

Número 6
2005

ANALES DE DERECHO

Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales • Giza eta Gizarte Zientzien Fakultatearen Aldizkaria

Colección Huarte de San Juan

Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa

ANALES DE DERECHO

Colección Huarte de San Juan

Número 6
2005



Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa

Título: *Anales de Derecho. Colección Huarte de San Juan*

Edita: Universidad Pública de Navarra : Nafarroako Unibersitate Publikoa

Directora: Margarita Apilluelo Martín

Consejo de Redacción: Margarita Apilluelo Martín
M^a Luisa Arcos Vieira
Miguel Díaz García Conlledo
Manuel Lobato García-Miján

Fotocomposición: Pretexto. pretexto@cin.es

Imprime: Ona Industria Gráfica

Depósito Legal: NA-2.968/2000

ISSN: 1.576/9496

Correspondencia: Universidad Pública de Navarra
Anales de Derecho. Colección Huarte de San Juan
Decanato de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales
Campus de Arrosadía
31006 Pamplona
Teléfono 948 169 428. Fax 948 169 448
Correo_publicaciones@unavarra.es

Distribución y venta: Universidad Pública de Navarra
Dirección de Publicaciones
Campus de Arrosadía
31006 Pamplona
Fax: 948 169 300
[Correo: publicaciones@unavarra.es](mailto:publicaciones@unavarra.es)
<http://www.aeue.es>

Índice

Presentación	7
Publicaciones científicas	
<hr/>	
Germán José María Barreiro González <i>Cervantes y Don Quijote jurisperitos (Una visión literaria del Derecho en don Quijote de la Mancha)</i>	13
Juan Cruz Alli Aranguren <i>El artículo 46 LORAFNA y el régimen local navarro</i>	39
Margarita Apilluelo Martín <i>Ámbito de aplicación y contingencias profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos</i>	61
Alejandro Torres Gutiérrez <i>Claroscuros del multiculturalismo estadounidense: la cuestión de la población india nativa ...</i>	79
José Francisco Alenza García <i>El nuevo sistema público de intervención ambiental en la Comunidad Foral de Navarra ...</i>	127
Piotr Jacobow - Agnieszka Malarewicz <i>Legal aspects of artificial ventilation in children</i>	141
Crónicas	
<hr/>	
Iñaki Zurutuza Arigita <i>La protección jurídica del medio ambiente</i>	149
Reseña	
<hr/>	
<i>Programa de Doctorado</i>	205

Presentación

ÉSTE QUE AHORA PRESENTO es el número 6 de la Revista “Anales de Derecho”, revista científica de temas de la disciplina del Derecho de la Universidad Pública de Navarra. En ella tienen cabida aportaciones científicas no sólo de profesores investigadores de los Departamentos de Derecho Privado y Público de la Universidad Pública de Navarra sino también del resto de Universidades nacionales e internacionales, como viene siendo ya habitual.

“Anales de Derecho” es una revista ya consolidada cuya única finalidad es que los universitarios profesionales del Derecho contribuyan a la reflexión científica como reflejo de su quehacer diario desde el noble principio del ejercicio del oficio universitario.

El presente número incluye una conferencia que impartió en nuestra Universidad el Profesor Don Germán Barreiro González, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, con motivo del IV Centenario de la publicación de la primera parte del *Quijote*, que bajo el título *Cervantes y Don Quijote jurisperitos*, realiza una visión literaria del Derecho en la obra cervantina; el citado Profesor ha tenido la amabilidad de cederla para su inclusión en esta Revista y así ser el deleite de todos.

Quiero finalmente poner de manifiesto que el esfuerzo, la dedicación y la ilusión que se aporta desde esta Dirección, junto con los magníficos trabajos ahora incluidos, se reflejan en este número 6 de “Anales de Derecho” que tiene en sus manos.

La Directora
Margarita Apilluelo

Publicaciones científicas

“Cervantes y don Quijote jurisperitos”

(Una visión literaria del Derecho
en don Quijote de la Mancha)

Germán José María Barreiro González*

Homenaje a Don Miguel de Cervantes Saavedra
con motivo del IV Centenario del nacimiento de don Quijote

*No existe libro alguno cuyo poder de alusiones
simbólicas al sentido universal de la vida
sea tan grande, y, sin embargo, no existe libro
alguno en el que hallemos menos
anticipaciones, menos indicios para su
propia interpretación*

Ortega y Gasset

*A los profesores de Derecho de la
Universidad Pública de Navarra*

I

El Derecho, como otras ramas del saber, ha estado siempre presente en la Literatura de todo tipo: teatro, poesía, novela... Algunos ejemplos foráneos clásicos y conocidos, entre muchos, sin sujeción cronológica pueden ser citados como confirmación de lo señalado. La Iliada y la Odisea, la Eneida, las comedias de Aristófanes, el teatro de Shakespeare, el de Moliere, la literatura sobre los Nibelungos. En las Leyes de Platón hay tanto Derecho como Literatura; el Arte de Amar de Ovidio sirve en buena medida como comentario a las leyes de Julia y Papia Popea. En Homero y Virgilio encontramos reflexiones sobre el Derecho Internacional en especial sobre la libertad de los

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de León.

mares; en el teatro de Plauto se puede vislumbrar la situación jurídica de la mujer y de la familia en la Roma antigua; las instituciones jurídicas medievales en la Divina Comedia de Dante; Lombroso encontró en el arte y la literatura una fuente abundante para el estudio de la antropología criminal... No deben olvidarse los adagios o refranes a los que Sócrates ya calificaba como la más antigua filosofía; una filosofía del sentido común según Reid y Hamilton que, en no pocas ocasiones contienen “juicios instintivos”, claros, reales y acertados. En nuestro país, las ideas jurídicas en el Poema del Mío Cid, el Código de las Siete Partidas ejemplo de refundición del Derecho y la Literatura, los escritos jurídico-políticos de Quevedo, Saavedra Fajardo o Baltasar Gracián, las obras de Calderón de la Barca o los trabajos y ensayos de Joaquín Costa son ejemplos insignes de obras y autores clásicos de los muchos en que, y en todo tiempo, han ido de la mano el Derecho y la Literatura, en definitiva lo que Rafael de Ureña tan gráficamente denominó “literatura jurídica” española.

Miguel de Cervantes Saavedra –patronímico el primero que, en opinión de Luis Astrana Marín, es de origen gallego y patronímico el segundo que no aparece en la partida bautismal– se inscribe en la nómina de nuestros literatos clásicos y universales que combinaron de manera magistral la Literatura y el Derecho. La omnipresencia de lo jurídico en la obra literaria de Cervantes ha llevado siempre a los estudiosos a preguntarse si Cervantes fue o no jurisperito; por ejemplo Antonio Martín Gamero en 1870 (respondiendo afirmativamente) y Tomás Carreras y Artau en 1904 (haciéndolo negativamente; también, y dicho sea de paso, respecto de Quevedo). Pero hablar de jurispericia, jurisperito, si antes y ahora son o no términos asimilables y equiparables al de jurisconsulto y todos estos a su vez al de jurista, nos llevaría por un camino que probablemente obstaculizaría la finalidad pretendida en este ensayo: la relación de Cervantes con el Derecho, sus conocimientos jurídicos y el reflejo en su *Don Quijote* de los mismos.

Indudable es que la propia vida de Cervantes está preñada de múltiples y variadas experiencias jurídicas derivadas de pleitos y actuaciones judiciales varias y de los cometidos profesionales por él desempeñados: las relaciones –complicadas a veces– con los editores de sus obras; agente del rey; soldado; cautivo del turco; recaudador de impuestos; comisario de abastos para realizar el acopio y provisión de víveres destinado a los ejércitos con “vara alta de justicia” que le capacitaba para acometer múltiples y variadas actuaciones jurídicas (realizar embargos, imponer multas, ordenar prisiones, aprehender bagajes, carros y carretas); visita escribanías, otorga poderes y fianzas; suscribe finiquitos de cuentas... Todo ello le permitió familiarizarse con instituciones varias, conocer el lenguaje y la profesión forense a la que en su obra *Viaje al Parnaso* llama “grave oficio”. De extraordinaria cultura y aficionado a la lectura (“*como soy aficionado a leer aunque sean los papeles rotos de las calles*”), consta que estudió humanidades, latín y letras. “*No se puede pasar a otras ciencias sino es por la puerta de la Gramática*” dice en la Novela Ejemplar *El Licenciado Vidriera*. Su maestro Juan López de Hoyos le llamaba “mi caro y amado discípulo” y le calificó de “humanista docto que había consagrado al estudio muchas vigías”; pero no consta fehacientemente que estudiase Derecho, salvo quizás como materia complementaria de otros estudios considerados principales en la época. Sea como fuere, lo cierto es que basta leer sus Entremeses o sus Novelas

Ejemplares para que la afirmación antecitada quede sin duda corroborada. Pero la obra que muestra una irrupción extensa del autor en el mundo del Derecho es la conocida popularmente como *Don Quijote de la Mancha*, cuyo título original reza, *El Ingenioso Hidalgo Don Quixote de la Mancha*, publicada a comienzos de 1605 (Primera Parte) y *Del Ingenioso Caballero Don Quixote de la Mancha* publicada en 1615 (Segunda Parte)¹.

