

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

DISCURSO

LEÍDO EN LA INAUGURACIÓN DEL

Curso Académico

DE 1915 A 1916

POR EL DOCTOR

D. Esteban Jiménez de la Flor García

CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO



SALAMANCA

Tip. Popular. — Plazuela de San Isidro.

1915



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA

CRÉDITOS

DISCURSO DE APERTURA

1915 A 1916



R40210

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



DISCURSO

LEÍDO EN LA INAUGURACIÓN DEL

Curso Académico

DE 1915 A 1916

POR EL DOCTOR

D. Esteban Jiménez de la Flor García

CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO



SALAMANCA
Tip. Popular. — Plazuela de San Isidro.
1915



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

GEDOS.USALES



Excmo. Sr.:

Señores:

CUANDO se me comunicó por el Ilmo. Sr. Rector de esta Universidad, que en esta solemnidad Académica era yo el encargado de la oración inaugural para el presente curso, tuve que imponerme, como consecuencia natural de la aceptación del cargo y preliminar obligado al cumplimiento del deber académico, la elección de tema apropiado, que había de tratar, según así se me ordenaba, con *un laconismo adecuado a la naturaleza de las circunstancias y a la índole del auditorio*. Desde luego rechacé cuanto afectase a pedagogía jurídica, asunto obligado para todos los que venimos dedicando nuestra actividad a la noble misión de enseñar. Uno más en esa serie inacabable de obras y discursos, dejaría el problema intacto; ni un grano de arena, podría alegar después, haber llevado a esa montaña de grandes proporciones y siempre confusa, caótica e inconcreta de multitud de sistemas, cuyos tonos, formas y procedimientos vienen a fundirse en la comunidad de fin, y que, en definitiva, son tan varios como las distintas individualidades docentes; y es que, a pesar de las excelencias que se atribuyan a un determinado modo pedagógico, tales prédicas no tienen la virtualidad bastante para inclinar la voluntad, no del alumno, que espera método seleccionado y ciencia hecha



de sus maestros, sino de éstos, que, todos y cada uno se acogen y nos acogemos a un especial e insustituible procedimiento en la cotidiana tarea que, o apriorísticamente hemos considerado mejor, o que la experiencia nos ha mostrado como más adecuada a la realización de los fines que el legislador señala. La comunicación interprofesional, que es fecunda en resultados, tratándose de la asimilación científica, suele ser ineficaz cuando persigue la adaptación de conducta didáctica a la del colega que, ni por sus antecedentes, ni preparación, obras publicadas, grandes prestigios científicos, u otras manifestaciones, puede ostentar autoridad notoria en estas materias.

Había que refugiarse en el campo del Derecho sustantivo, y ya en éste ¿qué tesis podía ofrecer, si no la novedad, *nihil novum sub sole*, al menos algún interés? En estos momentos cayó en mis manos un libro tan sugestivo como el de Catellani (1), en cuyo prólogo dice André Beaumont, profesor de Reims: «La aviación, ese sueño de la humanidad, acaba de entrar tan bruscamente en la realidad de nuestra existencia, que nos sorprende, sin estar preparados para recibirla. Apenas repuestos de nuestra sorpresa, nos sale al encuentro un mundo de cuestiones las que, en su desenvolvimiento irresistible, no tardarán en amenazar todos nuestros principios de propiedad, seguridad y libertad.»

Mostráronme estas palabras el camino, y desde luego me impuse el deber de presentar a vuestra crítica, que agradeceré sea benévola, *algunos problemas jurídicos que produce la aviación*, con esa serie numerosa de aparatos que surcan los aires, y que se llaman aerostatos, aeronaves, autonaves, aeroplanos, motoplanos, biplanos, autoplanos, aviomóviles, aeromóviles, aviones, aleriones, hidroplanos, hidroaviones, globos cautivos, libres y dirigibles, *zeppelines, taubes, helicópteros, orthópteros, ornithópteros*, etcétera y otros muchos, cuya nomenclatura aumentará cada vez más, a medida que el hombre amplíe y asegure su acción dominadora sobre esas regiones que se llaman atmósfera, bañadas alternativa-

(1) *Le droit aerien*. Traducido del italiano, por Maurice Bonteloup, París, 1912.

mente por los rayos solares, o a la tenue luz de la luna, movidas, como el fondo del mar, por las corrientes, y hasta hora solitarias y no visitadas más que por el águila, reina de las alturas.

Sí, señores; la aereonavegación y aún la dirección de los globos, que no es ya una utopía, como decía Napoleón había de serlo siempre, a la vez que nos descubren otro mundo y revelan que serán pronto una realidad tangible las rutas aéreas, que viajaremos a 200 por hora, que transportaremos las mercancías con rapidez extraordinaria y haremos una vida circunstancialmente permanente en las alturas, abren la puerta a una multitud de cuestiones que, rebasando los límites del derecho tradicional, han de poner en grave apuro a los legisladores y dar al traste con el geométrico y mecánico articulado de nuestros Códigos.

Sufrirán modificación las leyes civiles, mercantiles, administrativas y penales, las que regulan la vida del Estado y sus relaciones internacionales; pero tales modificaciones estarán moduladas en su orientación por el criterio con que se resuelva el problema que considero fundamental: el relativo a la condición jurídica del espacio aéreo en orden al individuo y al Estado, o sea en el derecho privado y en el público.

