

Derecho marítimo y Derecho aéreo

(Notas sobre la autonomía de las ramas jurídicas)

JESUS RUBIO

Profesor de Derecho Mercantil
de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. *La delimitación de las ramas jurídicas.*—2. *La “disolución” del Derecho mercantil y el Derecho marítimo.*—3 a). *Derecho marítimo y Derecho de la navegación marítima.*—4 b). *Derecho marítimo y Derecho mercantil.*—5. *Derecho del comercio por mar.*—6. *Las especialidades del Derecho marítimo en la navegación moderna.*—7. *Las notas del Derecho marítimo: a) Tradicionalismo y movilidad.*—8. *Su alcance.*—9 b). *Internacionalidad.*—10. *El Derecho aéreo.*—11. *El Derecho de la navegación.*—12. *El problema de la autonomía: autonomías legal, jurisdiccional, científica y didáctica.*—13. *La autonomía “jurídica” y los “principios generales” del Derecho autónomo.*—14. *El criterio formal y el criterio técnico.*

1. La delimitación y calificación de aquellas ramas del Derecho que, como el marítimo o el aéreo, se expresan con una referencia eminentemente extrajurídica, exigen previamente el ponerse de acuerdo sobre el alcance de lo que se pretende. A diferencia, por ejemplo, de los términos Derecho civil o Derecho administrativo que suponen ya por sí mismos una serie de restricciones históricas y doctrinales en el propio campo del Derecho, las calificaciones geográficas o económicas conducen a una inevitable anfibología. En primer lugar, el sentido que directamente se desprende de la rúbrica: constituirá Derecho marítimo, o Derecho aéreo la normativa de los fenómenos relacionados con el mar o con el aire, como Derecho forestal o fluvial, la que afecte a los bosques o a los ríos. Pero, de otro lado, lo que la legislación y la doctrina, la teoría y la práctica jurídica elaboran con tales designaciones no suele coincidir—puede decirse que no ha coincidido nunca—con los términos de su acotamiento técnico. Ramas políticas y sociológicas han excluido de códigos y tratados materias di-

rectamente vinculadas con el ámbito calificador, incluyendo, en cambio, otras que, al menos externamente, le eran ajenas. Resulta así un cuerpo de disposiciones que sólo aproximadamente—a veces ni siquiera con proximidad—afectan al objeto apriorísticamente supuesto. Y con él la posibilidad de un doble y perturbador significado. Porque podrá decirse que una norma pertenece a tal o cual Derecho, tanto si afecta a la materia técnica que su rúbrica designa, como si viene estando incluida históricamente en el sector de las que se reputan de tales.

Quien más se ha resentido y sigue resintiéndose de esta ambigüedad es, sin duda, el Derecho mercantil. Como tal puede entenderse, sin más, el derecho de comercio y de los comerciantes. Será denominada como Derecho mercantil toda norma de cualquier naturaleza que afecte al tráfico mercantil o a la actividad de los mercaderes. Mas ocurre que la tradición legislativa, científica y jurisdiccional, nos ha legado un cuerpo y un sistema de Derecho mercantil más o menos precisamente delimitado en códigos de comercio, leyes mercantiles, tratados y cátedras de Derecho “mercantil”; que muy poco tiene que ver con aquéllos. Así ha venido reconociéndolo la doctrina casi unánimemente, pero sin resignarse a aceptar las ineludibles consecuencias. Esto es, a prescindir de la ecuación Derecho mercantil, Derecho del comercio, que se ha revelado inexacta para el Derecho mercantil históricamente recibido, e intentar aprehender, sin referencia con aquél, el espíritu y los contornos de éste. Porque lo que no resulta lógicamente correcto es pasar alternativa e insensiblemente de una a otra acepción y de uno a otro problema. No hay inconveniente en decir que la legislación de abastos es mercantil en cuanto afecta al comercio o que los cheques o los viajes en ferrocarril engendran siempre relaciones reguladas por el Derecho mercantil positivo. Pero, claro está, teniendo conciencia del alcance con que en cada caso se utiliza el ingrediente jurídico-comercial (1).

(1) Por eso, determinar el sentido y el contorno del sistema de Derecho conocido universalmente como mercantil es cosa distinta a la de investigar y seleccionar las normas que en unos u otros períodos han regido el comercio y su ejercicio definitivamente abandonado, a lo que parece, el forzado intento de adaptar el Derecho mercantil al concepto económico del comercio; no muy convincente la tesis—surgida cabalmente para superar tal discrepancia—del Derecho de las empresas, sigo pensando que no puede entenderse y formularse el “Derecho mercantil” tal como venimos conociendo esta rama jurídica, sino como el complejo de normas que en el sector del Derecho patrimonial general han ido provocando el espíritu y la organización capitalista en creciente constitución de las tradicionales (V. mi artículo “Sobre el concepto de Derecho mercantil”, R. D. M., 1947, III). Porque cuando se opone a este criterio que “ha existido Derecho mercantil antes de que hubiese economía, régimen o espíritu capitalista” (F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.^a ed., pág. 126), se juega con el expuesto doble sentido de la expresión Derecho mercantil. Todo sistema de Derecho ha tenido que preocuparse de regular las relaciones comerciales: en esta acepción, nadie niega que haya habido siempre un Derecho mercantil. Pero la normativa mercantil así entendida, muy poco tiene que ver—y precisamente en ello estriba la dificultad—con el conjunto de relaciones e institucio-

Las imprecisiones acerca del propósito que quiere lograrse constituye también la principal dificultad cuando se habla del concepto y contenido del Derecho marítimo. Con características ciertamente distintas a las del Derecho mercantil, derivadas principalmente de su mayor abstracción, de su tratamiento separado y del carácter materialmente inequívoco del objeto a que alude su calificativo. Puede tratarse de establecer lo que constituye hoy en uno u otro ordenamiento nacional el sistema conocido con el nombre de "Derecho marítimo". O bien de determinar los criterios con que se han agrupado, según los períodos históricos, las reglas que en cada caso se han entendido bajo esta rúbrica. Bien, finalmente, de qué es lo que debe constituir el Derecho marítimo, según las exigencias científicas y las necesidades prácticas. Problema este último de ordenación científica y de política legislativa al que la actual crisis del Derecho mercantil lleva a interferir con los anteriores.

2. La llamada "disolución" del Derecho mercantil, que se inicia a fines del pasado siglo, ataca al conjunto sistemático de unos códigos de comercio que encierran dentro de sí las normas que se consideran propias del Derecho marítimo. En otro lugar (2) quedó ya expuesta la significación de este fenómeno de desmembración del tronco jurídico comercial. La clasificación por partida doble de relaciones civiles y mercantiles cede el paso a un Derecho general de la contratación monográficamente tratado: Derecho de la compraventa, de seguros, de títulos valores, por ejemplo. El Derecho mercantil, que ha invadido el entero campo del Derecho mobiliario, podrá así acoplarse e incluso codificarse con el inmobiliario, dentro del Derecho general de obligaciones. Pero su rama más antigua, la del Derecho marítimo, está precisamente calificada por su *objeto*. Se considera como Derecho mercantil, pero como derecho mercantil marítimo, opuesto en bloque al restante adjetivado de *terrestre*. Nada puede, pues, extrañar que cuando desaparecen los supuestos que produjeron su codificación conjunta, tienda a imponer su unidad. Esta es, en realidad, se dice, la naturaleza propia del Derecho marítimo y la que siempre ha conservado. "Recluído en el cuadro del Derecho mercantil—dice Ri-

nes, unas comerciales y otras no, que ha llegado a nosotros—a la comunidad jurídica presente europea y americana—con el nombre de "Derecho mercantil". Al sistema de reglas nacido de las corporaciones ciudadanas, recogido en las Ordenanzas consulares, al que consagra con su fisonomía general y su naturaleza jurídico-privada la gran codificación y que, a partir de ella, difunden de modo creciente e incontenible las leyes y las obras científicas llamadas "mercantiles" sobre sectores que carecen en absoluto de ese carácter. Este es el Derecho mercantil, cuyo concepto y sentido se trata de fijar. No el de cualquier norma jurídica referente al comercio, ni tampoco—camino que con gusto se recorre a menudo—el de un futuro, deseable y "científico" Derecho mercantil: es decir, no lo que el Derecho mercantil es, sino lo que parece que debe ser.

(2) *Sobre el concepto de Derecho mercantil*, cit. núm. 10.

pert—se ahoga”. “Anterior, incluso, a la división del Derecho público y privado, sólo por su objeto puede definirse” (3).

Aunque, en realidad, el examen de la evolución histórica de legislación y doctrina de aquel sector de normas que se han considerado no simplemente de Derecho marítimo, sino constituídas *del* Derecho marítimo propiamente tal, nos muestra, de acuerdo con lo hasta aquí sugerido, una doble tendencia: la que le hace, en efecto, recortarse sobre el ámbito geográfico de aplicación o, más concretamente, sobre el dato técnico de la navegación marítima. Pero junto a ella, no ha dejado de actuar la que alude directamente a la naturaleza de la norma de Derecho marítimo, en relación con la finalidad predominante que ha presidido su desarrollo, como disciplina especial. Corriente que, cualquiera que sea la postura que sobre su valor técnico o práctico se adopte, no puede estimarse exclusiva de la codificación napoleónica, ni reducir, por tanto a este único antecedente el de los sistemas que, como el nuestro, la comparten.

3. Prescindiendo de la posibilidad de una delimitación puramente espacial, mucho menos “clara y precisa” de lo que a primera vista parece (4), la reunión legislativa y científica de las normas marítimas por su referencia a la navegación por mar, parece contar con precedentes históricos calificados, y hoy con el autorizado ejemplo del “Codice della navigazione”. Como a menudo recuerdan los partidarios—no sólo franceses—de la doctrina del “particularismo”, las compilaciones Colbertianas de 1673 y 1681 no oponían comercio terrestre a comercio marítimo, sino, al tenor de sus mismas denominaciones, comercio y navegación. Junto al insoslayable sector de instituciones mercantiles, la “Ordonnance sur la marine” agrupa las normas sobre la justicia del Almirantazgo y la enseñanza de las ciencias náuticas (Libro I), las presas y el testamento marítimos (Libro III), la policía de puertos (Libro IV) y la reglamentación de la pesca (Libro V).

Toda la disciplina pública y privada de los fenómenos marítimos queda así reunida alrededor del dato técnico de la navegación por mar. Y pues en principio no se ve inconveniente para la reunión orgánica del Derecho público y del Derecho privado con la finalidad de reglamentar una institución determinada, nada se opone a construir unitariamente un código y una doctrina sobre aquellas relaciones con el

(3) *Droit maritime*, I, pág. 2.

