consumidores a escala planetaria sin precedentes.

## 2. LA GLOBALIZACIÓN DE BIENES

La globalización ha tenido consecuencias jurídicas con la apertura de fronteras a nivel mundial al producirse la comercialización de una lista interminable de bienes y servicios, creándose zonas libres de comercio reguladas por los usos y costumbres mercantiles, los acuerdos bilaterales, las convenciones o tratados internacionales, a través de medios electrónicos para la celebración de los distintos contratos mercantiles de tipo internacional y, finalmente por las leyes internas de aquellos países en donde funciona este sistema de comercialización, lo que obliga, además, a los juristas a realizar ejercicios de reflexión

y creatividad como un reto que las economías globalizadas imponen a la *lex mercatoria* en una nueva versión.

De este modo, el Derecho Mercantil, como fenómeno social que nace en el siglo XIII, se encuentra asociado a la dinámica actual derivada del modernismo y la tecnología, construyendo instituciones jurídicas propias y diversas estructuras económicas y sociales como las relacionadas en el párrafo anterior y otras como las ciudades modelos que han tenido su auge en algunos países asiáticos cuyos modelos están siendo aplicados en diversos países como un fenómeno derivado del siglo XXI.

En Honduras particularmente, existe una ley que da vida a esta institución, bajo el nombre de Ley de Zonas de Empleo y Desarrollo Económico (ZEDES), que va más allá de las simples típicas zonas de libre comercio, al estar dotada de una jurisdicción independiente, con administración autónoma del gobierno hondureño, que contará con tribunales y una policía propia, con un sistema de recaudación de impuestos. Un enclave de seguridad y eficiencia dentro del territorio hondureño para atraer dentro del marco de la globalización a inversionistas extranjeros.

Fue el norteamericano Paul Romer, actualmente desempeñándose como economista jefe del Banco Mundial el que popularizó esta idea, después de notar que las ciudades autónomas de Hong Kong y Dubái se convirtieron en imanes para la inversión extranjera y que se basan en el concepto de las «charter cities».

Al igual que en las zonas de libre comercio de Dubái, las ZEDES se deben integrar en las ciudades, como fue en el pasado el enclave de las compañías bananeras en Honduras que, hasta cierto tiempo, y según el gobierno hondureño, fue un modelo exitoso, que ha servido para impulsar este proyecto, muy criticado por los conflictos legales que podrían producirse entre las leyes internas del país y aquella del país de los inversionistas foráneos. Las regiones especiales de desarrollo se intentan perfilar como una alternativa para convertir a Honduras en un modelo exitoso en la adopción de tecnologías que permitan producir y prestar servicios con un alto valor agregado, y con reglas transparentes.

La expansión de los mercados internacionales tanto de bienes y servicios, como de flujos financieros representa el mayor desafío al que los juristas deben enfrentarse hoy día. El comercio internacional es uno de los rasgos más característicos del nuevo Derecho Mercantil que debe mediar entre la pujanza de algunos mercados internacionales que deben ser regulados mediante normas legales propias en forma uniforme para orientar un universo de operaciones y transacciones internacionales que se dan más tecnológi-

camente con el avenir de la red mundial por internet y otros medios electrónicos, lo que en los últimos tiempos ha modificado las reglas legales y las prácticas comunes en materia de contratación internacional, creando nuevos supuestos jurídicos que en la mayoría de los casos no han sido homologados y se mantienen dispersos, problema que se acentúa al suprimirse la presencia de las partes, que son sustituidos por una firma virtual, no real.

Hoy día es común observar en algunos países el establecimiento de zonas de libre comercio, de impuestos, aranceles, y libre tránsito, mediante bloques económicos y organizaciones que se enmarcan en una ley tipo, como la Asociación Europea de Libre Comercio, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Unión Europea, la Organización Mundial del Comercio asentadas en el viejo continente. Y otras en el ámbito latinoamericano como la Comunidad Andina, el Área de Libre Comercio de las Américas, la Comunidad Suramericana de Naciones, la Alternativa Bolivariana para las Américas y el Caribe, y el Mercosur, entre otras.

Esto ha venido a representar un gran empuje en esta materia, que en algunos casos representa algunos conflictos, al basarse los contratantes en la libre estipulación de los contratos derivado del principio de la autonomía de la voluntad, por lo que negocian en forma independiente el derecho aplicable y la solución de las controversias por medios alternativos, lo que podría originar serias disputas legales relacionadas con la existencia y la validez de los contratos mercantiles y los conflictos por jurisdicción.

Si bien es cierto que la doctrina difiere en este contexto en la aplicación de su contenido y alcances para la solución de controversias, podemos afirmar que existen algunos principios derivados del Derecho Mercantil tradicional que constituyen su ratio en la tarea para constituir la estructura legal de la gran variedad de actos jurídicos que algunas veces se presentan muy confusos, lo que exige una regulación adecuada y la homologación de normas para un comercio internacional uniforme, que se contrapone al incipiente y que regía antes de la globalización.

Al mismo tiempo que se impone la globalización, se produce la internacionalización del derecho y de la actividad mercantil que se ha ido extendiendo en todo el planeta, en base a un Derecho autónomo, libre de implicaciones de los gobiernos y fundado en los principios de los usos existentes entre los comerciantes en general.

El crecimiento de los mercados internacionales ha hecho necesario establecer algunas reglas para fortalecer la deficiencia legal en la contratación mercantil a través de internet y de otros medios electrónicos, abandonándose viejas

prácticas como la supresión de los documentos escritos, la presencia de las partes, para estipular con la «firma virtual», que ya es muy común en los Estados Unidos, sobre todo en los contratos de compraventa inmobiliaria y en sus diversas tratativas, así como en los contratos bancarios, que la práctica ha recogido para incluirlo en todo el sistema de contratación tanto civil, como mercantil de la nación, como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia estadounidense.

De la economía de mercado pasamos a la economía global, en donde todas las funciones económicas pierden su connotación concebida por el Derecho Mercantil tradicional, pues no solamente las mercaderías circulan dentro de un delimitado espacio territorial, sino que se ramifica a todos los países, a través de gigantescos medios de transportes, y ventas masivas como Amazon, el gigante de ventas por internet en Estados Unidos, que es un protagonista más de la globalización y que tiene presencia a través de la tecnología y de la informática en cualquier parte del mundo, lo que se deriva en una libre circulación de capitales, con la garantía que impone esta nueva forma de contratación comercial y que poco a poco está sustituyendo a grandes empresas líderes en la venta al detalle como Sears, Walmart y otras, que han tenido presencia en varios países.

La evolución del comercio internacional no solamente se manifiesta desde un punto de vista macroeconómico, sino también desde el aumento de las operaciones internacionales que las empresas realizan, surgiendo de esta manera el fenómeno de la internacionalización de la empresa.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es la entidad faro que regula el comercio entre las naciones, cuyos acuerdos han sido firmados por la mayoría de los países que tienen que ver con el comercio internacional. Esta normativa establece las reglas legales del comercio internacional, esencialmente convenios internacionales que obligan a los Estados a mantener sus políticas de comercio dentro de los límites previamente convenidos. Asegurando el flujo de las corrientes comerciales para que circulen con la máxima libertad posible, sirviendo además de foro para la negociación comercial de todo tipo. Otro de los aspectos relevantes de esta organización es la normativa que impulsa para la solución de controversias. Estos acuerdos son muy complejos porque se trata de textos jurídicos que abarcan una serie de actividades comerciales como los textiles, servicios bancarios, telecomunicaciones, contratación pública, propiedad intelectual y muchos temas más.

### 3. ASPECTOS JURÍDICOS

La globalización en materia mercantil ha hecho resurgir algunos temas que tienen que ver con la supra nacionalización de las políticas públicas, tales como la internacionalización de los Estados a través del desarrollo económico y de sus estrategias en la promoción de las exportaciones.

El tráfico mercantil hoy día utiliza herramientas legales de la más variada índole, lo que nos obliga a una especialización y estudio de sus especiales figuras contractuales que se separan del Derecho Mercantil común, principalmente por su dinámica, pues sus alcances y validez se configuran en minutos a través de la red informática e internet.

De acuerdo con el fenómeno de la globalización, las transformaciones jurídicas se producen a través de los contratos, los cuales vienen a constituir el instrumento principal en este proceso y que son ley entre las partes tal como lo establece el Derecho común, que vienen a ser la figura de la contractualización del Derecho Mercantil aplicado al mundo de la globalización.

Estos modelos contractuales que circulan internacionalmente en forma versátil, son, a diferencia de las regulaciones estatales, capaces de adaptarse a las nuevas exigencias de la era global, y se caracterizan por su uniformidad, representan el principal instrumento jurídico de nuestro tiempo aplicado al comercio transnacional, que tiene como característica principal su atipicidad, creados no por legisladores, sino por las grandes firmas de abogados que trabajan para las multinacionales, o asesores jurídicos de diversas asociaciones internacionales de los empresarios.

El origen de estos contratos lo podemos encontrar en el entorno de la praxis comercial de los Estados Unidos, que se evidencia por sus denominaciones en inglés, tal como el *leasing*, *factoring*, *franchising*, *joint venture*, *underwriting* y otros, que se difunden globalmente cuando se aplican en el comercio transnacional.

En las dos últimas décadas se ha logrado un avance muy contundente en la unificación del derecho de las obligaciones y contratos mercantiles, tal como se encuentra reseñado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa. A través del *common law* y el *civil law* que refunde los dos grandes sistemas jurídicos de Occidente, y que recoge el nuevo derecho de compraventa y algunas cuestiones relativas al nuevo derecho de los contratos mercantiles, tales como las cuestiones relativas al incumplimiento o la responsabilidad contractual. Esta Convención rige a partir

de 1988 los contratos de compraventa mercantil internacional de mercancías entre la empresa privada.

El contrato mercantil, así concebido, constituye por esencia el fundamento del comercio internacional, constituyendo hoy día un instrumento clave en el comercio internacional, que es producto de un movimiento que se inició a principios del siglo XX y cuya aplicación cubre todas las operaciones de compraventa sin necesidad de recurrir a las reglas del Derecho internacional privado para determinar la ley aplicable al contrato de que se trate, lo cual deriva en mayor certeza en los contratos de compraventa internacional.

Las organizaciones internacionales de integración económica han logrado también algunos avances en la armonización del derecho de contratos, sobre todo los celebrados a distancia y por vía de internet.

La nueva *lex mercatoria* que se aplica dentro de la globalización impone el derecho objetivo del mercado global aplicado en la práctica por las cámaras de arbitraje internacionales como Derecho transnacional cuyo andamiaje lo podemos encontrar, no en la ley de los Estados, ni en los convenios internacionales, sino en los principios generales del Derecho.

Es obvio que la globalización ha impactado en la esfera del Derecho Mercantil, por lo que requiere un análisis exhaustivo para comprender su impacto en la esfera jurídica y en la creación de nuevas normas con nuevos contornos, lo cual nos debe conducir a un nuevo Derecho que origina la transformación de algunas instituciones y la aparición de otras en el plano supra nacional, como lo infieren los diversos trabajos consultados que nos explican este fenómeno, y que dejan sentado el criterio que la globalización ha venido en todas las legislaciones a sufrir un impacto por vía de transnacionalización de las nuevas normas en esta materia, impacto que ha sido diferente según los campos jurídicos en los que ha incidido y según los países afectados.

Podría pensarse que la globalización se ha limitado a modificar las prácticas en el sector del comercio exterior y los contratos mercantiles, lo que no debemos considerar así, puesto que ya existe, además del Derecho Comercial, un nuevo Derecho Penal, como también ya existe en Europa un Derecho monetario común y, según ciertos autores, tendremos en el futuro un Derecho Constitucional supranacional derivado del proceso de globalización, en los cuales ha prevalecido la exigencia de las grandes empresas para que se concrete una libertad para el movimiento de capitales, lo que ha sido remarcado, además, por aquellos países que tienen un gran desarrollo tecnológico y militar y que han impuesto sus iniciativas en forma unilateral.

# Conclusiones

---



*Coordinador*

ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS

*Moderador*

RAMIRO MORENO BALDIVIESO

Sin ninguna duda, las reglas del Derecho Mercantil han evolucionado en esta materia, sobre todo en las dos últimas décadas, como producto del fenómeno de la globalización. Construyéndose un nuevo orden social sin intervención de los Estados.

La globalización de los mercados es producto de la economía de hoy día, fundada en la expansión empresarial transnacional, que exige una estandarización de sus reglas, a pesar de que son varios Estados los que entran en juego al ubicarse en sus espacios el mercado de capitales de que hablamos, y que tienen sistemas legales diferentes, lo cual genera problemas a la hora de aplicar la legislación correcta en la solución de conflictos. Por ello se impone el desarrollo de un Derecho Mercantil uniforme y de simplificación para mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica.

Las grandes economías mundiales han definido la gestación de un nuevo Derecho Mercantil integrado en un nuevo orden que une a grandes empresas, mercados de capital y el gran nicho de los consumidores a escala planetaria que están fundados en el desarrollo de las tecnologías y productos, con nuevas reglas legales que permitan que tanto las grandes potencias económicas como las economías emergentes puedan competir libremente y en condiciones de igualdad. El comercio electrónico permite la transferencia de bienes y servicios a través de internet cuya expansión se ha producido a la par del desarrollo tecnológico y el intercambio electrónico de datos. La mayor parte del comercio electrónico tiene que ver con la compra y venta de productos y servicios entre particulares y empresas, en la mayoría de los casos, multinacionales.

Las nuevas tecnologías han creado novedosas condiciones en el mercado global, sobre todo en las comunicaciones. Los acelerados avances en el área de la informática incrementan también importantes cambios en la producción de bienes y servicios, y en el comercio en general dependiendo cada vez más de la ciencia y de la tecnología, y relativamente menos de los recursos humanos tradicionales.

En este orden de ideas podemos establecer que existe un proceso de globalización que se funda en el desarrollo de las tecnologías satelitales y por el desarrollo en masa de internet. Existe en el mismo caso, una globalización financiera o económica producto de la interconexión de los mercados bursátiles. En el campo jurídico se ha experimentado la creación de nuevas reglas en las prácticas comerciales, y la creación de un nuevo Derecho Mercantil autónomo, sobre todo el vinculado a la tecnología electrónica, que nos refiere a una jurisdicción mercantil judicial electrónica la cual contiene principios y fundamentos propios. De esta forma, el Derecho Mercantil viene a constituir el medio más idóneo para la implementación de la globalización. Los bloques comerciales como el de la Unión Europea, buscan a través de la integración de sus mercados conformar un bloque, no solamente político o cultural, sino que también jurídico el cual nos conduce a la creación de un Derecho Mercantil unificado.

El estudio del fenómeno de la globalización es un tema de análisis obligado no solamente como evento histórico, en donde las normas del Derecho Mercantil tienden hacia la transnacionalidad con un potencial regulatorio hacia un orden globalizado, en un mundo sin fronteras, cuya comunidad empresarial desarrolla operaciones enfrentando la disparidad jurídica motivada por codificaciones diferentes, que deben ser armonizadas, como lo dan cuenta las convenciones internacionales que hemos mencionado anteriormente y a las que se han integrado la mayoría de los Estados mediante su suscripción y posterior ratificación legislativa.

No todos los países han implementado en sus sistemas legales las nuevas reglas relacionadas con el comercio electrónico. A falta de una legislación regulatoria que vele por esta materia las prácticas comerciales han venido a suplir dicha omisión, realizadas al amparo de los tratados de libre comercio, observándose un alejamiento de las transacciones mercantiles de las normas jurídicas tradicionales. No existe una teoría general de las obligaciones mercantiles; en su defecto se aplican las normas del derecho común, que en algunos casos resultan inadecuadas a la naturaleza de las obligaciones mercantiles.

De esta forma la el derecho comercial viene a constituir un ordenamiento jurídico autónomo con respecto al ordenamiento estatal y al internacional

dotado de características propias, como accesibilidad, y generalidad, con un sistema normativo propio regulando especies contractuales complejas, en relación a las cuales los ordenamientos internos se revelan totalmente obsoletos o inadecuados.

Siguiendo a Francesco Galgano en su dilecta obra *Lex Mercatoria*, en su 4.<sup>a</sup> edición, podemos afirmar que esta «es fuente del derecho y en la actualidad constituye única fuente susceptible de generar derecho trasnacional no solamente, por ser *usus*, es decir, *práctica* constante de los tráficós sobre el mercado global, sino también por ser *usus* acompañado por la *opinio iuris*. Esto es así porque las cámaras arbitrales internacionales lo aplican con la convicción de que debe ser aplicado como sistema de verdaderas y propias reglas jurídicas, propias de la *business community*, y porque las mismas leyes y los mismos jueces de los Estados le reconocen esta aptitud reguladora».

Tanto los contratos internacionales, como los nacionales que siguen modelos corrientemente utilizados por los Estados y que han sido en muchos casos redactados por las grandes firmas internacionales de abogados, constituyen los elementos esenciales en la formación del derecho comercial y en la *praxis* contractual en las relaciones jurídico-económicas, constituyendo el contrato internacional el que domina la esencia normativa en esta materia, y que por dicho motivo tiende a su homogeneización internacional. Estas firmas legales contribuyen a crear y acelerar los procesos de globalización jurídica.

La armonización, y con ello la globalización jurídica, se ha logrado a través de una serie de normas basadas en leyes tipo o modelo redactadas por las organizaciones internacionales que hemos referido y por la adopción por parte de los Estados de normas que han sido redactadas en forma independiente.

El tema de la globalización y su impacto en el Derecho Mercantil requiere mucha atención y acciones legislativas para su regulación interna, no solamente a través de los tratados, sino que también con el estudio y regulación de importantes temas como el comercio electrónico, la tecnología informática y los acuerdos comerciales internacionales.

El comercio electrónico a través de internet ha representado una vía importante para el desarrollo del comercio, su distribución, venta y compra de bienes y servicios, lo que amerita una armonización de las reglas legales para evitar futuros conflictos entre los Estados en la aplicación de las normas legales, sobre todo en materia fiscal cuando se trata de bienes o servicios comercializados mediante transacciones transfronterizas.

Aun con la evolución y desarrollo de los trabajos realizados con respecto a este tema por la OMC ya sea en la adopción de acuerdos, declaraciones, decisiones y debates encaminados al desarrollo y la regulación del comercio electrónico, aún son necesarias normas específicas que generen certeza y seguridad jurídica.

En muchos casos se deberán derribar aranceles al comercio tecnológico y a la libre circulación de las tecnologías de la información y la comunicación y la eliminación de las brechas digitales que deba permitir un acelerado crecimiento industrial, y el desarrollo sostenible que deba producir bienestar a los Estados y a los particulares.

Otra de las recomendaciones que podrían darse en el marco del Derecho Comercial sería el establecimiento de un arancel uniforme para las zonas de libre comercio teniendo como mira el incremento de la libertad de comercio.

Sin lugar a ninguna duda, el nuevo Derecho Comercial debe dar respuesta a los retos surgidos de los procesos de globalización. El futuro sistema jurídico económico global debe tener como objetivo principal la protección y el bienestar de los individuos, mediante normas universales y uniformes, que han tenido auge con el fin de la guerra fría y que nos ha llevado a la integración de las economías locales a las globales, cuyos modos en la producción y los movimientos de capital se configuraron a una escala mundial, permitiendo que tanto las grandes potencias económicas como las economías en desarrollo puedan competir entre sí en condiciones de igualdad.



REAL ACADEMIA  
**DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN**  
DE ESPAÑA



CONFERENCIA PERMANENTE DE  
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS

EDITORIAL  
**BOE**