¿El dueño del suelo lo es del subsuelo y del espacio que envuelve su finca, *usque ad sidera*? Aunque los progresos de la aviación sean modernos, la cuestión es muy antigua, y si a los clásicos jurisconsultos romanos, ni al gran Compilador de Oriente, en su espíritu analista del aspecto jurídico de la vida humana, no pudieron preocupar grandemente los célebres vuelos de Icaro, otros motivos debieron ser los que les llevaran a proponerse el problema del dominio aéreo. *Qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum*, dijeron los Glosadores medioevales, como resumen del pensamiento romano derivado de algunos textos, y muy especialmente de las opiniones de Venuleyo (1) y Paulo (2). Dice aquel ju-

(1) *Dig. frag. 22, § 4.º, Lib. XL, Tit. 24. «Si quis projectum» aut stillicidium in sepulchrum, etc.*

(2) *Frag. 1, Dig. Lib. VIII, Tit. 2.º, Paulo. Si intercedat solum publicum vel via publica neque itineris actus vel altius tollendi servitutes impedit, sea*



risconsulto: «Si alguno tuviera stilicidio u obra sobre el sepulcro, aunque no cargue en él, se hará uso del interdicto.... *porque es del sepulcro no sólo el terreno donde se inhuma el cadáver, sino todo el espacio que hay sobre él hasta el cielo*»; y refiriéndose Paulo al suelo de una vía pública, y tratando de resolver qué clase de servidumbres pueden gravarla, dentro de los límites de su área, dice: «porque el cielo que hay sobre aquel suelo debe estar libre, es decir, no debe ser objeto de servidumbre alguna, ni perturbación de ninguna clase, *usque ad coelum liberum esse debet*.»

Es verdad que entre las *res communes* (1), comprendían el aire como el agua corriente y el mar, pero a la más ligera reflexión aparece que una cosa es el aire y otra el espacio; que se distinguen como el continente y el contenido; que el espacio tiene individualidad propia y permanece siempre en el mismo lugar; que se puede poseer, y se posee efectivamente de modo visible, elevando sus construcciones el propietario, y sin elevarlas, como elemento indispensable para que el dominio del suelo resulte útil y sea factible la apropiación de los elementos físicos, luz, electricidad, calor, etcétera. Patrocinar la propiedad del predio, sin el espacio que sobre él gravita, implicaría la anulación de cuantos derechos van inherentes al dominio; éste sería ilusorio. En cambio el aire, como elemento físico que envuelve nuestro globo e indispensable para la vida del hombre, de los animales y de las plantas, ni tiene lugar fijo ni responde a situación determinada. Lo que hoy respiro yo, mañana lo respira otro. Ni puedo apropiarlo ni sujetarlo, ni limitarlo, ni dividirlo para que una porción concreta se afecte, determinada y permanentemente, a la vida de uno o varios hombres. La porción que recojo en un recipiente, libre del mismo, irá a confundirse con la masa común. Dados estos antecedentes y marcada tan ostensiblemente esta distinción, forzosa es la afirmativa de que, si el aire es *res communis*, el espacio es *res privatorum*, es parte

immitendi, protegendi, projiciendi, item fluminum aut stilicidiorum servitutum impedit, quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

(1) *Inst. Lib. II, § 1.º Et quidem naturali juri communia sunt omnium haec. aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris.*

constitutiva del predio a que afecta, una extensión del derecho del propietario, que debe quedar para éste libre y sin limitaciones: *usque ad coelum*.

Tal es, en síntesis, el fondo del pensamiento de los jurisconsultos clásicos, que acogen con calor los de los tiempos medios, y, que, infiltrándose en la conciencia jurídica de los pueblos a través de las sinuosidades con que se desenvuelve la vida de éstos en el tiempo, ha venido a traducirse en preceptos legislativos que se consignan en los Códigos civiles modernos.

La propiedad del suelo, dice el art. 552 del Código civil francés, «lleva consigo la propiedad de la parte superior y de la que está debajo», precepto que reproduce el Código holandés. «La propiedad del suelo, según el Código italiano (art. 440), supone la de la superficie y la de todo lo que se encuentre sobre y bajo la misma.» Casi en los mismos términos se expresa el Legislador austriaco, pero afirmando que el dueño de la finca lo es con todo el radio de aire perpendicular a la misma. Para el suizo (párrafo 905), «la propiedad del suelo lleva consigo la de la parte superior y la de la inferior en la altura y profundidad útiles a su ejercicio.»

Más limitados en el precepto por la flexibilidad que al mismo dan, aunque iguales en el pensamiento, son los Códigos alemán y portugués. Dice el primero, «que el derecho del propietario de un predio se extenderá a todo lo que exista sobre la superficie, y al subsuelo.» «No podrá oponerse, sin embargo, a aquello que se haga a tal altura que él no tenga interés alguno en impedirlo.» Y consigna el segundo: «El derecho de disfrute o goce del suelo comprende.... el espacio aéreo correspondiente al mismo en la altura susceptible de ocupación.» En el mismo sentido se expresan la casi totalidad de los legisladores europeos, con la excepción de nuestro Código civil español, que en su art. 350 prescribe: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas, Aguas y en los reglamentos de Policía.»



A pesar de que el pensamiento del legislador no haya sido limitar el derecho del propietario solamente a la superficie (lo que se levanta y edifica sobre el suelo) y así lo revelan los arts. 582, 585, 592 y otros, es lo cierto que nuestra legislación es la que marca un sentido de restricción más acentuado en este asunto, y así lo confirman también las varias disposiciones de la Ley de Aguas, Minas y Obras públicas, muy especialmente respecto del subsuelo (1).

Debe afirmarse, en consecuencia, que los transcritos antecedentes legislativos dan resuelta la cuestión del dominio del espacio en el derecho privado, y así, y no de otra manera puede ser, mientras el principio de la propiedad de la tierra se mantenga en su sentido actual y no se prive al propietario de la facultad de elevar sus construcciones hasta donde llegue la posibilidad de realizarlo, o de ocupar ese espacio por modos hasta ahora desconocidos, pero siempre útilmente.

¿Qué sería de mi propiedad, exclama un escritor (2), si limitada a la pura superficie del suelo, pudiera cualquiera apoderarse del subsuelo, o del espacio, e impedir mis plantaciones, y que con ellas y conmigo se pusieran en contacto cuantos elementos físicos determinan la producción de las utilidades resultantes de la acción de aquéllos sobre la tierra? ¿Permitiríais, dice otro (3), que un aviador se pasease a algunos metros encima de vuestro jardín, o que se estacionase durante horas sobre vuestra casa? ¡Sería esta ciertamente la servidumbre más indiscreta e intolerable!

Y sin embargo, ¿la extensión de los derechos del propietario puede ser tal que, en aras de la misma, se sacrifique toda la vida aérea de un pueblo y quizá de la humanidad, con todos los encantos, las transformaciones económicas, beneficios grandiosos y perspectivas brillantes, con que se presenta a la imaginación del

(1) y (2) Uno de los Congresos internacionales en que se ha tratado mejor y más extensamente lo relativo a los derechos del propietario particular sobre el espacio aéreo, es el de Verona, de 2 de Junio de 1910, al que concurrieron tan notables juristas, como Zoco Rosa, Leónidas Gordi, Gemma, Faustini, Pittard, etc.

(3) Citados por Bonnefoy. *Le Code de l'Air*. París, 1909. Pág. 120.

hombre más descontentadizo del siglo xx, ese invento que, perfeccionado, a la vez que remueve el mundo crea otro inmenso y transparente, sin montañas ni valles, mares ni ríos y sin otras limitaciones ni obstáculos que la tempestad, de cuyas entrañas nace el rayo que hace elevar la vista del hombre hacia las alturas para contemplar el poderío del Creador y la magnificencia de los cielos?

No, contestan al unísono todos aquellos que, atentos reflexivamente a los descubrimientos de las ciencias, aprecian que si son inmovibles los principios fundamentales del derecho que presiden la vida humana, el medio o las circunstancias pueden exigir una adaptación, sino esencial, por lo menos accidental, para la creación de nuevas relaciones jurídicas que han de coordinarse con las que hasta ahora regularon la propiedad en todas sus manifestaciones.

Respetar en absoluto el derecho del propietario, es autorizarle para oponer caprichosamente el veto al pasaje inocente de un aviador, prohibir a éste el aterrizaje y someterle, aun por el forzoso e involuntario, a una indemnización de perjuicios. Sería hacer depender el espacio aéreo mundial de la voluntad de un terrateniente.

Salva esta dificultad M. Julliot (1), distinguiendo la propiedad y la posesión. Esta la tiene el dueño del suelo hasta el límite a que alcance su *animus* y su poder físico; aquella podrá alegarla más allá de estos límites, pero será un derecho vacío de contenido, o, por lo menos, irrealizable, ya que la apropiación, ni puede ser real, ni continua y permanente. Un espacio que no tiene más que límites ideales, no es susceptible de propiedad, dice E. Naquet. No hay interés, ni acción, ni demanda posible, según Bonnefoy (2), cuando no existe daño ni perjuicio; lógico es hacer coexistir la propiedad de uno con la libertad de los demás, puesto que ésta ha de estar condicionada en su ejercicio, por la obligación natural y legal de no causar daño a quien tiene el derecho de gozar y disponer de lo que le pertenece, con todas las facultades inherentes al mismo.

(1) *De la propriété du domain aérien*. París, 1909.

(2) Obra citada. Pág. 128.



Los derechos de una persona, dicen los partidarios de la teoría que se llama del abuso del derecho, desde el momento que los emplea con el objeto de perjudicar a tercero, no pueden ser tenidos en cuenta, puesto que el derecho de propiedad, como cualquier otro, debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Así, quien, sin utilidad propia, pusiera obstáculos a la navegación por el espacio simplemente por impedirlo, o quien circulara por los aires con el exclusivo y premeditado propósito de molestar a los demás, obrarían fuera de la normalidad en que cada uno debe desenvolver su acción jurídica.

Frente a esta opinión sostiene Saleillas (1) que el ejercicio del derecho, siendo lícito, debe ser garantido en estado de causa y no podrá transformarse en un acto ilícito, por el hecho de sus consecuencias.

Cualquiera de estas teorías aisladas, todas ellas, y otras muchas no anotadas, dejan intacta la cuestión en el campo del derecho puro; y es que la misma no puede resolverse oponiendo el individuo a la humanidad, ni el derecho de ésta al del propietario singular, si no se tiene en cuenta el factor intermedio, el Estado, sociedad políticamente organizada en la que vive el hombre y que regula sus derechos, y con cuyos fines tiene que armonizarse el derecho del propietario, tanto más, cuanto que una cosa es la propiedad y otra la soberanía.

Nadie duda, dice a este propósito Bry (2), que el hombre, considerado individualmente, no tuvo jamás el pensamiento de atribuirse la propiedad de los mares, que escapan, por su naturaleza, como el aire y el agua corriente, a toda apropiación; pero los Estados han tenido, y tienen en efecto, la ambición de reservarse esa soberanía.

(1) *El dominio atmosférico*, por don Ernesto Amador y Carrandi. Salamanca, 1912. Pág. 150. Es meritísima la labor realizada en esta obra por el señor Amador y cabe a esta Universidad el honor de haber sido sus discípulos los primeros que se han ocupado de estos asuntos en España con alguna amplitud.

(2) *Precis elementaire de Droit International*. Paris, 1891.

¿La tiene el Estado sobre el espacio? ¿Puede él mismo, dentro del territorio que le constituye y de los que le están sometidos, ejercitar actos de jurisdicción y gobierno, limitar la propiedad particular en obsequio al *bonum commune*, autorizar en determinadas zonas la circulación, prohibirla en otras, fijar alturas y rutas, exigir garantías a quienes utilicen este medio de pasaje y publicar leyes y reglamentos que, modificando o ampliando, o restringiendo las existentes, o con otras nuevas, marquen la pauta jurídica y señalen la solución a tantos y tan diversos problemas como se presentarán en este nuevo campo del derecho, a medida que se amplíe el horizonte de acción del que surca los aires?

En otros términos: ¿cada Estado puede afirmar su soberanía en el espacio aéreo correspondiente a su territorio, o este espacio es libre y, en todo caso, competirá cuanto afecta a la regulación del orden jurídico en el mismo, al conjunto de los Estados o sociedad internacional?

Veamos cómo se ha revelado el pensamiento científico y cuál ha sido el criterio de los Congresos internacionales respecto de este punto.

Libertad de la atmósfera.—Los que tal sostienen fúndanse en la distinción, por todos admitida, de la mar en litoral y libre, y en la equiparación total de ésta con el espacio aéreo, entendiéndose que una y otra tienen la misma naturaleza y han de ser iguales en su condición jurídica. Tal equiparación no puede sostenerse, por ser distintos estos elementos mundiales, cualquiera que sea el respecto en que se les considere.

Quien (1) surca el mar con su barco en las soledades de las zonas tórridas o glaciales, en la placidez de unas aguas tranquilas, o en medio de la tempestad que remueve los insondables senos del Océano, no inspira temores al resto de la humanidad; su infortunio, si sobreviene, será acogido calladamente en aquella tumba inmensa que se llama el fondo de los mares, y un barco y mil barcos lucha-

(1) Recuérdese la famosa teoría del *mare liberum* y del *mare clausum*.



rán con la horrible potencia con que les creó la industria moderna, y huirán o se hundirán, para siempre, acosados, por ese monstruo que se llama submarino, y abiertos o partidos por la acción del torpedo o del cañonazo, pero sus maniobras no habrán producido más que, o la destrucción de sus enemigos, o la propia, sin perjuicio para los que, ajenos a los beligerantes, presenciaron la contienda. Encalla, se abre, se sumerge o se estrella contra las rocas, nunca constituirá peligro para los demás.

Quien atraviesa la atmósfera que envuelve la tierra, con grande o discreta velocidad, en las regiones altas o en las bajas, de modo normal o por causa de guerra, con excelente o imperfecto aparato, y por consecuencia del vendaval, de las corrientes contrarias o de las bajas presiones, del paro o explosión del motor, o rotura del aparato, se desvía y cae, lleva consigo, no ya la alarma, sino el tangible y positivo daño que puede ocasionar al pacífico transeunte en su propia persona o en sus bienes. Globo y motor, lastre y carga, equipo, instrumental, pasajeros, mecánicos y aviadores, todo, sin excepción, está en el punto inicial de gravedad, y, a la vez, sobre la cabeza del hormigúeo humano de la *urbe* o de los campos. ¿Y qué decir de esas batallas aéreas que esta guerra nos viene mostrando, donde el disparo del cañón echa abajo revoloteando al aereoplano, como el pájaro herido por el cazador, o la bomba produce el estrago del incendio, o cae el globo con su enorme volumen, cual edificio desprendido de las entrañas de la atmósfera? (1). Arriba, escuadras y lucha gigantesca, ametralladoras, fusiles, explosivos, obuses, flechas y gases asfixiantes; abajo, el incendio, la devastación, la ruína, el llanto y la muerte. Arriba, la grandeza, el dominio del mundo, la aparente elevación del espíritu; abajo, la pequeñez y el anonadamiento. La humanidad se asustará de su propia obra, al no encontrar refugio más que en las profundidades de la tierra.

(1) En Junio último cayó, por efecto del disparo de un aviador inglés, un globo alemán sobre un asilo de niños, en las proximidades de Gante, y perecieron gran número de aquéllos, y como éste, cien casos.

No hay, pues, paridad entre la atmósfera y el mar libre.

Si nos fijamos en otro orden de consideraciones, salen al encuentro, para oponerse a la libertad de la atmósfera, los altos intereses de la defensa de cada Estado, siempre y en todo lugar amenazados por el espionaje y las escuadras aéreas, los no menos sagrados de la salubridad pública, los que se refieren a derechos aduaneros, etc.; por lo cual, y a pesar de los idealismos de algunos pensadores y de haberse convenido, en principio, en varios Congresos internacionales, respecto de la navegación aérea en que ésta debe ser libre, habrá que concluir por proscribir, y ya de hecho lo está, tan hermoso principio, que hubiera hecho del espacio atmosférico el lugar de comunicación libre mundial, donde no habría más que hombres y no ciudadanos, un solo territorio para todos al lado y sobre los múltiples Estados que la humanidad creó en sus luchas a través de los tiempos. Desgraciadamente la conquista del aire y del mar, ha servido sólo para agrandar el radio de nuestra ferocidad y para que cada vez más el hermoso principio de la fraternidad humana se encuentre negado y escarnecido en este espantoso cataclismo mundial, verdadera bancarrota de la naciones. «Díganlo— y son palabras de mi antiguo amigo don Francisco Fernández Villegas (*Zeda*),—las ciudades destruídas, los campos arrasados, los millares de muertos que cubren los campos de batalla, los heridos que abarrotan los hospitales..... Como en los tiempos de Breno, la espada pesa más que el derecho; como en los de Omar, el fuego destruye bibliotecas y museos; como en los de Genserico, son borradas de la tierra florecientes ciudades, y como en los de Atila, donde ponen los corceles de guerra sus cascos, no vuelve a nacer hierba (1).»

¿Qué se persigue? A dónde va la Humanidad con esta horrible carnicería que traerá la ruína de Europa y casi el exterminio del género humano?

¿Acaso a la propaganda y realización de un ideal religioso que fortifique las conciencias y sustraiga el espíritu de las miserias te-

(1) *La Epoca* de 19 de Marzo último.



rrenas. ¿Quizá a la conquista del pueblo salvaje para engarzarle al carro de la civilización, o de sistemas políticos más perfectos? No; es la sórdida avaricia, el interés comercial, el monopolio del producto, la soberanía económica lo que impulsa a los pueblos y sostiene esa guerra cruel, brutal, despiadada, sin precedentes en su magnitud, ni igual en los medios de devastación y aniquilamiento.

Paz, un himno de paz, es preciso que entone la humanidad entera al unísono de las madres desoladas, los hijos sin padres, las esposas sin maridos, los pueblos fugitivos y las muchedumbres sin trabajo y sin pan.

Dispensadme, señores, esta digresión que motiva el estado actual de Europa.

Eduardo de Hooghe (1), ha querido dar vida a otra teoría, a su parecer, distinta de la anterior, pero que en el fondo es la misma.

Dice dicho jurisconsulto francés:

«El aire es uno, cada hombre tiene su parte y todos tienen derecho al todo. Las diversas soberanías han de coexistir en el espacio total sin acantonarse en alguna de sus partes, ya que la circulación del aire se ha de verificar en todos los sitios, sin que se pueda estacionar en ninguno. El aire no es *res unius*, ni *res nullius*, sino *res communis*, sometida a la soberanía común de todas las personas de derecho internacional público. Está en este respecto en una situación de indivisión, de comunidad de derecho privado, obligada y perpetua, sobre cuyo uso y disfrute no puede legislar un solo Estado, sino todos a la vez, en acuerdo internacional y legislación común, porque, como dice este escritor, es comparable el espacio a un río internacional, del que todos los Estados son ribereños y del que todos pueden hacer uso libremente, sin trabas ni limitaciones, lo mismo en tiempo de guerra que en tiempo de paz. Comunidad de la atmósfera, circulación libre, legislación internacional. He aquí las bases fundamentales de esta teoría.

Fúndase el autor citado para sostener estos principios en que

(1) *Droit aerien*. Pág. 8.

ha sido fácil el acuerdo internacional en lo relativo a numerosas cuestiones y últimamente a la radiotelegrafía (1).

Todo lo que dejamos apuntado respecto a la libertad de la atmósfera tiene aquí idéntica aplicación; y en cuanto a la posibilidad de un acuerdo entre todos los Estados, en orden a esa comunidad absoluta del espacio, hay que desecharla, porque en los diversos Congresos internacionales habidos a este efecto, si bien se ha declarado, como se indicará después, que el espacio es libre, a seguida se han impuesto restricciones múltiples que anulan aquella declaración.

Para otros, el espacio aéreo es enteramente libre, si bien sobre él tienen los Estados los derechos necesarios para su conservación.

La circulación aérea es libre, salvo el derecho de los Estados subyacentes, de tomar las medidas que consideren oportunas para su propia seguridad y la de las personas y bienes de sus habitantes se votó por el Congreso del Instituto internacional en sus sesiones de Bruselas (1902), en las de Edimburgo (1904), en las de Gante (1906), en las de Madrid (1911), por 21 votos contra 10, en las de París del 1912, Ginebra (1912) y Francfort (1913).

El Estado subyacente en cada caso es el único juez que ha de apreciar, hasta qué extremos ha de llegar en el ejercicio de este derecho, que no puede traspasar los límites verticales de las fronteras, pero que no experimenta limitación, por razón de altura hasta el infinito.

No—dicen otros tratadistas, separándose de los acuerdos de los Congresos—esa especie de soberanía que el Estado ejerce para asegurar su conservación, tiene que ser limitada, como lo es la de cada Estado sobre las aguas jurisdiccionales marítimas. Preciso es fijar una zona, una concha aérea, algo así como una serie de capas atmosféricas, más allá de las que el espacio sea libre.

¿Hasta dónde llega esa zona? Hasta 1.500 metros, dice Fauchi-

(1) El convenio radiotelegráfico internacional se firmó en Londres en 5 de Julio de 1912, y se publicó en España en Julio de 1913.



lle (1) y con él Rolland, porque mayor altura no exigen ni la represión del espionaje, ni la policía aduanera, ni la inspección sanitaria, ni las necesidades de la defensa; hasta un límite de 1.000 metros, dice Von Holtzendorff, a partir del punto más elevado del Estado, por las consideraciones ya indicadas; hasta donde alcance un proyectil de cañón o de fusil lanzado desde el suelo, dicen Pietri Hilty, Rivier, Blunstrchli y otros, porque *terrae potestas finitur ubi finitur armorum vis*; hasta la altura de 1.200 metros, según el general Marvá, y 800 según Kindelán, los que, apreciados los efectos de la guerra actual, habrán modificado su opinión; hasta donde alcance la vista humana, mirando desde tierra o de arriba hacia abajo; y en fin, hasta la distancia en que el Estado puede hacer sentir su autoridad por los medios de defensa de que disponga, o hasta donde pueda resultarle útil y necesario el uso del espacio, según propone Meyer.

Bien examinadas estas opiniones, no ofrecen en el fondo diferencia alguna con los partidarios de la teoría de la libertad de la atmósfera, se limite o no ésta en una determinada capa, ya que se excluyen siempre estas dos proposiciones: o la atmósfera es libre, o cada Estado ejerce soberanía sobre la porción que señalan sus límites. Si lo primero, el más o el menos de la soberanía que ejerza el Estado subyacente, quitará a aquélla el carácter de libre; si lo segundo, ni cabe ni es lógica la limitación de tal soberanía, porque la misma está condicionada, como en el propietario del suelo, por la posibilidad de servirse de él o por la de evitar que los demás puedan utilizarla en su perjuicio. El espacio territorial no es el mar territorial. Éste, limitado, sirve para la defensa del territorio y no tendría finalidad su extensión en mayor faja que la exigida por aquella necesidad; limitado el espacio, subsisten cuantos inconvenientes van unidos a su libertad. Los que lanzan bombas, o hacen disparos, o arrojan objetos atentatorios a la salubridad pública, o hacen el contrabando, o ejercen el espionaje, o sacan fotografías

(1) Fauchille, *Le domaine aerien et le regime juridique des aerostates*. París, 1901.

de ciudades, fortificaciones, etc., muévense lo mismo a 1.500 metros que a 3.000, sin que el estado actual de los progresos científicos pueda servir de norma para una determinación de alturas, en lo que a la defensa de un territorio se refiere. Los mismos cambian constantemente, y lo que hoy se considera no realizable, mañana es cosa fácilmente hacedera. Esto aparte de que las alturas de los diversos territorios son muy diferentes. Sin quererlo, todos estos autores, someten las aeronaves a la soberanía del Estado subyacente.

Por lo mismo hay más consecuencia en aquellos que, como Zitelmann (1), se expresan en los términos siguientes: «Sólo es posible la limitación vertical en el espacio; el mismo está sometido al poder jurídico del dueño de la tierra o agua sobre que gravita. Cada estado tiene un derecho completo de soberanía sobre el espacio aéreo que está sobre su territorio de tierra, o de agua, hasta la altura que él quiera, lo mismo en tiempo de paz que en el de guerra y exactamente igual al que tiene sobre el suelo.»

De cuanto llevamos apuntado, dedúcese, como corolario, que si es preciso reconocer a las sociedades políticas cuantos derechos integran su existencia, ésta excluye, por modo imperioso, lo que con la misma sea incompatible, y que sólo la falta de medios de persecución o de defensa será la que produzca de hecho, y no de derecho, la libertad del espacio territorial; y ya planteada la cuestión en estos términos, se va derechamente a la afirmación de que, considerado el espacio como dependencia del territorio, y siendo aquél necesario para la defensa y conservación de éste, sobre el uno ejerce el Estado, como sobre el otro, los mismos derechos, pudiendo a su arbitrio permitir o no el paso de las naves aéreas, según lo exija su propia conveniencia.

En términos de derecho estricto, ¿es posible llegar a convertir en realidad internacional ese acotamiento absoluto de la atmósfera? ¿Los fueros de la soberanía particular de un Estado merecen tanto

(1) *Luftschiffahrtsrecht. Zeitschr für internationale privat und öffentli ches XIX*, 1909, págs. 474-478.



respeto que supongan el veto a la circulación de quien realiza un tránsito pacífico? Para salvar esta dificultad y dejar expedito el camino al progreso científico, varios juristas, y, entre otros, Meurer, Vestlake, Anzilloti, Trentín, Gordini y Catellani reconocen la soberanía del Estado sobre su espacio, pero también una servidumbre de paso sobre el mismo, un uso inocente, tránsito inofensivo, cual corresponde a todos sobre las cosas comunes, cuando éstas han entrado en la propiedad de alguien; y dice el último de los autores citados (1): «Porque no se trata de una libertad limitada por ciertos derechos reservados al territorio, ni de una soberanía limitada por ciertas servidumbres, sino de dos derechos que coexisten y cuyas órbitas respectivas se extienden, la una a todo el espacio mundial y la otra a todo el espacio que corresponda a cada Estado en particular.»

En análogos términos se expresa Fauchilli (2), pretendiendo concretar su pensamiento: «El Estado no debe prohibir a los otros Estados penetrar en esta esfera, si en ello no tiene interés. En particular, la vía aérea debe ser dejada libre para las comunicaciones internacionales, ya que no se trata de limitar el espacio, sino de limitar derechos. El interés particular del Estado subyacente debe ser siempre coordinado con los intereses generales, no pudiendo dejarse este extremo a la elección arbitraria de los Estados diversos obrando individualmente.»

Esta coordinación y coexistencia de derechos, que es fórmula de armonía y que resolvería definitivamente el problema, ha sido y viene siendo aspiración común de todos los autores, sólo aspiración y no doctrina admitida sin discusión, ni fundada en principios jurídicos incontrovertibles, porque, reconocido el derecho de las sociedades políticas al espacio atmosférico que rodea su territorio, como parte integrante del mismo, preciso es admitirle con todas sus consecuencias en la extensión y facultades que cada uno aprecie en particular, con vista a su defensa; y si esto es así y la ac-

(1) Obra citada, pág. 33.

(2) Obra citada.

tuación del derecho de paso, como la actuación de una servidumbre queda al arbitrio del gravado con ella consentirla o no, el derecho que acusa para un tercero es un derecho ilusorio, sin realidad efectiva, que no merece los honores de tal, ni como poder jurídico puede sostenerse.

Sólo el concierto de las naciones y la admisión por todas ellas en cláusulas internacionales convenidas, podría dar vida jurídica a ese tránsito inocente o servidumbre del espacio.

Es por estos motivos por los que otros autores, y entre otros Grunwald, Von Ulmann, Collard, Baldwin Lycklana y don Antonio Calatayud (1), que es de los pocos que en España ha estudiado concienzudamente estos problemas, se deciden por la solución que atribuye al Estado la soberanía absoluta sobre la totalidad del espacio aéreo que cubre su territorio, en tanto que la considere útil y necesaria para su existencia, correspondiendo al mismo la facultad omnimoda de permitir o impedir la circulación, reglamentarla, si la permite, y sujetarla a cuantas trabas considere convenientes. Solución estrecha, antiprogresiva y opuesta a los intereses generales de la humanidad; mas solución que, según ellos, se impone, exigida por la misión, que el Estado tiene que realizar, de proteger a cada uno de sus miembros y mantener el derecho y la armonía social en cuantos lugares le estén sometidos, y por el sentido que todos los tratadistas vienen dando a la palabra territorio, que no es la tierra, el suelo, sino, como decía un ilustre pensador de esta Universidad (2): «la superficie y el fondo del terreno, atmósfera, aguas, clima, reino vegetal y animal, etc., aquello que se ocupa para todos los fines de la vida y del derecho.»

Se corre el riesgo, dicen, de que un Estado poderoso o pequeño cierre sus fronteras a la comunicación internacional en la tierra y en los aires; mas existiendo esa posibilidad, aún no se ha dado el caso de que un pueblo civilizado se aisle en absoluto de los de-

(1) *La condición jurídica del espacio aéreo, ante el Derecho Internacional*. Valencia, 1913.

(2) Gil Robles, *Tratado de Derecho político*, tomo 1.º Pág. 53.



más, para evitar toda comunicación comercial, económica, industrial, artística, intelectual y política, o impedir al extranjero la circulación por sus vías públicas o lugares de público destino (1).

Tales son las tendencias en el campo científico y dar cuenta de ellas, y no resolver el problema, es lo que me había propuesto.

De todos modos, siempre será de condición jurídica distinta el espacio atmosférico que está sobre alta mar, el que corresponde a la zona de influencia de las aguas territoriales y el que gravita sobre el territorio, dentro de las fronteras de un Estado. El primero ha de ser libre, el segundo seguirá la condición de los mares territoriales y el tercero la del territorio a que corresponde, distinguiendo en éste el espacio que afecta a terrenos de dominio público o privado, a zonas costeras fronterizas y del interior, terrenos libres, cercados u ocupados por poblaciones, fortalezas y demás obras de defensa del Estado. La normalidad jurídica, aceptada por las naciones concurrentes a varios Congresos internacionales de locomoción aérea, que se celebraron antes de iniciarse la actual guerra, está representada por estos textos, que se han reproducido, casi en todos ellos, con escasas variaciones. «La circulación aérea es libre, salvo el derecho para los Estados subyacentes, de tomar ciertas medidas que se determinarán en consideración a su seguridad y a la de las personas y bienes de sus habitantes. Se prohíbe el paso sobre las obras fortificadas, sobre los puestos militares, los arsenales y sus alrededores, en el radio determinado por la autoridad militar. Será de la competencia de las autoridades administrativas y de policía la reglamentación o la prohibición, si fuera preciso, de la circulación aérea encima de las aglomeraciones urbanas.»

Aparece así sancionada la libertad de la circulación aérea, y a su lado, la facultad para imponer cada Estado cuantas trabas estime necesarias; libertad sin contenido, porque las zonas en las que está prohibida por cada uno, son tan extensas, que aquella puede con-

(1) En lo relativo a los automóviles, sólo en algunos cantones de Suiza, no es permitida su circulación.

siderarse letra muerta (1). El señor Cuello y Calón, alumno que fué de esta Universidad, y hoy notable maestro de la de Barcelona, en su folleto sobre «La navegación aérea, desde el punto de vista del Derecho Penal», comprende una carta geográfica expresiva de esas zonas en Europa.

Sobre todo en Inglaterra, Francia y Alemania, apenas hay región en la que no se haya impuesto el veto, y muy particularmente en las fronterizas, y en aquellas que se han dejado libres se han señalado rutas aéreas, a manera de desfiladeros terrestres, y son tantas y tan varias las formalidades exigidas a los pilotos, que pueden ser éstas consideradas como el equivalente de la prohibición (2).

Tantas dificultades como las apuntadas llevan consigo otras cuestiones que suscita la aviación. Son de menor significación e importancia que el problema planteado y a él han de estar sometidas.

El Código aéreo debe contener, según (3) Catellani, lo siguiente: 1.º Derecho público aéreo, carácter jurídico de la atmósfera, aterrizaje, nacionalidad de las aeronaves, convenciones diplomáticas. 2.º Derecho privado aéreo, propiedad del espacio superior, fuerza mayor, domicilio del aeronauta. 3.º Derecho comercial aéreo. 4.º Derecho fiscal aéreo. 5.º Derecho penal aéreo.

De esta enunciación de materias aparece que, además de los problemas ya indicados, hay otras muchas cuestiones interesantísimas a estudiar en este futuro código y que han de ser positivamente laboriosas en su solución definitiva. No sólo las defunciones (que han ocurrido muchas en las travesías aéreas) sino hasta

(1) Véanse el Decreto del Secretario de Estado inglés de 1.º de Marzo de 1913, del Gobierno francés de 24 de Octubre del mismo año, el Decreto imperial alemán de Agosto del mismo año y la ordenanza del Ministerio austriaco interior de 20 de Diciembre de 1912.

(2) Véase, a este efecto, el acuerdo franco alemán de Agosto de 1913. Italia también ha reglamentado la navegación aérea, con infinidad de restricciones, en el mes de Mayo último.

(3) Obra citada, pág. 40.



los nacimientos (el primero de que habló la prensa fué del alumbramiento de Madame Godson, en la barquilla de un globo, en Junio de 1889), han sido objeto de detenidas deliberaciones en los Congresos, para la fijación de la Ley nacional que había que aplicar a estos hechos de la vida civil. En el Congreso de París, de Mayo de 1912, se atribuyó al nacido la nacionalidad de los padres, y en caso de falta de reconocimiento, la del Estado a que pertenezca el aeronave, pero imponiendo al piloto severas obligaciones para el cumplimiento de requisitos, parte inmediato a las autoridades, cónsules, etc.

Del propio modo, es de sumo interés cuanto se refiere al aterrizaje e indemnizaciones, consecuencia del mismo, terrenos sobre los que se puede verificar y aquéllos en que se prohíbe. La normalidad jurídica, adoptada como regla general hasta ahora, es que puede aterrizar en las propiedades abiertas, impidiéndose en las cercadas, en fortificaciones, en las zonas prohibidas, canales, puertos y radas y sus alrededores e interior de las poblaciones, excepto en los sitios de las mismas fijados previamente por la autoridad, y que todo aterrizaje lleva consigo la reparación de los perjuicios causados por el mismo. Quedan, sin embargo, en pie una infinidad de extremos a resolver.

¿Puede un propietario oponerse al aterrizaje de un aparato aéreo en su finca?

¿Tiene derecho a indemnización, aun en el caso de no ocasionarle daños? ¿Puede retener el aparato en tanto no se le abonen? ¿Quién los abona? (1). ¿Se tiene la obligación, no ya el deber moral, de ayudar a un aviador que se encuentre en grave peligro por su aterrizaje? ¿Qué deberes incumben a quien encuentre un aparato aéreo desamparado y abandonado, etc?

Respecto de todos estas cuestiones hay decisiones múltiples de

(1) Estas cuestiones fueron muy debatidas en el Congreso de juristas alemanes y austriacos, celebrado en Viena en 1912. Se ha llegado en esto hasta fijar lo que corresponde por área de terreno sembrado, según lo esté de trigo, centeno, cebada, prados, hortalizas, etc.

jurisprudencia de los tribunales franceses y alemanes, a consecuencia del fomento de la aviación en estos países, como las hay también numerosas en orden al Derecho penal, por los delitos cometidos en las aeronaves, por los tripulantes entre sí, contra los tripulantes de otros aparatos aéreos, o personas de tierra (1), o pasajeros de aquéllas, etc., ya contra la propiedad particular o que afecten al derecho del Estado por salubridad, aduanas, espionaje, violación de zonas, etc., (2); y de contrario, los delitos por hechos que dificulten la navegación, como interceptación de vías aéreas, atentados contra la seguridad del camino y del tráfico, señales falsas (3), *sabotaje*, todo lo que es castigado severamente.

(1) La prensa viene acusando infinidad de muertes, ocasionadas por los aterrizajes y caídas de aparatos aéreos, sobre todo con motivo de los espectáculos públicos. Recuérdese, a este propósito, la muerte de M. Bertaux, ministro de la guerra francés y varias otras personas en Issy-Les-Moulineaux. En España, el aviador francés Mauvais, causó en el hipódromo de la Castellana la muerte de dos personas, en 3 de Marzo de 1911. Con fecha 8 de Mayo de 1912, se dictó auto de sobreseimiento en esta causa, por considerar el hecho fortuito y haberse tomado, por el aviador, las precauciones necesarias.

(2) Entre alemanes y franceses se han sucedido, sobre todo desde 1911, incidentes varios, motivados por los vuelos, pasos de globos y aterrizajes en zonas prohibidas. En general han sido castigados. Sobre todo en Inglaterra y Rusia se ha extremado el rigorismo de la sanción a estas infracciones. Entre muchos casos, pueden citarse el de los aviadores franceses Brindejoux de Moulinais y Levasseur, que en 1913 fueron condenados a una caución de mil francos cada uno, por haber volado sobre territorios ingleses, y el de los aviadores alemanes Berliner Haasse y Nicolai, que en Mayo de 1914 fueron condenados a seis meses de prisión, por entrar en territorio ruso.

(3) El Código penal austriaco contiene un artículo (párrafo 85), aplicable a estos casos y el anteproyecto de Código Penal de la misma nación, de 1909, castiga severamente los delitos que impidan la navegación aérea. Lo propio se consigna en el anteproyecto de Código Penal alemán del mismo año y en el art. 155, párrafo 1.º del Código Penal federal suizo. En el español estos delitos están previstos, si bien no concretamente para la aviación, en el artículo 275. Análogo es el art. 42 del Reglamento de Instalaciones eléctricas y servidumbre forzosa de paso de corriente, de 15 de Junio de 1901.



Es cuestión muy debatida la relativa a la jurisdicción competente para conocer de todos estos hechos, en el orden civil y criminal.

Las reglas generales de competencia, hasta ahora conocidas, son las siguientes: La nacionalidad de la nave acusa la competencia cuando la misma se encuentra sobre alta mar, o en territorio que no dependa de la soberanía de ningún Estado. Si se encuentra sobre país extranjero, los actos que comprometan el orden público o la seguridad del Estado subyacente, serán juzgados por los tribunales de cada Estado, que conocerá igualmente de los daños causados por una aeronave a las personas y bienes de su territorio, a no ser que los perjudicados quieran ejercitar su acción ante los tribunales del Estado a que pertenece la nave.

Por último, todos aquellos actos ejecutados a bordo de un aparato aéreo cualquiera, que no interesen a la seguridad pública o al orden público del Estado subyacente, quedarán sometidos a la legislación y a la jurisdicción del país de nacionalidad de la aeronave. Esto sin perjuicio de otras reglamentaciones relativas a las patentes de invención de aparatos, compra y locación de los mismos, matrícula, permisos de navegación, competencia de aeronautas, luces y marcas que deben llevar, señales fónicas, libros de abordaje, reglas de ruta, avisos de maniobras y aterrizajes, lanzamiento de objetos, abordajes, dejación de lastre, salvamento, abandono, etc.

Particularmente, cada Estado lo ha detallado minuciosamente. El Decreto de la Presidencia de la República Francesa, de 17 de Diciembre de 1913, es el más completo de los que he consultado. Las ciudades y municipios, a su vez, sobre todo los más populosos, Londres, París, Berlín, etc., se han apresurado a publicar ordenanzas y bandos relativos a la circulación aérea en su zona de espacio y es curiosa, a este efecto, por ser la primera que se publicó, la ordenanza de la ciudad de Kissimee (Florida), en la que, para que no pudieran eludirse sus prescripciones, se creó una sección de Comisaría, con sus aeroplanos para el ejercicio de la función policiaca (1).

(1) Bonnefoy, pág. 154, obra citada.

He concluído; y aunque parezca una paradoja, queda el asunto intacto; como que ni tengo la pretensión de haberle esbozado. No era otro mi propósito, con la indicación de algunas cuestiones, que dar un toque de atención, casi de alarma, para que vosotros, jóvenes escolares, y en especial los de Derecho, os aprestéis urgentemente a estudiar este inmenso campo de la ciencia jurídica, tan amplio, como deslumbradores y sorprendentes han de ser los progresos de la navegación aérea. Son todos estos estudios de creación, innovadores, revolucionarios y disolventes del régimen jurídico estatuido, en no pocas de sus instituciones. El porvenir los reclama y los exige de modo imperioso, porque los hechos nos empujan a todos, a vosotros y a nosotros, catedráticos y alumnos, a los que inician la vida para unirla al torrente social y a los que bordean el ocaso de su existencia. Lógica deducción: los moldes del derecho histórico, tradicional y del terruño serán muy pronto ampliados para dar cabida a estatutos reguladores de la actividad mundial aérea, no supuestos ni previstos por los que fueron grandes maestros de las Ciencias jurídicas.

HE DICHO



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA