

DR 29 906

Entramos en el tiempo de Revista de Derecho. Desde aquí nos dirigimos cada viernes a nuestros alumnos y a todos los oyentes que tengan interés e inquietud por los temas jurídicos. Como acabamos de anunciar, la revista de esta noche está dedicada a las materias del tercer año de la carrera.

Les adelantamos brevemente los títulos de los temas que les ofreceremos a continuación. Son estos. El sistema de fuentes en el derecho internacional, a cargo de la profesora titular Fanny Castro Rial.

El mercado de los bienes públicos, será objeto de análisis por parte del catedrático de Hacienda Pública, Juan Antonio Jimeno Ullastres. El profesor titular de Derecho Administrativo, Jesús Prieto, explicará los principios de la organización administrativa. Los delitos de omisión del deber de socorro, será el tema de reflexión del titular de Derecho Penal, Alfonso Serrano Gómez.

Y finalizaremos con la intervención del catedrático de Derecho Civil, Carlos Lasarte Álvarez, que nos hablará de la prelación de créditos. Vamos a entrar de lleno en la exposición de los diferentes contenidos de la revista de esta noche, dando paso a la primera intervención. La profesora titular de Derecho Internacional Público, doña Fanny Castro Rial, va a explicar en estos primeros minutos el sistema de fuentes en el derecho internacional, su concepto, los diferentes tipos o categoría de fuentes, etcétera.

Buenas noches y bienvenida, profesora Castro Rial. Buenas noches. El tema que vamos a tratar, que nos corresponde tratar en el día de hoy, son las fuentes del derecho internacional.

Lógicamente, este tema se conecta con la formación del derecho internacional. Como ustedes ya han tenido la oportunidad de conocer, en el orden internacional no existe, como en las legislaciones internas, un poder central legislador. Es lo que conocemos como el carácter descentralizado de la comunidad internacional.

Y esto nos lleva a analizar las fuentes del derecho internacional desde una perspectiva bien distinta de la que conocemos en el orden interno. Vamos a empezar concibiendo lo que es una fuente. En el derecho internacional, al igual que en el derecho interno, en esto sí coinciden.

Con fuente vamos a entender aquel procedimiento o medio de elaboración del derecho, ya sea de creación como de modificación o extinción del mismo. Al aproximarnos a este tema, al tema de las fuentes, podemos destacar, en primer término, las denominadas fuentes formales. ¿Cuáles son? Pues son procedimientos de elaboración del derecho o diversas técnicas, podríamos decir, que permiten reputar que una regla se integra o forma parte del derecho positivo.

Son, pues, simples procedimientos técnicos por medio de los cuales las normas acceden al

derecho positivo. En segundo término, podríamos destacar las denominadas fuentes materiales, que constituyen, a diferencia de las que acabamos de enunciar, los fundamentos que podríamos llamar sociológicos de las normas internacionales, es decir, fundamentos de orden político, moral o económico, que podrán aparecer en la práctica de un modo más o menos explícito. Son, en suma, la traducción directa de las estructuras internacionales y de las ideologías predominantes en un momento dado.

Por ello, van a poseer, claro está, una dinámica diferente al de las fuentes denominadas formales. Sin embargo, debemos destacar que, ante la ausencia del legislador internacional, van a ser los sujetos, los que participan en el procedimiento de surgimiento del derecho positivo, los que, al igual que la doctrina, van a tener cada vez más en consideración esta categoría de fuentes. Nos referimos a las fuentes materiales.

Por supuesto, la relevancia del tema de la categoría de fuentes variará según la época y la posición doctrinal. Depende del objetivo que elijamos, ya sea centrarnos en el contenido o en la fuente de la creación de la norma. Por lo que, respecto a la relevancia del tema en la doctrina, podemos decir que, en el derecho internacional clásico, los fundadores del derecho se basaron más en la moral o en la política y, por ello, invitaron a considerar las fuentes materiales para conferir un contenido más amplio a dicho derecho.

En cambio, en la doctrina clásica se va a preocupar más por la estabilización, por la oponibilidad del derecho internacional y va a prestar mayor atención a las fuentes formales. Lo que les preocupa, en suma, es justificar la fuerza obligatoria para los distintos sujetos del derecho. ¿Cuál es la posición hoy en día? Hoy en día lo que se intenta es conjugar ambas perspectivas.

¿Por qué? Porque el objetivo que se persigue es tratar, en definitiva, de acelerar esa transformación del derecho internacional y esa sustitución del derecho internacional clásico con el derecho internacional contemporáneo. Es cierto que, todavía, no debe relegarse esta cuestión a un mero debate doctrinal porque, como les decía, la doctrina y los propios actores del derecho internacional cada vez van a dar mayor importancia a las fuentes materiales del derecho internacional. Es incluso la jurisprudencia internacional la que se ha preocupado de tomar en consideración las reglas en vías de formación, cuyo alcance no puede dilucidarse acudiendo sólo a las fuentes formales del derecho, que son especialmente el tratado y la costumbre.

Así lo señala el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de la plataforma continental que enfrentó en 1982 a Túnez y Libia. Declara el tribunal que no sería fiel a su mandato si no investigara estas tendencias en la exégesis de las convenciones y de las costumbres en vigor. Sin olvidar por ello, claro, están las fuentes formales, pero indica el tribunal que ha de buscar aquellas indicaciones de la regla en vías de formación o de transformación.

De este modo, comprobarán ustedes que las fuentes formales van a servir de apoyo a las fuentes materiales, constituidas en suma por comportamientos estatales y que son, asimismo, el resultado de las negociaciones en curso. Desde esta perspectiva, las fuentes formales

conservan su importancia. Tomemos, por ejemplo, el tratado.

Sería incierto negar la primacía actual de esta fuente del derecho internacional. Resolvamos el elenco de fuentes. Para resolver este tema es, sin duda, fundamental referirnos a qué texto en el orden internacional enuncia por vez primera las fuentes formales del derecho, que pueden ser aplicadas por una jurisdicción internacional.

Es más, los Estados, cuando constituyen organizaciones internacionales y dotan a estas de instancias jurisdiccionales, tienen que proceder a elaborar textos que enuncien las fuentes para aclarar la cuestión de cuál es el derecho aplicable por la jurisdicción internacional. Retomando los antecedentes, podríamos decir que el primer texto que enuncia las fuentes formales del derecho aplicable por una jurisdicción internacional fue el artículo séptimo de la Convención Duodécima de la Haya de 1907. Esta Convención procuraba crear un Tribunal Internacional de Presas y, para ello, nos decía cuáles eran las fuentes que podían ser aplicadas por esta jurisdicción.

Debía acudir primero a las disposiciones de la propia Convención, en su defecto a las reglas consuetudinarias de carácter general y, en su ausencia, debía aplicar los principios generales de la justicia y de la equidad. Desgraciadamente, esta Convención no entró en vigor, pero su texto, el texto del artículo 7, sería posteriormente recogido en los dos estatutos que establecen la jurisdicción internacional universal. Es decir, primero, en la época de la Sociedad de Naciones, por parte del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y, segundo, en el actual Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que, como saben ustedes, es el órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas.

Después, el artículo 38 de este Estatuto, el que va a recoger las fuentes existentes en el derecho internacional actual. Existe una diferente formulación en cuanto al objetivo de las dos instancias, ya que el Estatuto de 1920 del Tribunal Permanente señalaba que dicho tribunal aplica y enuncia las fuentes, en tanto que el actual Estatuto dispone el tribunal cuya misión es resolver conforme al derecho internacional las diferencias que le fueran elevadas. Pasemos sin más a leer el enunciado de este artículo.

Este artículo señala que en esa decisión conforme al derecho internacional, de las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar las convenciones internacionales, generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes. En otras palabras, los tratados internacionales en vigor. En el apartado B enuncia la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente reconocida como derecho.

En el apartado C, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Por último, en el apartado D hace mención de las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Sin embargo, este apartado, como el mismo artículo señala, constituye medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 de la Carta.

La relevancia del enunciado de este apartado incluye tanto las normas de carácter convencional como las normas consuetudinarias, pero asimismo hace mención de los principios generales que carecen de esta naturaleza. Consideramos fuentes primarias las enunciadas en los apartados A, B y C, es decir, tratados, costumbre y principios generales. En tanto, reitero que la jurisprudencia y la doctrina científica son considerados como medios auxiliares en el sentido de que son capaces de modificar una norma en vigor.

Este importante texto establece las normas que ha de aplicar el juez internacional. El ámbito de validez de este precepto es universal y es incluso su campo de aplicación más amplio que el propio estatuto, porque ha servido de referencia y ha sido recogido en numerosos tratados sobre arreglo pacífico de diferencias. Ello no es óbice para que este artículo haya sido objeto de críticas.

En tanto, no solo porque alguna de sus formulaciones sea ambigua, sino porque no facilita una lista exhaustiva de las fuentes formales del derecho internacional contemporáneo. Existe la posibilidad de que los actos unilaterales de los Estados produzcan efectos jurídicos y existe también la posibilidad de que actos de las organizaciones internacionales tengan carácter normativo e incluso carácter normativo general y sean obligatorios para todos los Estados. Pueden ser auténticas resoluciones legislativas.

Sin embargo, este fenómeno es muy limitado en el derecho internacional, si dejamos de lado el caso específico de la Unión Europea o el caso de la actuación de la Asamblea General, que ha aprobado resoluciones normativas con carácter general. Pero todavía hoy es difícil que se pueda admitir un acuerdo general que atribuya eficacia normativa general a las resoluciones normativas. Cuestión distinta sería la relación que existe entre estas resoluciones de la Asamblea General y el proceso consuetudinario, es decir, el valor probatorio de las mismas.

Conviene que precisemos también la jerarquía que existe entre las fuentes internacionales. En principio no existe un principio que con carácter general establezca una jerarquía en el supuesto de las diferentes fuentes del derecho internacional. Sin embargo, se entiende que existe una igualdad de rango y ello se debe a que la comunidad internacional sigue estando descentralizada.

Los conflictos, en cambio, entre las diversas fuentes formales sólo pueden ser resueltos de forma individualizada. En cambio, este principio no rige en el derecho internacional de las organizaciones internacionales. Al tratarse de sistemas jurídicos más organizados, al establecer en definitiva una jerarquía de los órganos, también les corresponde igualmente una jerarquía entre sus actos.

Existe una jerarquía entre los procedimientos de adopción de los actos jurídicos entre las fuentes formales propias a los órganos en litigio. Por tanto, no existe en el ámbito del derecho interestatal, en cambio, un principio rector con carácter general de dicha jerarquía. Otra cuestión importante que se suscita es si existe una cierta jerarquía entre las fuentes de carácter interestatal y las propias de otros sujetos internacionales.

No cabe afirmar que las primeras sean jerárquicamente superiores a las segundas. Desde un punto de vista técnico, son además las mismas, tratados y costumbre. La ausencia de jerarquía entre las fuentes formales no supone la ausencia de relación entre las fuentes.

Es decir, es necesario con cierta frecuencia conciliar las diferentes fuentes en su estadio de elaboración o bien en su estadio de prueba del derecho positivo. Para acabar, el hecho de que las fuentes formales no estén jerarquizadas no supone que no exista jerarquía entre las normas jurídicas. Nos referimos a las normas imperativas o de just cogens que habrán de prevalecer sobre las restantes.

En otros supuestos existirá siempre la posibilidad de aplicar los principios de derogación clásicos. La ley especial primará sobre la general y la posterior derogará la anterior. Vivimos en una sociedad de bienestar, al menos por el momento, y los ciudadanos demandamos a la Administración, al Estado, una serie de bienes públicos, como carreteras, educación o sanidad, y son los partidos políticos con sus programas quienes de alguna manera nos ofrecen estos bienes y cuál puede ser el alcance de estos.

De ello vamos a hablar a continuación con el catedrático de la UNED de Hacienda Pública, don Juan Antonio Jiménez Ullastres, de los factores determinantes en el mercado de los bienes públicos. Buenas noches, profesor Jiménez. Muy buenas noches.

¿El mercado de los bienes públicos es realmente un mercado como cualquier otro? No, evidentemente es un mercado peculiar, porque los bienes públicos, especialmente los puros, no se satisfacen, como sabe cualquiera que ha estudiado un poco estos temas, que no se satisfacen correctamente en el mercado, porque no tienen esas características que permiten que el juego de oferta y demanda asigne adecuadamente los bienes. En estos bienes no hay una capacidad de excluir a aquellos que no paguen el precio correspondiente, y hay esa oferta conjunta, es decir, todos disfrutamos simultáneamente esos bienes, lo cual hace que se pueda disfrutar de un bien como defensa o como seguridad sin pagar por ellos. De todas formas, el análisis es válido para bienes públicos en el sentido más amplio, donde sí que habría esa exclusión, pero que hoy el sector público provee a los ciudadanos, pues como puedan ser educación o sanidad gratuita, en la que de la misma forma se puede estar beneficiándose de esos bienes públicos ya no tan puros, sin pagar los impuestos correspondientes.

Entonces, lo que se intenta en el análisis del mercado público, del mercado de los bienes públicos, es considerar que frente a la concepción que proviene fundamentalmente de Masgrave, del dictador benevolente, de una administración que busca simplemente el bienestar de los ciudadanos, pues interpretar que existen detrás unos sujetos, unos agentes, que tienen los mismos intereses privados, particulares, y que están afectando al juego de las decisiones políticas. Entonces, analizar cómo esos agentes se comportan en un teórico mercado de oferta y demanda de bienes públicos. ¿Quiénes son esos agentes que acaba de mencionar el profesor Jimeno? ¿Quiénes son los oferentes y los demandantes? Pues habría que diferenciar un poco distintos, podríamos decir, mercados o escalones o ámbitos en los que se

toman las decisiones políticas.

En última instancia, los demandantes son los electores, los votantes en una democracia, y el oferente, pues es el gobierno o la administración pública. Lo que ocurre es que en una democracia representativa, pues tendríamos primero un mercado político en el cual los demandantes son efectivamente los electores, y los oferentes los distintos partidos políticos, que son, digamos, las distintas empresas que están compitiendo por conseguir el favor de los clientes en defensa de sus posturas. Una vez superado ese mercado, ya entramos en otro mercado, que es el del parlamento, donde se toman unas decisiones, donde se buscan los equilibrios entre los diversos intereses representados en ese parlamento, y por último, pues hay un tercer escalón, que sería algo así como la administración o la gestión propiamente, en la cual pues entran en juego el partido, o los partidos, la coalición gobernante en su caso, con la burocracia, con los responsables administrativos de la gestión cotidiana de la administración.

Entonces, en cada uno de esos escalones se puede hacer un poco un análisis de qué elementos están entrando en juego, cómo influyen esos intereses en la toma de decisiones, y cómo pueden sesgar los resultados en una dirección o en otra. En el mercado político hay dos conceptos muy importantes que quizás convenga aclarar el profesor Jimeno. Estos conceptos son el votante mediano y las preferencias unimodales.

Efectivamente, en el mercado político la mayoría de las decisiones son unimodales. ¿Y qué significa esto? ¿Qué representa? Pues este es un concepto que yo creo que debe ser fácilmente asimilable, a pesar de que suele plantear algunos problemas a quienes estudian estos temas en una primera ocasión. Para entenderlo, en la mayoría de las decisiones, pues los ciudadanos les dan una serie de opciones y tienen que, o pueden, o podrían, serían capaces de ordenarlas.

Esta es la que yo preferiría, esta en segundo lugar, esta en tercer lugar, esta en cuarto lugar. Entonces, decimos que son unimodales cuando, independientemente de nuestras preferencias personales, todos las ordenaríamos de la misma forma. Pongamos, ¿cuánto nos gastamos en educación? Pues uno querrá que se gaste mucho, otro poco, otro menos, pero si nos dan cuatro opciones, 25, 50, 75 o 100 mil millones, todos a la hora de ordenarlas diríamos 25, 50, 75, 100 o 175, 50, 25, pero difícilmente alguien ordenaría 25, luego 100, luego 50, luego 75, frente a otro tipo de decisiones en los que no las ordenamos todos de la misma forma.

¿Por qué? Porque no existe un criterio claro. Entonces, pues si decimos de qué color queremos pintar la habitación en la que estamos, pues damos cuatro opciones, amarillo, rosa, blanco o entelada, y los ordenamos pues un poco aleatoriamente, luego cada uno puede tener las preferencias en el orden que sea. Entonces, para que se vea gráficamente, pues yo recomendaría a un grupo de personas que simplemente hicieran un cuadro en el que en el lado izquierdo pusieran primero, segundo, tercero, cuarto y arriba pusieran las opciones de que se trata, por ejemplo, utilizando estos dos casos mismos que he mencionado o algunos similares, unos de cantidades y otros de este tipo de decisiones más aleatorias, y luego que ese grupo de personas cada uno se colocara sus preferencias, primero, segundo, tercero, cuarto.

Entonces, si unimos esos puntos, veremos que en el caso de las que se refieren a cantidades, de las que son unimodales, de las que todos ordenamos de la misma forma, uno tendrá una preferencia, 25, 50, 75, 100, y que irá descendiendo, irá bajando su interés en función de cuánto más alejado esté de su máximo. Si uno prefiere 100, a partir de ahí irá descendiendo, luego segundo será 75, tercero 50, cuarto 25, y tendrá el pico en 100 y a partir de ahí descende. Si tuviera 50, pues pasaría exactamente igual, el pico estaría en 50 e irían descendiendo según se aleja de 50, de ahí que gráficamente se diga son de un solo pico, porque a partir de ahí descienden.

En cambio, si son colores, pues claro, los picos pueden subir y bajar porque como el orden es aleatorio, pues puede salir con la figura con la forma más pintoresca que se ocurra. Entonces, ¿por qué es importante esto? Porque obviamente, si las preferencias son aleatorias, claro, las decisiones también son aleatorias, porque puede salir cualquier cosa y la forma de votación, el orden de votación, la estructura de la votación, pueden alterar la decisión que se tome. Es mucho más difícil pues conseguir un acuerdo sobre cómo pintar una casa, por ejemplo, en una comunidad de vecinos, en que realmente, pues claro, las preferencias son tan dispersas que la decisión es muy difícil.

En cambio, el acuerdo es mucho más fácil cuando se refiere a cantidades. ¿Por qué? Porque como la mayor atracción o menor atracción depende de lo lejos o cerca que esté de mi posición, eso significa que cuanto más lejos esté de mi posición, menos me va a gustar. Y eso significa también el poder afirmar que en las preferencias unimodales siempre la decisión que va a salir triunfante es la que llamamos del votante mediano, es decir, el que defiende la postura intermedia.

Intermedia que no significa, y por eso decimos mediano y no media, no significa que sea justo la mitad de las cantidades que estamos analizando, sino el que tiene el 50% a un lado y el 50% a otro. ¿Por qué? Porque los que quieren gastar mucho, pues preferirán apoyar al mediano, al 50 más 1, a la mitad más 1, antes que a los que defienden que se gaste muy poco. Y los que prefieren que se gaste muy poco también querrán apoyar a ese antes que salga que se gaste mucho, porque ellos quieren que se gaste poco.

De ahí que cuando las preferencias son unimodales, tal como se han definido, pues se puede afirmar, casi como regla universal, que ganará siempre esa posición que un poco divide a la mitad a los que votan, porque siempre cada uno de los dos lados lo entenderá como un mal menor y preferirá votar esa opción frente a cualquier otro. ¿Pero cómo se entiende la demanda en los bienes públicos, igual que en los privados? No, evidentemente no. Por esa característica que decíamos, sobre todo de oferta conjunta, hay una diferencia fundamental.

Bueno, habría una primera diferencia, que es la dificultad de conocerlo. Mientras en la demanda privada, como hemos dicho, pues uno tiene que ir al mercado y decir quiero comprar y si sube el precio, pues compraré menos cantidad, etcétera. Ahí hay una manifestación expresa de los intereses de los demandantes.

En el caso de los bienes públicos, es mucho más difícil conocerla. Se puede conocer por encuestas, se puede conocer por el apoyo que se da a los partidos que representan mayor o menor interés en unos determinados gastos públicos, pero sin duda son siempre aproximaciones. No existe una posibilidad de medir la demanda en la misma forma que se mide en los bienes privados.

En los bienes públicos mixtos, tipo educación o sanidad, pues sí que se pueden hacer mayores aproximaciones, aunque sólo fuere por vía de los usuarios potenciales del bien o servicio correspondiente. Pero desde una perspectiva teórica, gráficamente, se puede recordar que en los bienes privados la demanda total de un mercado es la suma horizontal de las demandas individuales. Es decir, para cada precio, si los coches están a un millón de pesetas, ¿cuántos coches se comprarán? ¿Será la suma del coche que compraré yo, del coche que comprará mi vecino? ¿O cuántas naranjas, a un determinado precio, será la suma de las naranjas que compramos todos? En el caso de los bienes públicos puros, la suma de la demanda es vertical.

¿Qué significa esto? Que este nivel de defensa, por ejemplo, ¿cuánto estamos dispuestos a pagar cada uno de nosotros porque exista ese nivel de defensa o ese nivel de seguridad? Entonces eso significa que aquí no sumamos cantidades, no sumamos cuántos tanques compramos cada uno, sino si queremos este nivel de defensa, nosotros estaríamos dispuestos a pagar yo 100, el otro 150, el otro 80, y la suma de todo dará todo lo que disponemos para pagar por ese bien público común. Mientras que, realmente, la cantidad no varía. Por eso decimos que lo sumamos verticalmente.

Otra diferencia es que en este mercado los precios, por así decirlo, que se pagan, no guardan una relación directa con el consumo, como ocurre en los bienes privados, las naranjas que decíamos antes, sino que cada uno pagamos por un lado los impuestos correspondientes y por otro recibimos los bienes correspondientes. Y entonces existe ahí una falta de simetría, un poco entre los dos lados, y eso permite el que, según varíe lo que paga cada uno, también puede variar la postura que tenga. Entonces, ¿qué ocurre normalmente? Pues que hay una parte de la población con más recursos que paga más impuestos y una parte de la población con menos recursos que paga menos impuestos, y al mismo tiempo hay unos gastos públicos que, en la medida en que buena parte de ellos son redistributivos, pues vía pensiones, vía becas, vía educación o sanidad gratuita, están beneficiando, quizá más, precisamente a las personas que menos pagan.