

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

BOLETIN
DE LA
FACULTAD DE DERECHO

AÑO I

Número II

MES II

PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO - CARACAS

S U M A R I O

SECCION DOCTRINAL.-

Apuntes sobre la "Lex in favore negotii"..... Dr. Lorenzo Herrera Mendoza.

"Georges Scelle y las Fuentes del Derecho Internacional Público"..... Dr. Dusán Sidanski.-

"Derecho Sustantivo y Proceso del Trabajo"..... Dr. Manuel Graterol Roque.-

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.-

Francesco Carnelutti: "Arte del Derecho"..... Dr. Humberto Cuenca.-

Carlo Cereti: "Diritto Costituzionale Italiano"..... Dr. César Mendoza Leonetti.-

REVISTA DE REVISTAS.-

Horacio Oliva Veliz: "La Separación de los Poderes"..... Br. Gonzalo García Bustillo

Ambrosio Lucas Gioja: "El Tema de la Teoría Pura del Derecho"..... Br. Mariano Uzcátegui Urdan

SEMINARIOS DE LA FACULTAD.-

NOTICIAS DE LA FACULTAD.-

GEORGES SCELLE

Y LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

No es nuestro propósito resumir la doctrina del señor Scelle, deformándola. Para evitar ésto, nos proponemos su interpretación, única deformación legítima. Desde ahora se impone una distinción, a saber: una fuente material y las fuentes formales. La primera es una "especie de capa jurídica subterránea" nutrida por las relaciones jurídicas diversas, cuyas aguas son captadas por diferentes procedimientos, cuales son las fuentes formales. Son estos procedimientos los que dotan la fuente material de un carácter imperativo -imponiéndose a la conciencia jurídica-, además de un carácter efectivamente obligatorio, luego ejecutorio.

Abordar la fuente material parece tarea ociosa, dado que se trata de teoría. Pero como la teoría influye en las construcciones prácticas, nos vemos precisados a hacerlo. A este propósito hay que evitar la excesiva concisión, por temor a ofrecer la posibilidad de justificaciones y explicaciones que nos conducirían al infinito. Por el contrario, la concisión tendría la ventaja de los adagios que han hecho fortuna en la historia.

El elemento básico en la doctrina de Georges Scelle es el "hecho social", destacándose la solidaridad social. El hombre, como quiera, es un hecho individual, mas condicionado por los medios. Es un animal político esencialmente

dependiente de sus semejantes en cuanto a sus necesidades y a sus respectivas satisfacciones: los hombres son interdependientes. Intera dependencia, dependencia mutua, solidaridad. todos términos de significado vecino y emparentado, que tropezamos respectivamente en Oulés y Walras, economistas. Durkheim, sociólogo, y Duguit, jurista. Otras tantas pruebas de la solidaridad de los cambios sociales en todo tipo de productos humanos: objetos, servicios e ideas. Esta solidaridad se presenta de dos modos: la solidaridad por similitud y la solidaridad por semejanza.

La solidaridad por similitud produce la homogeneidad, "el cemento indefectible de las sociedades humanas". Forma la Nación y el Estado. Es exclusivista e instintiva. Engendra la unidad nacional y la guerra internacional. La solidaridad por semejanza o por división del trabajo es adquirida y razonada. Para producir estos efectos debe ser concebida y querida. Crea los intercambios y nutre todo progreso excitando el florecimiento de las aptitudes individuales y colectivas. Especializa y organiza. Es esencialmente creadora y perceptible, pese a las oposiciones frecuentes y no razonables de su hermana gemela. Como es orgánica y finalista, se entrelaza con la justicia social, cuya ética impone el respeto.

La ética es una de esas palabras, que, a fuerza de repetirse nadie sabe lo que quiere decir. Según Scelle la ética social es el producto de la cohe solidaridad. "Es el sen-

timiento colectivo e instintivo del bien y del mal, de lo bueno y de lo malo, de lo útil y lo pernicioso, de lo justo y de lo injusto, de lo social y de lo antisocial, de lo lícito y de lo ilícito". Se emparenta a la solidaridad por similitud, gracias a su carácter pasional, su inanimismo virtual y por este hecho predomina en la generación del Derecho. A esta fuerza ética se suma el poder, fuerza social instintiva, luego progresivamente organizada.

"Es la conjunción de la ética y del poder en el seno de la vida colectiva lo que constituye la fuente profunda o material del orden jurídico" El orden jurídico es la expresión parcial del potencial jurídico de una sociedad: de la necesidad social actual y futura. Es el reconocimiento consciente de una necesidad psicológica, por lo tanto natural y objetiva. Se impone -aunque a veces ignorada- y pide ser descubierta. Es objetiva y natural y condiciona la validez de las normas jurídicas. La concordancia del Derecho positivo con el Derecho objetivo da la garantía de la validez del orden jurídico. De este modo asistimos a la adecuación incesante del Derecho positivo con el Derecho objetivo, siendo el mismo vivo y dinámico

La fuente material ingresa al Derecho positivo, gracias a las cuatro fuentes formales: la costumbre, los principios generales, la convención, la doctrina con la jurisprudencia. El orden del Art. 38 de la Corte Internacional de Justicia ha sido derrocado por ser rebatible. El Artículo ha

sido ordenado según la ley del menor esfuerzo: la Convención se presta más a la consulta que la costumbre. En consecuencia, Georges Scelle establece un orden jerárquico en que la norma más general y más importante se superpone a la norma más concreta y socialmente menos necesaria: un tratado contrario a la libertad de los mares sería "nulo de nulidad absoluta" ante la norma de la costumbre general y bien establecida. No podrá ser aplicado por la Corte Internacional de Justicia. Es por lo que la costumbre encabeza la clasificación.

La costumbre. - Es la fuente formal originaria de toda sociedad invertebrada y la conciencia intuitiva de necesidades sociales. Es una reacción similar de miembros diversos de la comunidad en presencia de una misma relación social. El agente de formación de la costumbre es Don Nadie. Bien se someta a ella, bien la constante. No hay huellas implícitas de contrato. Es el "encuentro espontáneo" de los actos independientes y aislados.

Entre los elementos constitutivos de la costumbre, distinguimos dos: "La repetición de actos generadores, concordes pero no concertados". Es preciso subrayar que se trata de actos jurídicos. La costumbre se forma por todos los actos de los sujetos de derecho evolucionando en el medio internacional, en sentido único. Bien se trate de actos del orden jurídico interno o de particulares pertenecientes a Estados extranjeros, o de Gobiernos extranjeros en sus

relaciones. El segundo elemento y esencial es psicológico: es el consensus o la opinio necessitatis. Los consentimientos individuales convergiendo hacia el reconocimiento y la validez de la regla de costumbre. Consensus individual y luego colectivo, impregnado con la misma convicción los actores y los espectadores. Este elemento separa la costumbre del uso: lo cual es un modo de actuar sin implicar la convicción de una obligación jurídica internacional.

Para que resulte eficaz, la costumbre debe ser probada. Entonces se alega la repetición, la importancia y la repercusión de los precedentes. La repetición comina cuando se trata de prueba: el consensus cuando se trata de validez. El art. 38 exige la prueba de una práctica general invocada como signo de derecho. El papel de la costumbre en Derecho Internacional es preponderante: su espontaneidad y su soltura le permiten una adaptación constante al medio viviente. A veces parece más conforme al interés general siendo la obra de simples particulares sujetos de derecho, más desposeídos que los gobiernos y sus tratados del nacionalismo el más pesado de los imponderables. Sin embargo su soltura es a veces engañosa: se muta en una costumbre inveterada, en una reacción pasiva más que tradicional y perfectible. Su gran valor, en todo caso, reside en su objetividad: su proximidad y su correspondencia con el Derecho objetivo. Por esto mismo es oponible erga omnes, aún contra el gobierno sin que él lo reconozca. Se aplica ipso facto una vez probada. Es fácil notar que estamos en lo o-

puesto de la doctrina voluntarista. Como toda fuente formal está regida por la regla de la jerarquía del orden jurídico. En último lugar una constatación evidente en sí misma: los tratados no hacen a menudo sino registrar las costumbres: las convenciones de La Haya sobre los derechos de la guerra.

Por definición enumerativa se puede sostener que la costumbre es obra intuitiva de todos los sujetos de derecho, aislados o colectivos, que actúan en el mismo sentido ante las mismas relaciones sociales, cuya prueba es la repetición, cuya validez es el consenso que le otorgan el carácter obligatorio y más objetivo.

"Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas." - Unos los identifican con el Derecho Natural. Es probable que existan reglas normativas de Derecho objetivo comunes a la comunidad ecuménica del derecho de gentes. Pero no son eternas e imprescriptibles. Otros los identifican con el principio hallado en el orden jurídico interno. Esto es posible pero no sin el efecto de una contingencia de contemporaneidad. Están contenidas en potencia en el orden objetivo internacional. En cuanto a su naturaleza jurídica, Scelle los identifica con la costumbre general. Los principios traucen la normatividad fundamental de los países civilizados.

Una mirada comparativa sobre las diferentes legislacio-

nes civilizadas basta para probar la existencia de una cadena de repeticiones, a la que se suman al sentido ético una cadena de consensus. El resto sucede como cuando se trata de aplicar una costumbre general. Por ejemplo, la imculpación de los criminales de guerra puede ser basada en el Art. 38. Los órdenes juráicos internos castigan los crímenes pasionales cometidos bajo la orden jerárquica. De este modo la construcción de los Tribunales puede fundarse en los principios generales. Estos tienen un valor que Hau-riou calificó de supra-constitucional.

Llegamos a lo que los clásicos consideraron como fuente esencial del derecho de gentes: tratado y convención. Para los clásicos los tratados son una manifestación explícita de la voluntad de los Estados signatarios. La costumbre sólo era una manifestación implícita de esta voluntad. Los tratados no tienen categoría de Derecho por emanar de los Gobiernos competentes. Existe la hipótesis de bien legislar hasta prueba en contrario, pero no hay verdadero derecho en el orden internacional si no están las normas conformes al Derecho objetivo: solidaridad social. De este modo puede convertirse el Derecho positivo en anti-jurídico por ser contrario a la necesidad social.

El tratado es un instrumento y no una categoría jurídica. Por este procedimiento, los gobiernos realizan los actos y las situaciones jurídicas. Nos hemos encandilado con la forma del tratado, y hemos omitido su contenido. La ma-

yor parte de las distinciones formales no tienen relevancia jurídica. El tratado es pues un acto colectivo de las voluntades que concurren a la misma finalidad: lo más frecuentemente la reglamentación de competencia de los sujetos del orden jurídico internacional. Duguit estableció ya la distinción entre el acto legislativo material -acto regla- y el acto legislativo formal. El acto-regla es obligatorio porque es conforme con la necesidad social por hipótesis. Abstracto, impersonal, sin relación con la persona del agente, produciendo las competencias en general, hé aquí el acto-regla. Por lo tanto no crea ninguna situación jurídica actual, individualizada y concreta, sino permanente. Agreguemos a esta distinción fundamental la de dos categorías de actos legislativos o reglamentarios: "lo que deriva de una decisión unilateral o mayoritaria y tienen su fuente en una competencia de autoridad. Lo que deriva de la convención o del acuerdo de voluntad de los agentes jurídicos competentes para dictar una regla y que en consecuencia pueden ser calificados de unanimitarios, que sean bi, pluri, o multilaterales. "El tratado forma parte de la segunda categoría. La primera categoría aparece como un arbitraje entre diferentes concepciones de legisladores. Es la ley en el sentido tradicional y restringido. La segunda como un compromiso entre las diferentes tenencias: es la convención-ley. En cuanto a pronunciarse sobre si uno u otro es más conveniente: el arbitraje es menos bastardo y el compromiso más maleable. Lo mejor es más conforme a la necesidad pública, lo que en gran parte es una cuestión de actua-

lidad política. Según esta distinción -ya que la distinción parece sustituir el pensamiento-, podemos decir: "La costumbre o los principios generales son obra intuitiva de todos los agentes de la colectividad. La ley autoritaria, o mayoritaria, obra de agentes especializados que tienen competencia para su elaboración. La convención-ley exige la unanimidad de los mismos agentes legislativos. Es en esta categoría que se alinea el tratado, acto-regla emanado de los gobiernos, pero unanimitario para ser convencional". En fin, no hay que dejar prosperar la confusión inveterada del tratado y el contrato. El contrato es un tipo particular de la convención. El contrato se dirige a las partes, la convención reglamenta las competencias en general. El contrato es concreto, personalizado y produce efectos jurídicos inmediatos. Es actual. La convención, como lo hemos dicho, es abstracta y permanente. Los contratantes tienen una finalidad diferente y subjetiva en el caso del contrato; idéntica, social y por lo tanto más objetiva en el caso de la convención. Esta distinción la establece Triepel entre Vertrag et Vereinbarung. Hé aquí por lo tanto la definición del tratado según Georges Scelle -

"El tratado es una convención-ley común a dos o más órdenes jurídicos y del Estado, y reglamentando, en vista de permitir ciertas relaciones internacionales, la competencia de los Gobiernos, agentes y particulares. Percibimos el fin con las dos fuentes auxiliares: la doctrina y la jurisprudencia. La doctrina presta su apoyo, sirve para apunta-

lar y no para fundar una norma. Esto se basa sobre todo si se piensa en la dificultad de separar un sentido único de la doctrina. Siempre acorralándose no se dejan las doctrinas imponer la paz que tardan en imponer a los Estados. Sin embargo la doctrina tuvo una gran influencia sobre la ética y por esta vía sobre todas las fuentes del Derecho. -

La jurisprudencia ha sido igualmente calificada de auxiliar. Sin embargo, más de una vez brilla por su ausencia en el orden del Derecho Internacional, al Público. Cuando no está ausente, resulta demasiado especializada para ser empleada. Como quiera los Estados prefieren compromisos a las cosas claras y juzgadas. Aunque la jurisprudencia ha sido en parte aceptada por los Congresos, carece en general de aplicación en el campo del Derecho Internacional Público por razones políticas. Sin embargo, si lo admiten las partes, el Juez internacional puede fallar "ex aequo et bono". Cuando las partes no consienten en ello hay denegación de justicia. En Derecho Internacional, se prefiere una denegación de justicia a una denegación de soberanía nacional. -

Caracas, julio de 1950. -

DUSAN SIDANSKI, -