(4) Es la que propugna RIPERT, que habla del Derecho marítimo como “droit de tous les rapports juridiques dont la mer est le théâtre...” (*Droit maritime*, I, pág. 2). También sería ésta la última aspiración de BRUNETTI: “Toda la fenomenología jurídica que se desenvuelve en torno a la navegación, a la industria y al tráfico marítimos” (*Diritto marittimo privato*, I, pág. 1). La sola referencia a la navegación se estima—por lo demás sin razón—excluyente de una serie de fenómenos, cuya conexión con el mar los hace penetrar en el sistema. (V. SANDIFORD-PAPI SPANU: *Istituzione di Diritto della navigazione*, 1948, I, págs. 20-21.)

Estado y con los particulares que provoque el hecho de la navegación (5).

Sobre esta tendencia hacia un derecho comprensivo de cualquier clase de normas: internas o internacionales, materiales o procesales, civiles o administrativas, se han apoyado las tesis *particularistas* o *autonomistas del Derecho marítimo*. La primera expresión es la empleada por los autores franceses. La segunda, la más usada por italianos y españoles (6). Sin que dejen de reconocerse diferencias de planteamiento entre unos y otros (7), la corriente coincide en lo esencial: en una calificación del Derecho marítimo por su objeto, por el hecho técnico y económico regulado, de la que se deriva la exigencia lógica de un Código marítimo único y de una investigación y sistematización científica conjuntas.

4. Pero también se han dado históricamente otras fuerzas de aglutinación del Derecho marítimo, más directamente relacionadas con la finalidad perseguida por el orden jurídico mismo, es decir, con la naturaleza de la norma en sí. Como el Derecho mercantil, el marítimo se desenvuelve en la Edad Media sobre los usos y prácticas profesionales de las corporaciones de mercaderes. Ciertamente frente a las continentales, las normas que afectan al tráfico por mar son más antiguas y más homogéneas. Su muy anterior desarrollo se explica por la peculiaridad del medio y del vehículo marítimos que permiten

(5) SCIALOJA: *Sistema del Diritto della navigazione*, Introd., págs. 11 y siguientes. Naturalmente, la consideración del Derecho marítimo como Derecho general de la navegación comprende—aún con más facilidad que el que lo califica especialmente—el tráfico por aguas interiores. Y, desde luego, el aéreo. Pero, sobre este punto, ver más adelante ap. 10.

(6) La tesis del "particularismo" puede considerarse constante de la brillante doctrina francesa del siglo XIX. Desde PARDESUS que, sin usar el término, se ha reputado como "uno de sus primeros y más autorizados defensores", hasta DANJON y, con salvedades, el propio RIPERT. Así, BOISTEL: "Précis de Droit commercial", pág. 817; BEDARRIDE: *Commentaires du Code de commerce; du commerce maritime*; DESJARDINS: *Introduction historique à l'étude du Droit commercial maritime*, págs. 2 y siguientes; CRESPIER-LAURIN: *Cours de Droit maritime*, I, pág. 9; WAHL: *Précis théorique et pratique de Droit maritime*, núm. 4; DANJON: *Traité de Droit maritime*, I, págs. 21-25; RIPERT: *Droit maritime*, I, páginas 1 y siguientes, y páginas 71 y siguientes. Contra esta dirección publica en 1921 BONNECASE su conocida obra *Le particularisme du Droit commercial maritime*, recogida dos años más tarde en la primera parte de su *Traité de Droit commercial maritime*. Contesta a BONNECASE, pero planteando el problema en el terreno de la "autonomía" ASQUINI (*Archivio giuridico*, vol. 88, fascículo 2.º, 1922). Videm también BERLINGIERI: *Sull'autonomia del Diritto marittimo* en su obra *Verso l'unificazione del Diritto del mare* (Génova, 1933) y BRUNETTI: *Diritto marittimo privato*, I, págs. 10 y siguientes. En cuanto sigue se alude con frecuencia a la tesis desarrollada por SCIALOJA en la "Introducción" de su *Sistema* citado. En España, GARRIGUES considera "lícito hablar de particularismo del Derecho marítimo" (*Curso II*, pág. 584). También, en último término, FARIÑA: *Derecho comercial marítimo*, I, págs. 21-22, y GAMECHOCOCOECHEA: *Tratado de Derecho marítimo español*, I, pág. 15.

(7) Las señalan, por ejemplo, SCIALOJA: *Sistema*, págs. 8-9, y DOMINEDO: *Introduzione al Diritto della navigazione*, Roma, 1945, págs. 47 y siguientes.

mucho antes que los procedimientos terrestres el transporte en masa y con un volumen económico incomparable. Ello aclara el nacimiento precoz de instituciones favorables al gran tráfico (responsabilidad limitada, régimen de seguros), que utiliza más tarde el Derecho general de obligaciones al adecuarse a la economía capitalista. De otro lado, la inercia de las técnicas náuticas hasta el siglo XIX y los contactos internacionales, favorecen la uniformidad de las líneas generales de la disciplina.

Esta uniformidad responde a la existencia de unas mismas constantes, sobre las cuales va a recortarse el sistema. Las instituciones típicas de Derecho marítimo, en cuanto significan desviaciones del Derecho general y constituyen la trama de un derecho propio, se han producido, claro está, sobre el dato técnico de la navegación, esto es, del transporte marítimo autónomo; pero con referencia sustancial al dato económico de su ejercicio para el comercio. Y concretamente para subvenir a dos fundamentales necesidades: la de atenuar los grandes riesgos de la industria mercante (formas especiales de copropiedad y de crédito, avería común, seguro, limitación de responsabilidad, y, como consecuencia, crédito privilegiado) y la de corregir la desconexión de los medios de la empresa con su titular (poderes del Capitán, representación marítima en general). Frente a la existencia de un Derecho marítimo general comprensivo de toda norma jurídica de la navegación por mar, se produce y concibe así un Derecho especial regulando y protegiendo el ejercicio de la empresa de navegación lucrativa, con el naviero como sujeto, el buque mercante como objeto y el fletamento como acto jurídico central.

Esta es la fisonomía que prevalece en el momento de la codificación general europea. Y ésta fué la predominante en Derecho español. Hay, sin duda, que distinguir entre el tráfico americano íntimamente ligado a la actividad del Estado, y el resto del comercio marítimo nacional. La Recopilación de las Leyes de Indias reúne el Derecho privado y el público marítimos con indudable preferencia por el segundo. Pero, tanto la tradición medieval como la de los puertos del Norte y Levante de la Península, las compilaciones y la jurisdicción consulares se mueven fundamentalmente en el terreno de lo mercantil privado. Desde el "Consolat de Mar" hasta las Ordenanzas de Bilbao—que, en significativo contraste con el precedente francés, reúnen en un mismo cuerpo Derecho terrestre y marítimo—, las instituciones jurídicas marítimas que se articulan en texto legislativo propio, ya solas, ya unidas a las del comercio general, se mantienen esencialmente dentro del Derecho privado y, sin perjuicio de las inevitables interferencias, remiten a las Recopilaciones generales los principios públicos—e incluso los privados no mercantiles—sobre navegación. Análogas son las repercusiones doctrinales: HEVIA reúne con la disciplina marítima la terrestre en su "Laberinto del comercio". En el medio siglo que precede a la codificación, la autoridad de las Ordenanzas bilbainas no hará sino reforzar la tendencia.

A su consolidación contribuirá decisivamente el inmediato precedente francés, en el momento de redactarse el Código de 1829. Su Libro II se titula "Del comercio marítimo". La revisión de la disciplina publicística de la navegación, tarea que Sáinz de Andino considera inaplazable, requiere, sin embargo, con arreglo a su naturaleza y al sistema adoptado, lugar aparte. Idéntica rúbrica va al frente del Libro III del Código de 1885, sin que, como en otros casos, se deje llevar en éste de la novedad que a la sazón supone el italiano recientemente promulgado para añadir el inciso relativo a la "navegación" en general. Su contenido se ciñe al ejercicio del comercio marítimo y su naturaleza no permite extenderlo fuera del círculo de la actividad ejercida con el buque mercante. Quedan al margen, no sólo la preceptiva pública—penal, procesal, administrativa—, sino el resto de la privada. El Código civil recoge el matrimonio (art. 94) y el testamento (artículos 722 y siguientes) marítimos; el régimen de la propiedad de puertos, playas, etc. (arts. 339 ss. y art. 371); la adquisición de la propiedad por pesca (art. 611) y de los objetos arrojados al mar y por el mar (art. 617) (8).

5. Pero incluso la tendencia particularista del Derecho marítimo, ¿no opera con una disciplina jurídica que sólo muy contadas ocasiones franquea los límites entre la navegación para el comercio y la navegación en general? Aunque el Derecho marítimo se haya, a veces, configurado y se esfuerce otras en configurarse por su "objeto" y no por la naturaleza de las relaciones jurídicas que ordena (9), ¿ha sido en realidad aquel objeto cualquier fenómeno marítimo relativo a cualquier navegación o más bien el hecho de la navegación *mercantil*? Mucho me inclino por lo segundo. Las tan invocadas Ordenanzas de Luis XIV oponían, es cierto, comercio y navegación, pero el mismo paralelo parece indicar que nos movemos entre comercio terrestre y navegación comercial. Aunque sí es cierto que pretende abarcar—cualesquiera que sea su naturaleza—las disciplinas enteras de esta última. Es decir, el Derecho privado, el penal, el procesal y el administrativo *comerciales* (10). La Ordenanza aspira a codificar la protección jurídica completa del *comercio* por mar.

(8) Este es también el sistema germánico. El H. G. B. se limita a la reglamentación del comercio marítimo emprendido con un barco *mercante*. Quedan fuera de este "Derecho de la navegación" o "Derecho marítimo", propiamente tal, no sólo el Derecho público, sino el privado general, entre cuyas normas se comprenden, v. g., las que disponen sobre ausencia marítima, testamento naval e incluso hipoteca del buque. La doctrina entiende del mismo modo por Derecho especial marítimo el que regula el tráfico mercantil por mar. A él se limitan, tanto los que le incluyen dentro de obras (GIERKE, COSACK, MÜLLER ERZEACH y LEHMANN) o enciclopedias (LEWIS, WÜSTENDÖRFER) generales del Derecho mercantil, como los que le dedican estudios separados (BRANDIS, WAGNER y PAPPENHEIM).

(9) RIPERT: *Droit maritime*, cit., págs. 1-2.

(10) La inclusión del título relativo al testamento marítimo, materia propiamente civil y hoy mismo eliminada del ámbito del Derecho de la navegación,

El examen de la problemática, recogida en los tratados de Derecho marítimo, nos lleva a análoga conclusión. No son muy diversas las materias estudiadas por quienes reducen este Derecho a una parte del mercantil, de aquellos otros que le hacen abarcar cualesquiera fenomenología marítima. Mientras estos últimos abandonan, en el momento de redactar sus obras, unas veces por razones confesadas y varias otras inexplicablemente, la mayor parte de los preceptos civiles, penales, procesales o de Derecho internacional público o privado; los primeros, probablemente por no dividir la materia, prestan atención a los sectores administrativos conexos. El índice, en lo esencial invariable, de cualquier exposición del Derecho marítimo, dentro o fuera de otra de Derecho mercantil y de la ortodoxia autonómista, comprende, junto con la reglamentación privada del comercio marítimo: sujeto y actos de la empresa naviera, el régimen de la policía de la navegación y del personal navegante. Es decir, el Derecho privado y la generalidad del administrativo, mercantiles (11).

El Derecho marítimo resulta así Derecho del comercio, con mucha más puntualidad que el Derecho mercantil, propiamente dicho. La más autorizada doctrina nos ha señalado detenida y convincentemente la inadecuación de este último a la actividad comercial, tanto enfocada en razón de su naturaleza como por la de quien profesionalmente la ejerce. Las instituciones del llamado Derecho comercial terrestre han sobrepasado largamente el ámbito económico originario y constituyen derecho general del tráfico (12). El Derecho marítimo no ha podido, en cambio, sino en muy escasa medida, desviarse de las instituciones mercantiles. Tanto por la peculiar naturaleza de las comunicaciones que sirve como por el hecho de que la actividad económica desarrollada por la navegación ha permanecido esencialmente circunscrita al ejercicio del comercio y de modo específico al comercio de transportes. Diferenciada en lo esencial—pese a momentos y zonas de promiscuidad—de las Armadas nacionales, la empresa navegante ha venido orientada invariablemente hacia el transporte marítimo de mercancías. El pasaje, la pesca de altura, el dragado, el remolque, la asistencia ejercitada como industria, son figuras de hoy. La ordenación de la construcción de buques, de la dotación de éstos, de los se-

se concibe en la Ordenanza en directa referencia al ejercicio de la empresa comercial. Aparte de que en el siglo XVII el viajero civil no merece consideración a la propia Ordenanza que le impulse a reglamentar un contrato de pasaje, el tono de sus preceptos sobre sucesiones nos muestra que, a pesar de aludir a marineros y pasajeros, se está pensando siempre en aquéllos (art. 2.º: "Aucun ne pourra, par testament reçu par l'écrivain disposer que des effets qu'il aura dans le vaisseau et des gages qui lui seront dûs").

(11) Puede servir de ejemplo, entre otros muchos que pueden encontrarse sin más que abrir cualquier tratado de Derecho marítimo, cómo pretende justificar DANJON la reducción de la materia (obra cit., I, ap. 15 y 16) y cómo la extiende arbitrariamente BONNECASE, a pesar de las restricciones del concepto de la materia y de la rúbrica de su obra. (*Droit commercial maritime*, ap. 14.)

(12) V. por todos GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, I, 1, págs. 10 y siguientes.

gueros marítimos o de los créditos navales está concebida como antecedente o consecuencia de la reglamentación del fletamento. El Derecho marítimo ha sido esencialmente Derecho del transporte, y, por consiguiente, hasta el siglo XIX el Derecho de todo el transporte.

6. De cuanto antecede parece deducirse sin dificultad una doble consecuencia: la delimitación del Derecho especial marítimo por la navegación mercantil no sólo tiene para nosotros la autoridad que le presta ser el sistema propio del Derecho español vigente, sino que resulta mejor acordado con su proceso general de formación y con las exigencias de la justicia. Evitando patrocinar aquella tendencia que extiende a toda suerte de navegación preceptos nacidos de una política económica encaminada a favorecer el desarrollo del comercio marítimo, protegiéndolo de sus especialísimos riesgos. No parece fácil de defender, por ejemplo, la derogación del principio general de responsabilidad, en daño de los perjudicados por el titular de un buque destinado a expediciones deportivas o de lujo.

En segundo lugar, la transformación de los supuestos que han hecho nacer la disciplina excepcional influyen necesariamente sobre el curso y la viabilidad de esta última. Desde comienzos del siglo XIX el descubrimiento del vapor y del motor de explosión y su empleo en la técnica de los transportes producen, de un lado, el que los terrestres—tanto por carretera como por camino de hierro—sean capaces de abordar por primera vez un tráfico en masa. De otro, la perfección en las construcciones navales y las comunicaciones telegráficas, telefónicas y de radio mitigan los riesgos del mar a la vez que superan las dificultades de distancia entre el naviero y los elementos de su empresa. Transportes terrestres y marítimos van acercando sus condiciones y, en consecuencia, su disciplina. Las formas de protección del comercio terrestre y del marítimo son ya comunes. A los sistemas de condominio y de limitación de responsabilidad peculiares, sustituyen los que ya se han convertido en generales (compañías anónimas). Se uniforman los procedimientos de seguros. Desaparece el préstamo a la gruesa, las averías evolucionan, abandonando sus características tradicionales. Y la figura del capitán pierde aquellas facultades excepcionales que la hicieron típica durante la vieja navegación aventurera.

Es incluso muy posible que las modernas tendencias autonomistas favorables a la sistematización del Derecho marítimo por su objeto, independizándolo del Derecho mercantil general, no respondan en el fondo sino al propósito, consciente o no, de salvar su especialidad amenazada. Una dirección sistemática dominante a comienzos del siglo (13), había desarticulado los distintos capítulos del Derecho marítimo, distribuyéndolos junto a los paralelos del terrestre, incluyendo

(13) Vid., por ejemplo, para España, BENITO ALVAREZ DEL MANZANO o ESPEJO DE HINOJOSA. En Alemania, igualmente, los tratados de COSACK y LEHMANN.

al naviero con el comerciante, al buque junto a las restantes cosas mercantiles y a los contratos de comercio por mar con los terrestres más afines. A la yuxtaposición de las normas mercantiles terrestres y marítimas dentro de una misma legislación, podría suceder, en virtud de las nuevas condiciones de tráfico, la fusión interna de sus respectivas instituciones. Determinada, en cambio, por el objeto y comprendiendo tanto su sector público como privado, pretenderá esquivarse este peligro para proclamar de nuevo la independencia—en frase de Ripert—de “una de las más antiguas disciplinas que haya conocido el mundo” (14).

7. Este impulso autonomista puede explicarnos la insistencia con que la doctrina se ocupa en señalar las “notas” del Derecho marítimo. Parece que en esta materia cualquier característica es apta para afirmar la peculiaridad del sistema; al menos si se juzga por la rapidez con que sucesivamente se ha convenido en considerar como calificadoras específicas dos propiedades definitivamente irreductibles: la *estabilidad* y la *movilidad* del ordenamiento.

Era lugar común de la dogmática tradicional la naturaleza, asimismo tradicional, del Derecho de la navegación. Por la doctrina francesa, principalmente (15), se señaló, en correspondencia con las necesidades permanentes del comercio naval e incluso con el carácter conservador de la gente de mar, la condición impasible de una legislación “que ha atravesado los años sin envejecer y en la cual la historia del Derecho se confunde muchas veces con el Derecho positivo”. “Inmutable en medio de las transformaciones sociales, el Derecho marítimo ha llegado hasta nosotros, después de treinta siglos, como en los primeros días en que la navegación establecía relaciones entre los pueblos (16). La literatura mercantil y marítima de los últimos veinticinco años comienza por reducir el rigor de la nota tradicionalista para acabar proclamando la contraria. De ningún modo es nuestro Derecho marítimo el de hace milenios. Cierta que las codificaciones navales son arcaicas y reproducen un Derecho secular, pero éste poco tiene que ver y nada que disponer para la realidad actual. Las legislaciones nacionales marchan en constante retraso respecto del Derecho vivo. No sólo los viejos Códigos de comercio del XIX, sino cuantos han venido sustituyéndolos durante esa centuria y el primer tercio de la siguiente, son incapaces de ofrecer un cuadro siquiera aproximado de las reglas del tráfico marítimo efectivo, que en su mayoría deben buscarse en los acuerdos entre las sociedades de navieros y aseguradores,

(14) *Traité*, cit., I, pág. 2.

(15) PARDESSUS: *Collection des lois maritimes*, I, pág. 2; BEDARRIDE: *Commentaires*, I, págs. 3 y siguientes; DESJARDINS: *Introduction historique*, pág. 2; DANJON: *Traité*, I, núms. 9 y 10. Ver también WÜSTENDÖRFER, pág. 9. En España, por ejemplo, VICENTE GELLA: *Curso de Derecho Mercantil comparado*, II, página 188 y GARRIGUES: *Curso*, II, pág. 595, aunque para señalar la reacción contraria.

(16) PARDESSUS: *Introduction*, cit., pág. 2; DANJON: *Traité*, I, pág. 22.

en los formularios de conocimientos de embarque, pólizas de fletamento y seguros y en los usos del tráfico general. Lejos de estar anquilosado, el dinamismo del Derecho marítimo ofrece abierto contraste con el proceso evolutivo más lento de las instituciones civiles o de las mercantiles terrestres (17). Lo que—se concluye—constituye nueva causa y al propio tiempo efecto de su cada vez más acentuada autonomía (18).

8. Como desde Ripert se ha señalado con acierto (19), ambas nictas, estabilidad y mutabilidad, son cada una, para su momento, históricamente exactas. Desde sus orígenes hasta el descubrimiento del vapor, los progresos de la náutica no modificaron esencialmente sus supuestos técnicos. Los factores determinantes del Derecho marítimo tradicional son hasta entonces los riesgos y condiciones apenas variables de la navegación a vela. El volumen, la seguridad, la regularidad y el alcance de la navegación mecánica y de los medios náuticos de comunicación transforman radicalmente, a mediados del siglo XIX, el anterior estado de cosas y hacen vacilar los apoyos de una estructura jurídica milenaria. Crisis que ni la gran codificación pudo adivinar, ni la legislación de fines de siglo supo recoger. Ni nuestro Código de comercio ni, en mayor o menor medida, los ajenos tuvieron agudeza o perspectiva para adecuarse al proceso. La inercia legislativa y las resistencias de los grupos interesados, que preferían resolver sus problemas al margen del Estado y con arreglo a la situación de las fuerzas económicas en cada caso, han producido esa inmensa fisura entre el Derecho de las leyes y el tráfico.

Pero eso no quiere decir que el Derecho marítimo deba ser invariablemente inestable y consuetudinario y legislativamente inaprehensible. Ni siempre ha sido así—la nota de arcaísmo es propia del Derecho escrito de un determinado período, el nuestro, muy breve para el amplio decurso del comercio por mar—, ni tiene por qué seguir siéndolo. No me siento demasiado persuadido a creer con Scialoja que nos movemos aquí más que en parte alguna del orden jurídico, fuera del campo de las fórmulas y “de lleno en la vibrante atmósfera de la aplicación del Derecho a los infinitamente varios y alejados de la norma precisa, fría, genérica y abstracta de los códigos” (20). Pienso,

(17) FARIÑA y OLONDO: *Derecho marítimo*, pág. 11.

(18) SCIALOJA (*Sistema*, págs. 20 y siguientes, 46 y siguientes) expone su tesis sobre el proceso característico de aparición de la norma jurídica, que llama “el derecho vivo”, apoyado de una parte en la interpretación, y de otra, en la fuerza vinculante de la voluntad privada que crea una norma escrita contractual singular, formación consciente de la costumbre que puede terminar por constituir regla sancionada por las legislaciones: las Reglas de La Haya o de Ybrk y Amberes representarían ejemplos típicos. Derecho vivo que forma el meollo del Derecho marítimo moderno, al que comunica ese carácter “oscilante y mutable” que le es propio.

(19) RIPERT: *Droit maritime*, cit., I, pág. 78; ERUNETTI: *Diritto marittimo*, cit., I, núms. 5 y 6; GARRIGUES: *Curso*, II, pág. 594.

(20) SCIALOJA: *Sistema*, cit., pág. 15.

por el contrario, que es misión de todos los códigos la de adaptarse a la infinita variedad de los hechos de cualquier clase que sean. La adecuación de la norma a los fenómenos que pretende regular, la corrección del concepto por la primacía del supuesto específico, constituye la tarea del legislador. Y en la medida en que ello es posible, debe constituirla también para el Derecho marítimo. Otra cosa es que no interese demasiado a la gran industria comercial naviera y aseguradora.

9. Segunda nota del Derecho marítimo, subrayada unánimemente como la primera en importancia, es la de internacionalidad (21). La navegación marítima está, por naturaleza, destinada a salvar las comunicaciones internacionales a través del mar, frontera común de naciones, y por medio de una nave cuya movilidad no habrá de entorpecerse con normas incompatibles en cada puerto. Los riesgos de este medio común y único de transporte son idénticos en todos los países. La formación consuetudinaria ha favorecido esta uniformidad internacional. La gente de mar procura entenderse entre sí, a veces de espaldas a cada legislador nacional.

No deben, sin embargo, dejar de exponerse algunas salvedades. En primer término, las que resultan de comparar los distintos períodos de desarrollo del Derecho marítimo. Hasta el siglo XIV el proceso de formación medieval se manifiesta por derechos particulares, sobre la base de los estatutos corporativos que, pese a innegables semejanzas, consignan en cada caso reglas especiales. El siglo XV señala, en cambio, un movimiento de intensa unificación sobre la base de colecciones de vigencia general, que en el Norte de Europa logra el influjo de la Hansa y en la cuenca del Mediterráneo la progresiva recepción del Derecho romano. La transformación renacentista de la economía urbana en economía nacional y el advenimiento del absolutismo, señalan una reacción centrífuga de la que son exponentes la Ordenanza francesa de la Marina y el proceso codificador de fines del XVIII y comienzos y mediados del XIX. La doctrina contemporánea consideró cerrado este tercer ciclo con la promulgación del Código alemán de 1861; el italiano, de 1863, y el español, de 1885. La revolución técnica del ochocientos y el consiguiente desajuste de las leyes nacionales producirán un postrer momento de tendencia incontenible hacia la uniformidad internacional, basada en usos e interpretaciones al margen de las leyes nacionales aparentemente vigentes (22). La internacionalidad no se produce, pues, siempre, o al menos no siempre, con análoga tensión.

(21) GARRIGUES: *Curso*, II, pág. 525; FARIÑA, cit., I, págs. 23-24; PIPILA: *Diritto marittimo*, I, introd.; BRUNETTI, cit., I, pág. 34; SCIALOJA: *Sistema*, cit., pág. 74; PARDESSUS: *Collection*, cit., I, pág. 2; DECOURCY: *Questions de Droit maritime*, I, pág. 5; CRESP-LAURIN, cit., I, pág. 9; DANJON, cit., I, pág. 11; RIPERT, cit., I, pág. 74; WÜSTENDÖRFER: *Seeschiffahrtsrecht*, cit., página 9. Conviene leer las reservas de BONNECASE: *Traité*, pág. 135.

(22) WÜSTENDÖRFER, cit., págs. 11-24.

En segundo lugar, las conclusiones señaladas en cuanto al último período, es decir al actual, son, si se examinan de cerca, bastante relativas. No es fácil deducir de la actitud de los Estados marítimos en las dos últimas postguerras demasiada tendencia a armonizar necesidades comunes, mediante legislaciones transaccionales. La política de nacionalismo económico utiliza hoy gustosamente, como uno de sus más poderosos auxiliares, la organización de su comercio naval (23). El hecho, por lo demás, y en una u otra forma, dista mucho de ser nuevo. Pero representa una dificultad no pequeña para las doctrinas autonomistas favorables a la delimitación del Derecho marítimo por su objeto. La uniformidad está muy lejos de ser dato que caracterice a esta rama jurídica frente a las demás, en cuanto afecta a sus sectores públicos. El Derecho penal, el administrativo, incluso el procesal, marítimos no pueden menos de resentirse abiertamente de las diferencias políticas de los correspondientes sistemas de gobierno. Cuando se conviene unánimemente en la uniformidad internacional del Derecho marítimo se piensa simplemente en la del Derecho marítimo privado y, concretamente, comercial. Para éste, la conclusión puede ser —con las atenuaciones señaladas— oportuna e incluso eficaz respecto de una posible unificación internacional (24).

10. Pero antes de penetrar en el capítulo de la autonomía, debe intentarse la calificación de otra rama jurídica estrechamente unida —si es que no constituye parte integrante— al Derecho de la navegación. Rama novísima, en contraste con la encarecida longevidad del Derecho marítimo. Me refiero al Derecho aéreo o aeronáutico.

El rápido desenvolvimiento de la aeronáutica despierta desde los primeros momentos la atención de los profesionales del Derecho. No puede decirse que en esta materia los juristas se hubieran dejado sorprender por los hechos. Cuando hacia 1918 se establecen las primeras líneas aéreas regulares, la literatura ha examinado ya con atención sus nuevos problemas y está preparado científicamente el camino al movimiento de leyes especiales que va a producirse al concluir la primera guerra general (25). Casi inmediatamente, se tiende a la constitución

(23) GARRIGUES: *Curso* II, pág. 596.

(24) El escepticismo en cuanto a la posibilidad y oportunidad del internacionalismo jurídico en materia de Derecho marítimo se va extendiendo: SCIALOJA: *Presentazione*, "Riv. Dir. Nav.", 1935, I, págs. 3 y siguientes; IDEM: *Utopie, risposta al Prof. Berlingieri*, "Riv. Dir. Navig.", 1936, I, págs. 3 y siguientes; LEFEBVRE D'OVIDIO: *In torno all'unificazione del Diritto del mare*, "Riv. Dir. Navigazione", 1936, I, pág. 348; AGO: *Teoria del Diritto internazionale privato*, I, 1934; SCERNI: *Il Diritto internazionale privato marittimo ed aeronautico* en el *Trattato de Diritto internazionale*, dirigido por Fedozzi y Santi Romano, vol. VI, 1936; GIANNINI: *Fasi fatte e senso di realtà nel Diritto marittimo*, 1930, páginas 3 y siguientes; *L'unificazione internazionale del Diritto marittimo*, en "Archivio giuridico", 1936, pág. 150; SPASIANO: *Recensión a GIANNINI*, "Riv. Dir. Mar.", 1937, pág. 325.

(25) MEILI: *Das Luftschutz in internen Recht und Völkerrecht*, 1908; WARSCHAENER: *Luftrecht*, 1910; BODENHEIM: *Das Privatrecht des Luftschiff-*

de un Derecho aéreo unitario. Con rapidez queda superado este período, inevitable para toda disciplina que trata de abarcar un fenómeno recién aparecido, durante el cual se entrecruzan disposiciones aisladas con otras suplementarias de leyes generales y cada rama de doctrina recoge el nuevo sector limítrofe. Antes de 1914 aparece ordenado un Derecho aéreo homogéneo en tratados y revistas especializadas.

Sin negar cuanto pudiera haber contribuído a esta disposición independiente, el atractivo de la materia—también los juristas pueden sentirse juveniles—jugaron aquí muy principalmente la indiscutible originalidad externa del objeto y la tendencia irresistible durante los años de la entreguerra hacia el reconocimiento de cualquier suerte de autonomías. En lo jurídico reducidos ya los últimos focos de rebeldía contra la del Derecho mercantil, se abrieron camino con su correspondiente “particularismo” el derecho industrial, el laboral, el agrario, el minero, el inmobiliario, el forestal y otros muchos más reclamando su tratamiento científico adecuado y su código correspondiente. Pero, sobre todo, el movimiento hacia la autonomía del Derecho marítimo cuya materia presenta conexiones evidentes con la que va a constituir el objeto del Derecho aéreo. El concepto y la naturaleza de este último se han investigado en íntima relación con aquél y las razones que se objetaron para separar tráfico general y tráfico por mar, fueron repetidas y remozadas para diferenciar tráfico marítimo y tráfico aéreo.

En iniciar paralelo con aquella tendencia que caracteriza al Derecho marítimo por comprender cualquier ordenación relativa a todo fenómeno producido en los correspondientes límites geográficos o en relación con ellos, cabe una primera consideración del Derecho aéreo, como regla de cualquier actividad que utilice predominantemente el espacio atmosférico o se verifique a su través. Quedarían así comprendidos, por tanto, junto a los medios de locomoción, las comunicaciones aéreas en su más amplio sentido: radiotelegráficas y radiotelefónicas, el telégrafo y el teléfono alámbricos e incluso los funiculares aéreos (26).

farts; VON BAR: *Luftschiffahrtsrecht*, 1900; CATELLANI: *Il Diritto aereo*, 1911; CORRADI: *Diritto aereo*, 1911; BONNEFOY: *Code de l'air; L'Aéronautique et l'Aviation en Droit français et en Droit international*, 1909; BALDWIN: *The law of the airship*, 1910; MAZELTINE: *The law of air*, 1911. Aparte los artículos en las diferentes revistas—de Derecho público o privado—y los informes y comunicaciones a los Congresos nacionales e internacionales. Es de destacar la publicación en esta época de la *Revue juridique internationale de la locomotion aérienne* y la *Deutsche Zeitschrift für Luftschiffahrtsrecht*. V. otra mucha bibliografía anterior a 1918 en la conocida obra de COUANNIER, traducción española (1930) de G. FONTE: *Los principios del Derecho aéreo*.

(26) *Le Droit aérien est l'ensemble des règles qui régissent le milieu aérien et son utilisation*; F. DE VISCHER: *Les conflits de lois en matière de Droit aérien* (Cours de P.A.C. de Dr. Int. de La Haye, 1934). Vid CATELLANI: *Diritto aereo*, pág. 34; FRAGALI: *Principii*, pág. 19. A este amplio contenido correspondía, en principio, la expresión Derecho aéreo, utilizada preferentemente por franceses y alemanes (“Droit aérien”, “Luftrecht”), aunque el hábito la haga compatible con una deimitación más específica de la materia. Cuando ésta se re-

Pero la doctrina hoy dominante coincide en negar que el amplio antecedente de convivencia en la atmósfera baste para justificar un sistema jurídico unitario. Sólo el dato experimental de la navegación aérea y su ejercicio será capaz de constituir el elemento de hecho sobre el que descansa la especialidad del Derecho. La utilización y explotación de las aeronaves compone un conjunto orgánico de fisonomía bien determinada, cuyas condiciones, peligros y peculiaridades técnicas producen aquellas desviaciones características frente al Derecho general que integran el sistema de reglas de Derecho aéreo o, con expresión más congruente, de Derecho aeronáutico.

11. Fácilmente se advierte que esta directa referencia al fenómeno de la navegación y precisamente a las específicas condiciones de este género de tráfico: riesgos, distancia y estrecha solidaridad de intereses, provoca la reaparición de los términos alrededor de los cuales se planteaba el contenido y la naturaleza del Derecho marítimo. Si este último es el Derecho de la navegación por mar y el aeronáutico el derecho de la navegación por aire, ambos coinciden en un primordial denominador común. La tendencia a asimilar ambos sistemas de reglas surgirá inevitablemente y el criterio para fundirlos o separarlos dependerá, en último término, de que se estimen más fuertes frente al transporte general las peculiaridades derivadas del hecho de la navegación, sea ésta marítima o aérea, o decisivas en cambio las divergencias entre las condiciones en que cada una de estas últimas se desenvuelve.

La doctrina italiana mantiene, desde hace una veintena de años, sobre este punto animada polémica que, contra cuanto pudiera haberse supuesto, se reaviva con la publicación del "Codice della navigazione".

Fundamentada en primer término en la autoridad de Scialoja, se abre camino la tesis del Derecho aeronáutico como una adaptación parcial de las instituciones de Derecho marítimo. El derecho del tráfico por mar y por aguas interiores cumple la función de derecho general respecto al conjunto de normas especiales aéreas, simple capítulo indisolublemente ligado a aquél por la unidad sustancial del Derecho de la navegación. Unidad que no pueden quebrantar las características específicas de cada una de sus ramas, simples elementos cuantitativos o extrínsecos (27). Cuando no constituye, como su pretendido

duce al campo de la navegación, propiamente dicha, a las relaciones que resultan de la circulación y explotación de aeronaves, tiende a ser sustituida por la de Derecho aeronáutico. Este término es hoy invariable en la literatura italiana.

(27) El concepto "integral" del Derecho de la navegación, que quedó ya apuntado por SCIALOJA en la primera edición de su *Sistema*, en 1928 (pág. 5), es desenvuelto en la tercera, especialmente en la "Nota" que completa la introducción (págs. 48-51). Vid. también su *Presentazione*, "Riv. Dir. Navig.", 1935, I, pág. 8. En el mismo sentido: SPASIANO: *Unità del Diritto della navigazione marittima ed aerea* ("Riv. Dir. Navig.", 1938, I, pág. 39) y *Corso di Diritto*

cuello político, accidente transitorio o prejuicio doctrinal precipitado (28). Las mismas notas características que la doctrina autonomista señala para el Derecho aeronáutico coinciden con las propias del marítimo. Así, las de internacionalidad y movilidad y mucho más la de politicidad, atributo de todo derecho moderno (29).

La escisión entre el Derecho marítimo y Derecho aeronáutico se produce en cambio cuando se subrayan frente a las situaciones comunes a toda navegación las particulares de la aérea. El hecho de desarrollarse en el agua o en el espacio se estimará circunstancia de consecuencias jurídicas insoslayables. La norma para el Derecho aéreo surge y se desarrolla independientemente para atender peculiares y decisivas urgencias. Quienes así se pronuncian por el particularismo o la autonomía del Derecho aeronáutico (30) desenvuelven esta afirmación básica a través de dos series de argumentos. La primera, relativa al objeto de la disciplina jurídica: ni el medio ni el vehículo aéreos pueden asimilarse a los marítimos. Mientras la atmósfera cubre todo el globo y por tanto el cruce con problemas de derecho terrestre y con los derivados del vuelo sobre territorios soberanos puede reputarse normal, la navegación en aguas jurisdiccionales tiene carácter de excepción. Tampoco cabe equiparar, desde el punto de vista técnico, nave y aeronave. En esta última no sólo los riesgos son notoriamente mayores, sino su comunidad entre los interesados mucho más estrecha.

aeronautico, 1941; FERRARINI: *La materia aeronautica del Codice della navigazione* ("Riv. Dir. Com.", 1942, I, pág. 193); IDEM: *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, Roma, 1947, pág. 20; LEFEBVRE D'OVIDIO: *La pretesa autonomia della parte aeronautica del Codice della navigazione* ("Riv. Dir. Navig.", 1942, I, pág. 321); DOMINEDO: *Teoria generale e Diritto marittimo*, "Riv. Dir. Navig.", 1936, I, pág. 43; IDEM: *Introduzione al Diritto della Navigazione*, 1945. Aunque principalmente sobre problemas de Derecho internacional privado, GHIONDA: *Sull'unità del Diritto internazionale privato della navigazione*, 1938, I, págs. 87 y siguientes.

(28) SPASIANO: *Corso*, cit., págs. 13 y siguientes.

(29) Verlas, por ejemplo, señaladas entre nosotros por TAPIA: *Derecho aeronáutico*, págs. 16 y siguientes.

(30) En primer término AMBROSINI: *Del metodo di trattazione del Diritto aeronautico* ("Il Diritto aeronautico", 1927, pág. 241); *Corso di Diritto aeronautico*, 1930; *Per un sistema di Diritto aeronautico* ("Riv. Dir. Aer.", 1932, páginas 5-29); *Consensi e disensi su un programma (a proposito del Diritto della navigazione)*, "Riv. Dir. Aer.", 1938, págs. 127 y ss.; *Il codice della navigazione e il Diritto aeronautico*, "Riv. Dir. Com.", 1942, págs. 129-138. Ya antes: *La notion tecnico-juridique de l'aeromobile*, París, 1923; *Il problema della legiferazione en Dir. Aer.*, 1924, págs. 66 y ss. Con ciertas divergencias, FRAGALI: *Principii di Diritto aeronautico*, 1930; *Possibilità attuali del Diritto aeronautico e metodo della sua costruzione*, "Riv. Dir. Aer.", 1935, pág. 243; *Lezioni di Diritto aeronautico*, 1939; V. también DONATI: *Fondazione della scienza del Diritto*, 1929, págs. 217 y ss.; BOSCO: *Il Diritto internazionale aeronautico*, "Riv. Dir. Aer.", 1934, pág. 1 y ss. Escisionista parece también, en última instancia, el criterio de BRUNETTI: *Diritto marittimo privato*, I, págs. 56-9. El americano COSENTINI concluye asimismo en que la primera misión en esta materia es la de separar el Derecho aéreo del Derecho marítimo: "la diferencia está ya en los hechos, hay que trasladarla al Derecho". (*Code international de l'aviation*, 1939, trad. fran., pág. 9.)

El segundo grupo de especialidades afecta a la naturaleza misma de la norma. Ya se indicó el sello fuertemente político del Derecho aeronáutico derivado de la importancia militar y comercial de la aviación y de su facilidad para atravesar fronteras y eludir los medios tradicionales de seguridad (31). Pero además, su carácter internacional y, por consiguiente, su tendencia hacia la uniformidad, se produce con una celeridad de ritmo muy superior al que presenta el Derecho marítimo hasta el punto de que la diferencia deja de ser simplemente cuantitativa para convertirse en cualitativa (32).

Los mantenedores de la sustantividad del sector aeronáutico no niegan la utilización y adaptación de instituciones marítimas al nuevo Derecho, que en gran parte ha ido ramificándose—en frase de Scialoja—sobre el viejo tronco del marítimo. Pero donde ello no significa la deformación inicial inevitable cuando está aun por construir el sistema propio, responde simplemente a la articulación derivada de la unidad última del Derecho entre los distintos brazos del ordenamiento general. Los principios del Derecho marítimo no cumplen función distinta a las generales del Derecho privado, al cual pertenece tanto el aeronáutico como el civil, el marítimo como el ferroviario. La autonomía no significa aquí, como no significa nunca, desconexión con el Derecho general; sus principios siguen siendo el fundamento de la construcción entera (33). Como el transporte civil, el transporte comercial y el transporte marítimo, el transporte aéreo supone una exteriorización de relaciones económicas sustancialmente unitarias. Cabe constituir orgánicamente en el seno del Derecho privado, concluye Asquini, “tantas partes cuantas sean las instituciones reguladas, aunque de ellas sólo tengan carácter autónomo las que respondan a fenómenos económicos con notas distintivas bien marcadas; no parece por ello incorrecto hablar de un derecho autónomo aéreo” (34).

Si el derecho aeronáutico no queda incluido en el Derecho de la navegación, el problema de su articulación dentro del orden jurídico

(31) AMBROSINI: *Per un sistema*, cit.; *Corso*, cit.; emplea la palabra *politicità*, “no bella, pero ciertamente expresiva”, para designar que “el Derecho aeronáutico y su desarrollo están fuertemente influenciados por elementos y consideración política militar y política económica. El control estatal sobre el vehículo aéreo debe ser continuo y perfecto”.

(32) Vid. AMBROSINI, cit., y especialmente *L'universalità del Diritto aeronautico e le sue esigenze in rapporto al Diritto interno*, estudio por BERLINGIERI, 1933, págs. 19 y ss. Partiendo de este concepto, MALEZIEUX formula lo que llama “autonomía dinámica” del Derecho aéreo, que hace posible su adaptación a las necesidades sociales que le corresponde regular. Autonomía que se manifiesta en la singularidad de sus órganos de elaboración, de aplicación y jurisprudencia fuertemente impregnados de internacionalismo (*Essai sur les caractères et sur la nature du Droit aérien*, “Revue générale Droit aérien”, 1948, págs. 33 y ss).

(33) COGLIOLO: *Note minime di Diritto aeronautico* (“Riv. Com.”, 1927, I, página 50); *Codice aeronautico*, Milano, 1927, págs. 20 y ss.; DONATI: *Fondazione della scienza del Diritto*, cit., pág. 226; FRAGALI: *Principii*, cit., núm. 18.

(34) ASQUINI: *Sull'autonomia del Diritto del Lavoro*, “Scritti giur.”, I, página 110.

general, vuelve a plantearse a su respecto de modo paralelo a como ocurría para el marítimo. Renunciando al vano intento que supone referirlo a cualquier preceptiva relacionada con el espacio atmosférico, cabrá delimitarlo, por tanto, en relación con el objeto o con la naturaleza. Por su objeto, haciéndole comprender toda norma pública o privada relativa a la navegación aérea. Atendiendo a su finalidad y considerando como tal la predominante de explotación industrial, estimar, en primer término, un derecho privado aeronáutico, es decir, un derecho de transporte que al servicio de la moderna economía quedaría, por definición, inserto en el Derecho mercantil.

Aunque quizá se juzguen pocos los decenios transcurridos para una conclusión fundada, todo induce a pensar que las fuerzas que hoy actúan sobre el proceso de formación de esta rama jurídica se mueven en sentido favorable a la primera de ambas tendencias. Desde el punto de vista científico, e incluso didáctico, puede considerarse vencida esa etapa—a veces definitiva—de todo derecho naciente a constituir nuevos capítulos de las ramas tradicionales. Los problemas de Derecho aeronáutico ya no tienden a recogerse como apéndices de los tratados de Derecho internacional, privado, mercantil o administrativo, por ejemplo, sino en libros y revistas propios. Una vez realizado este desglose, la inclinación a redondear la materia fuerza asimismo a incorporarle todas las cuestiones de algún modo relacionadas con ella. Del lado legislativo, la dirección parece ser también la indicada, aunque por razones distintas. El punto de vista sistemático suele pesar poco en la formación separada de las ramas del Derecho. Ni el Derecho mercantil se ha agrupado y codificado como el Derecho de comercio—con el natural desagrado de quienes le desearon una mayor elegancia de contornos conceptuales—ni el Derecho marítimo, como todo el Derecho de la navegación por mar, sino en virtud de razones históricas: la inercia del sistema legislativo, la preponderancia de tráfico naval respecto del terrestre y el influjo de las Armadas reales sobre las mercantes en función del régimen político.

Circunstancias de carácter aproximado serán las que determinen el contenido definitivo del Derecho de la navegación. Aún no pueden preverse con exactitud, pero ya nos hallamos en presencia de datos que inclinan a anunciarlas. La permanencia, por ejemplo, de la actual tensión internacional entre grandes potencias, al favorecer el mantenimiento del control de la aeronáutica en manos de organismos públicos y preferentemente militares, conducirá inevitablemente a la unificación de toda la materia y a la publicación de códigos generales del aire en los que se reúnan tanto las normas privadas como las públicas, con marcado predominio de estas últimas. Si, en cambio, se logra un mínimo de paz general y a su amparo un considerable desarrollo de la aviación mercante, podría prevalecer el carácter privado del sistema de normas de protección del tráfico aéreo y la tendencia a separarlo del aeronáutico militar. Sobre todo si el perfeccionamiento de la técnica lograse adecuar la aeronáutica al transporte de cosas en

masa, en volumen apreciable para el tráfico internacional e intercontinental y la rentabilidad del negocio permitiera prescindir con carácter general del principio de empresa protegida.

De estos y otros variados impulsos depende la configuración del Derecho aéreo como Derecho especial. La originalidad en el modo de formación de una rama jurídica y su separación legislativa o doctrinal, pretendiendo comprender de modo completo una materia peculiar, suponen sin duda la existencia de un Derecho especial sujeto, como todo otro Derecho especial, a los superiores principios del Derecho general. Ahora bien, ¿son bastante a autorizar la condición de este Derecho como autónomo o sustantivo? Porque éste es el término definitivo de discusión, tanto para el Derecho aéreo como para el marítimo y para el propio Derecho mercantil. ¿Cuáles son las características de un Derecho para que pueda predicarse como autónomo?

12. A enturbiar las respuestas ha contribuído, junto con preocupaciones de la más diversa índole, la ausencia de un mínimo de precisión en el empleo del término. Una veces se considera fundamental la autonomía legislativa—recordemos la cuestión sobre unidad o dualidad de códigos—, otras, la autonomía llamada *científica*, de la que aquélla sería simple consecuencia. Parece que por esta última habrá de entenderse la que la investigación doctrinal ha deducido del examen de los principios característicos del sistema. Pero no sólo esta autonomía suele apoyarse, muy en primer término, en la independencia—histórica o actual—de la legislación y en aquellos preceptos de los códigos especiales que decretan un sistema “autónomo” de fuentes, sino que también el tratamiento científico se ha reputado de dato sustantivo simplemente externo que no cubre en todos los casos un Derecho realmente sustantivo. Por último, los defensores e impugnadores de la autonomía de una concreta y determinada rama del Derecho—forma en que normalmente se plantea el problema—hacen jugar indistintamente, preocupados por el éxito de sus tesis, unas y otras características autonómicas y no convienen, ni mucho menos, en cuáles deben reputarse esenciales y cuáles accesorias.

Un primer paso parecía haberse logrado con la distinción entre cuatro primeros grados de autonomía: legal, jurisdiccional, científica y didáctica. No creo sea muy necesario ocuparse del último, ya que la inclusión separada de un sector jurídico en cursos y planes de enseñanza, si de un lado es repercusión de los anteriores, especialmente del científico, puede corresponder, cuando no a motivos simplemente accidentales, a conveniencias de la división del trabajo.

Los efectos de aislar un grupo mejor o peor delimitado de normas en un Código especial o de integrarlas con otras más o menos próximas en un cuerpo legal más amplio, sobre la naturaleza del Derecho recogido y, a la inversa, los que esta naturaleza imponen sobre la corrección y oportunidad de la unidad legislativa, han venido planteándose tradicionalmente por la doctrina mercantilista. El problema que-

dó, sobre este punto, examinado en otro sitio (35). Para el propósito de ahora, baste recordar que desde hace lustros—casi podría fijarse con exactitud la fecha haciéndola coincidir con la promulgación del Código suizo de las obligaciones—se ha convenido que las separaciones o fusiones legislativas son indiferentes a la verdadera autonomía de la rama jurídica de que se trata. Es esta autonomía claramente externa, puramente formal y no hace sino rozar el verdadero problema (36).

Tampoco resulta decisiva la autonomía jurisdiccional. El sometimiento en España de los procesos civiles, mercantiles y marítimos a unos mismos tribunales no ha servido ni de reparo a los “sustantivistas”, ni de argumento a los unitarios. Otra cosa hay que decir ciertamente en cuanto a su proyección histórica, esgrimida con reiteración para apoyar la naturaleza y la independencia del Derecho de los mercaderes (37). Pero para la organización contemporánea, la cuestión se estima de política y de técnica procesales: “El problema de la autonomía del Derecho comercial supera las controversias un poco estrechas a las cuales da lugar, sobre todo en Francia, el del mantenimiento o supresión de los Tribunales de comercio. Su conservación, obstáculo ínfimo a la unidad formal, aun comprometería menos la unidad científica. Su desaparición no significaría facilidad alguna suplementaria para la unidad substancial. La autonomía del Derecho mercantil permanece tan viva en Italia, donde desde 1892 no existen Tribunales de comercio, como en Francia, donde existen, al menos en los centros de una cierta actividad comercial” (38). Tampoco cabe suponer que la reciente floración entre nosotros de jurisdicciones o cuasi jurisdicciones especiales, repercuta en la mayor o menor autonomía de la normativa aplicable. Nos queda, por tanto, la autonomía científica. ¿Con qué alcance entiende esta expresión la doctrina que parece debe moverse aquí en su propio terreno?

Con el término autonomía científica no se alude normalmente al tratamiento separado de la materia por los científicos del Derecho. La existencia de una literatura propia, circunscrita a un determinado sector del ordenamiento jurídico, puede indicar el interés técnico, político o práctico del asunto, pero la abundancia en un momento de obras sobre Derecho bancario o de seguros, como en otro de Derecho de divisas o de asilo, no basta para afirmar la presencia de un nuevo Derecho autónomo (39). Responde, además, a la marcha progresiva

(35) Concepto del Derecho mercantil, cit.

(36) Desde WIELAND: *Handelsrecht*, I, párrafo 6. Por ejemplo, ROCCO: *Principios*, pág. 61-62; ARCANGELI: *Il Diritto agrario e la sua autonomia*, “*Scritti giur.*”, III, pág. 334; ROTONDI: *La riforma*, cit., págs. VII y VIII; ESCARRA: *Principes*, I, pág. 56 y ss. Entre nosotros, GARRIGUES: *Tratado*, I, págs. 64 y ss.

(37) J. RUBIO: *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, especialmente páginas 87 y siguientes.

(38) ESCARRA, cit., pág. 59.

hacia la especialización impuesta por la amplitud y complejidad de la economía y de la técnica actuales. Y si es cierto que puede existir una interdependencia entre la autonomía que podemos llamar provisionalmente sistemática y la literaria, será el de aquella primera concepto distinto y previo.

Al hablar de autonomía científica, los autores más preocupados suelen añadir que se refieren a la de orden interno, intrínseco, es decir a la autonomía propiamente *jurídica* derivada de la naturaleza de la materia, independiente y en gran medida condicionante de su tratamiento legal, doctrinal y didáctico. Autonomía que, si bien no significa aislamiento respecto de las demás ramas, ni disolución de la unidad del Derecho, supone la presencia de un conjunto orgánico de normas cuya homogeneidad repercute en el proceso de investigación y aplicación del Derecho y en el plan de inclusión y distribución legal y científica de las materias que lo componen. Esto es, en el método y en el sistema.

Precisamente por coincidir en que la cuestión del método de investigación y determinación de la norma es consecuencia y no razón de la autonomía, es por lo que debe considerarse insuficiente para reconocerla el criterio derivado de la ordenación y jerarquía de sus fuentes. No sólo es el intérprete el que debe deducir la posible autonomía de un sector de normas, de los resultados de su aplicación, sino que todo criterio de alterar el orden jerárquico general de las fuentes del Derecho español, forzando de antemano a encastillarse en un círculo autónomo, es profundamente perturbador y probablemente inútil. Frente a los artículos 5.º, 6.º y 16 del Código civil, el 2.º del Código de Comercio ha conseguido prolijar disquisiciones doctrinales, pero para bien poco ha servido en la práctica.

Conjugándola en mayor o menor escala con la "novedad orgánica de la materia" y el "carácter completo de la disciplina" (40), la doc-

(39) Se ve, sin embargo, esgrimir a Rocco como una razón de la autonomía del Derecho mercantil la existencia, desde hace siglos, de una abundante y valiosa bibliografía. *Principios*, pág. 68.

(40) De estas dos notas, la más vulnerable al escepticismo es la de "integridad". Parece que no existen grandes dudas acerca de que, tanto el Derecho mercantil como el marítimo o el aeronáutico son eminentemente incompletos. Toda rama del Derecho lo es, más o menos—más bien más que menos—, y en todo caso resulta imposible establecer con cierto rigor cuándo su carácter fragmentario es lo suficientemente relativo para que permita hablar de autonomía. La nota de "novedad" de la materia no puede ser más movедiza, si se considera que un derecho, aunque recaiga sobre materias nuevas y de cierta entidad, puede ser simplemente un derecho especial o un nuevo capítulo de otro bien conocido. Piénsese en la reglamentación de las nuevas normas o métodos en el Derecho internacional o en el penal (delito financiero, genocidio, etc.). En cuanto a la novedad orgánica, ¿qué significa? Si no un simple círculo vicioso para indicar que constituye un cuerpo sustantivo nuevo (es decir, autónomo), parece referirse a que responde a conceptos y principios peculiares. Entramos aquí en la característica que inmediatamente se examina en el texto.

trina dominante apoya la naturaleza autonómica de una rama especial de Derecho en la existencia de principios generales propios, es decir, *comunes* a toda esa materia y *peculiares* de ella, que le confieren su unidad, producen normas específicas y requieren un tratamiento doctrinal adecuado. El Derecho mercantil, el marítimo, el aéreo, como el de trabajo, el agrario o el minero, podrán reputarse de autónomos en cuanto se asienten en un sistema de supuestos y conceptos homogéneos y originales (41).

13. Sin embargo, también este terreno de los "principios generales especiales" resulta, desde un poco más cerca, extraordinariamente inseguro:

a) En primer término, cuando se trata de precisarlos, por oposición a los del Derecho general. La doctrina suele resistirse a proclamarlos y cuando los formula lo hace por vía de ejemplificación. Si bien, entre los que se citan no haya, ni mucho menos, coincidencia (42).

b) Con el mismo alcance de los principios que suelen ofrecerse para caracterizar de autónoma una rama del Derecho, existen otros en Derechos reputados simplemente de especiales y aun de simples capítulos más o menos calificados. Y es que todo Derecho especial, por razón de la materia, tiende a poner de relieve, e incluso a exagerar, sus características. Es decir, propende a subrayar la propiedad que le ha hecho significarse dentro del Derecho general. Pero esto no sólo no le convierte en autónomo respecto de los principios comunes, sino que significa simplemente la adaptación de estos principios a la infinita variedad de los supuestos sociales particulares. Con la misma justificación e idéntica fuerza que se afirman los principios peculiares del Derecho mercantil, del marítimo o del aéreo, pueden señalarse los del Derecho de sociedades, del inmobiliario, del cambiario, del bursátil o

(41) Aparte cuanto se citó al hablar del problema de la autonomía del Derecho mercantil, vid., especialmente: ASQUINI: *Sull'autonomia del Diritto del Lavoro*, "Scritti giur.", I, pág. 110 SCIALOJA: *La sistemazione scientifica del Diritto marittimo*, "Riv. Dir. Com.", 1928, I, reproducida en la Introducción del *Sistema*; ROCCO: *Principios* (trad. esp.), págs. 67 y ss.; ARCANGELI: *Il Diritto agrario e la sua autonomia*, "Scritti", III, pág. 344; BRUNETTI: *Diritto marittimo privato*, págs. 11 y ss.; DONATI: *Fondazione della scienza del Diritto*, Padova, 1929; SPASIANO: *Corso de Diritto aeronautico*. Entre nosotros, aceptan el criterio de los principios generales como fundamental de la autonomía: GARRIGUES: *Tratado*, I, págs. 35 y ss., esp., pág. 43, y URÍA: *Derecho mercantil y Derecho fiscal*, Conf. en el Col. Notarial de Madrid, 1944. Sigue también a ROCCO, GAMECHOGOICOEHEA: *Derecho marítimo español*, II. Parece que también comparten tal criterio, aun cuando para negar su existencia respecto del Derecho mercantil, BENITO y ENDARA: *Manual*, I, págs. 37 y ss., y LANGLE: *La autonomía del Derecho mercantil*, págs. 4 y siguientes.

(42) Prácticamente no se está todavía de acuerdo en la formulación de un solo principio general que sea exclusivo del Derecho especial (DOMINEDO: *Introduzione al Diritto della navigazione*, pág. 49).

del sucesorio. En todos ellos y en muchos más se puede con la misma facilidad enumerar determinados principios generales que los informan (43).

(43) La autonomía coincidiría así con la *excepcionalidad* de una rama jurídica: es decir, con la existencia de principios directivos "diversos y opuestos" con destino a relaciones de estructura idéntica a las reglamentadas por el Derecho común. Criterio recientemente utilizado por FERRARA jr. (*Imprenditore e società*, págs. 8-10), para negar el carácter autónomo del Derecho comercial italiano a partir de la publicación del Código civil de 1942. Pero el propio autor advierte ya la relatividad e inseguridad de tal fórmula al reconocer que, con arreglo a un riguroso criterio de autonomía científica, tampoco puede reconocerse esta condición al anterior. Y es que las normas vivas de carácter excepcional responden a transformaciones ideológicas o sociales que tenderán a generalizarlas para aquel completo sector de relaciones a que se destinan. Mientras las que simplemente afectan a sectores "especiales" propenden, según ya se ha indicado en el texto, a establecer y deslindar principios y conceptos propios. Esta consideración me obliga a insistir frente a la crítica de F. DE CASTRO (*Derecho civil de España*, 2.^a ed., pág. 101, núm. 3) en la compatibilidad en Derecho español de la naturaleza especial y excepcional de un sector jurídico. No cabe hablar de especialidad como un tercer género entre la regla y la excepción. Por el contrario, el examen de los distintos "Derechos especiales" nos muestra que no sólo tienden a regular, a través de una separación puramente mecánica, una institución o una serie de relaciones determinadas, sino a derivar para ellas principios privativos distintos de los del ordenamiento general. En este sentido, todo Derecho especial es, más o menos, excepcional (RUBIO: *Concepto del Derecho mercantil*, págs. 360 y ss.). Es sabido que el carácter "contra tenorem rationem" o "contra rationi iuris receptum" de las normas de Derecho singular no significó pugna con el fin racional o el estado de la conciencia social, sino simplemente desviación de los principios generales establecidos o de los predominantes en el viejo Derecho de Roma. Y aun más conocida la muchedumbre de normas de "ius singulare" que se convierten en "ius commune" en el Derecho justinianeo. En cuanto a la característica que se estima propia del Derecho excepcional y que impide extenderlo más allá de su propia "ratio iuris", esto es, del alcance de la "aliquam utilitatem", ¿no debe de reputarse válida para cualquier norma jurídica?

Lo que ocurre es que cuando CASTRO escribe sobre Derecho singular, está pensando en nuestro Derecho foral. Distinguiendo Derecho especial, por la materia, y Derecho excepcional: el que frente al común rige en determinadas instituciones para los territorios forales. Y con cierto justificado recelo para las ordenaciones forales, "conjuntos de regías caducas, meros restos del pasado que se mantienen por inercia o por motivos políticos", pretende excluirlas del concepto de Derecho especial, categoría inevitable de todo ordenamiento general. Pero aquí es preciso distinguir: la hipótesis del Derecho especial, que se hace notar por el volumen, sentido o peculiaridad de la materia, y más o menos excepcional, con arreglo a los principios generales y la hipótesis—ligada al problema de las fuentes del Derecho—de un sistema que emana de órganos distintos a los que producen el Derecho general y que a) o bien son anteriores en rango invariablemente subordinado, b) o bien se decide con relación a un reparto de competencias—sistemas federales, en general, c) o se conservan para determinadas materias como producto residual de fuentes jurídicas, ya cegadas, y que por ello se delimitan no por su naturaleza o su destino, sino por su origen. De esta última clase son las que componen nuestro Derecho foral, del que podría decirse que es un Derecho federal "a extinguir". Mientras que si se enfoca por su distribución, según zonas delimitadas geográficamente, ya el problema pierde toda conexión con el de Derecho general y especial;

c) Finalmente, conviene analizar si estos principios generales del Derecho autónomo le son realmente característicos o si más bien varían según las épocas y resultan intercambiables con los del Derecho general o con los de otros especiales. El Derecho marítimo, sin perder su particularismo, había transformado nada menos que su impasibilidad en mutabilidad. Este último atributo, con los de internacionalidad y politicidad, se afirman simultáneamente para sostener la autonomía de los Derechos marítimo y aéreo. Piénsese en las famosas *notas* del Derecho mercantil, hoy generales a todo el Derecho patrimonial. La mayoría de los principios propios de la ordenación secular del tráfico marítimo se trasvasaron, por medio del comercio terrestre, al tráfico general contemporáneo (44), que hoy están comenzando a abandonar, impulsados por una nueva tendencia que va borrando, y precisamente a partir de los sectores más caracterizados del Derecho especial, la libertad de formas, la impersonalización y el predominio de la autonomía privada (45).

Pero no sólo se invoca la existencia de los principios generales como causa de la autonomía, sino su utilidad para la pureza misma de la disciplina, con el fin de lograr aquella formación unitaria de sus conceptos y principios que responda a un criterio rigurosamente científico y evitar el peligro que entraña, para el buen orden jurídico, el hecho de que conceptos elaborados en determinadas ramas del Derecho pierdan su contenido y significación al ser empleados en otras.

constituyendo el de vigencia territorial de la norma que CASTRO llama de Derecho particular para distinguirlo del excepcional (1.^a ed., pág. 73).

La distinción, pues, propiamente tal entre Derecho especial y excepcional tendría que establecerse en el terreno de la otra categoría de normas singulares: "las de derecho ocasional nacido para regular una situación de carácter anómalo o transitorio". Pero no me parece que la mayor o menor persistencia en el tiempo, como el mayor o menor volumen en el espacio, de un conjunto de normas destinadas a adecuar el Derecho general a supuestos nuevos e incluso extraordinarios, pueda alterar la naturaleza de tales normas. El problema de su aplicación seguirá siendo fundamentalmente el mismo: acomodar su interpretación en el derecho general en cuanto no prevea especialmente, sin desvirtuar la finalidad específica que persigue su desviación de los principios comunes, es decir, su excepcionalidad. Así nos lo muestra la serie de normas excepcionales que han surgido anómala y transitoriamente y que se han convertido en regulares y permanentes. Baste pensar en el moderno Derecho de trabajo o en el de arrendamientos rústicos o urbanos—es decir, la normativa marcadamente juspublicista que suele designarse como Derecho de la economía—que comenzó como "Derecho de guerra" provisional para constituirse definitivamente en Derecho victorioso.

(44) Como ilustración a estas consideraciones, merecen la pena de transcribirse, por ejemplo, los *Principios homogéneos*, en que Rocco apoya la autonomía del Derecho mercantil: "El dinero siempre se presupone fructífero", "las obligaciones se presumen contraídas *"in solidum"*, ninguna prestación se presume gratuita", "es libre la prueba de los actos jurídicos en materia comercial", "son eficaces los contratos en favor de tercero" (*Principios*, pág. 68).

(45) V. mi *Concepto del Derecho mercantil*, cit., ap. 11.

(46) URÍA, refiriéndose al Derecho fiscal. (Conferencia citada.)

Dos son los términos que aquí se utilizan: *principios* y *conceptos*. Respecto de aquéllos, ya se ha repetido cuán difícil resulta formular los propios e *intranscribibles* de una rama del Derecho. Responden más bien a movimientos políticos y económicos de carácter general, que unas veces producen la “maritimización” de Derecho mercantil; otras, la “mercantilización” del Derecho civil; otras, la “publicación” del Derecho de obligaciones. El fenómeno es conocidísimo y no puede sorprender a quienes se has cansado de oír que la Edad Media trataba la ordenación pública con arreglo a principios de Derecho privado, mientras las tendencias actuales están impregnando el Derecho privado con principios de Derecho público.

Y si lo que quiere señalarse es el peligro de la petrificación de los conceptos, también se trata de un problema más general. No es más grave introducir *conceptos* elaborados para una rama del Derecho, en otra que se considere autónoma, que en otra que no logre esta autefirma o incluso que en apartados más o menos cualificados del Derecho común. El concepto debe tener siempre un valor instrumental de regla general de la que nunca se está seguro no pueda escapar el caso concreto—a su vez más o menos general—en el proceso de adaptación del Derecho al fin perseguido. Tanto si se trata de relaciones de Derecho civil, mercantil, marítimo o aéreo, como de Derecho de arrendamientos urbanos o rústicos, de sociedad de gananciales o de derechos de terceros, es el supuesto de hecho y no el concepto lo que importa adelantar.

14. ¿Habremos, pues, de concluir en la imposibilidad de definir como autónoma una rama del Derecho general? Entendiendo la autonomía en su sentido tradicional y riguroso, así es, sin duda. Pero ella no obsta a la existencia de Derechos especiales, a que éstos se delinee con mayor o menor fuerza y extensión respecto del general subrayando sus características excepcionales—en el sentido en que más arriba quedó entendido este término—; a que tales características sea más o menos vigorosas; a que su estudio requiera particular atención al margen del Derecho general. Es decir, que estos sectores de la legislación y, correspondientemente, de la ciencia del Derecho, sean más o menos significativos y considerables o, si así se quiere, más o menos autónomos.

Para apreciarlo en su verdadero alcance, conviene algunas precisiones acerca de las posibilidades y realidades de clasificación y sistematización de las familias jurídicas. Como ha podido inducirse del examen de los distintos pareceres en torno a la naturaleza del Derecho aeronáutico y, sobre todo, del Derecho marítimo, dos vienen siendo los métodos predominantes para plantear la articulación de las distintas ramas del Derecho. Uno, el tradicional, de criterio *formal*, es decir, basado en la naturaleza misma de la norma. Otro, que parece en la actualidad predominante, apoyado en criterios técnicos, es decir, enfocado hacia el objeto al cual aquélla se dirige.

Al primero, responde la clásica bipartición durante tanto tiempo fundamental: Derecho público, Derecho privado. Este último, núcleo de instituciones las más diversas, cuyo lazo de unión es no ser Derecho público (principios generales de Derecho no político, derecho de la persona, derecho de la familia, derecho del tráfico) y a cuya disgregación se resiste, sin embargo. A su vez, el Derecho público, clasificado en político, administrativo, penal y procesal; distribución establecida no sobre esquemas técnicos, sino jurídicos: el Estado, su actividad; el delito y su sanción, el proceso. Incluso la división en Derecho internacional e interno, no tanto caracterizada por la esfera de aplicación, como por repercusiones sobre la naturaleza de la norma.

La segunda posición tiende a englobar, *por razón del objeto*, normas cuya condición, a tenor del anterior criterio, es distinta. Se ha aprovechado principalmente la multiplicidad y aparente heterogeneidad de las instituciones del Derecho privado, para desglosarlas por materias, completando la segregación con el incremento de la correspondiente preceptiva pública. Se habla así de un derecho agrario, de un derecho minero, de un derecho industrial y de nuestros derechos marítimo y aéreo.

Ninguno de los dos criterios se ha concebido como único y terminante, ni históricamente lo ha sido. En agregados de normas delimitados por la materia se ha podido notar el predominio de las de una determinada naturaleza, mientras que en los más importantes sectores del derecho calificado como *privado*—tanto civil como mercantil—han vivido largamente preceptos jurídicos públicos. Pero admitida la realidad de tales interferencias, creo puede hablarse de zonas del derecho calificadas predominantemente con un criterio objetivo, mientras otras lo han sido con arreglo a una calificación formal.

Partiendo de esta distinción no parece que cuando un conjunto de fenómenos sociales cobre especial relieve y éste se acuse en el número y significación de las relaciones producidas, haya inconveniente en agrupar legislativa, científica y didácticamente el conjunto de normas destinado a regularlas. En un momento histórico será la explotación rural; en otro, la relación de trabajo, por ejemplo, las que impulsen a ordenar respectivamente a su alrededor un Derecho señorial o un derecho laboral intrínsecamente mixtos. Hoy puede ocurrir lo mismo, accediendo a las pretensiones de los respectivos "autonomistas", con el Derecho marítimo o con el aeronáutico. Aunque sin olvidar que las consideraciones lógicas acerca de su conveniencia no constituyen sino uno—y no el más importante—de los factores que han producido la delimitación del Derecho especial; factores variables, de orden histórico y eminentemente relativos.

Reconocida la posibilidad legislativa y doctrinal de un derecho autónomo—es decir, desglosado del Derecho general por su especialidad—con códigos y tratados específicos a los que darán unidad la identidad del objeto a que se aplican, esta autonomía resultará—para

emplear el vocabulario usual en la materia—preferentemente externa o extrínseca. En el momento de las investigaciones e interpretaciones de la norma, con vistas a su aplicación, lo que habrá de tenerse en cuenta, en primer término, es la naturaleza de la norma en sí y la conexión y analogía se establecerán más fácilmente entre normas de una misma naturaleza. Dicho de otro modo, si en un código del automóvil coinciden normas procesales, de Derecho internacional privado, de Derecho administrativo, de Derecho mercantil y de Derecho penal, no creo resulte discutible que en el momento de determinar su ámbito y sentido, pesará más la cualidad específica de cada tipo de norma, que el hecho de que todas afecten a la circulación por carretera. Frente al problema de la aplicación por analogía, del que tanto y tan ligeramente se suele hablar como consecuencia de cualquier derecho autónomo, esta consideración me parece insoslayable (47).

(47) Así, por ejemplo, DOMINEDO pretende, en sentido contrario, derivar del "principio de autonomía" no sólo la "absorción de normas cualitativamente diversas", "inescindiblemente conexas por la comunidad del objeto", sino las peculiaridades del método de interpretación, que debe buscar, en primer término—cualquiera que sea su naturaleza—, la aplicación analógica de la regla especial y los principios generales especiales. Obligado así a lograr para este derecho especial una cierta coherencia, se decide, a pesar de haber definido "por su objeto", a excluir de su sistema un sector de las normas administrativas, la mayor parte de las procesales y todas las de Derecho internacional privado y penal (frente al propio criterio del "Codice della Navigazione"). La atracción de tales normas por la materia especial no significa que dejen de ser un capítulo de la disciplina de origen. "Trátase, en su caso, de delitos marítimos propios en los que se señalan nuevas hipótesis criminosas o de delitos marítimos impropios, respecto de los cuales la norma no hace sino reconducir el hecho criminoso a una figura de delito común o se limita a establecer una pena diversa o a conminar con una accesoria; la disciplina de las varias hipótesis especiales no puede concebirse sino *en función de los principios* del Derecho general subyacente" (Introduzione, cap. II, págs. 29 y s.). En cambio, LEMOINE, al publicar su tratado de Derecho aéreo, con arreglo a un sistema (págs. 15-16) que comprende normas de cualquier naturaleza relativas a la navegación aérea, y mostrándose partidario de la unificación del Derecho aéreo (pág. 9), no deja, sin embargo, de advertir "que el Derecho aéreo no constituye una ciencia aparte de la jerarquía de las disciplinas jurídicas. Por el contrario, procede largamente, en el plano doctrinal, de cada una de las grandes divisiones del Derecho: Derecho público y administrativo, Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho penal, etc..., cuyos principios son, en cada momento de aplicación, puestos en juego" (pág. 11). También para BÉHÉRI (La police de la navigation aérienne, 1938) el Derecho aeronáutico no constituye una unidad inseparable y sus distintos elementos deben examinarse a la luz de las divisiones generales del Derecho, de las que forman parte.