

Acto de Investidura del Grado de **DOCTOR HONORIS CAUSA**

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

BERND SCHÜNEMANN

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA 22 de junio de 2007



Edita: Universidad de Zaragoza

Diseño: Batidora de Ideas

Imprime: XXXXXXXXXXXXX

D.L.: Z-000-2007

## Índice

Elogios a los profesores

Alberto Bercovitz, por el Prof. Dr. D. Ignacio Quintana Carlo \_\_\_\_\_ 7

Bernd Schünemann, por el Prof. Dr. D. Luis Gracia Martín \_\_\_\_\_ 17

Ceremonial para la investidura como Doctores Honoris Causa por la Universidad de Zaragoza  
de los profesores Alberto Bercovitz y Bernd Schünemann \_\_\_\_\_ 27

Discursos pronunciados por los nuevos Doctores Honoris Causa

Alberto Bercovitz \_\_\_\_\_ 35

Bernd Schünemann \_\_\_\_\_ 49

# Laudatio al Profesor Dr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano

Sr. Rector Magnífico  
Excmas. e Ilmas. autoridades  
Claustro Universitario  
Miembros de la Comunidad Universitaria  
Señoras y señores

7

De todas las satisfacciones que puede deparar la vida universitaria, una de las más gratas es la que me toca asumir en estos momentos: glosar ante todos ustedes los méritos intelectuales y académicos que concurren en Alberto Bercovitz. Ésta es la razón de ser y la finalidad de la *laudatio*: plantearles una reflexión, lo más objetiva posible, que responda a las razones por las que pedimos el Doctorado Honoris Causa para el Prof. Bercovitz; reflexión que se hace difícil en su tono si tenemos en cuenta que hay también, necesariamente, una dosis de emoción en todo lo que les pueda decir propia del afectuoso respeto y admiración que el discípulo siente por su Maestro.

En todo caso, mi intervención sólo pretende ser un humilde proemio a la brillante *Lección magistral* que tras su investidura todos tendremos el enorme placer de escuchar. Será dicha lección, más que mis palabras, la mejor justificación de la distinción con la que esta Universidad pretende honrar a Alberto Bercovitz.

Antes de pasar a recordar algunas facetas de la trayectoria intelectual de nuestro homenajeado, permítanme que les narre una anécdota. Cuenta Luis Joaquín Garrigues que buceando en una de las carpetas del archivo de su padre, el maestro Garrigues, en busca de material para su biografía, «había un extraño nombre que salía todo el tiempo: que Bercovitz dice..., que Bercovitz plantea la siguiente cuestión..., que Bercovitz explica..., que Bercovitz nos va a hablar de los requisitos de..., que Bercovitz da cuenta de la nueva propuesta..., que Bercovitz lee una nueva redacción... y un día, algo impaciente, ¿pero no ha llegado todavía Bercovitz?...». Y, ante la reiteración que hacía de este nombre su padre, Luis Joaquín Garrigues se preguntaba: ¿Quién es este Bercovitz?

La misma pregunta me la hacía no hace mucho tiempo otro colega de la Facultad de Ciencias, extrañado por el hecho —insólito en la Universidad actual— de que este Doctorado Honoris Causa hubiera sido aprobado sin un solo voto en contra ni una abstención. ¿Quién es este Bercovitz, me decía, que es capaz de concitar tal unanimidad en una institución en que conviven personas tan distintas y criterios tan dispares?

A esta pregunta es a la que quisiera responder aquí y ahora. Y para hacerlo de una manera clara y rotunda debo afirmar que concurren en Alberto Bercovitz dos facetas profesionales bien definidas y relacionadas entre sí: la del profesor que ha destacado en la docencia, la investigación y la difusión del conocimiento, los tres puntales que dan sentido y justifican la existencia de las Universidades, y, por otro lado, la de su trayectoria como abogado especializado en Derecho mercantil, en la que ha alcanzado el más alto de los reconocimientos. De estas dos facetas, que se complementan entre sí, quiero hacer especial hincapié en la primera de ellas. Alberto Bercovitz es un universitario de cuerpo entero: un gran investigador, un profesor entregado a sus alumnos, un profesional del Derecho reconocido internacionalmente y, corolario de todo lo anterior, un gran maestro que ha formado en torno suyo a un grupo de mercantilistas, entre los que me encuentro, que se extienden por una parte importante de las universidades españolas, europeas e hispano-americanas.

La trayectoria científica y universitaria del Prof. Bercovitz tiene una dimensión que hace poco menos que imposible que pueda sintetizarse respetando el tiempo reservado a esta *laudatio*. Por esta razón, y a fin de exponer con la claridad debida los méritos del nuevo doctor de nuestro claustro, resulta conveniente que agrupemos aquéllos en distintos apartados.

## **Trayectoria universitaria del Prof. Dr. Bercovitz**

El Prof. Bercovitz terminó sus estudios de licenciatura en 1959, incorporándose, en un primer momento, como Ayudante de clases prácticas en la cátedra de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, dirigida por el Prof. García-Valdecasas.

Pero el Prof. Bercovitz ya manifestó en aquel entonces su preferencia por el estudio del Derecho de la Propiedad Industrial, materia en la que nuestro país no contaba en aquella época con una particular dedicación de los juristas pese a su innegable importancia. De este modo, obtuvo una beca concedida por el Gobierno de Baviera que le permitió, bajo la dirección de los Profesores Karl Larenz y Eugen Ulmer, llevar a cabo sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich y, en particular, preparar su tesis doctoral en el Instituto de Derecho de Autor y Propiedad Industrial de esta Universidad y en el Patentamt, bajo la dirección del Prof. Ulmer.

De regreso a España, en 1962 se incorporó al grupo de investigadores que dirigía su maestro, D. Joaquín Garrigues, en la Universidad de Madrid, primero como profesor ayudante y luego como profesor adjunto hasta la obtención de su cátedra de Derecho mercantil en la Universidad de Murcia. Finalizado el curso académico 1969-1970, accede, mediante concurso de traslado, a la cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de Salamanca, en la que va a permanecer durante ocho años.

9 Son estos ocho años en la alma máter salmanticense los que van a marcar la vida universitaria de Alberto Bercovitz. En dicha Universidad, ocho veces centenaria, nuestro Doctor Honoris Causa se integra en un claustro en el que se encuentran Profesores de la talla académica de Gloria Begué, Francisco Tomás y Valiente, Lorenzo Martín Retortillo y otros que van a producir un auténtico «renacimiento» de una Facultad de Derecho que —salvo honrosas excepciones— miraba más hacia su glorioso pasado que a su futuro. En dicha Universidad comienza, además, a reunir en torno a sí a una serie de personas, entre las cuales me encuentro, que le consideran su maestro y que van a constituir el germen de lo que entre los mercantilistas actuales se conoce como «la escuela de Salamanca». Entre estos mercantilistas se encontraban el Prof. García Luengo, Catedrático de Mercantil en la Universidad de La Laguna; el Prof. Galán Corona, Catedrático en la Universidad de Salamanca; los Profs. Calzada Conde, Barba de Vega y Villa Vega, Profesores Titulares en la UNED; el Prof. Macías Martín, Director del Área de Coordinación Jurídica de la OEPM, el Dr. de las Heras Lorenzo, Presidente de la Segunda Sala de Recurso de la OAMI, y quien les habla.

El espíritu de entrega a los ideales universitarios, el trabajo serio y compartido y el compañerismo entre los miembros del Seminario, bajo la dirección y el impulso de Alberto Bercovitz, tenían que dar fruto. Y, efectivamente, dicha etapa marcó la carrera futura de muchos de los discípulos de Alberto Bercovitz y, aún hoy, se mantiene como el ideal a imitar para aquellos, como el que les habla, que a su vez cumplen la difícil y comprometida misión de formar a otros para la docencia y la investigación universitarias.

Concluida su etapa salmantina, en el año 1978 el Prof. Bercovitz accede por concurso a la cátedra de Derecho mercantil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en Madrid, su ciudad natal, puesto que desempeña en la actualidad. En dicha Universidad, aunque las características de su sistema de enseñanza hacen más difícil la formación de profesorado, el Prof. Bercovitz continúa atrayendo nuevos discípulos y despertando nuevas vocaciones con la peculiaridad, derivada del ámbito «nacional» del centro, de que sus discípulos (los Dres. Arroyo Aparicio, Gómez Lozano, Blanco Jiménez, Ortiz Blanco, Mejías Gómez, Díaz Echegaray y Ballugera) están repartidos por todo el territorio nacional e, incluso, por el extranjero.

## Trayectoria profesional —no universitaria— del Prof. Bercovitz

La trayectoria científica del Prof. Bercovitz se ha proyectado, también, en otros ámbitos distintos al universitario. Los conocimientos pacientemente adquiridos y su contraste con la práctica y las necesidades a las que han de servir, le llevaron a participar en distintas instancias dirigidas a la renovación de la normativa jurídico-privada, tanto nacional como internacional, que regula las relaciones económicas.

Así, su buen hacer le llevó a representar a nuestro país en distintos foros internacionales en su calidad de experto, participando en la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya, para los trabajos preparatorios de un Convenio sobre ventas a los consumidores (mayo de 1979); en la XIV Sesión de la Conferencia Internacional de La Haya de Derecho Internacional Privado, para el tema de «ventas a los consumidores»; en la Commission spéciale sur la loi applicable aux ventes internationales des marchandises, en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; en la Delegación de España en la Conferencia Internacional para la revisión del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, celebrada en Nairobi; como representante de la UNCITRAL (CNUDCI), en la reunión celebrada en Viena en el mes de enero de 1981, para el estudio de un nuevo Convenio Internacional sobre Letra de Cambio y Cheque; o su participación como miembro español de la Commission on European Contract Law, dirigida por el Prof. Ole Lando, entre muchas otras. En este ámbito, también ha de reseñarse su nombramiento como vocal asesor de la Comisión de Cooperación Jurídica Internacional dependiente de los Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores.

También en el seno de la Unión Europea se ha podido contar con sus esfuerzos, pues fue Presidente, durante el primer semestre de 1989, del Grupo de trabajo del Consejo de las Comunidades Europeas para el estudio de una propuesta de Directiva para la protección de las invenciones biotecnológicas; al igual que participó como experto designado por la Comisión de las Comunidades Europeas en la reunión de Legal Advisory Board (LAB) de la D. G. XIII, sobre la responsabilidad en materia informática, entre otras muchas actuaciones.

El esfuerzo científico desarrollado por el Prof. Bercovitz ha plasmado sus resultados, de igual modo, en lo que hace a las tareas prelegislativas en España. Su influjo se ha dejado sentir en múltiples textos prelegislativos que han provocado, frente a las limitaciones de la normativa codificada, una renovación integral del Derecho mercantil y económico de nuestro país en poco más de veinte años.

Esa labor comenzó ya con su participación en la redacción del Anteproyecto de Ley de Modificación del Título Preliminar del Código Civil, que dio lugar a la Ley de 31 de mayo de 1974. Desde 1970 ha tenido participación activa como Vocal de la Comisión General de Codificación en todos los trabajos, en particular Anteproyectos de Ley, en materia mercantil dentro de la actual Sección 2.<sup>a</sup> De entre ellos, cabe destacar los siguientes:

- Anteproyecto de Ley de Modificación de los artículos del Código de comercio sobre libros de comercio y Registro Mercantil, que dio lugar a la Ley de 21 de julio de 1973.
- Anteproyecto de Ley de Modificación de los artículos del Código de comercio para establecer la igualdad de los cónyuges en el ejercicio del comercio, que tuvo como resultado la Ley de 2 de mayo de 1975.
- Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas elaborado en 1979.
- Anteproyecto de Ley Cambiaria y del Cheque, antecedente de la Ley de 16 de julio de 1985.
- Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (Ley de 25 de julio de 1989).
- Anteproyecto de Ley sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, para la incorporación al Derecho español de la Directiva comunitaria de 20 de diciembre de 1985 (Ley de 21 de noviembre de 1991), de cuya ponencia fue Presidente.
- Anteproyecto de Ley sobre Agrupaciones de Interés Económico (Ley de 5 de enero de 1991).
- Anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo para la incorporación al Derecho español de las Directivas comunitarias de 22 de diciembre de 1986 y 22 de febrero de 1990 (L. 23 de marzo de 1995), siendo Presidente de la Ponencia.
- «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», aprobada por la Sección de Derecho mercantil el 16 de mayo de 2002.
- Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad, fechada en 2005.



Dentro de esta tarea prelegislativa, me permitirán que destaque dos textos legales que tienen su origen en el buen hacer del Prof. Bercovitz y que le causaron una particular satisfacción, tanto en razón de ser profesor universitario como de su preferencia por el estudio de determinadas materias. En primer lugar, y a fin de superar el fosilizado marco que suponía el viejo Estatuto de la Propiedad Industrial, al Prof. Bercovitz le fue encomendada la preparación de un Anteproyecto de Ley de patentes, que dio lugar a la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. Por otro lado, le fue encargada la realización de un estudio y del Anteproyecto que sirvieron para la preparación del Real Decreto 1930/84, de 10 de octubre, que regula las condiciones en que los profesores universitarios pueden participar en contratos para la realización de proyectos científicos, técnicos o artísticos.

