

DR 29 215

En realidad, la teoría de negocio jurídico se basa o se fundamenta en la teoría de los contratos. Por eso habrá muchas cosas que os suenen comunes y que realmente no hará falta más que recordar. En el derecho de los contratos, observaréis que es un derecho transido del principio de autonomía de la voluntad, un principio fundamental.

El principio de autonomía de la voluntad, que es un principio que ejerce todo, o que rige o que vige en todo el ordenamiento jurídico positivo civil, con mayor, con menor virtualidad, pero que es en el sistema contractual donde alcanza su máxima potencialidad. El principio de autonomía de la voluntad, que sirve para fijar el contenido de los contratos, o también para fijar los contratos propiamente dichos. El principio de autonomía de la voluntad está en íntima conexión con nuestro sistema jurídico político, integrado por los siguientes elementos, por la economía de mercado, por el derecho a la propiedad, por la libre, la iniciaridad privada, por la libre empresa.

Y constituye el instrumento jurídico necesario para desarrollar toda esta serie de actividades. Lógicamente el principio de autonomía de la voluntad es un principio que tiene menos sentido en economías de carácter planificado, en economías donde los agentes económicos son más bien cooperativas o agentes de carácter estatal, etc. En base en el principio de autonomía de la voluntad estudiaréis también unos contratos importantísimos, que son los contratos atípicos.

Los contratos atípicos son contratos que en el programa los estudiamos poco, probablemente se aumentará en el futuro la extensión de vida de los mismos, pero que tienen especialísimo interés en nuestra vida económica. Precisamente han surgido como consecuencia del incremento de la actividad económica. Os sugiero que a pesar de que en el programa se estudie poco, probablemente porque el programa nuestro es más bien todavía de carácter tradicional, sin embargo que en este punto insistáis, porque los contratos atípicos tienen especialísimo interés en toda la vida práctica, mercantil, en toda la vida económica.

Pues bien, con todo esto, por un lado hemos hablado de cuestiones de carácter eminentemente práctico, en relación con el contacto con los profesores de la Sede Central, en relación con las convivencias. También algunas orientaciones en cuanto a la sistemática, es decir, en cuanto a la materia. Yo creo que ya queda poco más que decir.

En cualquier caso, a través de las cartas, a través del contacto telefónico, a través de las guardias, hay que tener en cuenta que este año las guardias han variado mucho con respecto al año anterior. Ya podremos ir completando todos los aspectos más complementarios que se puedan plantear a lo largo del curso. En cualquier caso, vuelvo a repetir lo que dije al principio.

Estamos a disposición plenamente, o estamos a disposición vuestra, sin ningún tipo de problema, entonces cualquier duda, cualquier cuestión que se pueda plantear, que no haya ninguna vacilación en llamar por teléfono o en escribir, porque inmediatamente la llamada será

atendida e inmediatamente la carta será escrita. Es José Puente Ejido, profesor de Derecho Internacional Público, quien en los próximos minutos va a analizar un interesante caso práctico conocido como el paquete de Havana y Lola. Nos encontramos de nuevo a principios de un curso académico y siguiendo viejas tradiciones universitarias, mis primeras palabras tienen que ser de salutación para todos ustedes, alumnos de esta disciplina de Derecho Internacional Público.

Dentro de las dificultades que encierra el enfrentarse con una materia nueva, yo creo que ustedes están en una situación ventajosa. El Derecho Internacional Público ha sido siempre una disciplina interesante porque da una formación cultural inclusive al no jurista y, por supuesto, al jurista aun cuando no esté especialmente interesado por las materias internacionales. Hoy este interés, con mayor razón, se ha incrementado sobre la creciente internacionalización que el mundo moderno está sufriendo y ciertamente la que estamos teniendo cada vez más y más, por fortuna, en nuestro país.

El hecho de la vinculación de España a las comunidades europeas añade una razón más de este interés. Pertenecer siempre a esas tradiciones universitarias, en las primeras palabras de salutación, hacer unas observaciones sobre la orientación general del curso y es lo que voy a pretender hacer ahora en muy breves minutos. Esta disciplina debe de ser enseñada y, por supuesto, también estudiada desde los casos prácticos.

Después haré una referencia más concreta a este problema. Pero quiero que desde el primer momento sepan ustedes que no solamente objeto de estudio, sino de examen, va a ser también un caso práctico que constituirá una parte importante de la nota definitiva. Se les examinará a ustedes, como saben muy bien, en tres periodos distintos del curso académico, en febrero, en junio y en septiembre.

Y sobre una prueba que pertenece por mitad a una cierta libertad por parte del examinando, puesto que hay una pregunta libre de desarrollo, y por la otra a preguntas muy concretas que tienen que ser contestadas de modo preciso y estricto en la forma en que se los formulan y en el espacio predeterminado para la contestación. Por favor, tengan esto muy en cuenta porque, en caso de no hacerlo así, la prueba se perturba y, sobre todo, se rompe el principio de igualdad respecto de aquellos que, no ateniéndose a estas exigencias de espacio, pretenden hacerlo y contestando en papel aparte. Por lo que se refiere al interés de los casos prácticos, verán, el derecho internacional público es un derecho de formación, no estrictamente, pero sí, de modo muy preferente, jurisprudencial y a través de la práctica establecida por los Estados.

¿Es esto lo que nos permite enseñarlo con una proximidad a la realidad? Sí, sabemos obtener esas ventajas didácticas que ofrecen siempre los casos prácticos. Y como, muchas veces, el movimiento se demuestra andando, lo mejor que podemos hacer ahora es comenzar nuestro curso con la exposición y explicación de un caso práctico. Me ha parecido que, entre todos los que yo podría elegir, uno de los más adecuados es, precisamente, el conocido como el caso del Paquete Habana y del Lola.

Haré, primero, una exposición de hechos, y después pasaré al análisis jurídico de los datos relevantes que ofrecen tales hechos. El caso se presentaba así. Poco después del comienzo de la Guerra Hispano-Norteamericana de 1898, estos dos barcos, así denominados, Paquete Habana y Lola, que eran pequeños buques pesqueros, fueron apresados por barcos de guerra norteamericanos que bloqueaban la costa norte de la isla de Cuba.

Tanto los buques como la tripulación eran, por entero, españoles. La actividad que realizaban era claramente pacífica, sin posibilidad alguna de que se pudieran considerar por los barcos norteamericanos captores como barcos implicados en cualquier actividad de asistencia hostil. En el momento de la captura, la tripulación de los pesqueros españoles desconocía, incluso, el hecho de la declaración de la guerra entre los dos países.

El problema que se planteaba a la decisión de los tribunales norteamericanos era la de si esta captura realizada en tales condiciones podía ser considerada como buena presa y los barcos, en consecuencia, podrían ser confiscados. En su primera instancia, el Tribunal Inferior resolvió en un sentido favorable a la confiscación. Pero, apelada la sentencia, el Tribunal Supremo Norteamericano, actuando como tribunal de presas, anuló la sentencia del Tribunal Inferior y formuló un pronunciamiento que, más allá de la escasa entidad que tenía el asunto litigioso y, en cierto sentido también, de la inactualidad de las normas de la guerra marítima que dieron base a esa decisión concreta, sigue el caso como tal, digo, teniendo gran interés porque ilustra, de esta forma, la naturaleza del derecho internacional y de sus fuentes jurídicas.

El juez Mr. Gray, que expresaba el parecer de la mayoría del tribunal, formuló en su sentencia las siguientes tesis. Comillas. El derecho internacional, decía Mr. Gray, forma parte del derecho de los Estados Unidos y puede ser investigado y aplicado por los tribunales de justicia dentro del ámbito de su propia competencia.

Tantas cuantas veces la solución a dar a una cuestión jurídica dependa de su aplicación. A este fin es lícito recurrir a las costumbres y a los usos de las naciones civilizadas cuando no haya tratado acto del poder ejecutivo o precedente judicial. Fin de la cita literal.

En cuanto a la extensión de la captura, el tribunal la aceptó en favor de los buques de pesca de Bajura y la aceptaba en virtud de un uso entre naciones civilizadas que tenía varios siglos de antigüedad y que había precipitado en la formación, entendía él, del tribunal, de una costumbre internacional. Esta doctrina había sido puesta en tela de juicio por las alegaciones de la representación en juicio de los captores y justamente para enfrentar esta alegación del captor, el tribunal recurrió a antiguos tratados concluidos por diferentes estados europeos. Recurrió también a edictos y ordenanzas promulgadas por los gobiernos europeos, a una compilación de usos y costumbres marítimos norteamericana, a tratados internacionales concertados por los Estados Unidos de Norteamérica y a la práctica seguida por este país en las últimas guerras.

Bien es verdad que durante las guerras de la Revolución Francesa se había producido en efecto una interrupción de tal práctica de exención pero después, decretos posteriores, como por

ejemplo el del Japón, cuando elevado ya a la categoría de Estado reconocido por las potencias europeas fue admitido en el concierto de los Estados civilizados, en su guerra con China, declaró por un decreto, exentos de captura, y vuelvo otra vez a citar literalmente, a los buques de pesca que tenga la condición de buques de bajura. Examinando la cuestión a la luz de la autoridad de juristas y comentaristas, señalaba el tribunal que el recurso a estos antecedentes no estaba motivado por la preocupación, y esta era una frase que vuelvo a citar literalmente, de indagar cuál debía ser el derecho a establecer, sino para obtener una prueba fehaciente de lo que realmente estaba ya establecido como derecho. Y en relación con ello, se señalaba que un examen de la doctrina de los tratadistas mostraba claramente que había existido y seguía existiendo esa costumbre de excluir de la captura a los buques pesqueros de menor entidad, es decir, a los de bajura.

A la luz de todos estos precedentes y autoridades científicas, pareció a la mayoría del tribunal que estaba suficientemente claro que en aquel momento, en virtud de un consentimiento general de las naciones civilizadas, independientemente de cualquier acto de autoridad o tratado contrario, vuelvo otra vez a citar literalmente, existía una norma internacional basada en consideraciones de humanidad hacia la población pobre e industriosa, así como también en la natural conveniencia de los estados beligerantes, por la que se exceptuaba de apresamiento a los barcos pesqueros de bajura con sus aparejos, carga, víveres y tripulación, estableciendo esta condición. Cuando realicen su actividad pacíficamente, sin armas y de modo limpio, y este no sería el caso, añadía el tribunal, si tales bajeles fueran además utilizados con propósitos bélicos o si fueran buques de pesca de altura. Se afirmó finalmente en la sentencia que siendo esta una regla de derecho internacional, los tribunales de presas deben conocer y aplicar de oficio, por lo tanto motu proprio, por cuanto la actividad de estos tribunales está en la obligación de aplicar el derecho de gentes.

Pues bien, hasta aquí los hechos. Vamos a hacer una serie de observaciones. En primer lugar, sobre la naturaleza del derecho internacional.

Por pronunciamientos anteriores, los tribunales ingleses habían declarado que el derecho internacional podía ser considerado como el conjunto de normas aceptadas por los estados civilizados, reguladoras de sus relaciones recíprocas, así como de la conducta de cada uno de ellos con los ciudadanos de los demás. Faltando un superior común a todos estos estados, el fundamento último de estas reglas jurídicas era la común aceptación y consentimiento generalizado de tales normas por parte de los estados. Precisamente esta exigencia del consentimiento general es la que identifica la prueba de la existencia de una norma consuetudinaria con los hechos generadores de tal regla.

Para que la línea de conducta más o menos singular de alguno o algunos estados termine afianzándose como regla de conducta general vinculante para todos, es necesario que se produzca una extensión de ese uso de la línea, la prueba de la común aceptación. A la vez, y de modo indisoluble, el uso generalizado es prueba de que tal práctica responde a necesidades o mutua conveniencia o utilidad sentidas por la mayoría de las naciones, según la vieja fórmula

consagrado de la opinión juris seu necessitatis. La conciencia de que el uso responde a una necesidad social sentida por la generalidad de los sujetos de esa comunidad humana lleva a la extensión del mismo.

Pero a la inversa, una práctica que en los primeros estadios de su formación se inicia de un modo valvurciente e impreciso, que poco a poco adquiere después consistencia hasta que termina tomando una dirección clara y cierta, algo así como lo que ocurre en la formación de los senderos o de los pequeños riachuelos o regatos, está expresando, por el hecho mismo de esa extensión, la prueba de su necesidad o exigencia social. Por eso decíamos antes que la extensión generalizada de una práctica generadora de costumbre y la manifestación del consentimiento o aceptación común son, de hecho, una misma cosa. Es decir, coinciden en la realidad.

Y a este propósito conviene prevenir frente a un error que se insinúa a veces en exposiciones doctrinales sobre el proceso de formación de la costumbre internacional. Veamos. No es que de los dos elementos que integran la costumbre, el material y el espiritual, el primero consista sólo en la repetición más o menos frecuente de la cadena de actos que dan lugar a los precedentes y que sobre ellos, en algún momento del proceso de formación de la regla, se venga a superponer el ánimo, es decir, la conciencia de esa necesidad o exigencia social dando la impronta de la obligatoriedad, algo así como un *deus ex machina*.

No, no es esta la situación. Ambos elementos, es decir, la repetición y la conciencia de la obligatoriedad están indisolublemente unidos en cada uno de los actos que tienen la condición de precedentes, porque esto es precisamente lo que le da el valor de precedente a cada uno de sus actos. Si no, no sería tal precedente.

El fallo que comentamos pone de modo excelente de manifiesto dentro de la perspectiva angosajona precisamente este aspecto, la coincidencia en cada acto de estos dos elementos. Y desde él debemos ahora entender por qué la fórmula consagrada en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia sigue todavía hoy diciendo que la costumbre es prueba, insisto en este, prueba de la existencia de una regla internacional. Segundo punto a comentar.

Dificultad de la prueba de la existencia de una regla constitucional. No todo uso genera por la vía de la imitación o mimetismo social una regla constitucional, ni siquiera aquellos que obtienen un reconocimiento generalizado, pero que no sean sentidos como prácticas vinculantes. Para que una práctica singular provoque después una cadena de adhesiones y se instale como norma obligatoria en una determinada comunidad humana, necesita poseer todo un conjunto de calidades que se dan con dificultad.

Por esta razón se ha asimilado el derecho a otras fórmulas culturales. No toda moda o forma artística se inserta en el caudal y acervo cultural de un pueblo hasta llegar a ser parte integrante de él. Para que eso ocurra, tiene esa moda o esa forma cultural que poseer una consonancia con sentimientos y percepciones que se sitúan en niveles a veces muy profundos y un tanto misteriosos de la conciencia colectiva humana.

Aun aquellos pocos usos que comparten ya esa carga inicial de valores y condiciones sociales han de pasar por un proceso más o menos largo de decantación y enraizamiento social, frente al uso social incipiente que comporta una determinada carga de valores y, por supuesto, también de intereses, se provoca casi siempre de inmediato la reacción y el uso contrario. Por eso, la valoración de la cadena de precedentes originaria de una regla constitucional casi nunca debe ser entendida como una línea recta de coincidencias sociales sin fallas. En ese camino hay inflexiones, reacciones contrarias, hasta que definitivamente se asiente y consolida.

En el mundo encontrado de la sociedad internacional e interestatal, con soberanías profundamente insolidarias y antagónicas, ha sido siempre muy difícil que los usos hayan obtenido el grado suficiente de sentimientos como para consolidarse como prácticas generalizadas y, por lo tanto, obligatorias. Por eso ha sido también siempre tan destacado el papel que han jugado las grandes potencias en la formación del derecho consuetudinario internacional. La dificultad de la prueba de la norma consuetudinaria internacional y de su contenido obedece también a otras dos causas.

Por definición, la norma consuetudinaria es evolutiva, lo que supone que cada vez que se la aplica se la consolida y, dicho entre comillas, se la recrea. Todo acto de aplicación implica, pues, una modificación. En segundo lugar, porque al contrario de lo que ocurre con la norma escrita que se impone como dato previo al órgano que la aplica, en la consuetudinaria el órgano que la aplica, que la está aplicando, continuamente decide sobre su existencia.

Finalmente, valoración de la doctrina como prueba de la existencia de la regla internacional consuetudinaria. En un sistema jurídico que, como el español, sufrió una fuerte influencia del legalismo francés del pasado siglo, se ha repetido constantemente, como lo ha hecho nuestro Tribunal Supremo, cito expresamente, que la opinión de los autores, incluso la de los más calificados, nunca puede llegar a ser base de un recurso de casación. Es decir, se niega de plano a la doctrina todo valor normativo.

Prescindiendo ahora de los aspectos formales de la casación, es evidente que una mera doctrina jurídica u opinión doctrinal nunca deberá ser tenida y confundida por una regla de derecho. Ahora bien, la cita recogida expresando una realidad común a todos los sistemas jurídicos occidentales es extraña al pensamiento jurídico anglosajón. No responde tampoco a la verdadera realidad de la actividad judicial.

En buena parte, el aparato argumental que nuestros propios tribunales utilizan en la fundamentación de sus fallos son, como no podía ser menos, de origen y elaboración doctrinal. La posición de los tribunales de los países anglosajones, decimos, es un tanto diferente en este punto. Sin transformar la doctrina en reglas jurídicas vinculantes, sí que le atribuye relevancia y efecto jurídico en el proceso probatorio acerca de la existencia o inexistencia de regla constitucional de un determinado uso o práctica.

Y esto, exactamente esto, es lo que recoge el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia en su letra D cuando habla de que los publicistas en competencia de las distintas

naciones pueden ser medio auxiliar para la determinación de la regla de derecho. Muchas gracias.