

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

EL DERECHO MARÍTIMO HISTORIA Y CONCEPTO

INTRODUCCIÓN: En el presente informe encontrará conceptos del derecho del mar o derecho marítimo, en los cuales se hace referencia también al desarrollo del concepto a través de la historia.

Índice de contenido

DOCTRINA

CONCEPTO DEL DERECHO MARÍTIMO.....	2
EL DERECHO DEL MAR: DE LA ANTIGÜEDAD A 1958.....	7
LA IMPORTANCIA DEL MAR.....	7
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DEL MAR.....	12
DOCTRINAS Y REGÍMENES MARÍTIMOS.....	13
TRATADO DE DERECHO MARÍTIMO.....	18
CONCEPTO DE DERECHO MARÍTIMO: SU ESPECIALIDAD.....	25
FUENTES CITADAS.....	28

DOCTRINA

CONCEPTO DEL DERECHO MARÍTIMO

[CERVANTES AHUMADA, R]¹

El derecho es, en términos generales, un conjunto coordinado de construcciones ideales, emanadas de un poder público efectivo y destinadas a actuar o realizarse en la vida humana de relación social.

Según los viejos y conocidos aforismos, no puede concebirse al hombre sin el derecho, ni al derecho sin el hombre. El derecho es algo que el hombre ha hecho para lograr la humana convivencia. Y el ordenamiento jurídico está integrado por una serie coordinada de construcciones o instituciones, que tienen como común distintivo el ser de naturaleza ideal y emanar de un poder público efectivo. Entre esas instituciones podemos señalar las leyes, las sociedades, los contratos, las personas jurídicas, los títulos de crédito, etc. Todas ellas tienen, como otro distintivo común, su destino para actuar en la vida humana de relación social.

Por su propia esencia y por la fuente de donde emana, todo el derecho es público. Sin embargo, desde la antigüedad romana, se ha venido haciendo la distinción arbitraria entre derecho público y derecho privado, según se observe en una institución el predominio del interés privado o del público. Pero ambos intereses suelen entrelazarse, y en ocasiones, como sucede en la problemática del derecho marítimo, es imposible delimitar fronteras.

También por razones prácticas, y a veces por sistematización docente, se ha dividido el derecho, para su estudio, en ramas autónomas: derecho constitucional, civil, mercantil,

administrativo, etc.; pero el ordenamiento general es uno, cada rama tiene la autonomía científica que se le quiere atribuir, y es muy difícil aislar una institución o un problema jurídico para contemplarlo con exclusividad, dentro de la probeta de una sola rama.

Por ejemplo: la persona es una institución básica del derecho civil; pero habrá que acudir al orden constitucional para resolver los problemas de nacionalidad y ciudadanía, y al orden penal o al administrativo para la solución de ciertos problemas que atañen a la protección de la persona o a sus derechos frente al Estado.

En el campo del derecho comparado actual podemos distinguir dos territorios: los países occidentales y de economía que pudiéramos llamar liberal, mantienen la distinción entre derecho público y derecho privado, y en los países socialistas la ciencia jurídica habla sólo de derecho público.

Se observa que en algunas ramas se puede, aunque con indeterminación de fronteras, mantener la distinción entre derecho público y derecho privado; pero tratándose del derecho marítimo, que alcanza a todas las fases de la actividad humana, no podríamos establecer tal distinción; no podríamos afirmar que el derecho marítimo es derecho público o derecho privado, porque los problemas marítimos requieren, para su solución, de elementos de todas las ramas del derecho. No podríamos, por tanto, colocar el derecho marítimo, ni en el casillero del llamado derecho privado, ni en el casillero del derecho público entendido a la manera tradicional occidental.

Facilitaremos la solución si repetimos que, en nuestro concepto, el derecho marítimo es derecho público, puesto que todo derecho tiene esta categoría. Pero sí, dentro de la distinción tradicional occidental, quisiésemos colocar al derecho marítimo en el campo

publicístico o en el campo privatístico, no podríamos lograrlo, porque en los fenómenos marítimos los intereses privados y públicos generalmente caminan entrelazados.

Es que lo que da calificación de marítimo a un fenómeno jurídico, es el teatro en que el fenómeno se realiza o actúa, o su conexión con ese teatro. En cierta forma, tenía razón Ripert cuando afirmó que el derecho marítimo es el derecho de las relaciones jurídicas cuyo teatro es el mar o cuyo objeto es el comercio marítimo.

A esto convendría observar que el concepto ripertiano es incompleto, puesto que se reduce al aspecto de las relaciones jurídicas, dejando fuera a otras categorías de instituciones. Consecuentemente, ampliando y a la vez concretando nuestra noción expuesta inicialmente, podemos afirmar que el derecho marítimo en particular, es un conjunto coordinado de construcciones ideales o instituciones jurídicas, emanadas de un poder público efectivo y destinadas a realizarse o actualizarse en la vida humana de relación social, en el teatro del mar o en relación con los espacios marítimos. En otras palabras, el ordenamiento jurídico es marítimo, cuando tiene conexión con el mar o con los espacios marítimos.

Como las instituciones jurídicas marítimas al actualizarse se relacionan con la vida de las comunidades humanas que actúan en el mar o en relación directa con él, habrá tantas sub-ramas del derecho marítimo, como ramas jurídicas se ocupen de cada relación. Por ejemplo: si se trata de estudiar y determinar los espacios marítimos, habrá que acudir al derecho constitucional y al derecho internacional; si se trata de resolver problemas relativos a los delitos marítimos, habrá que adentrarse en el derecho penal, y así, según la naturaleza del problema, al administrativo, al laboral, al civil, al mercantil, etc.

Por lo anteriormente anotado se ha pretendido que el derecho marítimo es de una naturaleza especial, diferente esencialmente de las otras ramas del derecho; que tienen su particularismo. Pero ya Bonnetcase, el gran maritimista y civilista francés, se ha encargado de esclarecer la cuestión: los fenómenos jurídicos son los mismos esencialmente (una compraventa será compraventa, un testamento será testamento, el transporte, será transporte, etc.; y sólo tendrán de característico lo que derive de su conexión con el teatro del mar).

El hombre mismo, sin cambiar su esencia, actúa de distinta manera cuando se encuentra en tierra firme y cuando se encuentra entre la inmensidad del mar. Piénsese, si no, en un pánico en un teatro, en el que la multitud actuará siempre bestialmente, y en un naufragio en el cual, dentro de un ambiente también de pánico, los hombres actuarán ordenada y heroicamente, como lo han hecho siempre a través de la historia de los desastres marítimos.

Podemos afirmar, sin eufemismo, que el teatro del mar ennoblece y sublima al hombre.

Es oportuno señalar que además de su acentuado carácter publicístico, el derecho marítimo acusa las siguientes características notables:

a) Es una de las más antiguas, si no es que la más antigua, de las ramas especializadas del Derecho.

b) Es insensible a los cambios políticos (no le afectaría, por ejemplo, un cambio de la forma de gobierno) pero es muy sensible a los cambios técnicos (como la aplicación del motor a la navegación en sustitución de la vela, la invención de las comunicaciones por radio, la aplicación de la ener-, gía atómica a la navegación, etc.).

c) Es, por tanto, un derecho vivo. Cuando las normas escritas se vuelven obsoletas, los comerciantes marítimos crean nuevas normas con base en la costumbre, la que tiene en el campo marítimo una gran relevancia. Incluso en la unificación de normas en el plano internacional, vemos grandes logros a través de compilaciones de costumbres hechas por organismos no oficiales, como en el caso de las averías gruesas y de las ventas marítimas, que estudiaremos oportunamente.

d) La mayoría de las normas aplicables a las relaciones comerciales interpersonales, son supletorias.

e) Es tradicional la tendencia a la unificación internacional de las instituciones del derecho marítimo, ya que en una gran proporción el tráfico por mar es internacional.

f) Es, en la historia del derecho, pionero en la creación de instituciones jurídicas. Instituciones tan importantes en la vida moderna como la sociedad mercantil, el seguro, el riesgo de trabajo, han nacido en el derecho marítimo y se han extendido al campo del derecho mercantil en general y aun al campo del derecho civil. Puede considerarse mayor la influencia del derecho marítimo sobre el derecho mercantil en general y sobre el derecho civil, que la influencia de estas últimas ramas en el derecho marítimo.

Repetimos que podrá haber tantos capítulos, tantas sub-ramas, o tantos derechos marítimos, como ramas del derecho se ocupen de los fenómenos marítimos. En el desarrollo de nuestro estudio, atacaremos la problemática del derecho marítimo en relación con las ramas del derecho constitucional, internacional, administrativo, civil, mercantil, laboral, procesal y penal, ya que con esas ramas es mayor y más frecuente la conexión de los problemas marítimos.

EL DERECHO DEL MAR: DE LA ANTIGÜEDAD A 1958

[MURILLO ZAMORA, C]²

LA IMPORTANCIA DEL MAR

La importancia del mar como medio de comunicación y como fuente de recursos alimenticios y minerales a través de toda la historia de la humanidad, ha hecho que los problemas jurídico-marítimos no constituyan una cuestión nueva; por el contrario, éstos han ocasionado múltiples controversias desde la Antigüedad. A esos problemas se le han dado diversas soluciones en las diferentes épocas históricas, por lo que la observación de los acontecimientos de cada una de esas etapas es esencial para comprender la magnitud de la respuesta que se da en esta segunda mitad del siglo XX, en donde el mar se convierte en un campo para obtener alimentos y minerales casi agotados o en vías de estarlo en algunas zonas terrestres, con lo cual esa alternativa al cuestionamiento sobre el régimen marítimo contribuye de manera activa al desarrollo no solo de los pueblos costeros sino de las naciones en general. Además, esa nueva óptica favorece la introducción del carácter pluridimensional de la soberanía estatal, reconociéndole a los mares su verdadero rol en la historia.

El rol antes citado fue reconocido de manera tácita por los grandes juristas y publicistas, quienes desde la Antigüedad trataron el tema y calificaron el mar como un recurso esencial en los planes de desarrollo de la humanidad. Sin embargo, el reconocimiento de que fue objeto ese vasto espacio no logra ubicarse en el lugar que merece hasta que se escuchan las súplicas de unos pocos autores, entre ellos el erudito latinoamericano

Andrés Bello, señalando el carácter agotable de los recursos marinos y se sientan las bases de la maricultura, es decir, se identifica la posibilidad de cultivar el mar mediante el establecimiento de granjas marinas, en lo que se torna como un nuevo horizonte para el futuro de la humanidad agobiada por la escasez de alimentos.

La idea de cultivar el mar toma cuerpo como fruto de las presiones por conservar los recursos naturales en tal espacio, algunos de los cuales, por ejemplo la ballena, están en vías de extinción. La idea ha sido puesta en práctica en algunos países desarrollados y consiste en la fecundación de huevos en criaderos, para, una vez nacidos, depositarlos en el mar y que continúen con su crecimiento. Lo mismo ocurre con otras especies marinas como las algas y los mariscos.

Por otra parte, y en un plano estrictamente jurídico, al que hicimos referencia supra, debe reconocerse el derecho de las poblaciones a recuperar los recursos minerales que se sedimentan en el suelo o que pueblan las aguas marinas como resultado de la erosión arrastrada por las corrientes fluviales, lo cual constituye una relación marítima susceptible de un trato geofísico y jurídico simultáneo. Mientras tanto, no ocurre lo mismo con la relación marina, como lo reconoce Kaldone Nweihed al señalar:

"El régimen de los espacios marinos, en cambio, es distinto en cuanto puede escapar a la regulación del hombre, ya que éste pretende regular movimientos de especies vivas que gozan de una ilimitada capacidad de locomoción en el mar, locomoción que puede ser centrífuga o centrípeta en relación al hombre terrígeno y a su habitat, como puede verificarse en pleno espacio marino independiente de la cercanía o la lejanía de nuestro mundo terrestre."

Por consiguiente, debemos reconocer que el mar presenta una realidad dual y complementaria; lo marítimo constituye la relación entre el hombre y el mar, determinada por dos espacios claramente definidos: las áreas bajo jurisdicción estatal y la alta mar; y lo marino que representa un fenómeno propio del mar, cuyo comportamiento no depende del hombre, aunque éste aspira a modificar esa actitud del ámbito marino. Asimismo, debemos reconocer que desde el punto de vista de la Escuela histórico-marítima, que funda su concepción del desarrollo histórico en la proximidad al mar y en la idea del mare nostrum, atribuye al mar una enorme importancia. Desde este punto de vista, según Arnold Toynbee, en su obra Estudio de la Historia, los problemas que trae consigo una migración ultramarina pueden convertirse en un estímulo formidable para el desarrollo de la sociedad en el nuevo territorio; ello por cuanto, a diferencia de las migraciones terrestres, es necesario llevar todo género de bienes, no sólo materiales, sino sentimentales y espirituales que pueden sufrir transformaciones en el viaje y nunca volver a adquirir su forma original. En este-sentido el Prof. Toynbee indica:

"Cuando tal migración trasmarina ocurre en el curso de una "volkerwan-derung", la incitación es más formidable y el estímulo más intenso porque la sociedad que da la respuesta no es una que sea ya socialmente progresiva, sino una que se halla aún en la condición estática que es el último estado del hombre primitivo. La transición, en una "volkerwanderung", de esa pasividad a un súbito paroxismo de "ímpetu y esfuerzo" produce un efecto dinámico sobre la vida de cualquier comunidad, pero este efecto es naturalmente más intenso cuando los emigrantes toman el barco que cuando viajan por terreno sólido, llevando consigo gran parte del aparato que tiene que ser descartado por el navegante."

Teniendo en cuenta esas condiciones, es posible encontrar en la historia numerosos ejemplos del desarrollo de nuevas sociedades,

nuevas religiones y en general nuevas culturas originadas en las migraciones transmarinas. Uno de los casos más notables es la migración de los vikingos escandinavos evocando los pasos de los carolingios en el Imperio Romano. Otro ejemplo del mar como factor determinante en la historia de la humanidad, siempre desde esa perspectiva histórico-marítima, lo encontramos en la proyección de las grandes potencias mundiales en las distintas épocas; verbigracia el Eje durante la Segunda Guerra Mundial estuvo formado por potencias marítimas, siendo el típico caso: Japón. Al igual Italia logró un nivel de potencia imperialista luego de la ocupación de Abisinia en el Mar Rojo y de la intervención en Libia (1911). Asimismo, algunos Estados que poseen un alto grado de desarrollo interno forjado sobre su continentalidad buscan, una vez consolidado ese nivel, proyectarse al mar, no para sobrevivir, como el Imperio Británico, sino para incrementar su desarrollo. Ante esa situación, Kaldone Nweihed en su obra supra sostiene:

"Negamos que los continentes, [...], hayan podido jamás sostener imperios permanentes sin el apoyo y la ayuda efectiva del mar. Ni los imperios de dimensiones continentales pudieron perdurar sin el apoyo náutico, ni la economía de nación alguna pudo prosperar desprovista de la infinita visión de los horizontes marítimos."

Por consiguiente, el desarrollo histórico del derecho del mar puede, perfectamente, enmarcarse en el anhelo de las naciones por dominar el mar, en principio en cuanto vía de comunicación esencial y luego fuente de recursos naturales de grandes dimensiones. De ahí que hoy, de acuerdo a la distribución del poder en el mundo, podamos referirnos a la geopolítica del Pacífico, calificando a este océano como el del futuro, es decir, nos acercamos al Siglo del Pacífico y, por ende, el centro motor de las relaciones internacionales, considerando dentro de ese esquema el desarrollo del "Destino Manifiesto" de los Estados Unidos hacia ese vasto espacio y una estructura talasocrática que,

junto con la japonesa, convierten el Pacífico en una especie de mare nostrum contemporáneo, al igual que en el pasado el Atlántico fue el mare britannicum y el núcleo de las relaciones internacionales de la época.

En definitiva, el desarrollo del gobierno talasocrático, práctica iniciada en Tiro (antigua Fenicia, hoy Líbano) y Egina (Atenas, hoy territorio griego), y quizás más atrás desde el momento que el hombre reconoce en el mar una amplia gama de alternativas para el progreso de las comunidades, y que llega hasta nuestros días como una herencia gigantesca de nuestros antepasados, permite sembrar grandes esperanzas en el mar, porque con la imprescindible ayuda de la ciencia, la tecnología y un orden jurídico adecuado podemos reconocer una mejor utilización de los recursos marinos en beneficio de toda la humanidad, ratificando con todo ese bagaje histórico el principio, dictado recientemente, del patrimonio común de la humanidad, status al que fue elevado el suelo y subsuelo de la alta mar.

No obstante esa considerable influencia marítima, es necesario reconocer que en algunas oportunidades la tierra ha intentado romper con el predominio de la talasocracia, obviando la idea dominante de la geopolítica marítima, en la que se desarrolla una relación proporcional entre el poderío y la distancia, es decir, a mayor distancia más poder,⁴ cuyas manifestaciones más fehacientes se presentaron con los sistemas coloniales de ultramar establecidos por las potencias europeas. De ahí que el mar pueda considerarse, como señala Karl Haushofer:

"...un bien primitivo de todos los hombres, a la par de su perpetuo enemigo desde el comienzo de la historia de la humanidad; una fuerza perenne que educa y disciplina, sustenta y derriba, vivifica y destruye, y que, desde la aparición del hombre sobre el mundo, favorece e impide, a la vez, la peregrinación de éste sobre la tierra."

Como se desprende de lo antes anotado, el mar constituye un factor vital para el futuro de la humanidad, ésto ha sido reconocido en alguna medida por diversos pueblos; de ahí la necesidad de repasar la evolución histórica del derecho del mar desde la Antigüedad, considerando en esa panorámica tres instituciones claramente definidas: mar territorial, alta mar y zona contigua, dejando las instituciones creadas después de 1958, fecha de la primera conferencia del mar, para el próximo capítulo, en el que analizaremos la revolución del derecho del mar. Asimismo debemos tomar nota de lo que podemos denominar soberanía marítima, pues constituye uno de los aspectos más polémicos dentro de esta rama del derecho internacional.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DEL MAR

Como veremos en detalle luego, las normas relativas al mar provienen desde la Antigüedad; éstas son producto del uso mismo de ese vasto espacio, imprescindible para la subsistencia de muchas civilizaciones que tuvieron el mar como vía de comunicación. Antiguos códigos como el de Hammurabi (2000 a.c.) y el de Manú (600 a.c.) contenían disposiciones relativas al comercio marítimo y a la navegación.

Por su parte, los romanos dictaron los códigos de Justiniano y de Teodosiano, los cuales sistematizaron el derecho de navegación romano. Pero será durante la Edad Media que la reglamentación marítima sufre un incremento considerable, dictándose, entre otros, los Roles de Olerón, el Consulado del Mar y algunas disposiciones en el Libro II de la Recopilación de las Leyes del Reino de Indias. Asimismo, en el siglo XVI se acepta la tesis de una zona marítima adyacente a las costas controlada por el Estado

ribereño y el siglo XIX se presenta como una época de transición entre un derecho marítimo tradicional y un derecho marítimo fundamentado en razones económicas, que se cuaja en el siglo siguiente a través de numerosas conferencias celebradas con la intención de codificar las leyes sobre el mar. En la primera mitad de este siglo se emiten con ese objetivo, también entre otras, las disposiciones de la XIII Conferencia de La Haya de 1907, la Convención Marítima de La Habana de 1928, la Declaración de Londres de 1909 y la Declaración General de los Estados Americanos de 1939, a las que se agregan los debates de la Conferencia de La Haya de 1930.

Por la relevancia que ha tenido el mar dentro del ámbito jurídico, especialmente la dada por los juristas de los renacientes pueblos europeos de los siglos XV-XVII, lo cual permitió encauzar el conjunto de disposiciones que regulan las relaciones marítimas de manera que conformaran una rama del derecho internacional público con existencia autónoma, como lo es el derecho del mar, debemos considerar, antes de observar la evolución historiográfica, la cuestión de las doctrinas y los regímenes que se han estructurado en torno a los planteamientos marítimos.

DOCTRINAS Y REGÍMENES MARÍTIMOS

El profuso desarrollo que tuvo el derecho del mar desde la Antigüedad, es lo que ha llevado a numerosos iusinternacionalistas, algunos de renombrada trayectoria, a formular lo que constituye la doctrina marítima. Aquí también las diferencias de criterios son múltiples y hacen patente la inexistencia de un acuerdo universal que pueda determinar la vigencia de un régimen jurídico único y de aceptación general. Es en la segunda parte del siglo XX en donde se muestra la

conjugación entre las tendencias regionalista y universalista que imperan en el derecho internacional, tal y como veremos luego, lo cual favorecerá la concertación de ese acuerdo único, que contribuya a facilitar la utilización de los mares y sus recursos en forma equitativa.

La amplia utilización del mar, no solo como vía de comunicación, ha conducido, según el nivel de desarrollo de la comunidad internacional, a determinar varias opciones jurídicas aplicables a los mares. Las alternativas jurídicas principales para organizar el uso de éstas áreas pueden agruparse en tres conceptos básicos: libre uso y libre acceso, administración nacional y administración internacional. La más antigua es la del libre uso y libre acceso, enunciada como doctrina por el jurista holandés Hugo Grocio y hasta la fecha la de mayor aceptación y empleo universal. Sin embargo, esa opción ha perdurado hasta la firma de la CNUDM¹ en 1982 por lo menos en lo que se refiere al suelo y subsuelo de la alta mar, pues en esa ocasión se declara tal espacio como patrimonio común de la humanidad, lo cual contradice la no apropiación individual o colectiva mencionada por los juristas forjadores de esta doctrina. Hasta ese año la única excepción reconocida por la comunidad internacional es el mar territorial.

Las otras dos alternativas consisten, una en la división del mar entre las diferentes jurisdicciones nacionales, cuyas zonas de dominio se han extendido cada vez más -en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Mar, cincuenta y cuatro países adoptaron un mar territorial de doce millas y diez Estados uno de doscientas millas, y solo veintiocho mantienen hasta la firma de la CNUDM las tres millas como la distancia de sus aguas territoriales-; así como la permanencia de la indivisibilidad del mar, lo cual exige una fuerte administración internacional, por lo que gran parte del océano pertenece a la comunidad y constituye el

1 CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR.

planteamiento de la tercera alternativa, adoptada en la Convención del Mar de 1982.

En la práctica lo que ha existido es una conjugación de las tres alternativas, puesto que desde la Antigüedad, los Estados han defendido la tesis sobre la jurisdicción estatal en las áreas marítimas adyacentes a sus costas, reconociendo la existencia de una amplia zona en la cual no existe autoridad alguna e introduciendo dos planteamientos: el del libre uso y libre acceso y el de la alta mar como patrimonio común de la humanidad, planteamiento al que se han opuesto diversos juristas. Algunos de éstos consideran que tal argumento significa una apropiación de los océanos por parte de una entidad: la comunidad internacional, lo cual no tiene justificación alguna, pues únicamente lo que se hace con tal tesis es otorgarle a la humanidad, en cuanto conjunto, el status de sujeto de derecho internacional, pues los fondos marinos y oceánicos han constituido desde siglos atrás res communis. A pesar de esas oposiciones, la tesis del patrimonio común ha persistido y se ha adoptado en diversos acuerdos internacionales, incluso, como ya se mencionó, en el artículo 136 de la CNUDM.

Una vez considerados esos hechos que forman parte intrínseca de cualquier orden marítimo, debemos observar algunos aspectos de lo que podríamos denominar soberanía marítima, aunque es necesario anotar que algunos datos específicos como por ejemplo la naturaleza jurídica del mar territorial serán tratados en un apartado posterior.

En lo referente al derecho de propiedad sobre una área del mar, la mayoría de los juristas internacionales afirman que ello constituye un principio inconcuso, aunque no faltan autores que planteen el hecho que el mar no es susceptible de apropiación porque escapa a las características tradicionales de la propiedad.

Empero, bajo el primer planteamiento, el francés Pradier-Fodere afirma que: "...este derecho es de propiedad no porque sea el mar territorial un accesorio de la costa ni porque geológicamente la prolongue, sino porque reúne todos los caracteres esenciales de las cosas que pueden ser apropiadas."

Dentro del segundo planteamiento, una de las tesis más propagadas es la de la alta mar como patrimonio común a la que hicimos referencia supra; incluso hoy se toma como la mejor alternativa para calificar el régimen jurídico de la alta mar y los fondos oceánicos. Tal tesis ha sido defendida por diversos autores en diferentes épocas del desarrollo del derecho del mar, considerando que representaba lo más preciso para denominar el régimen imperante en esa zona. No obstante, debemos precisar, como ya lo hicimos, que el régimen del patrimonio común de la humanidad se aplica a los fondos marinos y oceánicos y no a la totalidad de la alta mar, como en algún momento se ha pretendido.

Entre los opositores a la teoría del patrimonio común de la humanidad están Fauchille, Strupp y Orvé⁹, quienes sostienen que si el mar no es susceptible de apropiación individual, tampoco lo puede ser en forma colectiva, dejando únicamente la utilización de la alta mar para aquellas actividades que no impliquen apropiación, ni afecten los derechos de terceros -vr. gr., libertad de navegación, libertad de comunicación, libertad de tendido de cables y tuberías submarinas y libertad de sobrevuelo-. Así encontramos Estados que ejercen cierto tipo de autoridad sobre extensas áreas marítimas fuera de su jurisdicción por razones económicas, tal es el caso de Islandia sobre los yacimientos ostríferos.

Por otra parte, los tratadistas de origen latinoamericano, entre ellos Lucio Moreno Quintana, en su obra Derecho Internacional Público, sostienen que la extensión del mar territorial debe ser

fijada por el derecho interno, teniendo en cuenta su capacidad para hacer respetar su autoridad en esa área. Por consiguiente, desde esta perspectiva, se acepta que las declaraciones unilaterales que determinen una extensión diferente a la adoptada por la mayoría de los países no es violatoria de ninguna norma internacional. Sin embargo, esta tesis de fijación por el derecho interno no es bien recibida por la mayoría de los Estados latinoamericanos.

Junto a la discusión de la legalidad de las declaraciones unilaterales como medio para determinar la anchura del mar territorial, se presenta la cuestión de la naturaleza de la competencia estatal para ejercer la autoridad sobre las áreas marítimas. Al respecto, podemos afirmar que el desarrollo del régimen jurídico del mar y de la aplicabilidad de éste motivó que destacados jurisconsultos, entre ellos el erudito latinoamericano Andrés Bello, buscaran una justificación para los derechos del Estado ribereño a extender su competencia sobre el mar en áreas cada vez más extensas. Desde esta óptica, la justificación ha sido de diversa índole; décadas atrás imperaban las de corte jurídico, defensivo y de seguridad, hoy se han agregado las económicas, geológicas, biológicas y otras similares.

La justificación expuesta por Andrés Bello en el siglo pasado, citada por Alvarado Garaicoa en su obra El Mar Territorial y el Mar Patrimonial, es ratificada hoy para mantener la soberanía sobre el mar territorial. La idea básica en que se resume el principio jurídico que sustenta la competencia estatal en las áreas marítimas adyacentes es la soberanía y su razón jurídica radica "... en la necesidad que todo Estado tiene de proveer a la propia conservación y seguridad, ya sea desde el punto de vista militar o, al sanitario, fiscal o económico."

Es precisamente esa fundamentación sobre razones jurídicas lo que permite la diferenciación entre el régimen de la alta mar y el de

las aguas interiores o nacionales.

Sin embargo, se mantiene cierta indefinición en cuanto a la extensión del mar territorial, no solo en este siglo sino en épocas anteriores, como veremos posteriormente, y en cuanto al alcance real de los derechos ejercidos por el Estado ribereño.

TRATADO DE DERECHO MARÍTIMO

[DAJON, D]³

El Derecho marítimo no rige indistintamente todas las especies de navegación, sino solamente la «marina», es decir, la navegación sobre el mar.

En cuanto a la navegación sobre grandes vías fluviales, ríos y canales, o batallerie (*) es del dominio del Derecho terrestre. Esto es conforme con la etimología de la palabra «marítimo», que se deriva evidentemente de la palabra «mar». Y, en lo que concierne especialmente a la legislación francesa, así se deduce, no menos ciertamente, de los trabajos preparatorios y del texto del Código de Comercio.

En efecto, cuando el proyecto de Código de Comercio fue sometido a los Tribunales para recoger sus observaciones, los Tribunales de apelación (cours) de Bruselas, de Rouen y de Tolosa manifestaron el deseo de que se añadieran al proyecto disposiciones sobre la navegación interior; por su parte, el Consejo superior de Colonia preguntó si la palabra «buque» se aplicaba a todas las embarcaciones que se usan en la navegación, lo que equivalía a preguntar si la ley marítima se aplicaba a la navegación interior.

Ahora bien, el Consejo de Estado no dio satisfacción a los Tribunales de apelación y contestó a la pregunta del Consejo Superior añadiendo a la palabra «buques» en el encabezamiento del primer título del Libro II, la explicación «y otras embarcaciones de mar».

Por otra parte, entre las disposiciones del Libro II del Código, que está consagrado al Derecho marítimo, hay un cierto número que hacen alusión formalmente a los viajes por mar y que sería imposible aplicar a la navegación fluvial. En sentido inverso, en el Libro I del Código de Comercio, es decir, entre las disposiciones relativas al comercio terrestre, se ve declarar positivamente en el art 107, que las reglas de transporte por tierra «son comunes a los dueños de barcos...», lo que viene a decir que la navegación interior hace parte del comercio terrestre.

También es unánimemente admitido en Francia que el Derecho marítimo rige únicamente la navegación por mar, y que las reglas de este Derecho no podrán ser extendidas a la navegación fluvial más que en tanto fueran conformes al Derecho común.

Pero se entiende que si un viaje por mar fuera precedido o continuado por una navegación fluvial o 'por canal, esta navegación fluvial, que no sería entonces más que los preliminares o prolongación de una expedición marítima, deberá ser asimilada a ésta a título accesorio.

Por excepción, la parte del Derecho marítimo privado relativa a los seguros se aplica indistintamente a «todos los viajes y transportes por mar, ríos y canales navegables» (art. 335 del Código de Comercio, párrafo 4.º); sobre este particular, no hay diferencia entre la navegación marítima y la navegación interior.

En casi todos los países extranjeros, como asimismo Francia, se distingue netamente la navegación marítima de la navegación interior y se restringe el Derecho marítimo a la primera. Pero en algunos países, el legislador ha formulado el mismo deseo

que los Tribunales de apelación de Bruselas, Rouen y Tolosa, dictando leyes especiales sobre la navegación interior; tales, señaladamente, como las leyes alemanas del 15 de Junio de 1895 y 20 de Mayo de 1898, y la ley belga de 10 de Febrero de 1908.

En Holanda, por el contrario, la navegación fluvial es asimilada, en principio, a la navegación marítima; el Código de Comercio holandés reglamenta ambas navegaciones a la vez, y solamente es por excepción cuando no aplica a una de ellas las reglas de la otra (artículos 748 763). Esta particularidad del Derecho holandés se debe a la especial configuración de los Países Bajos que han sido en parte conquistados al mar, en donde las desembocaduras de los grandes ríos son verdaderos brazos de mar.

Por lo demás, si en todo otro lugar la distinción entre el mar y las aguas interiores es posible, esto no quiere decir que sea siempre fácil establecer una línea de demarcación precisa entre ambos elementos, porque se penetran uno y otro y se confunden en la desembocadura de los cursos de agua. Así tenemos que el punto departida entre la navegación marítima y la navegación fluvial, sigue siendo en Francia una cuestión muy debatida y harto obscura.

Tenemos, sin embargo, sobre este punto, dos textos muy netos y concordantes. Un Decreto-ley de 19 de Marzo de 1852 (art. 1.º, párrafo 2.º) decide que «la navegación es denominada marítima en el mar, en los puertos, marismas y canales donde las aguas son saladas, y hasta los límites de la Matrícula de marina en las grandes vías fluviales y ríos que afluyen directa o indirectamente al mar». Y la ley de 24 Diciembre, de 1895, sustituyendo la del 3

Brumario, año IV, a la cual se refería el Decreto de 1852, fija como límites a la Matrícula de marina, por su art. 1º, «el mar, los puertos o radas, las marismas o canales salados comprendidos en el dominio público marítimo, y las grandes vías fluviales, ríos o canales hasta el punto en que alcanza la marea alta, y para aquellos en que no hay marea, hasta el lugar al que las embarcaciones marítimas pueden llegar».

Pero estos textos no regulan formalmente la cuestión más que con miras a ciertas medidas de orden administrativo; así vemos que se rechaza generalmente el transportarlos al Derecho privado, y el servirse de ellos para decidir, desde el punto de vista de las relaciones privadas, en qué caso la navegación es marítima.

En este sentido se añaden dos observaciones, una de derecho y otra de hecho. El Decreto de 1852 y la ley de 1896, se dice, no constituyen ni siquiera el Derecho común administrativo; no son; válidos más que para las materias que aluden expresamente: el alistamiento de la tripulación, el embarque y desembarque de marineros, el nombre de los buques y la inscripción de gentes de mar. Al lado de ellos existen para otras materias administrativas, otras tres-limitaciones entre el mar y las aguas interiores:

La relativa al dominio público marítimo, que se hace por «decretos de limitación» dados por el Presidente de la República, o arretés de domanialité (mandamiento o decreto de dominialidad) recibidos por los prefectos (Decreto-ley de 12 de Febrero de 1852, artículo 2º).

La relativa a la policía de pesca, que depende únicamente de la salinidad de las aguas (ley de 15 de Abril de 1829, art. 3.º).

La relativa a la reglamentación de los barcos de vapor y de los buques afectados al transporte de pasajeros, que se hace por

decretos (Decretos de 9 de Abril de 1883, de 1.º de Febrero de 1893 y de 26 de Junio de 1903).

La coexistencia misma de estos .diversos textos de Derecho administrativo paralela al Decreto de 19 de Marzo de 1852 y a la ley de 1896, disminuye singularmente, se dice, la importancia de las reglas sentadas por este Decreto y por esta ley.

Por otro lado, se añade, la navegación, aun siendo practicada dentro de los límites de la Matrícula de marina, pudiera tener lugar, de hecho, únicamente en río, al interior de la desembocadura de las grandes vías fluviales, ríos y canales; entonces, no presentaría los peligros de la navegación por mar y, por consecuencia, no permitiría la misma reglamentación desde, el punto de vista de los intereses privados.

Pero siguiendo así no se sabría dónde terminar.

En la última oficina de Aduanas, decía un autor, sin darse cuenta que se acogía, él también, a una circunstancia de orden puramente administrativo, y es más, de orden muy secundario.

En los puentes fijos que no pueden franquear los buques de mar, proponen otros, sin darse cuenta que esto es, bajo otra forma, la generalización de uno de los medios de demarcación dados por la ley de 1896.

Aun otros, poniendo de manifiesto, no sin razón, lo que existe de arbitrario en las soluciones precedentes y desesperando a justa título, de descubrir un criterio más satisfactorio, se niegan a solucionar la cuestión a priori y proponen dejar a los Tribunales el cuidado de resolver de hecho; en cada caso, según las circunstancias, muy especialmente teniendo en cuenta los riesgos más o menos grandes de la navegación. El Tribunal de Casación parece haber aceptado este modo de apreciar, a pesar de lo que

tiene de im preciso y, por tanto, de poco satisfactorio.

Prácticamente, estas opiniones, tan divergentes en apariencia, son susceptibles de llegar a resultados .bastante semejantes y que no se alejan en mucho de los que darían la aplicación de los textos relativos a la Matrícula de Marina. En efecto, debería concurrir mucho la suerte para que las oficinas de Aduanas y los puentes fijos fueran establecidos junto al punto en que llega la marea; y si en tiempo ordinario, la navegación practicada al interior de la desembocadura de las grandes vías fluviales, ríos y canales, es menos peligrosa que la navegación por mar, no es menos cierto que la comunicación directa con el mar y la influencia de las mareas, son. susceptibles de crear en todo momento riesgos análogos a los verdaderos riesgos de mar; por tanto, esta navegación puede muy bien ser asimilada a una navegación marítima.

Pero cuando se trata, como aquí, no solamente de regular un punto de detalle, sino de determinar la esfera de aplicación de dos ramas del Derecho tan diferentes como el Derecho marítimo y el Derecho terrestre, no es, bajo ningún punto, admisible que la cuestión sea dejada a la apreciación de los Tribunales y no sea resuelta a priori por la ley.

Por consecuencia, ¿no hay un escrúpulo exagerado en negarse a seguir, en Derecho privado, disposiciones de Derecho administrativo que han trazado entregas aguas marítimas y las aguas interiores una demarcación perfectamente neta y muy racional en sí? Se puede tanto más extender a este punto de vista .el Decreto de 19 de Marzo de 1852 y la ley de 24 de Diciembre de 1896 que, en las materias marítimas, las reglas administrativas influyen y desbordan,-si así puede decirse, a cada instante, sobre las normas de Derecho privado y esto de tal manera que ambas especies de normas son casi inseparables. Ahora bien, precisamente es así, particularmente en lo que concierne al rol de la

tripulación, movimiento de la marinería, nombre de los buques y la Inscripción marítima, es decir,- para aquello de que es objeto en el Decreto de 19 de Marzo de 1852 y la ley de 1896. Por el contrario, los otros textos de Derecho administrativo marítimo, con los cuales se ha logrado hasta ahora contrabalancear aquéllos, no constituyen más que reglamentaciones exclusivamente administrativas, sin repercusión en las relaciones de orden privado, y en lugar de trazar por sí mismos una limitación legislativa, confían esta limitación a simples Decretos u órdenes.

Desde este doble punto de vista, las disposiciones del Decreto-ley de 19 de Marzo de 1852 y de la ley de 24 de Diciembre de 1896 tienen, dígase lo que se quiera, una particular importancia y deben ser consideradas superiores a las demás.

En fin, hay que señalar que la jurisprudencia y la mayoría de los autores encuentran muy natural el aplicar estas disposiciones cuando se trata de saber si un abordaje se ha producido en las aguas marítimas, y, como tal, regulado por la ley marítima (6). ¿Por qué, entonces, dudar en seguir el mismo proceder para las otras cuestiones de Derecho marítimo? ¿No es contradictorio empezar por censurar y rechazar una noción para volver seguidamente a ella?

Creo, pues, que en lugar de crear una dificultad, de la cual no es posible salir más que por medio de expedientes más o menos ineficaces e impugnables, valdría más admitir como principio que los límites de la Inscripción marítima, tales como están fijados hoy por la ley de 24 de Diciembre de 1896, deben ser considerados como constituyendo los límites de la navegación marítima desde todos los puntos de vista, excepto para aquellos en que textos especiales indicaran otros.

CONCEPTO DE DERECHO MARÍTIMO: SU ESPECIALIDAD.

[HERNÁNDEZ YZAL, S]⁴

Definido ya el Derecho marítimo en la primera parte de esta obra conviene ahora entrar en la consideración de su especialidad.

Esta ha derivado para la mayor parte de la doctrina jurídica hasta nuestros días, del hecho cierto de la peculiaridad del medio en el cual la navegación se desenvuelve, que trae como consecuencia primera el desarraigo del buque de todo ligamen permanente y de hecho que radique en tierra firme. Tal consideración, que era absolutamente cierta antes de la aplicación de la telegrafía inalámbrica a la navegación, se ha visto considerablemente mitigada cuando los buques han debido y podido disponer de crecientes medios de comunicación, en mayor número y cada vez más rápidos y eficaces.

De la especialidad del medio se había de pasar, necesariamente, a la de la norma jurídica, en mérito de la consideración elemental de que lo técnico y lo económico condicionan de modo esencial a la norma jurídica, cualquiera que sea la índole de ésta, habida cuenta de que tal norma ha de ser de necesario cumplimiento y las antedichas circunstancias de medio técnico y económico deparan límites ciertos al obrar humano, de los cuales no resulta posible trascender aunque así lo exija la norma vigente. La escuela jurídica que recogió tal especialidad, centrada en la contingencia del medio cósmico en el cual la navegación se lleva a cabo y en el desarraigo del buque en su seno con relación a cualquier persona en tierra, recibe el nombre de espítela particularista y tomó forma en conjuntéis de normas y en códigos, que deparan un derecho marítimo sumamente diferenciado del terrestre. Sin perjuicio de formular estas consideraciones con carácter bastante

amplio y a tono con el nivel científico-jurídico de las Escuelas técnicas a las cuales esta obra va sustancialmente dirigida, podemos sentar que la escuela particularista prevaleció como punto de vista doctrinal durante todo el final del siglo XIX y que, hacía el comienzo del tercer decenio del presente, tomó forma la escuela llamada antiparticularista, cuyo principal exponente fue el profesor francés BONNECASE, de Burdeos. La tesis antiparticularista tiende a acercar, en la medida de lo posible, el derecho marítimo a los demás ordenamientos jurídicos que se desenvuelven en tierra firme, aunque sus logros no llegaron a ser completos por insuficiencia del medio técnico en el cual la navegación de la época aún se desenvolvía y también por el indudable prestigio que tenían ciertas instituciones jurídicas con hondas raíces en la tradición.

Mucho influyó en todo ello el desarrollo de una pujante escuela[^] maritimista italiana, precedente cronológico del Código italiano de la navegación promulgado en 1942, y cuyo sumo exponente fue SCIALOJA, plasmador del derecho de la navegación, como derecho autónomo comprensivo tanto de la marítima como de la aérea. La tradicional brillantez de los estudios jurídicos italianos y la oportunidad con que apareció la obra de Scialoja depararon muy buena acogida a su tarea, aunque pronto fue superada, sólo en parte primero y en buena medida después, debido a la introducción, generalizada a la navegación o actividades directamente conexas con ella, de elementos tan importantes como el teletipo, el radioteléfono, el radar, los servicios regulares de aviación, la proliferación del sucursalismo, bancario, la creciente y muy poderosa intervención de la Administración en toda el área antaño reservada al derecho mercantil privado, y también al desarrollo de las corrientes internacionalistas y supranacionalistas.

De ahí que, a la posición doctrinal de reacción contra la escuela de Bonnecase, denominada neoparticularismo porque recoge y tiende

a justificar algunas de las tesis del antiguo particularismo, haya sucedido primero el llamado neo-particularismo internacionalista identificado en buena medida con la figura del jurista francés RIPERT, al que casi inmediatamente de fallecer ha seguido una franca corriente de integración del derecho marítimo al general del transporte que, así, comprendería tanto el derecho del transporte terrestre, como el del marítimo o del aéreo. No hay que perder de vista, todo ello no obstante, que muy bien pudiera ser que, con esto, asistiéramos al proceso de génesis de una nueva modalidad de tradición marítima.

Ha contribuido enormemente a ello el desarrollo en gran escala de los transportes directos intercontinentales y el proceso, que se opera en la actualidad, de subsunción de una parte de las instituciones y figuras contractuales del derecho marítimo hasta aquí castizas y típicas, en otras más generales del derecho del transporte o bien correspondientes a la actividad empresarial de unidades económicas capaces de absorber importantes flujos de tráfico en mérito a las actuales tendencias a la concentración empresarial.

Por tanto, la especialidad reclamada durante muchos años para el derecho marítimo tiende a quedar cada vez más como un mero acaecer técnico y se descompone en dos elementos, uno de los cuales va necesariamente a parar, como quedó dicho, a ordenamientos reglamentarios de índole esencialmente técnica, en tanto lo jurídico resulta absorbido por las corrientes unitaristas privativas hoy en la ciencia del Derecho.

FUENTES CITADAS:

- 1 CERVANTES AHUMADA RAUL. Derecho Marítimo. Editorial Herrero, S.A. Primera Edición 1970. México. Pp. 5-8
- 2 MURILLO ZAMORA, Carlos. Costa Rica y el Derecho del Mar. Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José Costa Rica, Primera Edición 1990. Pp. 5-12
- 3 DAJON, DANIEL. Tratado de Derecho Marítimo. Editorial REUS S.A. Tomo I Buques, Armadores, Tripulación. Primera Edición 1931. Madrid. Pp. 21-26
- 4 HERNÁNDEZ YZAL SANTIAGO. Derecho Marítimo II. Editorial Cadi. Barcelona España, 1969. Pp. 7-9