12

En otras ocasiones, ese esfuerzo de reforma y mejora de nuestro Derecho positivo le fue solicitado por distintos Ministerios del Gobierno de la nación. Entre estos textos, pueden recordarse, de forma sintética, los siguientes:

- Elaboración, por encargo del Ministerio de Comercio, de los estudios preparatorios y del texto del Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, sobre régimen jurídico, fiscal y financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca.
- Miembro de la comisión de expertos designada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, para la elaboración de un Anteproyecto de Ley del Medicamento.
- Miembro de la Comisión encargada de la elaboración del borrador de Anteproyecto de Ley de Contabilidad y Auditoría, constituida en el Ministerio de Economía y Hacienda.
- Realización del estudio y del Anteproyecto que dio lugar al Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los representantes de comercio.
- Coautor del Anteproyecto que dio lugar a la Ley 1/1994, sobre Sociedades de Garantía Recíproca.

Tampoco faltó la oportunidad para que el Prof. Bercovitz participara en otro tipo de actuaciones favorecedoras de los procesos de autorregulación, como así sucedió al formar parte de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y las sociedades cotizadas (Comisión Aldama), acordada por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2002.

En la actualidad, el Prof. Bercovitz desempeña el cargo de Presidente de la Sección Segunda, de Derecho mercantil, de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (Real Decreto 1035/2006, de 15 de septiembre).

La trayectoria profesional y académica del Prof. Bercovitz ha sido objeto de reconocimiento tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Así, fue nombrado Doctor Honoris Causa por la Universidad de Lyon III (Jean Moulin) y ha recibido distintos premios y reconocimientos (Encomienda de la Orden de Alfonso X el Sabio, Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort, Premio Julio Delicado al estudio y difusión del Derecho industrial otorgado por la Fundación García Cabrerizo, Medalla de la AIPPI, etc.).

13

## **La vinculación del Prof. Bercovitz con la Universidad de Zaragoza**

Este acto, permítaseme el lenguaje jurídico, tiene un carácter más declarativo que constitutivo, pues en puridad se limita a declarar una trayectoria, una relación con la Universidad y unos éxitos que ya existen. Es más, podría decirse que, *de facto*, el Prof. Bercovitz ya pertenece al claustro de esta Facultad en la que nos encontramos. Baste con tener en cuenta que un número importante de los mercantilistas que en ella existen son o se proclaman discípulos suyos, que sus planteamientos científicos y metodológicos presiden los proyectos de investigación y la impartición de la docencia y que sus publicaciones constituyen una de las principales fuentes de referencia para los alumnos que cursan en sus aulas los estudios de Licenciatura, Doctorado o los distintos postgrados que se ofrecen anualmente.

En todo caso, junto con toda la labor científica y universitaria desarrollada, conviene ahora destacar la particular vinculación que el Prof. Bercovitz ha mantenido y mantiene con esta Universidad de Zaragoza. La obra del Prof. Bercovitz y, en particular, su preocupación y esfuerzos por una adecuada regulación de los resultados de la investigación han tenido su reflejo, como bien pueden atestiguar los miembros del claustro que participaron en su redacción, en el texto de los Estatutos de nuestra Universidad.

Pero, también, esa vinculación del Prof. Bercovitz con nuestra Universidad puede manifestarse en cifras. Así, puede señalarse como el Prof. Bercovitz ha formado parte de los Tribunales de más del setenta por ciento de las tesis defendidas en el Área de Derecho mercantil en los últimos años. De igual manera, en los Proyectos de investigación dirigidos por el Prof. Bercovitz participa el profesorado del Área de Derecho mercantil, habiendo obtenido estos esfuerzos resultados que hoy en día son referencias en la lite-

ratura jurídico-mercantil, como el *Comentario a la Ley de Marcas* o la obra colectiva sobre *Contratos mercantiles* que editara Aranzadi. La misma vinculación del Prof. Bercovitz llevó al profesorado del Área de Derecho mercantil a participar en otros proyectos de docencia que él dirigiera, como así sucede, por ejemplo, con los Cursos de Formación que se vienen impartiendo en el seno del Consejo General del Poder Judicial. Cabe decir, y los miembros del Departamento de Derecho de la Empresa lo atestiguarán, que siempre que se ha solicitado la participación del Prof. Bercovitz en el desarrollo de nuestras tareas, en él hemos encontrado una absoluta disponibilidad y generosidad. Esa actitud del Prof. Bercovitz ha permitido, también, a los miembros del Área de Derecho mercantil el acceso a otras universidades e instituciones extranjeras, en particular el Max Planck Institut, para que pudieran allí continuar su formación y sus tareas de investigación.

14

De todas formas, más que recorrer tediosamente su biografía y exaltar sus logros académicos y profesionales, quisiera basar mi recomendación para que sea aceptado como Doctor Honoris Causa de esta Universidad en aquellas cosas que puede enseñarnos. Me pregunto, como hace Séneca en una de sus epístolas morales, «qué puede el sabio enseñar a los sabios»; que, traducido a nuestro tiempo, queda en «qué puede el doctor enseñar a los doctores» y que, en mi opinión, incluye las siguientes rúbricas, particularmente importantes en momentos en que la Universidad española habla de renovación.

En primer lugar, la obra de Alberto Bercovitz constituye un magnífico ejemplo de cómo abordar el reto de la interdisciplinariedad o, si se quiere, incluso de la unidisciplinariedad de dos de las ciencias sociales más importantes: el Derecho y la Economía. Sus aportaciones en materia de Derecho de la competencia en sentido lato, sus reflexiones sobre el papel del consumidor en el tráfico mercantil y su propia concepción de esta rama del ordenamiento jurídico como el «Derecho privado del tráfico económico» constituyen sobradas muestras de esta interdisciplinariedad.

En segundo lugar, la obra de Alberto Bercovitz es un excelente antídoto contra la tentación «especialista». Por decirlo con sus propias palabras, en estos tiempos que corren, en que la especialidad es entendida «como una declaración no sólo de independencia, sino más bien de autarquía», el Prof. Bercovitz, consciente de que un estudio autárquico de un Derecho especial es necesariamente incompleto y a menudo conduce a conclusiones erróneas, cuando se enfrenta al análisis de los distintos institutos jurídicos lleva a cabo una labor «integradora», en el sentido de que sitúa y relaciona el objeto de estudio dentro del ordenamiento jurídico tomado en su conjunto.

Por último, la obra y la vida del Prof. Bercovitz constituyen un ejemplo del compromiso del intelectual con la sociedad de su tiempo encaminado a mejorar la condición humana. Las universidades no pueden ser un gueto en el que se hace ciencia (o se pretende que se hace) al margen de los problemas de la humanidad y que son problemas de desigualdad, pobreza, hambre, violencia, abuso de poder y ataques contra la libertad que acaban golpeando, casi por definición, a los más vulnerables; problemas a los que se ha dedicado intensamente el nuevo doctor en sus trabajos en materia de Derecho de patentes, sobre todo los referidos a las patentes laborales y universitarias, la problemática que plantean las patentes para medicamentos en los países menos desarrollados, las invenciones biotecnológicas y la protección de los consumidores. En todo su quehacer científico el Prof. Bercovitz ha procurado buscar las soluciones más apropiadas ante cada concreto problema y, por lo tanto, las soluciones más justas, en el convencimiento de que sigue manteniendo todo su vigor la afirmación ciceroniana de que «la ciencia que se aparta de la justicia, más que ciencia debería llamarse astucia».

Es hora de poner fin a mis palabras. Y quisiera hacerlo remedando a nuestro D. Miguel de Cervantes en la dedicatoria al Duque de Béjar de su *Quijote*, con la esperanza de que «poniendo los ojos la prudencia de Vuestra(s) Excelencia(s) en mi buen deseo, fío que no desdeñará(n) la cortedad de mi humilde servicio».

Así pues, considerados y expuestos todos estos hechos, dignísimas autoridades y claustales, solicito con toda consideración y encarecidamente ruego que se otorgue y confiera al Prof. Dr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano el supremo grado de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Zaragoza.

Ignacio Quintana Carlo

## Laudatio al Profesor Dr. Bernd Schünemann

Sr. Rector Magnífico  
Excmas. e Ilmas. autoridades  
Claustro Universitario  
Apreciados colegas alemanes y españoles  
Señoras y señores

17

El orgullo y la felicidad que, como me consta fehacientemente, exhala el espíritu de Bernd Schünemann en este momento de recibir de modo formal y solemne la distinción como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Zaragoza, son sentimientos que hoy también tiene que dejar aflorar de sí, y para sí misma, nuestra más que cuatrocentenaria, prestigiosa y gran Institución, y además en un grado que guarde la debida proporción con el significado y la trascendencia del hecho mismo de incorporar a su elenco honorífico a esta figura, tan destacada y egregia como entrañable, del mundo de la ilustrada, enciclopédica y profunda sabiduría. En mi persona, semejantes sentimientos se ven acrecidos con el del honor inmenso que, en este momento de mi destino, me concede el privilegio no parangonable de obrar como su padrino y, por ello mismo, de poder exponer ante mi comunidad universitaria este panegírico, que he redactado con el mayor sentimiento, para la alabanza y el reconocimiento que merece Bernd Schünemann. En apretada síntesis, ensalzaré los aspectos más destacados de su actividad científica y del significado de su obra, informaré sobre sus estrechos vínculos con nuestra Universidad y del provecho que éstos nos han reportado, y daré a conocer también otras manifestaciones y proyecciones de su espíritu, porque ellas nos ayudarán a comprender mejor la grandeza de su personalidad y su modélica humanidad.

Pero antes me parece obligado expresar aquí algunos agradecimientos. En primer lugar, y siguiendo el orden cronológico del proceso que nos ha traído hasta este solemne acto, al Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho, por haber tomado la iniciativa de promover el otorgamiento de este honor. En segundo lugar, a la Facultad de Derecho, cuya Junta de Facultad respaldó por unanimidad la iniciativa. En tercer lugar, a la Comisión de Doctorado de la Universidad, que también la hizo suya, y por eso informó favorablemente la propuesta. En cuarto lugar, al Consejo de Gobierno de la Universidad, que aprobó la concesión de la distinción prácticamente por unanimidad. Al Sr. Rector Magnífico, al Secretario General y a todo el equipo de protocolo de la Universidad, pues me constan sus desvelos por lograr que una ceremonia como ésta pueda llevarse a cabo con la solemnidad que requiere el

elevado significado de lo que con ella celebramos. Y, finalmente, a todos los colegas y amigos que se han desplazado hasta aquí desde Alemania y desde varios lugares de España, para estar presentes en el acto y expresar así su afecto y su reconocimiento a Bernd Schünemann, sin olvidar a quienes por diversas circunstancias no han podido hacerlo como hubieran deseado. Recibid todos, pues, mi más sentido y sincero agradecimiento.

Bernd Schünemann nació el 1.º de noviembre de 1944 en la localidad de Broistedt (Baja Sajonia), en Alemania. Tras finalizar su bachillerato en 1963, cursó estudios de Ciencias Jurídicas en las Universidades alemanas de Gotinga, Berlín y Hamburgo, y el 27 de mayo de 1967 superó el primer examen jurídico oficial del Estado con la máxima calificación de sobresaliente. Entre 1967 y 1971 escribió su monumental tesis doctoral sobre «Fundamento y límites de los delitos de omisión impropios», dirigida por el Prof. Dr. Claus Roxin, cuya lectura y defensa en 1971 le dio acceso al grado de doctor con la máxima calificación de *summa cum laude*. El 21 de julio de 1971 superó, asimismo, el segundo examen jurídico oficial del Estado con la máxima calificación de sobresaliente. Entre los años 1971 y 1975 ocupó y desempeñó una plaza de asistente científico del Prof. Dr. Claus Roxin en las Universidades de Gotinga y de Múnich, y con un trabajo de investigación sobre «Los cuatro niveles de la interpretación y aplicación del Derecho, ejemplificado en el Derecho procesal de casación», en febrero de 1975 obtuvo en la última Universidad citada la Habilitación para el ingreso en el cuerpo de Catedráticos de Universidad para las áreas de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho. Después de haber ejercido su cátedra en varias universidades alemanas (Bonn, Manheim y Friburgo de Brisgovia), así como el Decanato en la Universidad de Manheim desde 1981 a 1983, en el semestre del invierno de 1990-1991, tras aceptar la correspondiente llamada, se incorporó a la cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Sociología del Derecho de la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich, en la cual, además, también asumió desde su incorporación la Dirección del Instituto para las Ciencias penales completas, la Filosofía del Derecho y la Informática jurídica. En estos cargos permanece hasta el presente, y es en la Universidad múniquesa donde el Prof. Schünemann ha realizado y realiza su vasta y admirable obra científica, además de haber ejercido el Decanato de la Facultad de Ciencias jurídicas durante 1998 y 1999, haber promocionado la fundación del Instituto para Abogados de la Universidad de Múnich en 1994, y haber asumido también la Dirección de éste desde 1995.

La obra científica del Prof. Bernd Schünemann es una de las más importantes y trascendentes de todos los tiempos y a escala mundial. En la actualidad casi se podría afirmar sin exageración alguna

que su producción científica es ya prácticamente inabarcable, y no sólo por la cantidad de escritos que ha publicado en varios idiomas, sino por la pluralidad y variedad de la temática abordada y tratada en ellos. Las publicaciones científicas de este gran jurista alemán alcanzan el número de treinta y seis libros, ya sea como autor, coautor o compilador, ciento ochenta artículos en lengua alemana y otros ciento veinticinco publicados en otras lenguas. En su obra ha tratado con gran profundidad y originalidad cuestiones principales de la Dogmática del Derecho penal, de la Dogmática del Derecho procesal penal, de la Política criminal, incluyendo aquí la reforma del Derecho penal y del proceso penal, del Derecho penal y procesal penal comparados, de la Teoría General del Derecho y de la Filosofía, aquí sobre todo los ámbitos de la Teoría del Método y de la vigencia del Derecho, de la Sociología del Derecho, de la Psicología jurídica, y, en los últimos años, ha dedicado una atención especial a los problemas de la europeización y de la globalización del Derecho. Además de su obra científica teórica, el Prof. Schünemann ha dirigido y desarrollado numerosos e importantes proyectos de investigación de alcance internacional. Precisamente, a finales de 2006 culminó el Proyecto del Programa AGIS de la Comisión europea sobre «Un concepto total para la Administración de justicia europea», en el que han participado bajo su dirección penalistas y procesalistas de varios Estados miembros de la Unión Europea, y el cual ha sido recientemente publicado en alemán e inglés por la prestigiosa editorial alemana Carl Heymann. El Prof. Schünemann ha formado a un número elevado de penalistas, y bajo su dirección obtuvieron la Habilitación para la cátedra universitaria sus discípulos Roland Hefendehl y Tatjana Hörnle, que actualmente son titulares de las cátedras de Derecho penal de Friburgo de Brisgovia y de Bochum, respectivamente.

Se podría decir que en la actualidad Schünemann es el penalista de vanguardia mundial. Su pensamiento y su obra se encaminan y desarrollan en dos direcciones. Por una parte, dedica grandes esfuerzos al tratamiento crítico de los problemas jurídico-penales, procesales y iusfilosóficos de nuestro tiempo, indagando certeramente sobre sus causas reales y tomando posición cabal sobre su verdadero sentido y sobre su adecuado tratamiento. A esta dirección de su pensamiento corresponden sus afinados trabajos críticos sobre problemas —tan acuciantes hoy y tan trascendentes para el futuro— como los relativos, por citar sólo algunos ejemplos, a las respuestas políticas, filosóficas y jurídicas que hay que dar a la protección del ambiente, a la globalización económica, a la criminalidad económica y empresarial, a la construcción del Derecho penal europeo, o a la preocupante penetración de algunas prácticas propias del proceso penal norteamericano en el proceso penal de los sistemas jurídicos continentales. Pero, por otra parte, y aquí se

muestra la segunda dirección de su pensamiento, Schünemann debe ser visto como el guardador y custodio de los más sólidos fundamentos de la teoría penal que la dogmática jurídico-penal ha venido elaborando con ímprobo esfuerzo e intensa polémica a lo largo de más de doscientos cincuenta años. Algo que es necesario, ahora más que nunca, en una situación como la actual en que, como él mismo ha advertido, la ciencia penal quiebra por todas partes. En este sentido, puede estimarse como capital su lucha metódica sin denuedo por alcanzar la síntesis adecuada entre la realidad y los valores jurídicos que se proyectan sobre ella, rechazando vehementemente las actuales —y lamentablemente dominantes— tendencias a construir sistemas jurídico-penales puramente normativos. A esta dirección de su pensamiento pertenecen, por ejemplo y sobre todo, su monumental libro sobre los delitos de omisión impropios —publicado en 1971 y hasta hoy enriquecido sin cesar con nuevas aportaciones—, sus investigaciones sobre autoría y participación, sobre los delitos de peligro o, por citar sólo dos ejemplos más, sus trabajos sobre las relaciones entre ontologismo y normativismo en la ciencia penal y sobre el bien jurídico como referencia central de las normas penales. El Prof. Schünemann ha creado y desarrollado el concepto central del «dominio sobre la causa fundamental del resultado» como criterio general de imputación válido para todos los ámbitos jurídico-penales, es decir, tanto para la acción como para la omisión, y tanto para los delitos comunes como para los delitos especiales. Este criterio ha obtenido un amplio reconocimiento en todo el mundo, y yo mismo lo he asumido de modo destacado. Puede decirse que el Prof. Schünemann se anticipó en el tiempo con su trabajo pionero de 1979 sobre la criminalidad empresarial, pues en él se ocupó ya de un modo precoz de los problemas que actualmente constituyen el centro de atención de la Ciencia penal. Sus aportaciones a la dogmática de la Parte Especial del Derecho penal se concentran en más de 500 páginas de comentarios a los más importantes tipos delictivos del Código penal alemán en el monumental *Leipziger Kommentar*.

Cuando al contemplar la obra científica de Bernd Schünemann nos vemos atraídos primero y prendidos inmediatamente después por la profundidad y por la solidez de sus razonamientos y construcciones, nos preguntamos en seguida por el origen de la fuerza de su discurso. Y cuando tratamos de encontrar ese origen, el camino hacia él nos lo pueden abrir tanto la exclamación de Leibniz en su *Specimen difficultatis in jure*: «¡Oh, si los juristas renunciasen a su menosprecio de la filosofía y comprendiesen que sin filosofía la mayor parte de los problemas de su *ius* son laberintos sin salida!», como las similares reflexiones manifestadas dos siglos más tarde por Franz Brentano en su famosa conferencia, pronunciada en la Sociedad Jurídica de Viena en 1889 y tan elogiada por nuestro Ortega y Gasset, sobre «El origen del conocimiento moral», en



la que comparó al jurista que prescinde de los estudios históricos y filosóficos con el médico que ignora los conocimientos de la zoología, de la física o de la química. Aquí, en el seguimiento de las recomendaciones de Leibniz y de Brentano, encontramos la respuesta a la pregunta por la solidez indestructible y por la fuerza del discurso de Schünemann, es decir, en la savia y en la sabiduría filosóficas que él inyecta e insufla a todas sus descripciones, juicios críticos y construcciones jurídicas. Dicho de un modo más breve y sintético: la encontramos en el hecho de que Schünemann es mucho más que un jurista, en que es un verdadero enciclopedista.

El generoso empeño de difundir su pensamiento y de ejercer su magisterio por todo el mundo, ha convertido a Schünemann en un viajero permanente y, con ello, en un ciudadano del mundo, pues son ya innumerables las conferencias, los cursos y los seminarios científicos que ha impartido y que continúa impartiendo sin descanso ni extenuación en todo el mundo. De su proyección universal da cuenta sobre todo el hecho de que el Instituto para las Ciencias penales completas, la Filosofía del Derecho y la Informática jurídica que dirige en la Universidad de Múnich, acoge de modo permanente a penalistas en formación de todas las partes del mundo —especialmente del sureste asiático y de Latinoamérica, y últimamente también de la Europa del Este—, que acuden a dicho centro en busca de la sabiduría de este excepcional maestro alemán. Su impresionante y desbordante personalidad, a la que no escatima ninguna manifestación de generosidad, afabilidad y hospitalidad, hace de Schünemann un hombre de bondad y sabiduría incomparables, que le han hecho justo acreedor de la admiración, el afecto y el agradecimiento más sentidos de todos sus discípulos y colegas.

El Prof. Schünemann ha sido distinguido ya con varios honores en diversos lugares del mundo, lo que acredita la trascendencia y el reconocimiento de su obra científica y de su dedicación universitaria a escala mundial. En 2005 le fue concedido el título de Doctor Honoris Causa por la Universidad estatal de Mongolia en Ulán Bator, honor que asimismo le ha concedido la Universidad de Zaragoza en 2006 y que hoy celebramos solemnemente. Es, además, miembro de honor de varias instituciones y entidades científicas, como la Sociedad Japonesa de Ciencias penales y la Academia Mexicana de Ciencias penales, Profesor Visitante de la Universidad japonesa de Chuo (Tokio) y Profesor honorario del Instituto de Ciencias penales de la Universidad Normal de Pekín en China, de 1992 a 1998 fue consultor especializado en Derecho penal en la Comisión de selección de la Fundación Alexander von Humboldt, y actualmente es consultor del Congreso de Jurisconsultos y del Parlamento alemanes.

El Prof. Bernd Schünemann mantiene una relación y un vínculo científicos y personales muy estrechos con nuestra Universidad de Zaragoza a través de su Área de Derecho penal, y sus aportaciones al conocimiento de la Filosofía del Derecho y del Derecho penal inspiran en buena medida la actividad docente e investigadora de los profesores de dicha Área.

El primer contacto directo y personal del Prof. Schünemann con nuestra Universidad tiene lugar en marzo de 1991, cuando con motivo de su visita a varias universidades españolas, es invitado a ella por mi maestro el Prof. Dr. José Cerezo Mir, a la sazón primer catedrático de Derecho penal de nuestra Universidad. En esta primera ocasión, el Prof. Schünemann pronunció una profunda y extraordinaria conferencia en nuestra Facultad de Derecho sobre «El concepto material de la culpabilidad». En mi tesis doctoral, de 1984, había asumido algunos de los planteamientos metodológicos del maestro alemán, pero fue aquella visita lo que propició el inicio entre ambos de la relación científica y personal que se fue intensificando con el paso del tiempo, que ya desde hace algunos años adquirió el grado aristotélico de la noble y pura amistad, el estado de la familiaridad permanente, y la cual ha dado lugar a la realización de una rica actividad científica de la que se han obtenido muy valiosos resultados y utilidades.

En los años 1993 y 1994, las Áreas de Derecho penal de las Universidades de Zaragoza y Autónoma de Madrid, y el Instituto para las Ciencias penales completas, la Filosofía del Derecho y la Informática jurídica de Múnich, dirigido por el Prof. Schünemann, desarrollamos un Proyecto de Investigación hispano-alemán sobre «Responsabilidad penal en la criminalidad de empresa», y en los años 1995 y 1996, las mismas Áreas de Derecho penal españolas, y el mismo Instituto muniqués dirigido por Schünemann llevamos a cabo un nuevo Proyecto de Investigación conjunto hispano-alemán, en este caso sobre «Derecho penal del medio ambiente». La realización de estos proyectos motivaron las correspondientes reuniones científicas para el debate y el acuerdo conjuntos de las investigaciones llevadas a cabo y de las propuestas formuladas por los equipos alemán y español, algunas de las cuales se celebraron en la sede de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad zaragozana.

La influencia del pensamiento del Prof. Schünemann en las líneas de investigación de los profesores del Área de Derecho penal de nuestra Universidad y las relaciones científicas y personales con él se manifiestan de un modo especialmente intenso en el hecho de que varios profesores de dicha área, que en la actualidad han obtenido ya plazas de profesor titular de universidad o alcanzado el grado de doctor, se hayan formado con él en el Instituto que dirige en Múnich. Así, mis discípulas María Ángeles Rueda Martín,

actualmente Profesora Titular de Derecho penal en esta Universidad, y que en esta ceremonia es la segunda madrina, Estrella Escuchuri Aisa, actualmente Profesora Asociada de Derecho penal en esta Universidad, y Eva Fernández Ibáñez, llevaron a cabo estancias de investigación pre y posdoctorales de más de un año de duración en Múnich bajo la dirección del Prof. Schünemann, a quien, por ello, podemos considerarle materialmente codirector de sus respectivas tesis doctorales.

Por mi parte, como he dicho, mantengo desde aquel año de 1991 una relación científica y personal muy estrecha con el Prof. Dr. Schünemann, fruto de la cual son mis frecuentes visitas al Instituto para las Ciencias penales completas, la Filosofía del Derecho y la Informática jurídica de Múnich, durante las cuales realizo actividades científicas de intercambio con el maestro alemán, y ya entrañable amigo, y participo con ponencias y debates en los seminarios científicos dirigidos por él. Desde junio a diciembre de 2002, llevé a cabo una larga estancia de investigación en el Instituto múnichés junto a él, y, como fruto de la investigación conjunta desarrollada por ambos, publiqué en España mis atrevidos y polémicos *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, los cuales, para honor y satisfacción míos, están prologados precisamente por el Prof. Schünemann.

Debe hacerse una mención especial del hecho de que la mayor parte de las estancias de investigación de los profesores de nuestra Área de Derecho penal de Zaragoza en el Instituto dirigido por el Prof. Schünemann han sido posibles gracias a la obtención de becas y ayudas económicas de instituciones alemanas, sobre todo del DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico), y que para la concesión de dichas becas han sido, sin duda, determinantes y decisivas las gestiones y el apoyo personales, y tan generosos, del Prof. Schünemann.

Quedaría mutilada esta alabanza si no hiciera una referencia —siquiera sea breve— a ciertas otras dimensiones y proyecciones de la personalidad de Bernd Schünemann que dan cuenta sobrada de su grandeza como hombre y como ciudadano comprometido con los valores más nobles y elevados.

Bernd Schünemann es un conspicuo, vivífico y apasionado cultivador y practicante de las Artes y de las Letras clásicas, cuyos campos también ha enriquecido con bellas e ingeniosas aportaciones para regocijo de quienes tenemos la fortuna y el privilegio de estar inscritos en el registro de sus colegas y amigos próximos. Su acentuada melomanía, que él vive tan intensamente, y de un modo especialmente explosivo con respecto a la obra de Richard Wagner, no se queda presa en una actitud meramente contemplativa, sino que la vivifica en ocasiones por medio de su melodiosa voz operística para deleite de quienes se

hallan con él en los sencillos momentos de asueto que gusta compartir con sus amigos, y que frecuentemente corona con el canto de arias y de otros bellos fragmentos wagnerianos. Su pasión por Wagner ha motivado que de su pluma hayan salido dos ensayos sobre el genial compositor alemán y el hijo de éste Siegfried Wagner. Schünemann ha llevado a Wagner también al teatro, pues ha escrito dos piezas centradas en el músico alemán. La primera, titulada *El último amor de Richard Wagner*, es un monólogo de dos horas de duración, que declama el compositor ante su propia muerte. La segunda pieza teatral, que ha titulado *La pérdida de la inocencia*, es una tragicomedia en que Wagner es mostrado por el autor en la compañía de Nietzsche y del rey Luis II de Baviera.

Bernd Schünemann no se estanca en la mera producción de teoría jurídica y política, sino que practica de un modo activo también sus firmes y nobles compromisos con los más elevados valores humanos y ecológicos. De ello da cuenta el hecho de que hace diez años fundara y asumiera la presidencia de la Asociación Acción Espacios Vitales (*Aktion Lebensräume*), cuya actividad está dirigida a la protección ecológica de los animales, y especialmente a la del rinoceronte en África. Es digna de mención también su breve aventura política. Hace algunos años, Schünemann asumió la presidencia federal del llamado STATT Partei, un partido de independientes cuyo proyecto es la unificación del ideario democrático, ecológico y ciudadano, pero dejó el cargo a los seis meses al percibir aquel proyecto como una utopía.

Con esto llego al final de mi alabanza, y lo hago con la confianza de que lo expuesto haya proporcionado a los asistentes una información, aunque breve, suficiente para confirmar su convencimiento sobre la procedencia y la justicia del otorgamiento a Bernd Schünemann de la distinción como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Zaragoza. Sin embargo, no sería justo que la concluyera sin hacer valer aquí y ahora la sin duda acertada afirmación de que detrás de un gran hombre suele haber siempre una gran mujer, pues eso es justamente lo que sucede en el caso de Bernd Schünemann. Quiero así ampliar este mi panegírico con una extensión de mi alabanza a Ilse Schünemann, a su esposa encantadora, extraordinaria y, por ello, por mí igualmente admirada y querida, para honrarla aquí con cariño y agradecimiento, pues con la cálida compañía y el apoyo constantes que le brinda, ella es también, a buen seguro, verdadera artífice de mucho de lo creado y dado a nosotros por Bernd Schünemann. Pero también considero de justicia expresar, asimismo, en este marco solemne y emotivo mi especial sentimiento de cariño por Franziska, la hija menor de ambos que ha querido estar aquí presente en prueba del amor y del orgullo que siente por su excelso padre.

Permitidme para terminar, ahora sí, que aquí y ahora me haga corifeo de toda la comunidad universitaria zaragozana, y que en tal condición exprese y transmita en su nombre a Bernd Schünemann el honor y el orgullo que representa para todos nosotros su incorporación al elenco de Doctores Honoris Causa de nuestra Universidad. Personalmente, esto representa para mí la mayor alegría de mi vida académica; gracias, muchas gracias, querido Bernd, por tu generosa y gratificante amistad (*Dies bedeutet ausserdem für mich persönlich die grösste Freude meines akademischen Lebens. Vielen, vielen Dank, lieber Bernd, für Deine grossmütige und tröstliche Freundschaft*).

He dicho.

# CEREMONIAL

Para la Investidura  
como Doctores Honoris Causa  
por la Universidad de Zaragoza  
de los Profesores

**ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**  
**BERND SCHÜNEMANN**

*Serán sus padrinos académicos los Profesores Doctores:  
D. Ignacio Quintana Carlo y D. José Antonio García-Cruces González  
D. Luis Gracia Martín y D.<sup>a</sup> María Ángeles Rueda Martín*



Los componentes de la comitiva académica ocupan los lugares reservados a ellos en el estrado (los candidatos se habrán quedado en la antesala del Aula Magna de la Facultad de Derecho). Tras el *Veni Creator*, que se escucha en pie y con la cabeza descubierta, el Rector dice:

— *Sedete et tegite caput.*  
(Sentaos y cubríos)

El Rector ordena al Secretario General la lectura del acuerdo por el que se propone la concesión del Grado honorífico.

29

— *Legite Studii Generalis Civitatis Caesaraugustanae senatusconsultum.*  
(Leed el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad de Zaragoza)

Realizada la lectura, el Rector ordena a los padrinos:

— *Ite arcessitos candidatos.*  
(Id a buscar a los candidatos)

Los padrinos, precedidos por los maceros, van a buscar a los candidatos. Acuden éstos, destocados, acompañados de sus padrinos respectivos, y saludan a la Presidencia con una inclinación de cabeza en el momento en que son nombrados por el Secretario General. Repiten el saludo al Claustro y se sitúan, en pie, junto a sus sitios en el estrado.

Finalizada la presentación, les dice el Rector:

— *Sedete.*  
(Sentaos)

Y, dirigiéndose a los padrinos:

— *Pronuntientur a patronis laudes candidatorum.*  
(Háganse por los padrinos los elogios de los candidatos)



Los profesores de la Facultad de Derecho, D. Ignacio Quintana Carlo y D. Luis Gracia Martín, sucesivamente, ocuparán la Cátedra y pronunciarán los elogios de los candidatos.

Finalizados los elogios, el Rector dice al Claustro y a los presentes:

— *Levate.*  
(Levantaos)

Y pregunta al Claustro:

— *Conceditisne ut Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano et Bernd Schünemann Honoris Causa munia doctoris induatur?*  
(¿Estáis de acuerdo con que los profesores Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano y Bernd Schünemann sean revestidos con los atributos doctorales Honoris Causa?)

30

El Claustro responde:

— *Concedimus.*  
(Lo estamos)

El Rector dice a los candidatos:

— *Auctoritate mihi concessa legibus Regni et Studii Generalis Civitatis Caesaraugustanae, vobis confero Gradum Doctoris Honoris Causa. Patroni insignibus doctoralibus vos vestient et eorum significationem explicabunt.*  
(Por la autoridad que me otorgan las leyes del Reino y de la Universidad de Zaragoza, os confiero el grado de Doctor Honoris Causa. Vuestros padrinos os investirán con las insignias doctorales y os explicarán su significado)

Y advierte a los presentes:

— *Sedete.*  
(Sentaos)

Siguiendo el orden de la presentación, padrinos y candidatos se disponen para la investidura. El padrino principal muestra a su candidato el birrete, mientras dice:

— *Accipe pileum quo non solum splendore ceteros praecedas, sed quo etiam tamquam Minervae casside ad certamen munitior sis.*

(Recibe el birrete no sólo para que sobresalgas de entre los demás, sino también para que estés mejor protegido en el combate, como con el casco de Minerva)

Le impone el birrete.

31

Mostrándole el libro abierto, dicen (los dos padrinos):

— *En librum apertum ut scientiarum arcana reseres.*

(He aquí el libro abierto, para que accedas a los secretos de las ciencias)

Mostrándoselo cerrado, dicen:

— *En clausum ut eadem prout oporteat intimo pectore custodias.*

(Helo cerrado, para que, según proceda, lo guardes en lo profundo del corazón)

Se lo entregan diciendo:

— *Do tibi facultatem legendi, intelligendi et interpretandi.*

(Te doy la facultad de enseñar, de comprender y de interpretar)

Padrinos y candidato se abrazan, vuelven a sus lugares y permanecen en pie.

Terminada la investidura de los candidatos, el Rector dice a los restantes:

— *Levate.*

(Levantaos)

Y dice al Secretario General:

— *Lege promissum novis doctoribus.*  
(Lee el juramento a los nuevos Doctores)

El Secretario General, mostrando los Estatutos de la Universidad de Zaragoza, pregunta a los candidatos:

— *Promittitis observare et adimplere omnia et singula quae sequuntur?*  
(¿Prometéis observar y cumplir todas y cada una de las cosas que siguen?)

Los candidatos simultáneamente responden:

— *Sic promitto et sic volo.*  
(Así prometo y quiero)

Y sigue el Secretario General:

— *Primo, semper et ubicumque fueritis, iura et privilegia, honorem Studii Generalis Civitatis Caesaraugustanae conservabitis et semper id iuvabitis, favorem, auxilium et consilium praestabitis in factis et negotiis universitatis quotiens requisiti fueritis?*  
(Y, en primer lugar, siempre y doquier estuviereis, ¿guardaréis siempre los derechos y privilegios y el honor de la Universidad de Zaragoza y la ayudaréis siempre y le prestaréis vuestro concurso, apoyo y consejo en los asuntos y negocios universitarios tantas veces cuantas fuereis requeridos?)

Los Doctorandos contestan:

— *Sic promitto et sic volo.*  
(Así prometo y quiero)

El Rector añade:

— *Accipio promissum vestrum. Studium Generale Civitatis Caesaraugustanae testis est et iudex erit si de fide decederetis.*

(Recibo vuestra promesa, la Universidad de Zaragoza es testigo y será juez si faltareis al compromiso)

El Secretario General nombra uno por uno a los nuevos Doctores, que se acercan a la Mesa Presidencial para que el Rector les imponga la Medalla y les entregue el Título.

33 Vuelven éstos a sus sitios en el estrado.

A continuación el Rector dice:

— *Sedete.*

(Sentaos)

El Rector da la palabra a los nuevos Doctores.

— *Puede ocupar la Cátedra el Doctor Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano.*

El Rector agradece la intervención y concede la palabra al siguiente doctor.

— *Puede ocupar la Cátedra el Doctor Bernd Schünemann.*

Los Doctores Honoris Causa, acompañados por sus respectivos padrinos, ocupan sucesivamente la Cátedra y pronuncian sus discursos.

Al finalizar las intervenciones de los nuevos Doctores, el Sr. Rector Magnífico toma la palabra.

Terminado su discurso el Rector dice:

— *Pongámonos en pie para entonar el Gaudeamus Igitur.*

Terminado el Gaudeamus Igitur, el Rector clausura el acto.

# Un paseo de medio siglo con el Derecho mercantil

Sr. Rector Magnífico  
Excmas. e Ilmas. autoridades  
Claustro Universitario  
Miembros de la Comunidad Universitaria  
Señoras y señores

35

Ante todo me es difícil expresar el extraordinario significado que para mí tiene el honor que hoy se me confiere por la iniciativa de mis discípulos favorablemente acogida por los órganos de gobierno de esta Universidad. Para un universitario el título que hoy recibo es el más importante que puede obtener en su carrera académica. Muchas gracias.

Por lo demás, la *laudatio* que acaban de escuchar Vds., pronunciada por el Prof. D. Ignacio Quintana, pone de manifiesto la gran amistad que me une con él y la habilidad con que ha maquillado el retrato para que el personaje resulte muy favorecido. Después de esa *laudatio* lo mejor sería que no dijera ningún discurso para no rebajar la imagen que a Vds. se les ha transmitido. Pero evidentemente no puedo dejar de cumplir con las exigencias del protocolo, y por ello voy a exponerles a Vds. lo que titulo «un paseo de medio siglo con el Derecho mercantil».

Como habrán podido suponer por el título de este discurso, me propongo exponerles a Vds. mi vivencia de medio siglo relacionada con el Derecho mercantil.

En efecto, mi primer contacto con el Derecho mercantil data de octubre de 1957, cuando inicié el estudio de Derecho mercantil I con las clases del Prof. D. Joaquín Garrigues en la que entonces era la Universidad Central de Madrid.

En aquellos años se producía una renovación profunda de los estudios de Derecho mercantil gracias a las aportaciones absolutamente fundamentales de grandes maestros como el propio D. Joaquín Garrigues, D. Rodrigo Uría, D. Antonio Polo, D. José Girón Tena, D. Agustín Vicente y Gella y D. Emilio Langle.

Al terminar la carrera comencé a trabajar sobre mi tesis doctoral en materia de patentes, para lo cual acudí a la Universidad de Múnich.

Recuerdo que cuando le expuse por primera vez al Prof. Eugen Ulmer el proyectado objeto de mi tesis —los requisitos de patentabilidad en los Derechos español, francés, italiano, inglés y alemán—

me hizo ver delicadamente lo excesivo de mi proyecto, contestándome que desde Múnich se podían hacer muchas excursiones a sitios muy interesantes.

Al volver a España participé en la redacción de dos Anteproyectos de Ley de patentes elaborados, uno por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos bajo la dirección del Prof. D. Joaquín Garrigues, y otro en el Ministerio de Industria.

En aquellos años el Derecho de patentes y la propiedad industrial en general no tenían ninguna relevancia. Vale la pena señalar que el entonces denominado Registro de la Propiedad Industrial estaba situado en los sótanos del que hoy es el Ministerio de Agricultura, y el suelo de los despachos estaba asfaltado. Parece ser que en invierno, debido a las deficiencias en el suministro de combustible, hubo algún funcionario que alimentó la calefacción con documentos del archivo utilizando para ello, por razones obvias, los más antiguos.

Aquellos Anteproyectos de Ley de patentes no prosperaron, especialmente por la oposición de los laboratorios químico-farmacéuticos españoles a admitir la patente de producto para las sustancias químicas y los medicamentos.

Lo cierto es que en aquellos años, dada la realidad económica española, esto es, la de un país en vías de desarrollo, las patentes y la propiedad industrial en general apenas tenían importancia práctica. Hubo que esperar hasta los años ochenta para que se renovara la legislación sobre propiedad industrial como una de las consecuencias importantes jurídicamente de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea en el año 1986.

A partir de esos años ochenta se fue renovando toda la legislación española en materia de propiedad industrial, con las sucesivas Leyes de Patentes, de Marcas, de Diseño Industrial y de Obtenciones Vegetales.

Pero lo que hay que destacar es que esta materia, la propiedad industrial, que hasta los años ochenta era marginal en todos los ordenamientos jurídicos pasó a ser una materia de extraordinaria importancia ante todo en las negociaciones comerciales internacionales y como consecuencia de ello en los distintos ordenamientos jurídicos. Ello fue debido a la constatación por parte de los países más desarrollados de que sus balanzas de pagos y sus economías dependían básicamente de la protección de los bienes inmateriales protegidos por la propiedad industrial, esto es, la tecnología y los signos distintivos básicamente, así como la protección de las obras objeto del derecho de autor, incluidos los programas de ordenador. Esa tras-

endencia económica es la que dio lugar al Convenio ADPIC firmado en Marrakech en el año 1994 como anexo al Convenio de la Organización Mundial del Comercio.

El resultado de esta evolución es que la propiedad industrial alcanza un protagonismo que no hubiera podido imaginarse treinta años antes tanto a nivel internacional como nacional. A nivel nacional es muy gráfico señalar que del Registro de la Propiedad Industrial situado en un sótano con suelo de asfalto se ha pasado a la Oficina Española de Patentes y Marcas ubicada en una torre de 18 plantas en el distrito financiero de Madrid.

37

Así, resulta que hoy día la propiedad intelectual en sentido amplio se rige básicamente por lo dispuesto en los tratados internacionales y por las normas de la Unión Europea, de manera que la libertad del legislador nacional está muy limitada. Ello implica entre otras cosas que los intereses que subyacen a este tipo de normas han de ser defendidos en los foros internacionales o comunitarios europeos.

Y no cabe ignorar la gran importancia que tienen muchos de los temas actualmente en discusión a nivel global como son, por ejemplo, la problemática que plantean las patentes para medicamentos, especialmente los medicamentos antisida, en los países menos desarrollados, o los intentos de protección de los recursos biológicos de los países en vías de desarrollo, de los conocimientos tradicionales o del folclore.

A nivel comunitario europeo los temas en discusión tienen también gran trascendencia para España. Me refiero a la pretensión de suprimir la exigencia de traducción al español de las patentes europeas concedidas para España, o a los proyectos de someter los litigios referentes a patentes europeas concedidas para España a la jurisdicción de tribunales europeos situados fuera del territorio español y donde se utilizan idiomas extranjeros.

En los años sesenta participé también en un seminario de Derecho mercantil que patrocinaban la Fundación Ford y el Banco Urquijo sobre el Derecho antitrust, que constituía en aquellos momentos una novedad tanto a nivel europeo como a nivel interno español. En efecto, el Tratado de Roma de 1957 incorporó en los artículos 85 y siguientes las normas protectoras de la libre competencia. Y a nivel interno español, con un afán político de aproximarse a la Comunidad Económica Europea, se promulgó la Ley de Prácticas de la Competencia del año 1963.

Se trataba, pues, de un área absolutamente nueva en el ordenamiento jurídico español.

Por lo demás, la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia tuvo una eficacia casi nula, debido, sin duda, a la falta de voluntad política para su aplicación.

El hecho es que con la Ley de 1963 empezó a estudiarse un área totalmente nueva en el Derecho mercantil, concretamente el Derecho de la competencia. Y esto es importante porque ese Derecho de la competencia tenía un origen y un contenido totalmente distintos y alejados del Derecho mercantil tradicional decimonónico. Surge para el estudio del Derecho mercantil una perspectiva totalmente nueva que no había existido hasta entonces, que es la vinculación del Derecho mercantil a la regulación de la actividad en el mercado.

Hubo que esperar hasta la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea en el año 1986 para que la protección de la libre competencia tuviera una incidencia práctica importante por la aplicación directa a las empresas de las prohibiciones contenidas en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Y precisamente para homologarse con el Derecho europeo se promulgó la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, a punto de ser sustituida en estos momentos por una nueva ley, que sí que ha tenido una incidencia en la realidad económica española.

El otro ámbito que se incluye habitualmente en el Derecho de la competencia, esto es, la protección contra la competencia desleal, hubo de esperar también hasta los años noventa para tener una regulación moderna en la Ley de Competencia Desleal del año 1991.

En esa ley se concibe la protección contra la competencia como necesaria para el mercado y a favor, por lo tanto, de todos los participantes en el mismo, tanto los empresarios como los consumidores.

Por eso no deja de ser sorprendente y lamentable que en la nueva Directiva de la Unión Europea sobre prácticas comerciales desleales se rompa con el principio de que la prohibición de competencia desleal se establece en beneficio de todos los participantes en el mercado, sustituyéndose por una regulación que divide los intereses de los que participan en el mercado, estableciendo la prohibición de determinadas prácticas desleales atendiendo exclusivamente a los intereses de los consumidores.

Resulta así la paradoja de que fue un logro en su momento admitir que las normas sobre competencia desleal protegían también a los consumidores, para pasar ahora a un planteamiento en que resulta que la prohibición de prácticas desleales se hace exclusivamente en beneficio de los consumidores y no de los restantes participantes en el mercado.



En 1970 fui nombrado miembro permanente de la Comisión General de Codificación que contaba entonces con una Sección de Derecho privado y una subsección de Derecho mercantil presidida por D. Joaquín Garrigues. En esa Comisión tuve ocasión de intervenir en la Ley de Reforma del título preliminar del Código civil y en los sucesivos Anteproyectos de Ley emanados de la Comisión tales como la reforma del Código de Comercio en materia de registro mercantil y contabilidad del año 1973 o la reforma de la mitad del año 1975 para suprimir la autorización que hasta entonces necesitaba la mujer casada para poder ejercer el comercio.

En todo caso, en aquellos años las modificaciones legales en materia de Derecho mercantil eran relativamente escasas. Por eso se decía que el Derecho privado, y más concretamente el Derecho mercantil, era mucho más estable en su legislación que otras ramas del ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo, el Derecho fiscal o el Derecho laboral.

Pero esa idea ha dejado de ser en gran parte correcta. Hoy día se multiplican las reformas, creando un grave problema de seguridad jurídica, especialmente por la práctica cada vez más frecuente según la cual, cuando un Ministerio quiere modificar parcialmente una ley y desea hacerlo con cierta urgencia, aprovecha la existencia de cualquier Proyecto de Ley en tramitación en las Cortes para añadir unas cuantas disposiciones adicionales o finales en las que introduce la modificación deseada de una ley que nada tiene que ver con la ley que se está tramitando. A modo de caricatura puede citarse, por ejemplo, que en la Ley de 4 de mayo de 1999, del Consejo de Seguridad Nuclear, se introdujeron varias disposiciones adicionales y una disposición transitoria referidas a la Ley de Marcas.

Una parte fundamental del trabajo realizado en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación se ha referido al Derecho de sociedades. En los años setenta se trabajó en un Anteproyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles, siguiendo el ejemplo de la ley francesa de 1966, pero ese anteproyecto se abandonó para preparar el texto que daría lugar al Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas del año 1979, que se inspiraba en las directivas comunitarias y que no prosperó al ser rechazado por sectores empresariales importantes, que se encontraban muy a gusto con la Ley de 1951.

Hubo, pues, que esperar a la adhesión de España a la CEE y a la consecuente obligación de trasponer las directivas comunitarias sobre sociedades anónimas para que viera la luz la Ley del año 1989.

Es extraordinariamente significativo de la importancia que la adhesión de España a la CEE tuvo en el ámbito jurídico el hecho de que la regulación de las sociedades anónimas del anteproyecto de 1979, directamente inspirada en las directivas comunitarias, no pudo prosperar como Proyecto de Ley, y, sin embargo, diez años más tarde el texto que trasponía esas mismas directivas llegó a ser ley sin ninguna clase de problemas.

Posteriormente se elaboró en la Comisión y se promulgó la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Después de esos cambios, a diferencia de lo que ocurría antes de 1989, se crean, como es lógico, muchas menos sociedades anónimas que sociedades de responsabilidad limitada. Así, por ejemplo, según las estadísticas del Registro Mercantil Central, en el año 2006 se constituyeron 2029 sociedades anónimas, mientras que el número de sociedades de responsabilidad limitada en ese año fue de 141 830.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 aportó, además, otra importante novedad, como fue la introducción en nuestro ordenamiento jurídico, por trasposición de la correspondiente directiva comunitaria, de la sociedad unipersonal, tanto de responsabilidad limitada como anónima. La introducción de esa modalidad societaria ha dado lugar, como es obvio, a una nueva problemática, por cuanto ya no puede considerarse como un requisito para la constitución y existencia de una sociedad la pluralidad de socios. Bien es cierto que la sociedad unipersonal tiene que entenderse como un supuesto absolutamente excepcional en el ámbito societario, que da una apariencia de sociedad a lo que realmente es un patrimonio separado.

En la evolución de la regulación de las sociedades mercantiles hay que destacar la extraordinaria importancia que han tenido y siguen teniendo las directivas comunitarias.

Por otra parte, los trabajos iniciados en el año 1970 para la redacción de una ley general de sociedades mercantiles han tenido continuidad en el seno de la Comisión General de Codificación dando lugar a la Propuesta de Código de sociedades mercantiles publicada en el año 2002.

Pero esa Propuesta no fue asumida por el Gobierno y quedó en vía muerta por la oposición de destacados sectores empresariales que criticaban especialmente la regulación contenida en la propuesta de Código para las sociedades cotizadas en bolsa y para los grupos de sociedades. En particular se rechazaban algunas normas que afectaban directamente a las personas que ostentaban cargos en la administración de las sociedades cotizadas. Me refiero a medidas tales como el establecimiento de una edad máxima para

ser miembro de un consejo de administración, la limitación del número de miembros de los consejos de administración, así como del número de consejos de administración de los que se podía formar parte o la separación entre la presidencia de la junta general de accionistas y la presidencia del consejo de administración de la sociedad.

41 En paralelo a los proyectos legislativos que acabo de mencionar se produce a partir de finales de los años noventa un nuevo fenómeno de gran alcance como es la creación de sucesivas comisiones para proponer medidas dirigidas a fomentar el buen gobierno de las sociedades cotizadas. Primero la Comisión Olivencia, que dio lugar al código de buen gobierno, en el año 1998, después la Comisión Aldama para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, cuyo informe se publicó en el año 2003, y más recientemente el informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas (Informe Conthe) de mayo de 2006.

Todos esos informes se basan en la idea de sustituir la regulación legal mediante normas imperativas aplicables a las sociedades cotizadas en bolsa por un planteamiento de autorregulación en el que sean las propias sociedades las que establezcan reglas asumidas voluntariamente para limitar y controlar mejor el poder de los administradores y fomentar la transparencia en la actuación de las sociedades en el mercado.

El hecho es que se ha seguido en parte el planteamiento de la Propuesta de Código de sociedades mercantiles en el sentido de dedicar diversas normas legales imperativas a establecer en algunos aspectos el régimen de las sociedades cotizadas en bolsa. Esas normas, que se refieren tanto a la publicidad de los pactos parasociales como a determinados aspectos de los órganos sociales y a la exigencia de un informe anual de gobierno corporativo, fueron tomadas en gran parte del borrador de proyecto de código de sociedades mercantiles, pero sorprendentemente se han incluido no en la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que se trata de normas sobre el régimen societario, sino en la Ley del Mercado de Valores, separándolas así artificialmente de la regulación general de las sociedades anónimas y, lo que es más grave, sometiendo la aplicación de esos preceptos legales al posible desarrollo reglamentario que pueda hacerse incluso a través de las instrucciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En los últimos años hay que señalar la existencia de otro tipo de modificaciones en el régimen de las sociedades mercantiles. Se trata de que particularmente desde el Ministerio de Industria se tiene la preocupación de facilitar la creación de nuevas empresas suprimiendo para ello los trámites que son nece-

sarios para que una empresa pueda comenzar a actuar. Y al parecer se piensa desde ese Ministerio que con esa finalidad es necesario reducir drásticamente los plazos necesarios para la inscripción de las nuevas sociedades de responsabilidad limitada creadas para la constitución y explotación de pequeñas y medianas empresas.

Con esa finalidad se modificó en el año 2003 la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para incluir un nuevo subtipo, que es la sociedad nueva empresa.

Realmente, ese planteamiento, que pretende solucionar los problemas del cúmulo de autorizaciones de diversa índole que son necesarias en España para crear y explotar una nueva empresa reduciendo los plazos para la inscripción de las nuevas sociedades mercantiles, es un planteamiento equivocado.

La creación de un nuevo subtipo de sociedad de responsabilidad limitada, sociedad nueva empresa, ni soluciona el problema que ha dado lugar a su creación, ni está formulada correctamente desde el punto de vista de la técnica jurídica.

La realidad es que el tiempo exigido para la inscripción en el Registro de una nueva sociedad no es normalmente un obstáculo para la puesta en marcha de las nuevas empresas.

Así, resulta que el éxito de ese tipo de sociedades ha sido reducidísimo, como ponen de manifiesto las estadísticas del Registro Mercantil Central. En efecto, en el año 2006 se constituyeron 1376 sociedades limitadas nueva empresa, un número realmente insignificante frente a las 141 830 sociedades limitadas constituidas en el mismo año.

En el año 1978 se promulgó la Constitución española, con una incidencia destacadísima en todo el ordenamiento jurídico español y también, por supuesto, en el Derecho mercantil, en relación con el cual se contienen normas que le afectan directamente. Así, por ejemplo, al establecer la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38), principio éste al que se vincula toda la regulación legal del Derecho de la competencia. Otro aspecto en el que ha tenido una incidencia decisiva el texto constitucional es el reconocimiento que se hace en el artículo 51 de la defensa de los consumidores y usuarios; e igualmente fundamental es la competencia que se atribuye al Estado en exclusiva de la legislación mercantil (artículo 141.1.9.ª).

La protección de los consumidores había tenido su origen a principios de los años sesenta, vinculada a un famoso mensaje del presidente Kennedy en el que señalaba que todos somos consumidores.

La idea que subyace bajo este planteamiento consiste en que es necesario adoptar medidas que permitan defender adecuadamente los intereses de los consumidores, esto es, de los ciudadanos, cuando se relacionan con las empresas. Ese principio de protección de los consumidores, que no estaba originariamente incluido en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, había dado lugar a un programa preliminar para la política de protección de los consumidores elaborado en el seno de la Comunidad Económica Europea. Y fue ese programa preliminar el que influyó decisivamente en la redacción del artículo 51 de la Constitución.

43

Hubo que esperar hasta el año 1984, en que se promulgó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ley que técnicamente es extraordinariamente defectuosa y en la que confluyen normas procedentes de áreas del ordenamiento jurídico totalmente distintas. Por una parte, las normas que se refieren al control administrativo de la sanidad y de la seguridad de los productos, y, por otra parte, disposiciones legales novedosas para la protección de los intereses económicos de los consumidores.

Surge así un ámbito nuevo jurídico-privado que se refiere a las relaciones entre los empresarios y los consumidores. Es un conjunto normativo que se desarrolla en paralelo a la regulación tanto del Código civil como del Código de Comercio. Se crea así una complicación adicional de nuestro sistema de normas jurídico-privado.

En esta área nueva de protección de los intereses económicos de los consumidores, que da lugar a normas de naturaleza jurídico-privada, han sido fundamentales las sucesivas directivas comunitarias. Supuesto que esas directivas se han ido incorporando mediante leyes especiales, ello ha contribuido a hacer más confuso el sistema jurídico-privado en su conjunto. Por esa razón tiene ahora todo su sentido la elaboración de un texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ya está en tramitación, texto en el que se distinguen en dos libros diferentes las normas de protección de los consumidores según su naturaleza jurídica. El libro primero con normas de carácter administrativo referentes a la protección de la salud y a la seguridad de los productos, y un libro segundo con normas jurídico-privadas que regulan la contratación de los consumidores y la responsabilidad civil derivada de las relaciones entre empresarios y consumidores y usuarios.

Esta distinción entre normas administrativas y normas jurídico-privadas en el ámbito de la protección de los consumidores tiene la mayor importancia, por cuanto en el ámbito de las normas adminis-

trativas la competencia legislativa corresponde en gran medida a las Comunidades Autónomas, de tal manera que puede decirse que cada Comunidad Autónoma tiene en ese ámbito jurídico-administrativo su propia ley de consumidores y usuarios.

A esa complejidad creada por la existencia de leyes autonómicas para la protección de los consumidores y usuarios hay que añadir la existencia también de leyes autonómicas para la regulación del comercio minorista, con la consecuencia de que también en estas leyes se contienen normas relacionadas con la protección de los consumidores y usuarios.

Si a ello se añade que también afectan a la protección de los consumidores las leyes estatales de competencia desleal general de la publicidad y de ordenación del comercio minorista, se comprende que se ha creado una situación absolutamente inaceptable desde el punto de vista de la unidad del mercado.

44

El cambio en materia de títulos valores ha sido también espectacular por cuanto la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985 incorporó las leyes uniformes de letra de cambio, pagaré a la orden y cheque de Ginebra de los años 1930 y 1931, aunque hay que reconocer que lo más relevante es que la letra de cambio ha pasado a ser utilizada, hasta cierto punto, marginalmente.

Vinculada al cambio tecnológico está también la transformación de los títulos valores en valores a secas, esto es, en títulos que carecen de documentación en papel, como ocurre con las acciones cuyo soporte son las anotaciones en cuenta.

En materia de obligaciones y contratos, ha tenido una gran trascendencia el Convenio de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, la Convención de Viena, que tiene gran trascendencia, no sólo a nivel internacional por haber conseguido finalmente integrar en una misma regulación principios derivados del Derecho continental europeo y del Derecho anglosajón, sino también por el cambio que significa especialmente al introducir la exigencia de conformidad de los bienes vendidos.

Igualmente constituye una novedad fundamental la utilización de las redes informáticas para la contratación; bien es cierto que el problema que plantean las redes informáticas no sólo afecta al tema de la contratación, respecto de la cual no ha sido difícil una integración de los nuevos supuestos de hecho en la regulación general de obligaciones y contratos, sino que han surgido nuevos problemas como son los que se refieren a la firma electrónica, a la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información o la titularidad y utilización de los nombres de dominio.

Pero en materia de obligaciones y contratos ha surgido en los últimos tiempos una problemática que era impensable antes de la existencia de la Constitución y de los estatutos de autonomía.

Hasta muy recientemente la doctrina mercantilista era totalmente favorable a la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, integrando en unos mismos textos legales las normas en la materia que serían aplicables indistintamente tanto a los contratos civiles como a los mercantiles.

Pero ese planteamiento se ha visto alterado como consecuencia de la aparición en alguna Comunidad Autónoma de leyes y códigos autonómicos en los que se incluye la regulación de temas relacionados con las obligaciones y contratos.

45 Esa realidad que está emergiendo de disposiciones legales autonómicas que regulan materias de obligaciones y contratos afecta sin duda a la exigible unidad del mercado en el aspecto jurídico-privado. Ello ha hecho tomar especialmente en consideración que la Constitución no sólo reconoce la existencia de una legislación mercantil, sino que atribuye, sin lugar a dudas, la competencia exclusiva en esa materia al Estado. Y esa atribución de competencia tiene sin duda su justificación, como se ha dicho, en el aseguramiento de la unidad del mercado en el ámbito jurídico-privado en todo el territorio del Estado.

La consecuencia ha sido la de considerar que la unificación de las normas civiles y mercantiles en materia de obligaciones y contratos no es deseable dada la nueva situación, porque sólo la existencia de una regulación mercantil es la que garantiza la necesaria unidad del mercado. Por ello se ha pasado a defender el mantenimiento de una regulación mercantil que es competencia exclusiva del Estado, y las normas, por consiguiente, se aplican en todo el territorio español.

Por último, al final de este medio siglo al que me estoy refiriendo fue posible conseguir la promulgación de una ley concursal, la de 9 de julio de 2003, cubriendo así una necesidad fundamental en nuestro ordenamiento jurídico que venía siendo reclamada tanto desde la práctica como desde la doctrina.

Esa ley está siendo sometida ahora a la prueba de su aplicación práctica, y sin duda esa aplicación está poniendo de manifiesto la necesidad de realizar algunos cambios, pero parece razonable esperar un cierto tiempo antes de modificar una ley tan compleja. En cualquier caso hay cuestiones importantes que habrá que tener en cuenta en el momento en que se considere que debe producirse el cambio legislativo. En efecto, parece que la nueva ley necesitaría una adaptación para los supuestos de concursos que implican a miles de acreedores y en sentido contrario los concursos en los que no existen bienes que permi-

tan su tramitación. Lo que parece cierto, además, es que el texto de la Ley Concursal está pensado fundamentalmente para su aplicación a las sociedades, de manera que plantea numerosos interrogantes cuando se trata de aplicarlo al concurso de las personas físicas. Y de la misma manera, se ha puesto de manifiesto al existir esa Ley Concursal que es necesario regular, mediante normas diferenciadas, bien dentro de la Ley Concursal, bien al margen de ella, lo que se denomina el sobreendeudamiento de los consumidores.

Llegamos, pues, a la situación actual del Derecho mercantil radicalmente distinta de la que existía hace medio siglo.

En conjunto, desde el punto de vista de la legislación, se plantean varios problemas fundamentales.

En primer lugar, es un hecho especialmente apreciable en determinadas áreas del ordenamiento jurídico la globalización de las normas. Así ocurre, por ejemplo, en materia de propiedad industrial y en materia de mercado de valores o contabilidad. Esa globalización significa que el legislador interno no es libre de dictar las normas que considere más oportunas en determinadas materias, puesto que la regulación en esas áreas viene impuesta por normas dictadas a nivel internacional. De ahí la extraordinaria importancia que tiene la participación activa en los foros donde esas normas internacionales se establecen, con el fin de que se tengan en cuenta los intereses de nuestro país en las reglas que se adopten. La misma situación se plantea en relación con el Derecho europeo, puesto que las directivas y reglamentos comunitarios inciden directamente en la regulación legal vigente en España; es, pues, necesario esforzarse en influir en la elaboración de esas normas a nivel comunitario para que se tengan en cuenta los intereses y planteamientos del ordenamiento jurídico español, puesto que, una vez adoptadas las normas comunitarias, han de ser acatadas y aplicadas en el territorio español.

Y, finalmente, se plantea en la actualidad la necesidad de proceder a lo que puede denominarse una recodificación mercantil.

En efecto, la actual dispersión y proliferación de leyes mercantiles da lugar a la falta de seguridad jurídica, por lo que la integración de todas esas disposiciones legales en un único texto resulta muy deseable.

La integración en un código de toda la legislación mercantil permitirá conocer fácilmente las normas que rigen en todo el territorio del Estado para asegurar la unidad del mercado en el ámbito jurídico-privado.



Esa nueva codificación no sólo sirve a la unidad del mercado y a la seguridad jurídica, sino que además implica la modernización de la normativa jurídico-mercantil.

Entre las exigencias de la modernización está la nueva perspectiva en la que se basa actualmente el Derecho mercantil, que trata de regular el *status* de quienes actúan en el mercado y las actividades que tienen lugar en él. Pero hay leyes vigentes que no exigen cambios significativos y que pueden integrarse por ello simplemente incluyéndolas de la manera sistemática más adecuada en el nuevo código.

47

La modernización exige, sin duda, que se tengan en cuenta la incidencia de las nuevas tecnologías en la publicidad legal, la contratación, el régimen jurídico de los valores o la prestación de servicios en la sociedad de la información. En materia societaria se trata de integrar en un mismo texto legal toda la normativa aplicable a las sociedades mercantiles, siguiendo el modelo de propuesta de Código de sociedades mercantiles ya publicado, y también resulta indispensable la regulación de muchos tipos de contratos mercantiles que hoy carecen de regulación legal, tal como ocurre, por ejemplo, con el suministro, los contratos de distribución, los contratos sobre el establecimiento mercantil, los contratos de servicios turísticos, el contrato de transporte, los contratos bancarios y de financiación, las operaciones en el mercado de valores y también los contratos sobre bienes inmateriales.

La otra característica de la nueva codificación consiste en su flexibilidad derivada de la forma de numeración de los artículos, numeración que ha sido seguida en la nueva codificación francesa. En efecto, al numerarse por separado cada uno de los capítulos del texto legal es fácil incluir las modificaciones que se vayan produciendo, pues los cambios afectarán solamente a la numeración del capítulo del que se trate, pero se mantendrá la numeración del resto del articulado y todo ello sin necesidad de numerar los nuevos artículos como *bis*, *ter* o *quater*, o añadiéndoles una letra a, b..., como ocurre ahora con frecuencia.

En definitiva, por lo tanto, es deseable la realización de un código moderno que integre toda la legislación mercantil que rige en todo el mercado español por exigencia de la unidad de mercado, y que ese código sea flexible en la medida que facilite la incorporación a éste, de una manera muy simple, de las innovaciones legales que se vayan produciendo.

El valor de un código con esas características es realmente extraordinario. Porque no puede olvidarse que una legislación clara, técnicamente correcta, debidamente actualizada y relativamente estable es garantía no sólo de una mejor justicia, sino que, además, tiene un impacto económico de primera magni-

tud por facilitar las decisiones empresariales, evitar en gran medida los litigios y aumentar la previsibilidad de los fallos en los procedimientos judiciales.

Por todo ello constituye un hecho trascendental para el futuro del Derecho mercantil en nuestro país el encargo realizado a la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación para la elaboración de un nuevo Código mercantil, por orden del ministro de Justicia de 7 de noviembre de 2006. Y a esa tarea, realmente ilusionante pero muy compleja, se dedica ahora la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

Al terminar este paseo no puedo dejar de tener un recuerdo para mis padres, que me apoyaron en todo momento cuando me propuse iniciar mi carrera académica; agradecer a mis hermanos, Jaime y Rodrigo, que me han dado ejemplo con su laboriosidad, aunque es conocido que las publicaciones de mi hermano Rodrigo y mías se nos atribuyen a uno u otro con frecuencia de manera indistinta y arbitraria; a mis hijos, Germán y Raúl, que me han apoyado siempre con su cariño y su colaboración, y muy especialmente a quien ha sufrido con paciencia la dedicación que a menudo exige el trabajo académico, mi mujer, Concha, que además me ha animado continuamente en mis tareas.

A todos ellos les expreso mi agradecimiento, así como a mis maestros, D. Joaquín Garrigues, D. Federico de Castro y D. Alfonso García-Valdecasas, a mis discípulos (hijos, nietos y biznietos académicos), y a los profesores del Departamento de Derecho mercantil de la UNED. Y a todos Vds. les agradezco también su paciencia al escucharme.

He dicho.

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano

# Función y límites de la ciencia jurídica penal en el siglo XXI

Sr. Rector Magnífico  
Excmas. e Ilmas. autoridades  
Claustro Universitario  
Miembros de la Comunidad Universitaria  
Señoras y señores

## I

49

1. «Tres palabras rectificadoras del legislador, y todas las bibliotecas se convertirán en maculatura». Con estas palabras el fiscal prusiano Julius von Kirchmann quiso justificar hace escasamente ciento sesenta años la «falta de valor de la teoría del derecho como ciencia». Carentes de valor en este sentido, deberían ser los conocimientos que no tienen validez intemporal y que por eso mismo tienen que ser constantemente modificados y adaptados a los cambios sociales. Cien años después, Theodor Viehweg puso en duda de forma aún más mordaz y radical el carácter científico de la ciencia jurídica, clasificando en un pequeño librito titulado *Tópica y Jurisprudencia* la dogmática jurídica como subespecie de la retórica. Hoy en día, cincuenta años más tarde, se han desarrollado muchas otras variantes de escepticismo, agnosticismo y de crítica ideológica en lo que concierne a la Ciencia del Derecho, que florecen en un amplio campo de cultivo filosófico como consecuencia de la crisis del concepto positivista de ciencia y de la semántica realista tradicional. Aunque las proporciones del conocimiento alcanzado por las ciencias naturales han aumentado tanto que ya ni siquiera se pueden abarcar con los estupendos medios de las tecnologías de la información, la teoría de la ciencia pone de relieve por encima de todo la dependencia que el conocimiento empírico tiene del marco de referencia teórico escogido, o sea, del llamado «paradigma». La filosofía analítica del lenguaje, que como instrumento crítico para el desenmascaramiento de problemas ficticios produjo en primer lugar un progreso parecido al que produjera doscientos años antes la *Crítica de la razón pura* de Immanuel Kant, ha conducido al conocimiento ligado al lenguaje, y con esto a toda la rama de las ciencias culturales y sociales, hacia el escepticismo radical en forma de deconstructivismo y, por medio de éste, a la arbitrariedad del posmodernismo. En el ámbito de la Ciencia del Derecho, esto se pone de manifiesto por medio de desarrollos posmodernos como los Critical Legal Studies o el Law and Literature Movement, que cree poder probar la falta de valor teórico científico de la dogmática jurídica, más afirmada que razonada por Julius von Kirchmann hace ciento sesen-

ta años, con la idea de la deconstrucción arbitraria, y reiterada sucesivamente una vez tras otra del mismo modo arbitrario, de los textos legales, así como de las proposiciones dogmáticas interpretativas de éstos.

2. A mi modo de ver, hoy en día estas corrientes tan influyentes en las ciencias filosóficas se basan en un irracionalismo oculto que erróneamente hace de los límites del conocimiento científico-jurídico la propia esencia de la Ciencia del Derecho, destruyendo así su función social, que no es otra que el control mediante la razón de la arbitrariedad de quienes ostentan el poder. En ninguna otra parte esta función es tan indispensable como en el Derecho penal, y en ninguna otra época, desde el grandioso avance que supuso la Ilustración penal del siglo XVIII, se ha puesto en peligro esta función de forma tan extrema como en la fase actual de europeización y globalización. Ya que en la media hora de que dispongo sería demasiado atrevido calcular y exponer una por una las posibilidades y los límites de la creación jurídica, tengo que limitarme a hacer tres aclaraciones: el deconstructivismo radical fracasa en una paradoja, porque lógicamente tiene que dejar que el método de la deconstrucción se aplique sobre sí mismo. Esto va, si cabe, más allá aún que la paradoja pronunciada por Sócrates al final de su vida: «Sólo sé que no sé nada», pues un deconstructivista coherente debería decir «no sé absolutamente nada y no puedo decir nada que tenga sentido».

3. En realidad, cualquier discurso sobre dogmática jurídica es, con mucho, más sensato que las intrincadas oscuridades, por ejemplo, de la filosofía de Derrida; sin embargo, conlleva el peligro típico de que se mezclen la estricta deducción científica y la opinión política. Esta relación entre cientifismo y política se puede ilustrar con el ejemplo de un conjunto de islas situadas en un lago: la argumentación política sería el lago, incluyendo en ella a toda la sociedad y también a su derecho; la sucesión de deducciones parcialmente estrictas forma las islas científicas; y el trabajo de la dogmática jurídica agranda las islas y las conecta entre ellas aumentando la cantidad de tierra firme a la vez que va disminuyendo la cantidad de agua. Mi opinión sobre los métodos adecuados para este fin la he expresado en otras muchas ocasiones, por ejemplo en la revista de la UNED, con un estudio sobre la vinculación reticular que existe entre la argumentación ontológica y la normativa. Por supuesto, todas las redes argumentativas de la ciencia jurídica necesitan, por decirlo de algún modo, uno o varios firmes puntos de Arquímedes que les sirvan de conexión, si es que ellas deben llevar a la explicación de la ley más allá de la voluntad del legislador histórico, que por regla general se encuentra elaborada de un modo limitado. En lo que respecta a la parte objetiva del Derecho penal, estos puntos de Arquímedes residen, desde la época de la Ilustración, en el principio de nocividad social, a través del cual el Derecho penal se limita a la *ultima ratio* para la protección del bien jurídico. Y en lo que respecta

a la parte subjetiva, en el principio de culpabilidad, mediante el cual se legitima la pena de cara al afectado por ella, y a su vez se vincula con la función de protección del bien jurídico, en la idea del efecto intimidatorio de la prevención general. A estos fundamentos determinativos de las características objetivas y subjetivas del hecho delictivo y de la parte relativa al contenido, hay que añadirles, como tercer punto de Arquímedes en lo que concierne al aspecto competencial, el principio de legalidad, que, en sus rasgos de prohibición de la retroactividad y de la analogía y del mandato de determinación de la norma, puede derivarse directamente del principio de culpabilidad y de la necesidad que se tiene del efecto intimidatorio de la prevención general, mientras que la restricción a ser regulado por una ley parlamentaria obedece a la idea de la separación de poderes, idea que una vez más ha de agradecerse a la Ilustración.

4. Para demostrar por lo menos en dos ejemplos las consecuencias más importantes que se pueden extraer de modo científicamente estricto de los principios de protección de los bienes jurídicos mediante el efecto intimidatorio de la prevención general: para garantizar una protección del bien jurídico en su justa medida, se ha de aplicar la norma penal sobre aquella o aquellas personas que toman la decisión determinante de que se ha producido la lesión del bien jurídico, mientras que frente a personas que quedan al margen se tiene que articular una prohibición de apoyo. De aquí se deduce necesariamente el principio del dominio del hecho como base de la autoría en los delitos de acción. Del mismo modo, se deduce también para el caso de delitos de comisión por omisión que, lo mismo que el que ejerce el dominio del hecho por medio de un hacer, tiene que ser hecho responsable por el resultado aquel que deja que se realice una lesión del bien jurídico a pesar de que posee el dominio sobre la causa fundamental del resultado porque controla la fuente de peligro o el desamparo del bien jurídico.

## II

1. El Derecho penal separa a los ciudadanos de los delincuentes y al hombre libre de la criatura que está como retenida en una jaula. Sin embargo, el talón de Aquiles de la separación de poderes se encuentra precisamente en la justicia penal, porque aquí la separación entre el ejecutivo y el judicial no se efectúa de un modo esmerado, pues es el juez penal como órgano ejecutivo quien impone la pena y quien, al mismo tiempo, posee la soberanía interpretativa sobre la ley penal que está aplicando. Así, en la realidad jurídica, el principio de separación de poderes amenaza, precisamente donde el ejercicio de poder del

Estado es más brutal y destructivo para la existencia del ciudadano, con paralizarse y concentrar en los jueces penales este temible poder, de lo cual ya previno Montesquieu expresamente: en el juicio oral el juez investiga los hechos o juzga por lo menos autoritariamente sobre el resultado de la práctica de la prueba llevada a cabo por las partes; en todo caso, en el modelo de procedimiento europeo continental actúa como parte contraria al imputado; practica los propios actos de injerencia en forma de condena a una pena, e, interpretando la ley, decide con firmeza definitiva sobre la norma aplicable. Es cierto que la tendencia inequívoca en el continente europeo es a introducir al menos ciertos elementos del procedimiento penal angloamericano; pero sin una separación tajante entre la fijación de los hechos y la interpretación de la norma, como sólo el modelo de tribunal de jurado puede garantizar, realmente no se modifica la acumulación de poderes en la persona del juez. Por el contrario, a través de la recepción del *plea bargaining* norteamericano, recepción que avanza simultáneamente como una marcha triunfal, se posibilita incluso la negociación de la norma aplicable, lo que de nuevo se traduce, como consecuencia de la posición de superioridad que ocupa el poder judicial, en una sumisión del imputado y, por ende, en la determinación por el poder judicial mismo de la norma penal aplicable al caso.

2. Para que la idea de democracia basada en la división de poderes no tenga que fracasar precisamente en el punto más delicado de la relación Estado-ciudadano, ha de haber también un control sobre la justicia penal misma. En qué medida, mediante un equilibrio dentro del Derecho penal mismo, puede realizarse este control es una cuestión que, debido a su enorme complejidad, sobrepasa por sí sola los límites de mi tema de hoy. En todo caso y junto a esto, la interpretación de la ley ha de someterse a un control externo, y justo ésta es la función de la dogmática del Derecho penal. Sin duda alguna, en el Derecho civil es útil para el rendimiento de la ciencia hacer propuestas a los tribunales y advertir de las incongruencias de la jurisprudencia. Por el contrario, en el Derecho penal es, por motivos constitucionales, indispensable hacer un análisis despiadadamente crítico de cómo la jurisprudencia interpreta la ley. En cierto modo, la justicia penal desempeña aquí el papel de un cuarto poder que de forma exclusiva controla al tercero, que de otro modo ya no podrá ser controlado, sin ejercer poder alguno por sí misma y salvando así el peligro de abuso de poder; por eso tampoco necesita una legitimación democrática especial, sino que encuentra legitimación bastante en el dominio de la razón, y cuya observancia por el poder judicial representa implícitamente una condición legitimadora del poder judicial mismo. De esto se deduce que el poder judicial, de acuerdo con las premisas tácitas de un Estado de derecho democrático construido sobre el principio de la

división de poderes, está obligado a observar los conceptos de la dogmática del Derecho penal y a ponerse expresamente de acuerdo con ellos en lo que atañe a la interpretación de la ley.

### III

53

1. La función de la ciencia penal en cuanto al desarrollo de los requisitos de punibilidad vinculando de nuevo la interpretación de la ley con los puntos de Arquímedes del principio de protección del bien jurídico, de culpabilidad y de legalidad, junto con el control intelectual del poder judicial que se ejerce por medio de ésta, no es un *l'art pour l'art*, ni un juego de niños, sino un control constitucionalmente necesario de la forma más brutal de ejercicio estatal de poder a través de la razón. Como ya he mencionado, dentro de las condiciones del sistema judicial continental europeo, esta función es más importante incluso que en el sistema de tribunal de jurado de los entornos jurídicos angloamericanos. Y en la fase actual de europeización y globalización esta función avanza hacia la cuestión de la supervivencia del Estado democrático de derecho. Pues actualmente, los puntos de Arquímedes de los que he hablado al principio amenazan con autodestruirse, con lo que es inminente la transformación del Derecho penal en un mero instrumento de ejercicio de poder, y por eso está próximo el final del Estado de derecho.

2. a) El principio de culpabilidad ve amenazada su validez tanto por tendencias globales como también por tendencias europeas. En el artículo 28 del Estatuto de Roma para el Tribunal Penal Internacional se establece que se castiga también a los superiores por los hechos delictivos dolosos de sus subordinados, cuando ellos sólo tendrían que responder de culpa. Tendencias similares hacia el menosprecio del principio de culpabilidad se encuentran también en el derecho europeo en relación con la responsabilidad en empresas financieras. En la jurisprudencia se pueden ver las tendencias a hacer retroceder el principio de culpabilidad a favor de una responsabilidad por mera casualidad o por determinadas formas de vida, por ejemplo por el anuncio del Tribunal Supremo alemán de que en el futuro ya no va a conceder disminuciones de la pena a quienes, afectados por los efectos del alcohol, vean disminuida su capacidad para actuar de forma culpable. Ésta es una clarísima adopción de una idea del *Common Law* en el que de base se deniega toda exoneración en los casos en los que no existe capacidad para actuar de forma culpable por estar bajo los efectos del alcohol, aunque en un caso así no se pueda reprochar el hecho mismo, sino sólo el abuso de alcohol. En la figura de la *actio libera in causa*, la dogmática penal continental europea ha desarrollado para estos casos un meca-

nismo dogmáticamente mucho más fino, que muestra claramente la diferencia de nivel entre un poder judicial controlado por la dogmática penal y un acervo jurisprudencial desarrollado simplemente a partir de sí mismo.

b) El principio de protección del bien jurídico, que sólo unos pocos teóricos de la Ilustración como Beccaria y Hommel supieron aplicar de forma coherente, tuvo que soportar numerosas menguas ya durante el siglo XIX; si bien en las últimas décadas ha sido reconocido en su mayor parte, actualmente se encuentra de nuevo bajo una fuerte presión, de tal modo que ha sido establecido un Derecho penal puramente paternalista no sólo en el Derecho penal sobre drogas, sino también en muchos otros relevantes ámbitos de la medicina, como por ejemplo en los trasplantes de órganos. Cada vez más se vislumbra aquí la mera utilización del Derecho penal para imponer determinadas formas de vida, o sea, para castigar una simple inmoralidad, con el cual solamente se sustituyen los temas sobre los que deben ser impuestas, valiéndose del Derecho penal, determinadas concepciones morales. Mientras que antaño el punto fuerte de la imposición de moral valiéndose del Derecho penal estaba fijado en las costumbres sexuales, el Derecho penal ha cambiado completamente de tema desde que el sexo se ha convertido en un importante bien de consumo y va tomando posiciones en la sociedad como sustitutivo de la religión. En verdad, en la despenalización de delitos sexuales, el legislador no ha respetado el principio de protección del bien jurídico, sino que ha atendido únicamente al cambio de las concepciones morales, y en lugar de éstas intenta imponer en otros terrenos, valiéndose del Derecho penal, formas de vida contra grandes sectores sociales. Por supuesto, esto no se admite abiertamente, sino que se camufla bajo la denominación de los bienes jurídicos que el legislador tiene que pretender proteger. Por este motivo tiene aquí la dogmática del Derecho penal una importante tarea: distinguir los bienes jurídicos reales de los aparentes. Cito la salud pública como ejemplo de invención de un bien jurídico colectivo aparente que tan sólo corresponde a la clase de los bienes jurídicos individuales, y por eso no es capaz de legitimar el Derecho penal sobre drogas, derecho que sobrepasa hoy toda dimensión razonable. Lo mismo vale para la dignidad del hombre, que aparentemente se protege castigando los experimentos con células madre, aunque en la mayoría de los países de Europa el embrión que se está desarrollando en el útero materno en sí, frente a la autonomía de las embarazadas, no goza por esto mismo de protección alguna durante los primeros tres meses. Más ejemplos modernos nos los ofrecen las intensas persecuciones penales contra el dopaje en el deporte o contra el cohecho de un funcionario extranjero según las leyes internacionales anticorrupción. Por eso a mí me parece especialmente grotesco este desarrollo, porque el delito mayor que se está cometiendo en estos momentos, es decir, la destrucción del clima mundial, del cual a la larga depen-



de la supervivencia de muchos millones de personas, no ha tenido hasta el momento relevancia alguna para el Derecho penal, aunque, según mi sincera opinión, estemos tratando aquí de un delito que desde siempre ha estado ahí. Por eso, hoy en día, una de las tareas más importantes de la Ciencia del Derecho penal la representa el insistir en el principio de protección de bienes jurídicos para ambas direcciones, ya sea porque se hayan creado tipos penales sin necesidad de protección de bienes jurídicos, ya sea porque bienes jurídicos centrales permanezcan completamente desprotegidos. Y en este punto la dogmática penal no tiene sólo que actuar de controlador de la jurisdicción, sino que incluso tiene que hacer las veces de la legislación misma.

c) Para terminar este apartado me gustaría abordar el principio de legalidad, que acaba de ser pateado en una desatada práctica normativa de la Unión Europea, dicho sea de paso, sin que la mayoría no sólo de los alemanes, sino de todos los penalistas europeos se hayan percatado de ello.

Debido a la posición excepcional que ocupa el Derecho penal en el ordenamiento jurídico, la punibilidad puede ser atribuida a la soberana decisión parlamentaria. Este aforismo del *nullum crimen sine lege* es uno de los fundamentos irrenunciables del Estado liberal de derecho. Durante años también la Comunidad Europea lo ha respetado, por lo que a los dogmáticos del derecho europeo sólo se les ha ocurrido la torpe argumentación de que hasta ese momento los Estados miembros hubieran persistido celosamente en sus peculiaridades nacionales, especialmente porque justamente el Derecho penal sería dependiente de las tradiciones nacionales, o sea, un completo malentendido de la limitación del Derecho penal legítimo a la protección de bienes. En el Tratado de Ámsterdam del año 1996 se creó la institución de una decisión marco de los gobiernos que comprende el ámbito del Derecho penal y del Derecho procesal penal y que obliga a los Estados miembros, según el tenor literal del tratado, a promulgar las leyes predeterminadas en ellas. Si bien es cierto que se les deja a su libre criterio la elección de los medios, en la práctica de los numerosos acuerdos marco promulgados hasta ahora prevalece una regulación considerablemente detallada, que casi no deja márgenes de ejecución.

Es patente que con este modo de proceder se lesiona el principio de legalidad, pues, cuando los Parlamentos nacionales se ven obligados por el deber de obedecer a norma decretada por un comité de ministros como acuerdo marco y dejar que se publique en los boletines oficiales, desempeñan entonces el mero papel de lacayos de Bruselas, y se pierde la garantía interna de que la punibilidad tiene que ser atribuible a una decisión parlamentaria tomada en soberana libertad. Me parece vergonzoso que no sólo los dogmáticos del derecho europeo, sino también los dogmáticos penales especializados en derecho euro-

peo, hayan pasado por alto la atrocidad contraria a derecho de la institución de los acuerdos marco, y tener que haber constatado, cuando hace cinco años me ocupé por primera vez de este asunto, que desde el punto de vista político «el tren acababa de partir», porque la enérgica protesta que desde entonces articulaba personalmente y en varios grupos de trabajo amenazaba con ir extinguiéndose casi sin haber sido escuchada. Aún más atroz es sin duda la reciente jurisprudencia del tribunal europeo, que no sólo sin el más mínimo punto de referencia, sino incluso en contradicción con el tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ha afirmado una competencia legislativa anexa de la Comunidad Europea en materia de Derecho penal. *Difficile est, satiram non scribere* cuando se ve claramente que no sólo los órganos competentes para crear derecho dentro de la Comunidad Europea disponen de una legitimación democrática muy imperfecta, sino, sobre todo, que ésta se aparta prácticamente de la del Tribunal Europeo de Justicia: los jueces son elegidos por el Gobierno nacional mediante un procedimiento completamente irregular, por lo menos el miembro alemán. Su cargo es, de nuevo desde la perspectiva alemana, un puro resultado de poder arbitrario de los partidos políticos y de patrocinio de los cargos. Después de que, aparentemente en desconocimiento de las especiales condiciones de legitimación del Derecho penal, la dogmática del derecho europeo haya fracasado en este terreno, extendiendo, sin consideración alguna hacia el Derecho penal, fórmulas de legitimación tales como la manera de expresarse de la democracia de varios niveles o de la capacidad legislativa gubernamental, la Ciencia del Derecho penal se encuentra ahora ante la titánica labor de poner freno en el último segundo, si es que todavía esto es posible, al tren de la legislación penal europea, que sin vacilar pasa a toda velocidad llevándose por delante todos los principios democráticos; o por lo menos de volver a encarrilarlo con los medios de la argumentación científica del Derecho penal.

d) A juzgar por la tendencia imperante en todo el mundo en la legislación y en la justicia, una última función, igualmente inmensa, que ha de ocupar hoy en día a la Ciencia del Derecho penal es acabar con las decimonónicas estructuras del Estado de derecho del procedimiento penal. Una vez más no cuento hoy con el tiempo suficiente para profundizar en los detalles de una evolución que viene a consistir prácticamente en la supresión del juicio oral público en favor de un procedimiento de sumisión, que se basa en los resultados del procedimiento de investigación del sumario. La labor de la Ciencia del Derecho penal consiste aquí, en primer lugar, en remediar la ignorancia de aquéllos con explicaciones pacientes, a través de las cuales el estamento judicial, los ministerios de Justicia y también los parlamentos correspondientes, se encuentren con la necesidad de equilibrio en el proceso entre la posición del acusador y de la

defensa, y de cautelas contra la unilateralmente prejuiciosa apreciación de los hechos por el juez. En todo esto se pone de manifiesto que este trabajo explicatorio sólo puede ser realizado por toda una ciencia penal, que abarque igualmente tanto al Derecho penal como al Derecho procesal penal y que además estudie los contextos empíricos. Hace ahora treinta años, tuve la ocasión de comprobar científicamente, a través de una serie de experimentos, la realidad que se produce en la práctica. Según éstos, el juez penal europeo, debido al conocimiento que tiene de las diligencias del sumario efectuadas por la policía, se atiene inconscientemente al itinerario marcado por ella y deja de ser capaz de apreciar de forma totalmente imparcial la práctica de la prueba que se está llevando a cabo en el juicio oral. Obviamente, este prejuicio cala de verdad cuando ni siquiera se realiza tal práctica de la prueba, sino que ya al final del procedimiento de investigación se llega a un acuerdo de sentencia entre los interesados en el proceso. Las actas sumariales pasan directamente a formar parte de la sentencia; el juez se fía totalmente de la veracidad de las investigaciones policiales; y la débil posición de la defensa, debilidad que proviene del siglo XIX y que antaño era coherente, aprovecha cada oportunidad del procedimiento de investigación para poder presentarse ante el juez y el ministerio fiscal como una compañera igual a ellos en el *plea bargaining*. Por eso, en un Estado de derecho, no se puede dar una casi completa sustitución del juicio oral por el *plea bargaining* sin un considerable fortalecimiento de la defensa en el procedimiento de investigación; pero, en todo caso, este razonamiento elemental supera actualmente el nivel intelectual de las personas y grupos que en Alemania influyen en la política legal. No soy capaz de juzgar con detalle la situación en España, pero, en cualquier caso, veo aquí un problema fundamental para el cumplimiento de las funciones de la ciencia penal ya en la separación tradicional en la distribución de las cátedras entre Derecho material y Derecho procesal. Si se me permite hacer una recomendación para el futuro desarrollo de la ciencia penal española, ésta es la eliminación de la interconexión tradicional del Derecho procesal penal con el proceso civil y la unificación del Derecho penal y el proceso penal en la organización de las cátedras universitarias.

## IV

Con esto he llegado al final de mis reflexiones sobre la función y los límites de la Ciencia del Derecho penal en la época actual. Represento aquí a la cultura penal alemana, que en los últimos doscientos años ha dado al mundo tantos sabios significativos como Anselm von Feuerbach, Franz von Liszt, Hans Welzel

y Claus Roxin. Desgraciadamente, en los últimos tiempos aumentan las señales favorables a la decadencia de esta cultura jurídica, por ejemplo cuando uno piensa en los cada vez más preocupantes resultados del legislador alemán, en la renuncia servicial a principios del Estado de derecho por parte de bastantes profesores alemanes de Derecho penal, en aras de la europeización del Derecho penal, o en la reforma del Derecho penal debatida de la forma más burda posible; o, finalmente, en el incremento exponencial de estudios doctrinales puramente positivistas o triviales con una capacidad que cada vez se va haciendo menor, capacidad puramente positivista o trivial, para organizar conferencias internacionales interesantes sobre las cuestiones vitales del Derecho penal de hoy (un ejemplo actual se puede ver en que, para el centésimo aniversario del nacimiento de Hans Welzel, tan sólo en México se organizaron unas ambiciosas jornadas conmemorativas, pero no en Alemania). Por el contrario, en la cultura penal de España y de todo el mundo hispanohablante, se pueden apreciar los indicios de un nuevo apogeo, de tal forma que cualquier dogmático penal alemán que pueda contribuir a este renacer pueda afirmar con satisfacción, modificando las palabras que Goethe pronunciara tras el cañoneo de Valmy: «y yo estuve en esto». Y quien, con la atenta mirada puesta sobre la evolución de la cultura penal alemana, se atreva a decir la frase de Hegel, de que el búho de Minerva alza el vuelo al anochecer, ha de saber hacia dónde vuela: hacia el alba de aquellas culturas jurídicas que aún no se han rendido a sí mismas.

A tenor de las reflexiones que he expuesto hasta aquí, no se puede dudar de dónde diviso yo este alba hoy: en el mundo hispanohablante, sobre todo en España misma, por supuesto, y aquí nuevamente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Puedo con toda sinceridad, ya que no estoy solamente obedeciendo a las normas de la cortesía, añadir estas declaraciones a mi agradecimiento por el homenaje que tengo el honor de recibir hoy de ustedes. Pues desde hace muchos años estoy científicamente unido a la Facultad de Derecho y especialmente al Departamento de Derecho penal. Hace ya casi veinte años que impartí aquí en Zaragoza una conferencia de dogmática penal por primera vez, y desde entonces lo he hecho en repetidas ocasiones. Varias veces Luis Gracia Martín ha presentado ponencias en los Seminarios de los Jueves que iniciara Arthur Kaufmann en Múnich, juntos hemos llevado a cabo distintos proyectos de investigación, y los jóvenes investigadores que han de velar por la continuidad de la ciencia penal en Zaragoza han trabajado por lo general intensa y exitosamente en sus tesis de doctorado y de habilitación en el instituto que yo dirijo en Múnich. Siempre nos hemos vuelto a encontrar en congresos importantes en Europa y en Iberoamérica. Este fructífero contacto científico que ha conducido, por ejemplo, al desarrollo de

propuestas legales en materia de delitos fiscales, es aún más destacable si se tiene en cuenta que yo provenigo de la escuela de Claus Roxin, lo que implica que tengo una orientación más bien de dogmática normativista, y Luis Gracia Martín, como discípulo de José Cerezo Mir, destaca como una de las cabezas que dirigen una dogmática penal marcada por la ontología, y hoy es reconocido a nivel mundial no sólo como uno de los mejores conocedores de Hans Welzel, sino incluso como el auténtico digno gestor de su enorme herencia intelectual. Precisamente a través de nuestras conversaciones me he ido convenciendo cada vez más, a lo largo de mi propia evolución científica, de la parcialidad del normativismo penal, y, de este modo, la dogmática penal múniquesa y la zaragozana se han ido enriqueciendo mutuamente, si se me permite decir algo así. Y sobre todo es por esta razón por lo que hoy tengo que manifestar mi agradecimiento más hondamente sentido, que se une a la demostración de mi más profundo respeto hacia el nivel científico de la Facultad de Derecho de Zaragoza y de su Departamento de Derecho penal; estoy seguro de que mi deseo final para el futuro de la ciencia penal en estas dos ciudades no sólo se realizará, sino que, observando a los jóvenes científicos que se encuentran en esta sala, se ve que se está llevando a cabo ya: la Ciencia del Derecho penal de Zaragoza crece, prospera y avanza.

Bernd Schünemann



UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA