

DR 29 1003

UNED, Radio Educativa. Hola, muy buenas tardes y bienvenidos al Tiempo de Radio de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Un día más les invitamos a compartir con nosotros las próximas dos horas y media que esperamos sean de interés para todos ustedes.

Esta noche les ofreceremos tres espacios. Revista de Derecho, que estará dedicada al desarrollo de las materias que se imparten en el tercer curso de la carrera. Seguirá el Informativo Universitario, con sus secciones habituales de noticias, entrevistas e información de becas, cursos y ofertas de empleo público y el Rincón Literario.

Cerraremos, como cada día, con el curso de Acceso a la Universidad para Mayores de 25 años, hoy dedicado a la cultura alemana. Y tras el paréntesis del periodo navideño, iniciamos un viernes más la Revista de Derecho, que esta noche, como ya hemos dicho, se ocupará de las materias de tercer curso. Cinco serán los temas que comentarán los profesores a lo largo de este programa.

Les adelantamos los títulos de estos. El paquete Habana Lola es el caso práctico que comentará la profesora titular de Derecho Internacional Público, Fanny Castro Rial. La demanda y la oferta de gasto público será expuesto por el Catedrático de Hacienda Pública, Juan Jiménez Ullastres.

Otro tema serán los principios de la organización administrativa, a cargo del profesor titular de Derecho Administrativo, Jesús Prieto. Alfonso Serrano Gómez, titular de Derecho Penal, nos hablará de las lesiones. Y, por último, la profesora de Derecho Civil, Maripaz Pous, explicará qué es la responsabilidad civil extracontractual.

Tal como anunciábamos en el sumario, la primera intervención corresponde a la profesora titular de Derecho Internacional Público, doña Fanny Castro Rial, que va a dar unas indicaciones muy importantes que les ayudarán a la hora de realizar la primera prueba presencial y, en concreto, cuando tengan que resolver el caso práctico. Se pone como ejemplo el caso denominado el paquete Habana Lola. Oigamos cómo se debe analizar un caso práctico.

Les dejamos con la profesora Castro Rial. En este primer contacto de 1997, en el que me permitirán que aproveche para felicitarles a todos ustedes el año en el que entramos, vamos a proceder a comentar un caso práctico. Para ello, les sugeriré un esquema del mismo a fin de facilitarles su tarea a la hora del examen.

En primer lugar, deben ustedes tener presente que en la primera prueba presencial serán objeto de examen los 24 primeros casos contenidos en el libro de casos prácticos que ustedes manejan. Ustedes podrán observar a la hora del examen que en la tercera parte, relativa al comentario de texto y, por lo tanto, al caso práctico, se les suele indicar Comente usted las ideas principales de este párrafo, de la sentencia, del asunto que ha sido seleccionado. O bien, se le señala a sí mismo, comente estas ideas teniendo en cuenta la doctrina de la materia objeto del caso.

Veamos qué se les pide al hacerseles esta orientación. En primer lugar, ustedes deben procurar centrar el texto seleccionado de caso práctico. ¿Esto qué significa? Que deben insertarlo mentalmente en el contexto del caso concreto.

Deben proceder a recordar el encabezamiento en negrita y esta parte especialmente importante para poder delimitar cuáles son las cuestiones doctrinales más relevantes que suscita el caso en su totalidad. Ahora bien, procederán ustedes a ordenar cuáles son las cuestiones principales del extracto seleccionado. Esto significa, en otros términos, que no deben proceder a realizar una exposición detallada de la totalidad del caso objeto de comentario.

Ni tampoco deben reproducir, ya sea textualmente o bien con sus propias palabras, el texto que se les ofrece para dicho comentario. Esto no deberán hacerlo ni al referirse a los hechos ni al propio contenido de la decisión judicial o de la resolución o del texto normativo objeto de comentario. Partiendo de estas tres bases, se preguntarán ustedes cómo pueden prepararlo.

Quizá les sirva de orientación lo siguiente. En primer lugar, sitúen la causa que origina o suscita la diferencia. Para abordarla, podrían ustedes optar por ofrecernos un esquema indicándonos qué es lo que van a comentar.

Ateniéndose, claro está, de conformidad con lo que acabo de mencionarles, al párrafo seleccionado respecto del cual indicarán el objeto que les indicaba, es decir, la causa que origina o suscita la diferencia. Señalarán que hace referencia a un conflicto concreto y, en este supuesto, señalarán si es llevado ante los tribunales nacionales, a los internacionales o si se trata simplemente de un texto normativo. Esto dependerá, obviamente, de cada caso.

Insisto, eso sí, que la idea central consiste en indicar la causa que subyace en el fondo de cada caso concreto. Y en este desarrollo, ustedes deben procurar ser breves. Veamos cómo deben proceder, en segundo lugar, al desarrollo del caso propiamente dicho.

Podrán subdividirlo, a su vez, en dos partes. La primera, relativa al análisis de los elementos fácticos, y la segunda, dedicada a las cuestiones jurídicas suscitadas al derecho. En cuanto al análisis de los elementos fácticos, este apartado se conecta, obviamente, con el anterior, con la causa que origina el litigio.

Pero va algo más lejos. No sólo indica dicha causa que enfrenta las partes, trátase, por ejemplo, de un abordaje, de un asilo, etcétera, sino cómo surgió dicha causa. Y, por ello, en este momento, podrán realizar una exposición, aunque breve, de los hechos, centrándolos en el momento histórico en que se produjeron y cuál fue su desarrollo.

Este dato es relevante para el desarrollo ulterior, porque la cuestión en conflicto puede estar regulada o resuelta de un modo muy diferente en el derecho internacional actual contemporáneo. Y, por supuesto, como es lógico, si existe una diferencia es porque las partes valoran de modo divergente el desarrollo de los acontecimientos, y ello inducirá

posteriormente a una diferente apreciación de cuál es el derecho aplicable y cómo deberá aplicarse. Por lo que respecta a la segunda parte, al análisis de las cuestiones jurídicas, es decir, al examen del fondo del asunto, en este apartado es donde deberán estructurar e indicar a qué cuestiones de derecho hace referencia el caso.

Recuerden la letra en negrita del encabezamiento de cada uno de los casos. En este apartado deben limitarse a indicar cuál es la teoría aplicable y cómo ha sido aplicada, y por qué ha sido aplicada. De nuevo, aquí suelen a veces cometer el error de reproducir el texto.

No se trata de reproducirlo, sino de desentrañar el por qué de cada resolución, y si tienen, además, una opinión crítica al respecto. Pueden exponerla. ¿Cómo han de hacerlo? Teniendo en cuenta los epígrafes del encabezamiento y sus nociones teóricas.

Procedamos ahora a ver un caso concreto, el caso del paquete Habana-Lola, el caso número 2. Siguiendo el esquema sugerido, veamos en primer lugar cuál es el motivo o causa del litigio entre las partes. Observamos que este surge a raíz de la captura de dos barcos de pabellón español por parte de un buque de guerra de Estados Unidos. Situemos estos hechos en su contexto histórico.

Es en 1898, durante la guerra de la independencia de Cuba. Y es asimismo destacable el lugar donde se produjo la captura, al norte de la isla de Cuba, donde Estados Unidos ejercía un bloqueo. No vamos a analizar ahora el tema del ejercicio de la jurisdicción y su conformidad con el derecho internacional actual.

Observemos, ateniéndonos al caso, las alegaciones de las partes. Para los primeros, para los españoles, la idea central se articula en la figura de la presa marítima. Si bien, para Estados Unidos, no existía sospecha alguna de que los afectados se dedicaran a una actividad hostil.

En consecuencia, el problema básico que se suscita es el de la calificación de la captura. Es el apresamiento regular, es una confiscación regular conforme al derecho internacional consuetudinario en vigor. Procedamos a ver las cuestiones de fondo.

La primera cuestión relevante se refiere a la posición del ordenamiento jurídico internacional en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos. En el caso objeto de comentario, habremos, delimitarnos, claro está, a precisar cuál es la consideración que el sistema estadounidense atribuye al derecho internacional. Como ustedes bien saben, el derecho internacional forma parte del derecho interno de Estados Unidos y, por tanto, es aplicable por los jueces nacionales.

Si sabemos que el derecho internacional forma parte del derecho estadounidense y es aplicable por los jueces nacionales, veamos en qué supuesto sería aplicable una determinada práctica como norma consuetudinaria. Lo será cuando la cuestión jurídica en litigio haya de ser resuelta por el derecho internacional y este es justamente nuestro caso, la aplicación de la figura de la presa marítima. Por consiguiente, el fundamento jurídico lo encontramos en la constatación de la existencia de una costumbre internacional existente en la materia.

Pero no es suficiente alegarla, será necesario proceder a la prueba de la misma. En un segundo apartado, podríamos plantearnos si existía una costumbre aplicable al caso y, de existir, cuál era su significado y alcance. La costumbre en cuestión consistiría, según la parte española, en la exención de la captura del apresamiento en aquellos supuestos que los barcos fueran pesqueros de bajura, como es el caso.

Veamos cuál es la interpretación que realizan los tribunales estadounidenses. Se constata la existencia de una costumbre y ello se hace en función de la práctica anterior llevada a cabo, tanto por parte de terceros estados como por parte de Estados Unidos. Y este es el orden que se sigue en el razonamiento.

Cuando una instancia internacional o cuando una instancia judicial nacional ha de acudir a efectos de prueba de la costumbre, debe recurrir tanto a la práctica general como, muy especialmente, a la de los estados interesados en la diferencia. Tercero. ¿Qué elementos son tomados en consideración para aprobar la práctica o la existencia de la costumbre en litigio? En las observaciones se les indica que, para identificar la existencia de una norma consuetudinaria, es preciso confirmar la concurrencia de un consentimiento generalizado en relación a los hechos generadores de una determinada práctica.

Entendiendo, por tanto, que ha de concurrir el elemento material, así como el elemento espiritual, para poder confirmar su existencia. Que, en definitiva, responde a necesidades de mutua conveniencia o utilidad que es sentida, a su vez, por la mayoría de las naciones. Con independencia de la valoración de su existencia, podremos observar que, en el periodo de asentamiento de la costumbre, se dan ciertas inflexiones e incluso reacciones en contrario.

¿Cuáles son los precedentes en este caso? Distinguiremos respecto de los terceros estados, en cuya práctica se invocan como elementos de prueba el derecho convencional, es decir, los tratados concertados por los estados europeos, así como su propio desarrollo interno, que, además, se halla en consonancia con los primeros, y se menciona expresamente al efecto los edictos y las ordenanzas dictadas por aquellos. De un modo complementario, se deduce también su existencia en función de las compilaciones ya existentes en materia de costumbres y usos marítimos. Respecto de los precedentes y ahora referidos a la práctica de los Estados Unidos, la posición de este estado es clara, y se deduce tanto de la voluntad expresada por él mismo al concertar tratados internacionales en la materia, como de su propio comportamiento.

Se alude al efecto a la conducta anterior mantenida por éste en las últimas guerras. Ahora bien, una cuestión distinta es si no concurrían dudas acerca de la uniformidad de dicha costumbre. En otras palabras, la inflexión o inflexiones en los comportamientos en dicha práctica podían llegar a excluir la obligatoriedad de la misma.

Si nos situáramos en el contexto del derecho internacional en vigor, y acudiendo al enunciado del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, verán ustedes con facilidad que han de concurrir los dos elementos esenciales de la costumbre, que están estrechamente vinculados. Por ello, la instancia llamada a dirimir un litigio de esta naturaleza debe valorar si el

estado en cuestión no sólo ha participado en la elaboración de un uso uniforme, sino sobre todo si lo ha reconocido expresamente como obligatorio. Retomemos el supuesto que nos ocupa.

¿Podía valorarse positivamente el comportamiento pese a que pudiera constatarse una cierta interrupción de la práctica, es el caso de la actitud de Estados Unidos en la Revolución Francesa? ¿Pero ello bastaría para excluir el reconocimiento de la obligatoriedad de la práctica? La solución a la que llega el Tribunal se va a articular en función de los siguientes argumentos. Primero, en función de la valoración de la práctica, que es realizada por la doctrina. El Tribunal utiliza efectos de prueba la existencia de una doctrina favorable a la constatación de esa costumbre.

Por ello, alude a la relevancia y al efecto jurídico probatorio de la misma para determinar el carácter normativo de dicha regla consuetudinaria. Lo que le permitiría afirmar la exclusión de los barcos pesqueros españoles de Bajura del apresamiento. Constata pues el Tribunal la claridad de la costumbre vigente por razones de humanidad.

De este modo, se ratifica pues la práctica alegada por la parte española. La existencia de una norma consuetudinaria en el sentido favorable a la excepción de captura. Y se deduce, por mayoría, la existencia de un consentimiento generalizado de las naciones civilizadas.

Independientemente de los actos en contrarios que hubiese realizado Estados Unidos. Ahora bien, aunque no nos adentremos aquí, saben ustedes que esa práctica para que fuera aplicable a los beneficiarios de la misma, a los barcos españoles, debían estos respetar en contrapartida unas condiciones. No ir armados y no apoyar a las partes beligerantes.

Aunque claro está, admite la propia práctica ciertas excepciones. Finalmente, ¿a qué conclusión se llega? A la consideración del derecho internacional como parte del derecho interno estadounidense. Y a la delimitación de la función que incumbe al juez nacional frente a la alegación de una costumbre.

A efectos de prueba, se afirma en consecuencia que se trataba de una regla de derecho internacional. Y de ello se deriva que si la figura en litigio había sido reconocida por Estados Unidos, sus instancias judiciales, que actuaban además como tribunales de presa, no podían limitarse a reconocer su existencia, sino que debían incluso aplicarla de oficio como norma consuetudinaria. ¿Por qué? Porque su misión es cumplir con su obligación de aplicar el derecho internacional.

Y además por tratarse, como señalamos, de una regla consuetudinaria internacional, que como tal forma parte del derecho interno. Y, por último, por ser en definitiva el derecho aplicable, el propio derecho internacional, al que deben acudir estos tribunales cuando actúan como tribunales de presas marítimas en la resolución de litigios de esta categoría. Muchas gracias.

Y para ello contamos con la presencia del Catedrático de Hacienda Pública de la UNED, don

Juan Antonio Jimeno Ullastres, que va a dar respuesta a estas y otras cuestiones. Buenas noches y bienvenido, profesor Jimeno. Buenas noches.

Hoy vamos a hablar de la oferta y la demanda de los bienes públicos. ¿No es un cierto contrasentido aplicar estos términos de oferta y demanda a este tipo de bienes, profesor Jimeno? Efectivamente puede parecer que los bienes públicos, que son unos bienes que por su naturaleza escapan a la acción del mercado, porque al ser de oferta conjunta y no regir el principio de exclusión, precisamente el juego de oferta y demanda no funciona. Sin embargo sí podemos hablar de que existe una oferta y una demanda de los bienes públicos.

¿Por qué? Porque evidentemente todos los ciudadanos estamos demandando continuamente a las autoridades el que nos ofrezcan, nos provean de una serie de bienes y servicios que van desde la defensa y la seguridad y la justicia a la sanidad, a la educación o unas carreteras en buen estado. Por lo tanto efectivamente existe esa posibilidad de hacer una aproximación porque también juega un poco ese enfrentamiento entre oferta y demanda que nos da el equilibrio del mercado. Ocurre también en el mercado político porque hay una demanda creciente de gastos públicos pero también hay un freno a ese crecimiento que es el que en cambio hay una oposición a pagar más impuestos.

Entonces de alguna forma hay un contrapeso entre el querer más gasto y el no querer más impuestos que actúa como freno. Precisamente el análisis de este tipo de comportamiento surge un poco como también un contrapeso a la teoría de los fallos del mercado que intenta explicar el intervencionismo estatal diciendo que el mercado falla en una serie de situaciones. Pues hay otra serie de autores de una perspectiva más liberal que dicen bueno pero es que el Estado también falla.

Entonces vamos a ver qué fallos tiene el Estado en la provisión de bienes públicos para demostrar que no siempre el Estado va a ser mejor que el mercado incluso aunque haya fallos. Entonces lo que tratamos de estudiar en este tema es cómo pasamos de la decisión individual de los gustos de todos los particulares de todos los ciudadanos a una decisión colectiva a través del mecanismo de decisión política. Pero vamos por partes y para empezar.

¿Es el sistema de mayorías un buen sistema para tomar decisiones y sobre todo este tipo de decisiones económicas? Pues la respuesta adelante es en principio que parece la menos mala de las posibilidades. En primer lugar porque se podría decir que el mejor sistema para tomar decisiones tendría que ser la unanimidad. ¿Por qué? Pues lo mismo que en el mercado oferentes y demandantes se ponen de acuerdo y las dos partes coinciden en sus intereses pues podríamos decir en el mercado político exactamente igual.

Si conseguimos que todo el mundo esté de acuerdo reducimos a cero el llamado coste de imposición de unos sobre otros, de las mayorías sobre las minorías. Sin embargo esto tiene un matiz que evidentemente el coste de negociación para conseguir la unanimidad se puede hacer muy alto. Conseguir que unos pocos se pongan de acuerdo es fácil, es digamos barato pero según vamos queriendo conseguir más votos se va haciendo más difícil.

Entonces podríamos llegar al contrasentido opuesto que el coste de imposición fuera de las minorías a las mayorías. Si exigimos la unanimidad bastaría la voluntad de una persona para boicotear todo tipo de acuerdo. Por lo tanto dado que alguien va a tener que imponer a alguien el acuerdo pues parece claro que cuantos menos impongan mejor.

Y cuantos menos impongan significa que sean minoría los que pierden y mayoría los que ganan. Por otra parte sí que es cierto que matemáticamente se demostró por algunos autores que el sistema de mayorías podía llevar a resultados lógicamente absurdos. Pero afortunadamente cuando las preferencias son unimodales y explico el término, significa cuando todos estamos de acuerdo en el orden en que colocaríamos las distintas alternativas.

Por ejemplo todos colocaríamos en el mismo orden una cantidad, una serie de cantidades de mayor a menor o de menor a mayor. Entonces en ese momento sí que podemos asegurar que la decisión va a ser racional y además podemos adelantar que quien va a ganar va a ser el votante mediano. Es decir el que divide por la mitad al cuerpo electoral, al cuerpo que emite su voto.

¿Por qué? Porque si todos ordenamos las preferencias por un orden similar significa que tendremos una que nos guste más. Pero cuanto más se aleje de ese punto en el que estamos menos nos gusta. Y por lo tanto estaríamos dispuestos a votar siempre en favor de aquella postura que esté más cerca de lo que es nuestro óptimo, de lo que es nuestro ideal.

En ese sentido si hay tres posturas, una que dice gastemos 100, otra que dice gastemos 500 y otra que dice que gastemos 1000, podemos asegurar que ganará 500, si son tres los votantes, porque el que quiere 100 optará por 500 antes de que salga 1000, que es muchísimo para sus preferencias y el que quiere 1000 votará por 500 también antes de que salga 100, que es muchísimo por sus preferencias. Por lo tanto el votante mediano, esa posición intermedia es realmente la que garantiza digamos el mal menor y la que podemos asegurar que lleva a una decisión racional. Este criterio es importante porque así lo podemos aplicar luego al juego de los partidos políticos para conseguir los votos de los ciudadanos.

Profesor Jiménez, ¿se puede decir que la competencia entre los partidos políticos es semejante a la de las empresas en el mercado? Efectivamente, es decir los partidos políticos en último término pues son como las empresas, quieren conseguir el máximo de ventas posible de las empresas y en el caso de los partidos políticos el máximo de votos. ¿Por qué? Pues si se hiciera una perspectiva, una visión digamos egoísta de los partidos políticos podrían decir lo que quieren es conseguir el poder político, ese es su objetivo, por lo tanto para conseguir el poder político lo que necesitan es tener el máximo de votos posible. Si se hace una perspectiva más altruista se diría los partidos políticos tienen unas ideales, un modelo de sociedad, unos programas que desearían o que consideran buenos para el conjunto de los ciudadanos y por lo tanto harán lo que esté en sus manos para conseguir que esos programas salgan adelante y por lo tanto intentarán convencer al mayor número de ciudadanos, intentarán conseguir el mayor número de votos.

Por lo tanto lo mismo que una empresa intenta conseguir vender lo más posible los máximos beneficios posibles pues podemos decir que los partidos políticos van a intentar conseguir el mayor número de votos posible sean cuales sean sus motivaciones. Eso implica que podemos analizar el mercado y como sabemos en el mercado político quien decide es el votante mediano pues los partidos políticos con voluntad de ganar las elecciones, de gobernar, van a intentar luchar por ese votante mediano. Eso explica el que normalmente en casi todos los sistemas y casi diríamos incluso sea cual sea el sistema de votación hay una cierta tendencia a que aparezcan dos grandes partidos digamos que tienden hacia el centro político un centro que siempre es relativo es decir depende del cuerpo electoral correspondiente pero los dos partidos lucharán por ganarse ese votante mediano.

Eso no impide que existan otros partidos en los digamos aladaños, laterales, en unas posiciones algo más extremas donde hay menos votantes pero que pueden aportar sus votos para algún tipo de coalición o por supuesto la tentación muy frecuente de que aparezca eso que se llama normalmente un partido bisagra un partido que en el centro a lo mejor es pequeño pero que al tener en su seno el votante mediano es el que consigue realmente ganar las elecciones, es el que a lo mejor con un peso muy pequeño finalmente es quien tiene la sartén por el manco como se diría vulgarmente.