El Quijote, decía Tomás Carreras y Artau hace ahora exactamente un siglo con motivo de la conmemoración del tercer centenario de la Obra inmortal, “ofrece materiales jurídicos en abundancia y de la más exquisita espontaneidad; a través de los personajes del Quijote, Cervantes se complace en indagar, discurrir y fallar sobre asuntos del Derecho”. La expresada opinión es compartida por los muy numerosos estudiosos anteriores y sobre todo posteriores al citado autor. En efecto, la Obra está preñada de acciones, actuaciones, ideas, diálogos y discursos de infinidad de personajes que por ella desfilan –principalmente don Quijote y Sancho Panza– en relación con el Derecho, con una prosa y poética solemne, cómica, triste, irónica o satírica según los casos, pero siempre viva. La selección de sus pasajes que luego se dirán y que son objeto de comentario, se impone a la vista de su magnitud y calidad y responde tanto a un interés jurídico como literario indisolublemente unidos, fruto de la sola y exclusiva subjetividad entendida como opción personal, atenta desde luego a lo que cada uno descubre con su lectura pero sin llegar al extremo expresado por Unamuno: “¿Qué me importa lo que Cervantes quiso o no quiso poner allí y lo que realmente puso? Lo vivo es lo que yo allí descubro, pusiéralo o no Cervantes”. La señalada opción personal no ignora, en definitiva, que la Obra –que dicho sea de paso, está constantemente salpicada de rico vocabulario y terminología jurídica con formulación precisa– contiene otros múltiples episodios y sucesos de interés y relevancia jurídica que, por conocidos, ahorro al lector su referencia y que el propio lector bien podría haber escogido en lugar de los que aquí lo han sido, como bien podría haber estructurado el Sumario de este Ensayo de forma distinta a la vista de su opción jurídico-literaria.

II

La defensa de la vida, dice don Quijote, *que es de ley natural y dividida* es una de las cuatro cosas, por las que *los varones prudentes [y] las repúblicas bien concertadas han de tomar las armas* (II,27). En otro pasaje, prohibiéndole don Quijote a Sancho que le ayu-

1. En este Ensayo, *don Quijote de la Mancha* se identifica con la palabra Obra. Para su realización he manejado la magnífica Edición de *Don Quijote de la Mancha* del Instituto Cervantes. Crítica. Dirigida por Francisco Rico con la colaboración de Joaquín Forradellas y estudio preliminar de Fernando Lázaro Carreter. Biblioteca Clásica. Barcelona 1998, vol. 50, que me ha sido de gran utilidad para comprender vocablos y expresiones en su sentido histórico y actual; muchas de las explicaciones que en ella aparecen las traigo a colación para facilitar la lectura. En cursiva se ponen solamente los textos literales de la Novela; palabras, expresiones o vocablos de la misma, así como los referentes a otras obras de Cervantes y sus títulos. Las citas van con numeración romana para hacer referencia a la parte primera o segunda de la Obra (I y II) y a continuación, con numeración arábiga, el capítulo correspondiente.

de en sus luchas con caballeros pues ello no es *lícito ni concedido por las leyes de caballería*, le responde Sancho: *bien es verdad que en lo que tocara a defender mi persona... las [leyes] divinas y humanas permiten que cada uno se defienda de quien quisiera agraviarle* (I,8). Late aquí la idea de la legítima defensa, individual y colectiva como manifestación, en su caso del derecho a la vida, incluso cuando el agresor de Sancho es el propio don Quijote, su amo y señor. Así, discutiendo y peleando ambos, porque Sancho no quiere ser azotado para así procurar el desencantamiento de Dulcinea, el escudero en uso de su legítima defensa derriba al caballero al suelo y este le dice: *¿Cómo traidor? ¿Contra tu amo y señor te desmandas? ¿Con quién te da su pan te atreves?* Y Sancho –modificando en parte la frase procedente de la contienda entre Pedro el Cruel y Enrique de Trastámara– le responde: *ni quito ni pongo rey... sino ayúdome a mí, que soy mi señor* (II,60).

* * *

Se remarca el carácter inalienable de la libertad: *non bene pro toto libertas venditur auro* [I, Prólogo; (no existe oro suficiente para pagar la venta de la libertad)]. Así, don Quijote *volviéndose a Sancho le dijo*:

La Libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres (II,58). En efecto, *gracias sean dadas a Dios –dijo el cautivo– por tantas mercedes como le hizo, porque no hay en la tierra, conforme mi parecer, contento que se iguale a alcanzar la libertad perdida* (I,39). *Porque me parece duro caso [dijo don Quijote] hacer esclavos a los que Dios y naturaleza hizo libres* (I,12).

Sin embargo, la recuperada libertad debe ejercerse con dignidad; de ahí que don Quijote –comentando algunos aspectos de la vida militar y poniendo de relieve la triste contradicción existente entre la manumisión del esclavo y su dignidad– le diga a un mancebo que tiene intención de convertirse en soldado del rey: *...Cuanto más que ya se va dando orden como se entretengan y remedien los soldados viejos y estropeados porque no es bien que se haga con ellos lo que suelen hacer los que ahorran [hacen “horro”, libentan] y dan libertad a sus negros cuando ya son viejos y no pueden servir, y echándoles de casa con títulos de libres los hacen esclavos de la hambre, de quien no piensan ahorrarse [librarse] sino con la muerte* (II,24).

* * *

La inviolabilidad del domicilio aparece aludida en el Prólogo a la primera parte de la Obra. Dice ahí Cervantes al *desocupado lector*: *...y estás en tu casa, donde eres señor de ella como el rey de sus alcabalas [impuestos], y sabes lo que comúnmente se dice, que “debajo de mi manto, al rey mato” [cada uno es libre en su fuero interno de pensar y juzgar como quiera y más en su propia casa, cabe añadir]*

* * *

Con frecuencia refleja Cervantes en la Obra las patentes desigualdades derivadas del sexo, estado o condición social, laboral o personal o por circunstancias económicas:

señores, caballeros, hidalgos, villanos, vasallos, esclavos, mujeres, pobres y ricos... (I,10, 15, 24, 33; II,6, 24, 42, 43, 45, 49, 50...). Sin embargo la concepción sobre la igualdad natural de los hombres se afirma con rotundidad en algunos pasajes. Así, don Quijote le dice a Sancho, *que no es un hombre más que otro, si no hace más que otro* (I,18) y le aconseja antes de ser Gobernador de la Insula de Barataria: *Haz gala* [no te preocupes] *Sancho, de la humildad de tu linaje y no te desprecies de decir que vienes de labradores, porque viendo que no te corras* [avergüenzas], *ninguno se pondrá a correrte, y préciate más de ser humilde virtuoso que pecador soberbio. Innumerables son aquellos que de baja estirpe nacidos, han sabido a la suma dignidad pontificia e imperatoria... Si... te precias de hacer hechos virtuosos, no hay para que tener envidia a los que padres y agüelos tienen príncipes y señores, porque la sangre se hereda y la virtud se aquista* [conquista] *y la virtud vale por sí sola lo que la sangre no vale* [II,42].

III

La concepción cervantina sobre la guerra y la paz se pone de manifiesto por boca de don Quijote. Se pregunta éste sobre *la preeminencia de las armas contra las letras*, a esto responde él mismo diciendo que sin *las armas las leyes no se podrían sustentar...*, *porque con las armas se defienden las repúblicas, se conservan los reinos, se guardan las ciudades, se aseguran los caminos... si por ellas no fuese, las repúblicas, los reinos, las monarquías, las ciudades, los caminos... estarían sujetos al rigor y a la confusión que trae consigo la guerra el tiempo que dura y tiene licencia de usar de sus privilegios y de sus fuerzas*. La señalada preeminencia está sin embargo gobernada por un principio superior e irrenunciable para don Quijote unido indisolublemente a su personalidad, cual es la consecución de la paz:

Es el fin y paradero de las letras... humanas... entender y hacer que las buenas leyes se guarden. Fin por cierto generoso y alto y digno de grande alabanza, pero no de tanta como merece aquel a que las armas atienden, las cuales tienen por objeto y fin la paz; pues, en efecto, prosigue diciendo don Quijote, la paz es el mayor bien que los hombres pueden desear en esta vida... joya que sin ella en la tierra ni en el cielo puede haber bien alguno. Esta paz es el verdadero fin de la guerra, que lo mesmo es decir armas que guerra. Prosupuesta, pues esta verdad, que el fin de la guerra es la paz, y que en esto hace ventaja al fin de las letras... (I,37 y 38). Una guerra que los varones prudentes [y] las repúblicas bien concertadas están legitimados para emprender, por defender la fé católica... por defender su vida... en defensa de su honra, de su familia y hacienda... en servicio de su rey en la guerra justa y... en defensa de su patria. A estas cinco causas como capitales se pueden agregar algunas otras que sean justas y razonables y que obliguen a tomar las armas, peor tomarlas por niñerías y por cosas que antes son de risa y pasatiempo que de afrenta, parece que quien las toma carece de todo razonable discurso... [pues] va derechamente contra la santa ley que profesamos... (II,27).

Se contempla asimismo la idea de la “humanización” de la guerra y las condiciones y reglas en que debe realizarse. Así dice don Quijote que *la guerra también tiene sus leyes y está sujeta a ellas* (I,38; asimismo en II,62) y arremete contra a *la espantable furia de*

aquestos endemoniados instrumentos de la artillería a cuyo inventor tengo para mí que en el infierno se le está dando el premio de su diabólica invención (I,38).

IV

En diversos pasajes se trasluce la concepción absolutista de la monarquía; el rey representa cuando no se identifica con la misma justicia: *allá van leyes, do quieren reyes* [“quo volunt reges vadunt leges”] (I, Prólogo); el propio Sancho sentencia ante don Quijote: *advierta vuestra merced... que la justicia que es el mismo rey...* (I,22). Característica es también su alcance o sentido patrimonial. Así, el bachiller Sansón Carrasco y el paje *estaban confusos y no acababan de atinar qué sería aquello del Gobierno de Sancho, y más de unaínsula, siendo todas o las más que hay en el mar Mediterráneo de su Majestad* (II,50).

El referido carácter patrimonial aparece en ocasiones ligado con la expresión estado o estados que en efecto se relaciona con el concepto de soberanía como equivalente a posesiones de reinos o dominios, incluso de naturaleza feudal. Dice al respecto don Quijote: *su Majestad [se tenía por cierto que el Turco bajaba con una poderosa armada] ha hecho como prudentísimo guerrero en proveer sus estados con tiempo, porque no le halle desapercibido el enemigo* (II,1). *Id hermano Panza [dijo la duquesa], y decid a vuestro señor [don Quijote], que él sea el bien llegado y el bien venido a mis estados* (II,30). Se habla asimismo en la Obra, en idéntica expresión y también con un significado semejante o igual al usado actualmente, *de razón de Estado*. Así, el cura y el barbero visitan a don Quijote, *y en el discurso de su plática vinieron a tratar en esto que llaman “razón de Estado” y modos de gobierno, enmendando este abuso y condenando aquel, reformando una costumbre y desterrando otra, [hablaron de política, arreglaron el mundo], haciéndose cada uno de los tres un nuevo legislador, un Licurgo moderno, ó un Solón flamante [son personajes emblemáticos –y opuestos– del buen legislador y gobernante]; y de tal manera renovaron la república, que no pareció sino que la habían puesto en una fragua y sacado otra de la que pusieron* (II,1).

Desde una óptica en cierto modo paternalista, debe el rey protección y atención para con sus súbditos. *Uno de los mayores trabajos que los reyes tienen, entre otros muchos [dice don Quijote] es el de estar obligados a escuchar a todos y a responder a todos* (II,6). A su vez, los súbditos deben obediencia y lealtad a su rey. Así, un mancebo presto a convertirse en soldado le dice a don Quijote: *Y más quiero tener por amo y por señor al rey, y servirle en la guerra, que no a un pelón en la Corte*. El propósito del mancebo es alabado por el Caballero diciéndole: *no hay otra cosa en la tierra más honrada y de más provecho que servir a Dios, primeramente, y luego a su rey y señor natural, especialmente en el ejercicio de las armas [salvo error u omisión, no se encuentra en la Obra referencia directa y expresa al rey como deidad terrestre cuyo poder tenga origen divino y no humano]* (II,24).

El término república no se emplea con el significado ni la pretensión de diferenciarlo de otras formas de organización política, sino en su sentido clásico como cuerpo político de los ciudadanos, la nación: *porque con las armas se defienden las repúblicas, se conservan los reinos...* (I,38); *...que uno sólo no puede afrontar a reino, provincia, ciudad, república, ni pueblo entero* (II,27). Con el señalado significado, se emplea de forma aislada: *república bien ordenada* (I,22); *repúblicas bien concertadas* (II,27).

V

La tarea de Sancho como gobernador de la Insula de Barataria abre la oportunidad de contemplar múltiples e interesantes ideas sobre el propio gobierno en sí, así como también sobre la administración de la justicia, si bien debe tenerse en cuenta que el poder de Sancho –aunque en última instancia delegado y dependiente del duque– es absoluto: asume personalmente los poderes militar, legislativo, ejecutivo y judicial sin limitación alguna (II, 32, 42, 45, 49, 51, 53 y 55). De destacar es lo que a continuación sigue.

Don Quijote habla con la duquesa sobre la idoneidad de Sancho: *veo en él una cierta aptitud para esto de gobernar: que atusándole tantico el entendimiento, se saldría con cualquier gobierno como el rey con sus alcabalas [impuestos] y fija las características para ser un buen gobernante, no siendo por muchas experiencias... menester ni mucha habilidad ni muchas letras para ser uno gobernador, pues hay por ahí ciento que apenas saben leer y gobiernan como unos girifaltes; el toque está en que tengan buena intención y deseen acertar en todo, que nunca les faltará quien les aconseje y encamine en lo que han de hacer...* (II,32). Instruye a Sancho sobre los deberes, virtudes y cualidades que debe mostrar en su doble condición de juez y gobernador: responsabilidad, imparcialidad, libertad e independencia para juzgar, diligencia, misericordia y equidad; además, las leyes deben ser las precisas y necesarias; también eficaces y realistas para que puedan ser observadas y cumplidas. Así, le aconseja:

No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y se cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella [alusión a la fábula de Esopo en la que las ranas piden un rey a Júpiter] (II,51).

Nunca te guíes por la ley del encaje [resoluciones arbitrarias del juez, o dictadas con prevaricación por lo que a él se le ha “encajado en la cabeza”] que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos.

Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones [alegaciones] del rico.

Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre.

Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo.

Si acaso doblares la vara de la justicia [si juzgas que no es oportuno aplicar el rigor de la ley] no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.

Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún tu enemigo aparta las mientes de tu injuria y ponlas en la verdad del caso.

No te ciegue la pasión propia en la causa ajena, que los yerros que en ella hicieres las más veces serán sin remedio, y si le tuvieren, será a costa de tu crédito, y aun de tu hacienda.

Si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera de espacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros.

Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones.

Al culpado que cayese debajo de tu jurisdicción considérale hombre miserable [digno de conmiseración] sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra, y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstrate piadoso y clemente, porque aunque los atributos de Dios son todos iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia (II,42).

* * *

En su corta etapa como gobernador (diez días), Sancho quedó *no harto de pan ni de vino* [el hambre de Sancho es constante a lo largo de toda la Obra], *sino de juzgar y dar pareceres y de hacer estatutos y pragmáticas* (II,53). En efecto, en cuanto a su labor legislativa –entre otras cosas, regulación del comercio del vino evitando la especulación, del precio del calzado por parecerle desorbitado, los cantores de cantares lascivos y descompuestos, los salarios de los criados, las condiciones en las que los ciegos deben cantar las coplas y la mendicidad, reprimiendo la que era falsa– *él ordenó cosas tan buenas, que hasta hoy se guardan en aquél lugar, y se nombran “Las constituciones del gran gobernador Sancho Panza”* (II,51). En la atañente como administrador de justicia –*he declarado dudas* [dice], *sentenciado pleitos...* (II,54)– es de destacar, entre otros (como el del “sastre o de las caperuzas” y el del “báculo”), el de la mujer presuntamente forzada o violada (todos en II,45):

Una mujer acusa a un ganadero de haberla violado: *este mal hombre* [dice] *me ha cogido en la mitad dese campo y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado*. El ganadero se defiende alegando que la mujer miente pues, dice, *volérame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo, que todo lo añasca y todo lo cuece, hizo que yogásemos* [yaciésemos] *juntos; paguéle lo suficiente y ella, mal contenta, asíó de mí y no me ha dejado hasta traerme a este puesto*. Sancho pregunta al ganadero si lleva una bolsa con dinero y ante la respuesta afirmativa le ordena que se la de a la mujer que, contenta, sale del juzgado. De seguido Sancho le dice al ganadero que vaya tras la mujer y le quite la bolsa. Al rato volvieron ambos sin que el ganadero consiguiera el objetivo, de todo punto imposible, *según la mujer la defendía* y Sancho le pregunta a la mujer: *¿Y háosla quitado? ¿Cómo quitar?*, respondió la mujer: *Antes me dejara yo quitar la vida que me quiten la bolsa... ¡otros gatos me han de echar a las barbas que no este descenturado y asqueroso! ¡tenazas y martillos... no serán bastantes a sacármela de las uñas, ni aun garras de leones!* Sancho devuelve la bolsa al ganadero y sentencia *a la esforzada y no forzada* del siguiente modo: *Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habeis mostrado para defender esta bolsa le mostráredes, y aun la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza. Andad con Dios, y mucho de enhoramala, y no pareis en todo esta ínsula ni en seis leguas a la redonda, so pena de doscientos azotes* (la prostitución no era en la época considerada como pecado grave, de ahí que más adelante, como se ha de ver, se reste importancia al delito de la alcahuetería y se proponga en definitiva la regulación del trato carnal).

Ahora verdaderamente que entiendo [dice Sancho más adelante] *que los jueces y gobernadores deben ser o han de ser de bronce para no sentir las importunidades de los negociantes* [re-

clamantes, peticionarios, querellantes, solicitantes...], *que a todas horas y a todos tiempos quieren que los escuchen y despachen, atendiendo solo a su negocio, venga lo que viniere; y si el pobre del juez no los escucha y despacha, o porque no puede o porque no es aquel el tiempo diputado [reservado] para darles audiencia, luego les maldicen y murmuran, y les roen los huesos [hablan mal de ellos], y aun les deslindan los linajes [dudan de su familia, indagando o escudriñando en sus ascendientes]* (II,49).

* * *

La administración de justicia por Sancho como gobernador de la ínsula no agota los supuestos de actuaciones judiciales. Muy por el contrario, éstos son frecuentes en otros pasajes de la Obra que contemplan al propio don Quijote actuando como juez como por ejemplo en el episodio de los galeotes para procurarles su libertad y que tan malamente se lo agradecieron (I,22); o en el del maltrato por el rico labrador Juan Haldudo hacia su criado el joven pastor Andrés con sentencia “laboral”, incluida:

Vio don Quijote *atado* [a una encina] a un muchacho desnudo *de medio cuerpo arriba, hasta la edad de quince años*, [al que] *le estaba dando con una pretina* [cinturón de cuero] *muchos azotes un labrador*. A pregunta de don Quijote por *lo que pasaba* respondió el labrador:

—*Señor caballero, este muchacho que estoy castigando es mi criado, que me sirve de guardar una manada de ovejas... el cual es tan descuidado, que cada día me falta una; y porque castigo su descuido o bellaquería*, [lo que con anterioridad había reconocido el pastor en el momento de ser azotado por su amo, prometiendo tener *de aquí en adelante más cuidado con el hato* (rebaño)] *dice que lo hago de miserable* [por tacaño] *por no pagalle la soldada que le debo, y en Dios y en mi ánima que miente*. Don Quijote toma partido por el joven pastor sin prueba alguna en la que apoyarse y sentencia: *Por el sol que nos alumbrá, que estoy por pasaros de parte a parte con esta lanza. Pagadle luego sin más réplica*.

Pregunta don Quijote por la cuantía de la deuda y Andrés le dice que su amo le debe *nueve meses, a siete reales cada mes y díjole* [don Quijote] *al labrador que al momento los desembolsase, si no quería morir por ello*. El labrador replicó que *no eran tantos, porque se le habían de descontar y recibir en cuenta tres pares de zapatos que le había dado, y un real de dos sangrías que le había hecho estando enfermo*. Don Quijote, estableciendo una original compensación de deudas, sentencia de nuevo: *quédense los zapatos y la sangría por los azotes que sin culpa le habéis dado, que, si él rompió el cuero de los zapatos que vos pagastes, vos le habéis rompido el de su cuerpo, y si le sacó el barbero sangre estando enfermo, vos en sanidad [salud] se la habéis sacado, así que por esta parte no os debe nada*.

El Caballero insta al labrador a que cumpla la sentencia con abono de los reales: *y mirad que lo cumpláis como lo habéis jurado* [por la ley de caballería]: *si no, por el mismo juramento os juro de volver a buscaros y castigaros, y que os tengo de hallar, aunque os escondáis más que una lagartija... Y, en diciendo esto, picó a su Rocinante* [así se llamaba su caballo] *y... se apartó de ellos*.

Pero la sentencia quedó sin efectivo cumplimiento. Así el labrador *volvióse a su criado Andrés y díjole*:

—*Venid acá, hijo mío, que os quiero pagar lo que os debo, como aquel desfacedor de agravios, me dejó mandado*.

—Eso juro yo —dijo Andrés—... ¡que si no me paga, que vuelva [don Quijote] y ejecute lo que dijo!

—También lo juro yo —dijo el labrador— pero, por lo mucho que os quiero, quiero acrecentar la deuda por acrecentar la paga.

Y, asiéndole del brazo, le tornó a atar a la encina, donde le dio tantos azotes, que le dejó por muerto. Y con palpable burla al fin le desató y le dio licencia que fuese a buscar su juez, para que ejecutase la pronunciada sentencia (I,4).

* * *

También se contemplan los arbitrajes como procedimiento para impartir justicia lo que estaba arraigado en las costumbres populares. De entre los relatados en la Obra cabe resaltar el originado para solventar el contencioso surgido por los destrozos que don Quijote causa en las figuras del retablo del maese Pedro, uno de los múltiples episodios en los que se manifiesta la locura del Caballero:

Don Quijote y Sancho contemplan un retablo de figuras y junto *con todos cuantos había en la venta se disponen a escuchar [la explicación] de un muchacho sobre... los misterios del tal retablo... [en el que] se metió maese Pedro... que era el que había de manejar las figuras del artificio* (II,25). Y luego alzó la voz el muchacho y dijo:

—Esta verdadera historia que aquí a vuestras mercedes se representa... trata de la libertad que dio el señor don Gaiferos a su esposa Melisendra, que estaba cautiva en España, en poder de moros... Miren cuánta y cuán lucida caballería sale de la ciudad en seguimiento de los dos católicos amantes, cuántas trompetas que suenan, cuántas dulzainas que tocan y cuantos atabales y atambores que retumban. Ténome que los han de alcanzar y los han de volver atados a la cola de su mismo caballo, que sería un horrendo espectáculo.

En este momento el Caballero sufre un gran ataque de arrebato: *Viendo y oyendo, pues, tanta morisma y tanto estruendo don Quijote, parecióle ser bien dar ayuda a los que huían, y levantándose en pie, en voz alta dijo:*

—No consentiré yo que en mis días y en mi presencia se le haga superchería [injuria u ofensa con abuso de fuerza] a tan famoso caballero y a tan atrevido enamorado como don Gaiferos y pronuncia fórmula de desafío: ¡Deteneos, mal nacida canalla, no le sigáis mi persigáis; si no, conmigo sois en la batalla!

Y, diciendo y haciendo [sin mediar palabra], *desenvainó la espada y de un brinco se puso junto al retablo, y con acelerada y nunca vista furia comenzó a llover cuchilladas sobre la titerera morisma, derribando a unos, descabezando a otros, estropeando a este, destrozando a aquel...*

Ante tamaño despropósito *daba voces maese Pedro diciendo:*

—*Deténgase vuestra merced, señor don Quijote, y advierta que estos que derriba, destroza y mata no son verdaderos moros, sino unas figurillas de pasta...*

Pero don Quijote persiste en su locura... *Finalmente, en menos de dos credos, dio con todo el retablo en el suelo... Hecho, pues, el general destrozo del retablo, sosegóse un poco don Quijote [pero continuando en evidente estado de demencia] y dijo:*

—...*Miren, si no me hallara yo aquí presente, qué fuera del buen don Gaiferos y de la hermosa Melisendra... En resolución, ¡viva la andante caballería sobre cuantas cosas hoy viven en la tierra!*

Se lamenta de nuevo el maese Pedro del destrozo de su retablo y le hace ver el estropicio cometido. Don Quijote lo ve, en efecto, y responde: *se me alteró la cólera* [me puse frenético, colérico], *y por cumplir con mi profesión de caballero andante quise dar ayuda y favor a los que huían, y con este buen propósito hice lo que habeis visto, si me ha salido al revés, no es culpa mía, sino de los malos* [encantadores] *que me persiguen; y, con todo esto, deste mi yerro, aunque no ha procedido de malicia, quiero yo mismo condenarme en costas: vea maese Pedro lo que quiere por las figuras desechas, que yo me ofrezco a pagárselo luego, en buena y corriente moneda castellana.*

El maese Pedro alaba la conducta del Caballero: *No esperaba yo menos de la inaudita cristiandad del valeroso don Quijote de la Mancha.* Y nombra amigables componedores: *el señor ventero y el gran Sancho serán medianeros y apreciadores entre vuestra merced y mí de lo que valen o podían valer las ya deshechas figuras.*

El ventero y Sancho dijeron que así lo harían y el maese Pedro procedió a valorar los daños producidos en las figuritas entre ellas la del descabezado rey *Marsilio de Zaragoza... cuatro reales y medio... del partido emperador Carlomagno... cinco reales y un cuartillo* [la cuarta parte de un real] *y de la hermosa Melisendra –que está sin narices y un ojo menos–... dos reales y doce maravedís... Desta manera fue poniendo precio a otras muchas destrozadas figuras, que después los moderaron los dos jueces árbitros, con satisfacción de las partes, cerrándose el monto total indemnizatorio en la cantidad de cuarenta reales y tres cuartillos... En resolución, la borrasca del retablo se acabó y todos cenaron en paz y buena compañía, a costa de don Quijote, que era liberal en todo extremo* (II,26).

* * *

Como supuesto de tomarse la justicia “por la mano”, se puede calificar los casos de duelo y desafíos (II,52, 56, 64) cuya admisibilidad ha sido históricamente discutida. Cervantes, por boca del Caballero, diferencia primorosamente entre las causas de origen: agravio y afrenta. Así, don Quijote conversa con Sancho después de la *desgraciada aventura con unos desalmados yangüeses* y le dice: *porque quiero hacerte sabidor... que no afrentan las heridas que se dan con los instrumentos que acaso se hallan en las manos, y esto está en la ley del duelo escrito por palabras expresas* [literalmente]; *que si el zapatero da a otro con la horma que tiene en la mano, puesto que verdaderamente es de palo, no por eso se dirá que queda apaleado aquel a quien dio con ella* (I,15). Más adelante en otro pasaje, continúa diciendo don Quijote: *entre el agravio y la afrenta hay esta diferencia...: la afrenta viene de parte de quien la puede hacer, y la hace, y la sustenta* [la mantiene con las armas]; *el agravio puede venir de cualquier parte sin que afrente. Sea ejemplo: está uno en la calle descuidado; llegan diez con mano armada, y, dándole de palos, pone mano a la espada y hace su deber, pero la muchedumbre de los contrarios se le opone, y no le deja salir con su intención que es de vengarse; este tal queda agraviado pero no afrentado. Y lo mesmo confirmará otro ejemplo: está uno vuelto de espaldas; llega otro y dale de palos, y, en dándoselos, huye y no espera, y el otro le sigue y no alcanza; este que recibió los palos recibió agravio, mas no afrenta, porque la afrenta ha de ser sustentada. Si el que dio los palos, aunque se los dio a hurtacordel, [a hurtadillas, disimulando] pusiera mano a su espada y se estuviera quedo, haciendo rostro [enfrentándose] a su enemigo, quedara el apaleado agraviado y afrentado juntamente: agraviado, porque le dieron a traición; afrentado, porque el que le dio sustentó lo*

que había hecho, sin volver las espaldas y a pie quedo [sin moverse, a pie firme]. Y así, según las leyes del maldito duelo [la condena del duelo, tan poco conforme con el comportamiento de don Quijote, responde a un decreto tridentino de prohibición con penas de excomunión] yo puedo estar agraviado, mas no afrentado, porque los niños no sienten, ni las mujeres, ni pueden huir, ni tienen para qué esperar, y lo mesmo los constituidos en la sacra religión, porque estos tres géneros de gente carecen de armas ofensivas y defensivas... (II,32).

* * *

Abundantes alusiones a la justicia corrupta y sobornada aparecen con frecuencia en la literatura cervantina; así por ejemplo en las Novelas Ejemplares *La gitanilla*; *El amante liberal* y *Rinconete y Cortadillo*. También en *el Quijote*.

En el discurso que dio Don Quijote a los cabreros –al que más adelante nos referiremos de nuevo– hablando de la edad dorada dice: *...la justicia estaba en sus propios términos, sin que la usasen turbar ni ofender los del favor y los del interés, que tanto ahora la menoscaban, turban y persiguen* (I,11).

En el pasaje de los galeotes, uno de los condenados a galeras dice a don Quijote: *si a su tiempo hubiera tenido yo esos veinte ducados que vuestra merced ahora me ofrece [para la liberación], hubiera untado con ellos la péndola [pluma de escribir] del escribano [hubiese sobornado al escribano para que falsease los papeles del proceso] y avivado el ingenio del procurador, de manera que hoy me viera en mitad de la plaza de Zocodover de Toledo [por antonomasia, frecuentada por maleantes]... pero Dios es grande: paciencia, y basta*. Otro de los condenados explicando su delito y su condena dice: *probóseme todo, faltó valor, no tuve dineros...* El propio don Quijote dirigiéndose a todos los galeotes a los que llama *hermanos carísimos* les dice: *aunque os han castigado por vuestras culpas... podría ser que... la falta de dineros deste, el poco favor del otro y, finalmente, el torcido juicio del juez, hubiese sido causa de vuestra perdición y de no haber salido con la justicia que de vuestra parte teníades* (I,22).

Más adelante, conversando don Quijote con el duque y la duquesa sobre el futuro de Sancho como gobernador de la Insula, les dice:

Aconsejaríale yo [a Sancho] que ni tome cohecho ni pierda derecho [que no caiga en el soborno, pero que tampoco cobre menos de lo que en justicia se debe] (II,32). Consejo que en efecto sigue Sancho. Así, en la carta a don Quijote, le dice: *hasta agora no he tocado derecho ni llevado cohecho* (II,51); y al abandonar su cargo de gobernador exclama: *saliendo yo desnudo, como salgo, no es menester otra señal para dar a entender que he gobernado como un ángel* (II,53). Utiliza aquí Cervantes a modo de metáfora la desnudez del cuerpo para significar la honradez del comportamiento de Sancho como gobernador sin corruptelas ni enriquecimientos ilícitos, no siendo así sometido al habitual y obligado “juicio de *residencia*” (el que se hacía a los cargos públicos al finalizar el ejercicio de su mandato, con rendición de cuentas y justificación de actuaciones); *él mismo dice: ni he tenido lugar de hacer cohechos ni de cobrar derechos* (II,55). Podría pues decirse que desnudo llegó y desnudo se fue; o con palabras del propio Sancho: *Desnudo nací, desnudo me halló: ni pierdo ni gano; quiero decir que sin blanca entré en este gobierno y sin ella salgo, bien al revés de cómo suelen salir los gobernadores de otras ínsulas* (II,53). Y en otro mo-

mento del relato dice irónicamente don Quijote a Sancho: *Otros cohechan, importunan, solicitan, madrugan, ruegan, porfian, y no alcanzan lo que pretenden, y llega otro y, sin saber cómo ni cómo no, se halla con el cargo y oficio que otros muchos pretendieron* (II,52).

VI

El Derecho Penal es aludido de manera varia. Entre otros ejemplos y de pasada, la distinción entre *pena capital* como castigo y las que denomina *otras penas dilatadas, que nos diesen una muerte civil y continua* [cuyo significado es el de la privación perpetua de todos los derechos, excepto el de testar, si bien cabe la posibilidad de que en este contexto *civil* equivalga a “cruel”] (II,39); la referencia a la *casa de juego* y a los juegos en ella realizados y a la *gente vagamunda... por no tener oficio ni beneficio*, actividades que Sancho gobernador reprime (II,49); ó la enmienda y arrepentimiento del “romántico” bandolero catalán Roque Guinart –personaje no de ficción literaria y sí real– y su reinserción social mediante el indulto (II,60).

Pero es en el capítulo referente a los galeotes, los condenados a remar en los barcos de la armada real (I,22), donde se encuentran múltiples ideas referentes a este sector del ordenamiento jurídico. Se diferencia entre los delitos “fragantes” en los que se sorprende al delincuente en el mismo momento de cometer el delito de los que no lo son: Así, viendo don Quijote *que por el camino... venían hasta doce hombres a pie, ensartados como cuentas de una gran cadena de hierro por los cuellos, y todos con esposas a las manos* [todo ello significativo de que se consideraban presos especialmente peligrosos], le pregunta al primero de ellos *que por qué pecados iba de tan mala guisa. El le respondió que por enamorado iba de aquella manera.*

—*¿Por eso no más?* —replicó don Quijote—. *Pues si por enamorado echan a galeras, días ha que pudiera yo estar bogando en ellas.* Ignoraba don Quijote que en este contexto “enamorado” significaba ladrón descuidero.

—*No son los amores como los que vuestra merced piensa* —dijo el galeote— *que los míos fueron que quise tanto a una canasta de colar atestada de ropa blanca, que la abracé conmigo tan fuertemente, que a no quitármela la justicia por fuerza, aún hasta agora no la hubiera dejado de mi voluntad. Fue en fragante...* [adecuación vulgar de “in fragranti” (crimine), esto es, en el momento de cometer el delito] *concluyóse la causa... y acabóse la obra.*

Sin abandonar el señalado capítulo, las penas y castigos se presentan, de un lado, como la manifestación coactiva del Derecho, y, de otro, como la consecuencia punible de los delitos cometidos:

Al ver Sancho la comitiva de *hombres a pie ensartados*, dijo: *esta es cadena de galeotes, gente forzada del rey, que va a las galeras.*

—*¿Cómo gente forzada?* preguntó don Quijote—. *¿Es posible que el rey haga fuerza a ninguna gente?*

—*No digo eso* —respondió Sancho—, *sino que es gente que por sus delitos va condenada a servir al rey en las galeras de por fuerza.*

—*En resolución* —replicó don Quijote— *como quiera que ello sea, esta gente, aunque los llevan, van de por fuerza y no de su voluntad.*

—*Así es, dijo Sancho... advierta vuestra merced... que la justicia que es el mismo rey no hace fuerza ni agravio a semejante gente, sino que los castiga en pena de sus delitos.*

La idea de que el castigo tiene ya una proyección y dimensión de orden público más allá de lo personal y privado y que vincula al propio rey en cuyo nombre se imparte la justicia, se pone de manifiesto en la respuesta que da *el comisario* (guardián o custodio de los galeotes), ante a la exigencia de don Quijote de que queden libres:

—*¡Donosa majadería!... ¡Los forzados del rey quiere que le dejemos, como si tuviéramos autoridad para soltarlos, o él la tuviera para mandárnoslo!* (I,22).

No sin cierta crítica e ironía, Cervantes pone de manifiesto la extremada dureza y severidad de las penas y castigos de la época. Así el condenado a galeras por robar la canasta de colar le dice a don Quijote: *acomodáronme las espaldas con ciento* [diéronme cien azotes], *y por añadidura tres precisos de gurapas* [tres años en galeras sin posible remisión de pena]. El condenado por alcahuete y hechicero, *va por cuatro años a galeras, habiendo paseado las acostumbradas, vestido, en pompa y a caballo* [esto es, llevado en un burro por las calles que conducen de la cárcel a la picota, vestido –no por tanto azotado– y acompañado por un alguacil que va pregonando su delito]. Al *cuatrero, que es ser ladrón de bestias, y por haber confesado* [esto es *por canario... por músico y cantor... por cantar en el ansia* mediante el tormento del agua] *le condenaron por seis años a galeras, amén de doscientos azotes que ya lleva en las espaldas.*

—*Antes he yo oído decir —dijo don Quijote— que quien canta sus males espanta.*

—*Acá es al revés —dijo el galeote— que quien canta una vez llora toda la vida.*

Otros condenados responden a preguntas de don Quijote:

—*Yo voy por cinco años a las señoras gurapas por faltarme diez ducados* (que eran monedas de apreciable valor).

—*Yo voy aquí [dice otro] porque me burlé [tuve trato sexual ilícito] demasiadamente con dos primas hermanas mías y con otras dos hermanas que no lo eran mías... víame a pique de perder los tragaderos [me veía en riesgo de ser ahorcado o recibir garrote], sentenciáronme a galeras por seis años.*

En otro momento del relato *preguntó don Quijote que cómo iba aquel hombre con tantas prisiones* [cadenas y artilugios con que se sujeta al preso] *más que los otros. Respondióle la guarda porque tenía aquél sólo más delitos que todos los otros juntos.*

—*¿Qué delitos puede tener —dijo don Quijote, si no han merecido más pena que echalle a las galeras?*

—*Va por diez años —replicó la guarda— que es como muerte civil* [pena cuyo significado ha sido ya señalado]. *No se quiera saber más sino que este buen hombre es el famoso Ginés de Pasamonte...* (I,22).

* * *

De interés resulta la posición de Cervantes sobre la prostitución y la alcahuetería. La prostitución era actividad tolerada en la época; el trato carnal no era perseguido de modo abierto y la Inquisición no lo consideraba como pecado grave, aunque la situación cambió con el Concilio de Trento. De ahí que Sancho gobernador enjuicie el caso del ganadero y la prostituta no como delito sino en atención al pago de los servicios por ella prestados (II,45). Enlaza con todo ello la valoración positiva que don Quijote

hace de la alcahuetería –no así de la hechicería– actividad que considera lúdica a la vez que pacífica y, tratando de restarle relevancia penal, propone su regulación, inspección y control por las autoridades, registrándola como una actividad u oficio más a añadir a los legalmente existentes.

Así, en el episodio de los galeotes, *el quinto condenado* habla por boca del *cuarto* y le dice a don Quijote que *este caballero va por alcahuete y por tener asimesmo sus puntas y collar de hechicero* [tener oculto algo de hechicero].

—*Al no haberle añadido esas puntas y collar —dijo don Quijote—, por solamente el alcahuete limpio no merecía él ir a bogar en las galeras, sino a mandallas y a ser general dellas. Porque no es así como quiera el oficio de alcahuete, que es oficio de discretos y necesarísimo en la república bien ordenada, y que no le debía ejercer sino gente muy bien nacida; y aun había de haber veedor y examinador de los tales, [veedor: persona que tiene a su cargo el registro de las gentes de un oficio, la inspección de su comportamiento y el examen para promoción de grado; examinador: inspector de cualquier función administrativa] como le hay de los demás oficios, con número deputado y conocido [con nombramiento y registro oficial], como corredores de lonja, y desta manera se escusarían muchos males que se causan por andar este oficio y ejercicio entre gente idiota y de poco entendimiento [gente que no conoce la profesión, aficionados], como son mujercillas de poco más a menos, pajecillos y truhanes de pocos años y de poca experiencia, que, a la más necesaria ocasión y cuando es menester dar una traza que importe, se les yelan las migas entre la boca y la mano [se quedan sin saber que hacer], y no saben cuál es su mano derecha. Quisiera pasar adelante y dar las razones por que convenía hacer elección de los que en la república habían de tener tan necesario oficio, pero no es el lugar acomodado para ello: algún día lo diré a quien lo pueda proœer y remediar* [“a quien corresponda”, fórmula para remitir memoriales o instancias solicitando o denunciando algo] (I,22).

* * *

Contra la opinión prácticamente generalizada de la época de corte inquisitorial, es de destacar la deslegitimación que Cervantes hace del tormento como práctica habitual admitida legalmente para la obtención de pruebas y en especial como medio para arrancar al reo la confesión de su delito.

Así, explica uno de *los guardas* de los galeotes a don Quijote:

—*A este pecador le dieron tormento y confesó su delito... y por haber confesado le condenaron... y va siempre pensativo y triste porque los demás ladrones que allá quedan y que aquí van le maltratan y aniquilan [ningunean] y escarnecen y tienen en poco, porque confesó y no tuvo ánimo de decir nones [persistir en la negativa, no desmentirse por nada]. Porque dicen ellos que tantas letras tiene un no como un sí [el mismo trabajo es afirmar que negar; tanto cuesta lo uno como lo otro] y que harta ventura tiene un delincuente que está en su lengua su vida o su muerte, y no en la de testigos y probanzas; y para mí tengo que no van muy fuera de camino.*

—*Y yo lo entiendo así —respondió don Quijote, lo que confirma más adelante en el relato dirigiéndose a todos los galeotes: ...y que podría ser que el poco ánimo que aquél tuvo en el tormento... hubiese sido causa de... [su] perdición...* (I,22).

* * *

De destacar por otra parte es la alusión a caracteres y rasgos fisonómicos, anatómicos y psicológicos como precursores de lo que mucho tiempo después daría lugar a la doctrina de la antropología criminal. Algunos ejemplos al respecto:

Un guarda de a caballo que vigilaba y custodiaba a los galeotes le explica a don Quijote que *es gente que recibe gusto de hacer y decir bellaquerías* (presumen y se vanaglorian de sus propias fechorías sin mostrar arrepentimiento alguno). Del también galeote Ginés de Pasamonte se dice que, *al mirar metía el un ojo en el otro un poco* [esto es bizqueaba; se creía que los bizcos son traidores y traen mala suerte a quienes miran] (I,22). También el gigante Pandafilando de la Fosca Vista, *porque es cosa averiguada que, aunque tiene los ojos en su lugar y derechos, siempre mira al revés, como si fuese bizco, y esto lo hace él de maligno y por poner miedo y espanto a los que mira* (I,30).

De semejantes juicios antropológicos no se libra el bachiller Sansón Carrasco: *Era el bachiller, aunque se llamaba Sansón, no muy grande de cuerpo, aunque muy gran socarrón... carirredondo, de nariz chata y de boca grande, señales todas de ser de condición maliciosa y amigo de donaires y de burlas como lo mostró en viendo a don Quijote* (II,3); ni tampoco Reinaldo de Montalbán *que era ancho de rostro, de color bermejo, los ojos bailadores y algo saltados* [incapaces de mantener la mirada y saltones; se atribuían a los traicioneros] *puntoso* [suspicaz] *y colérico en demasía, amigo de ladrones y de gente perdida* (II,1).

De *Torralba la pastora* [... se dice que] *era una moza rolliza, zahareña* [arisca] *y tiraba algo a hombruna, porque tenía unos pocos de bigotes* (I,20). Las mujeres con bigote tenían fama de malas, crueles y peligrosas. De ahí la descripción en parte contradictoria o más bien irónico-cómica que hace Sancho de Dulcinea:

—...*Aunque, para decir verdad, nunca yo vi su fealdad, sino su hermosura, a la cual subía de punto y quilates un lunar que tenía sobre el labio derecho, a manera de bigote* [el lunar sobre el labio era considerado como rasgo embellecedor, pero no y por lo dicho, a manera de bigote] (II,10).

También de la Maritornes, *moza asturiana* [que] *servía en la venta* se dice que era *ancha de cara, llana* [falta] *de cogote* [era casi una seña de identificación de los asturianos; un lugar común en el Siglo de Oro], *de nariz roma* [chata; señal de que era mujer lasciva o lujuriosa; también II,10 y 44], *del un ojo tuerta y del otro no muy sana* [I,16]. Y en otro pasaje dice don Quijote: *yo he oído decir muchas veces y a muchos discretos que, si él puede* [el diablo], *antes os la dará* [la mujer] *roma* [chata] *que aguileña* [si la puede dar mala, no la dará buena] (II,48).

Contrariamente hay descripciones rasgos y caracteres físicos que no son propios del criminal o delincuente, del violento o simplemente de gente mala.

Llegando don Quijote a la venta salió *el ventero, hombre que, por ser muy gordo, era muy pacífico* [en la época, se asociaba la obesidad a la flema y al carácter pacífico, en oposición al carácter colérico del enjuto don Quijote] (I,2). A Roque Guinart —al que Cervantes no considera criminal o delincuente pese a ser bandolero, de corte “romántico” (como ya se dijo)— lo describe del siguiente modo: *mostró ser de hasta edad de treinta y cuatro años, robusto, más que de mediana proporción, de mirar grave y color morena* (II,60).

VII

El derecho de propiedad está presente –directa o indirectamente– a lo largo de toda la Obra. Baste un ejemplo entre los muy abundantes: Habiendo don Quijote realizado destrozos en el retablo del Maese Pedro tal como se vió, este dice:

—*Con que me pagase el señor don Quijote alguna parte de las hechuras [figuritas, estatuillas] que me ha deshecho, quedaría contento y su merced aseguraría su conciencia, porque no se puede salvar quien tiene lo ajeno contra la voluntad de su dueño y no lo restituye* (II,26).

Pero don Quijote, con sentido poético inigualable, describe una situación utópica, un tiempo de felicidad natural en el que hubiese querido vivir: *Dichosa edad y siglos dichosos a quien los antiguos pusieron el nombre de dorados, y no porque en ellos el oro, que en esta nuestra edad de hierro tanto se estima, se alcanzase en aquella venturosa sin fatiga alguna, sino porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de tuyo y mío. Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes... Todo era paz entonces, todo amistad, todo concordia... No había la fraude, el engaño ni la malicia mezclándose con la verdad y la llaneza...* Tan bellísimo discurso lo da don Quijote cenando con unos cabreros y cuya inspiración en su estado de locura-cordura, le viene de mirar *atentamente un puño [puñado] de bellotas [que tenía] en la mano* (I,11).

Sin embargo tal situación contrasta con la realidad. Así le dice Sancho a don Quijote mostrándole el caldero lleno de gansos y de gallinas con motivo del soberbio banquete de las bodas de Camacho: *tanto vales cuanto tienes, y tanto tienes cuanto vales. Dos linajes solos hay en el mundo, como decía una agüela mía, que son el tener y el no tener, aunque ella al del tener se atenía; y el día de hoy, mi señor don Quijote, antes se toma el pulso al haber que al saber: un asno cubierto de oro parece mejor que un caballo enalbardado* [la idea, aquí claramente expresada, de que el status y la posición social se determina y fija no tanto por la formación y cultura de la persona como por su dinero, es de rabiosa actualidad] (II,20).

* * *

La responsabilidad civil objetiva de don Quijote por daños se pone de manifiesto en el contencioso ya visto que mantuvo con el maese Pedro por los daños causados en su retablo (II,26). Y la posible responsabilidad penal y civil de don Quijote con la correlativa indemnización de daños y perjuicios por obligar el Caballero a que se abra la jaula de los leones, es puesta de manifiesto por *el leonero [que] dijo a grandes voces:*

—*Seánme testigos cuantos aquí están como contra mi voluntad y forzado abro las jaulas y suelto los leones, y de que protesto a este señor que todo el mal y daño que estas bestias hicieren corra y vaya por su cuenta, con más mis salarios y derechos* [la forma de la frase corresponde a la jerga de los documentos] (II,17). En otro pasaje: *Y, así, desde ahora intimo a vuestra merced, señor escudero, que corra por su cuenta todo el mal y daño que de nuestra pendencia resultare*, díjole Sancho a *el del Bosque* [fórmula de escribanos empleada en las cartas requisitoriales civiles al aceptar el aplazamiento de un pleito] (II,14).

* * *

Frecuentes y variadas alusiones al Derecho de familia aparecen en la Obra, como en el resto de la producción literaria de Cervantes.

Se defiende la indisolubilidad del matrimonio. Dice al respecto don Quijote: *la [compañía] de la propia mujer no es mercaduría que una vez comprada se vuelve o se trueca o cambia, porque es accidente inseparable [esto es, cualidad no necesaria pero si producida se une indisolublemente a la persona] que dura lo que dura la vida: es un lazo que, si una vez le echáis al cuello, se vuelve en el nudo gordiano, que si no le corta la guadaña de la muerte, no hay desatarle* (II,19; también I, 33 y II,21).

Costumbre extendida era la celebración de matrimonios privados o en secreto –equivalentes al matrimonio sacramental– que prohibió el Concilio de Trento. Así, dice Dorotea, *tomando don Fernando una imagen que en aquel aposento estaba la puso de testigo de nuestro desposorio; con palabras eficacísimas y juramentos extraordinarios me dio la palabra de ser mi marido...* pronunciando una de las fórmulas más corrientes en esta clase de matrimonios: *“ves aquí te doy la mano de serlo tuyo, y sean testigos de esta verdad los cielos, a quien ninguna cosa se asconde, y esta imagen de Nuestra Señora que aquí tienes”* (I,28; también I,24).

Por otra parte, la Obra alude en varias ocasiones al alcance de la autoridad de los padres sobre la aprobación del matrimonio de los hijos (I,51 y II,19, por ejemplo; en el último capítulo citado don Quijote reflexiona sobre el asunto mostrando su preocupación por el error en la elección de pareja por los hijos pues *el amor y la afición con facilidad ciegan los ojos del entendimiento, tan necesarios para escoger estado, y el del matrimonio está muy a peligro de errarse, y es menester gran tiento y particular favor del cielo para acertarle*) primando la libertad de elección de estos, pues como decía el tío de Marcela y decía muy bien, *que no habían de dar los padres a sus hijos estado contra su voluntad* (I,12); y Dorotea: *ellos [mis padres] me casarían luego con quien yo más gustase* (I,28).

La autoridad del marido sobre la mujer –considerada débil e inferior al hombre; buen ejemplo la novela del “Curioso impertinente” (I,33, 34 y 35)– es indiscutible. Así, dice Teresa Panza a Sancho: *pero otra vez os digo que hagáis lo que os diere gusto, que con esta carga nacemos las mujeres, de estar obedientes a sus maridos, aunque sean unos porros* (II,5; tontos, zotes).

Finalmente, la preocupación de la época por la educación de los hijos, se pone de manifiesto por don Quijote en su plática con el Caballero del Verde Gabán: *Los hijos, señor, son pedazos de las entrañas de sus padres, y, así se han de querer, o buenos o malos que sean, como se quieren las almas que nos dan vida. A los padres toca el encaminarlos desde pequeños por los pasos de la virtud, de la buena crianza y de las buenas y cristianas costumbres, para que cuando grandes sean báculo de la vejez de sus padres y gloria de su posteridad; y en lo de forzarles que estudien esta o aquella ciencia, no lo tengo por acertado, aunque el persuadirles no será dañoso, y cuando no se ha de estudiar para pane lucrando [para ganarse la vida; el pan], siendo tan venturoso el estudiante que le dio el cielo padres que se lo dejen [el pan; esto es, rentas suficientes para vivir] sería yo de parecer que le dejen seguir aquella ciencia a que más le vieran inclinado* (II,16). También Teresa Panza comparte esta preocupación y así le dice a Sancho pensando ya en su futuro cargo de gobernador de la Insula: *...advertid que Sanchico tiene ya quince años cabales, y es razón que vaya a la escuela, si es que su tío el abad le ha de dejar hecho de la Iglesia* [para ser clérigo o para desempeñar al-

gundo de los cargos que se comprendían bajo el nombre genérico de sacristán]... *Y digo que si estáis porfiando en tener gobierno, que lleveis con vos a vuestro hijo Sancho, para que desde agora le enseñeis a tener gobierno, que bien es que los hijos hereden y aprendan los oficios de sus padres* (II,5).

* * *

El Derecho de Sucesiones se encuentra asimismo en la Obra. Buen ejemplo de ello es el testamento del propio don Quijote, más exactamente del ya cuerdo Alonso Quijano el Bueno (II,74). Pero en el siguiente pasaje que va a ser relatado, plantea Cervantes, quizás consciente o intuitivamente la siguiente cuestión: si por razones de interés público, científico o cultural puede ser desoída la voluntad del testador.

Grisóstomo enamorado de la pastora Marcela es desdeñado por ésta y en su testamento dispuso que los poemas a ella dedicados, Anselmo *los entregara al fuego en habiendo entregado su cuerpo a la tierra.*

—*De mayor rigor y crueldad usaréis vos con ellos —dijo Vivaldo— que su mismo dueño, pues no es justo ni acertado que se cumpla la voluntad de quien lo que ordena va fuera de todo razonable discurso. Y no le tuviera bueno Augusto César si consintiera que se pusiera en ejecución lo que el divino Mantuano dejó en su testamento mandado. Ansí que, señor Ambrosio, ya que deis el cuerpo de vuestro amigo a la tierra, no queráis dar sus escritos al olvido, que si él [Grisóstomo] ordenó como agraviado, no es bien que vos cumplais como indiscreto* (I,13).

La alusión que en la Obra se hace a Augusto y Mantuano (Virgilio) procede de la leyenda o tradición según la cual Virgilio ordenó que se quemase su Eneida por imperfecta; sin embargo César Augusto dispuso la publicación de la obra yendo así contra la voluntad del poeta. Cabe recordar aquí con Tomás Carreras y Artau la famosa disposición testamentaria de Wagner que reservó en exclusiva para el teatro de Bayreuth la representación de su obra Parsifal. Hace ahora un siglo un tribunal de Munich ante la conculcación de la voluntad del músico alemán —la obra se representó en el teatro Metropolitan de Nueva York— adoptó una decisión que recuerda a la de Vivaldo.

VIII

Además de los oficios, servicios, trabajos y actividades más conocidos y tradicionales relacionados con la Iglesia —la Santa Hermandad incluida— el ejército, la política o la justicia (curas, capitanes, soldados, jueces, escribanos...) a lo largo de toda la Obra se mencionan o aluden con distinta precisión y descripción —normalmente traídos solo a colación en el contexto del relato— los siguientes por orden alfabético y entre otros:

Agujeros: fabricantes de agujas. *Albañil*: y con el mismo significado, *arbañir*. *Alcahuete*. *Aprendiz*: el escalón más bajo en la jerarquía profesional del gremio. *Arrendador* *alcabalero*: arrendador de impuestos o alcabalas, actividad que, entre otras, desempeñó también Cervantes. *Astrólogo*: uno de los varios oficios que debe poseer un caballero andante. *Barbero*: múltiples veces aludido; también como pseudo-médico. *Caballerizo*. *Cabrerizo*. *Capataces*. *Carretero*. *Castrador de puercos*. *Corredores de lonja*: agentes o corre-

dores de comercio en la lonja o bolsa de mercaderías. *Cautivos del concejo*: sirven a la ciudad en las obras públicas que hace y en otros oficios. *Corchete*: agente de la justicia o de la autoridad; guardia. *Criados*. *Chilladores*: pregoneros de los delitos del reo que va siendo azotado por la calle. *Criado de librea*. *Dueña*. *Dueña de la casa*: mujer de edad que, pese a la expresión, trabajaba para las familias nobles o acomodadas formando parte de la servidumbre. *Esclavos*. *Escudero*: criado; el oficio de Sancho; también el de los secuaces del bandolero catalán Roque Guinart. *Físico*: médico. *Galeotes*: condenados por sus delitos a remar en galeras. *Ganadero*. *Garzones*: paje de confianza del turco. *Guardas*. *Guardianes*. *Herbolario*: conocedor de las plantas útiles; uno de los varios oficios que debe poseer un caballero andante. *Hostalero*. *Jornalero*. *Jurisperito*: uno de los varios oficios que debe poseer un caballero andante. *Labrador*. *Labradora*: como *Dulcinea... labradora del Toboso* (I,31). *Verdad sea* [dice Sancho] *que la que yo ví fue una labradora, y por labradora la tuve, y por tal labradora la juzgué* (II,33). *Leonero*: cuidador de leones. *Maestro*: en el escalón superior dentro de la jerarquía profesional del gremio. *Maestresala*. *Mayorales*. *Mayordoma y señora de su hacienda*, actividad que desempeñaba Luscinda hija de un rico labrador: *tenía yo la cuenta [y] por mí se recibían [contrataban] y despedían criados... los ratos del día que me quedaban después de haber dado lo que convenía a las mayores, a capataces y a otros jornaleros, los entretenía en ejercicios que son a las doncellas tan lícitos como necesarios* (I,28). *Mayordomos*. *Médico*. *Ministros de la limpieza*: sirvientes. *Molinero*. *Mozo de campo y plaza*: criado. *Oficiales*: escalón intermedio en la estructura profesional del gremio. *Pajes*. *Pastores*. *Peones de arbañir*: peones de albañil. *Pescadores*. *Pícaros de cocina*: pinche de cocina. *Porquero*. *Remendón*. *Sastre*. *Segadores*. *Tejedor*: de hierros de lanzas. *Tendero*: *¿Cómo y es posible, Sancho Panza hermano, que no conoces a tu vecino Ricote el morisco, tendero de tu lugar?* (II,54). Entre los moriscos –expulsados de España a principios del siglo XVII– era frecuente el oficio de tendero; también el de labrador, jornalero y criado. *Titerero*: titiritero; manipulador de marionetas. *Trujamán*: traductor, intérprete, declarador. *Zapatero*. *Vasallos*: *Tu vasalla soy [dice Dorotea], pero no tu esclava* (I,18). *Ventero y Verdugo*.

En la terminología jurídica actual estaríamos según los casos y circunstancias, ante relaciones eclesiásticas, funcionariales, laborales asalariadas incluido el servicio doméstico, profesionales o liberales, trabajo forzado o semiforzado, autónomo o actividad empresarial. Otras actividades no presentan relación jurídica concreta o apreciable como la de los denominados *entretenidos de cocina* a los que aludiremos posteriormente.

Algunos de los oficios señalados se agrupaban en los conocidos gremios. No es tanto aquí como en la Novela Ejemplar *Rinconete y Cortadillo*, con Monipodio ejerciendo de maestro de la rufianesca, el lugar donde Cervantes deja patente su profundo conocimiento de la existencia y estructura de los gremios formada, en su composición más conocida, por maestros, oficiales y aprendices. Pero algunas alusiones hay no obstante. Así por ejemplo, en el “pleito de las caperuzas” se presentan ante Sancho un labrador y un sastre y este último le dice al escudero en aquel momento mandamás absoluto de la Insula de Barataria:

—*Señor Gobernador, yo y este hombre labrador veníamos ante vuestra merced en razón de que este buen hombre llegó a mi tienda ayer, que yo, con perdón de los presentes, soy sastre examinado, que Dios sea bendito...* (II,45). Se aprecia en el texto el status social que conlleva

va la posesión y/o realización de un oficio. Late aquí el refrán *hombre apercebido, medio combatido* (II,17) que vale como decir que “el hombre preparado tiene medio trabajo hecho”. El sastre ha sido ya *examinado*, ha pasado por las pruebas pertinentes, ha dejado de ser aprendiz y ascendido en la jerarquía profesional del gremio a la condición de oficial. La exclamación *que Dios sea bendito*, es más que pertinente debido a la mala fama que tenía el oficio como por lo demás se pone de relieve en el texto.

* * *

A lo largo de la Obra se pone de manifiesto el trabajo como medio de vida; cada uno vive de su trabajo, dándose así la necesaria retribución por los servicios que se prestan. Así, el famoso bandolero catalán Roque Guinart al asaltar a unos viajeros y confiscarles sus bienes les dice con cortesía socarrona:

—*Vuestas mercedes... sean servidos de prestarme sesenta escudos, y la señora regenta ochenta, para contentar a esta escuadra [de bandoleros] que me acompaña, porque el abad, de lo que canta yanta* (II,60), expresión esta última que con leve modificación, *el abad de donde canta yanta*, se trae también a colación para justificar, los honorarios de Sancho haciendo las veces de médico por sus servicios prestados a un enfermo (II,71).

Asimismo cuando don Quijote conmina al leonero a que abra las jaulas de los leones pues de lo contrario —dice— *¡...con esta lanza os he de coser con el carro!* Házelo así el leonero pero advirtiéndole que, ante la más que probable pérdida de su empleo, el Caballero debe hacerse cargo de sus *salarios y derechos* (II,27); o cuando el propio Sancho le dice a don Quijote que en tiempos en los que *servía... a Tomé Carrasco, el padre del Bachiller Sansón Carrasco... dos ducados ganaba cada mes, amén de la comida* (II,28); salario, pues, en metálico y en especie, este último propio de las actuales relaciones al servicio del hogar familiar. Parece que Sancho cuando estaba al servicio de Tomé Carrasco era un simple criado. En otro pasaje de la Obra se alude a esta misma actividad pero mejor considerada; criado en definitiva de mayor categoría o consideración:

—*Y dígame por su vida, amigo —preguntó don Quijote— ¿es posible que en los años que sirvió no ha podido alcanzar alguna librea?* [criado de librea era el que estaba al servicio de la nobleza] (II,24).

Trabajo asalariado asimismo es el realizado por el ama de don Quijote como corrobora éste al hacer testamento: *Y la primera satisfacción que se haga quiero que sea pagar el salario que debo del tiempo que mi ama me ha servido y más veinte ducados para un vestido* (II,74). También el prestado por el pastor Andrés, menor de edad, al rico labrador Juan Haldudo en el pasaje ya relatado (I,4). Y finalmente también, cuando Pedro Recio le dice a Sancho gobernador: *Yo, señor soy médico y estoy asalariado en esta ínsula* (II,47). Nótese que en este caso y en contra de lo habitual, los servicios del médico se remuneran mediante salarios y no con honorarios.

Por otra parte, en la Obra aparecen casos de retribución no salarial por los servicios prestados, contemplándose ya la figura del “empresario” o “trabajador autónomo” como prestador de un servicio a un tercero o cliente.

Así, el ventero reclama a don Quijote *el gasto que esta noche ha hecho en la venta*, el Caballero excusa el pago diciendo que si lo hiciera sería *contravenir a la orden de los caballeros andantes... que jamás pagaron posada ni otra cosa en venta donde estuvieren, porque*

se les debe de fuero y de derecho cualquier buen acogimiento que se les hiciere... Ante tal situación el ventero con cierto tono de amenaza le dice a don Quijote:

Págueme lo que se me debe y dejémonos de cuentos ni de caballerías, que yo no tengo cuenta con otra cosa que con cobrar mi hacienda [mi trabajo; mi actividad como ventero y el gasto realizado: paja y cebada de sus dos bestias (Rocinante y el rucio de Sancho) ...cena y camas] (I,17).

* * *

El pasaje más conocido de trabajo forzoso es el contemplado en el episodio de los galeotes (I,22) al que ya se ha hecho referencia. Otros supuestos de trabajos forzosos o de esclavitud aparecen en la Obra. Así relata un caballero sus peripecias como cautivo del turco, diferenciando la obligación de realizar o no determinados trabajos en función de su condición o “status” como cautivo:

Entretenía la vida, encerrado en una prisión o casa que los turcos llaman baño, donde encierran los cautivos cristianos, así los que son del rey como de algunos particulares, y los que llaman del almacén [administración pública; gobierno] que es como decir cautivos del concejo, que sirven a la ciudad en las obras públicas que hace y en otros oficios; y estos tales cautivos tienen muy dificultosa su libertad, que, como son del común y no tienen amo particular, no hay con quien tratar su rescate, aunque le tengan. En estos baños, como tengo dicho, suelen llevar a sus cautivos algunos particulares del pueblo, principalmente cuando son de rescate, porque allí los tienen holgados y seguros hasta que venga su rescate. También [tampoco] los cautivos del rey que son de rescate no salen al trabajo con la demás chusma [con los que realizan trabajo forzado], si no es cuando se tarda su rescate; que entonces, por hacerles que escriban por él con más ahínco, les hacen trabajar e ir por leña con los demás, que es un no pequeño trabajo (I,40).

Por otra parte, no era infrecuente en la época que las familias pudientes tuvieran como criados a esclavos negros, formando parte del servicio doméstico. Así, *díjose a sí mismo* Sancho ante la posibilidad de que don Quijote se case con la princesa Micomicona y *ser por lo menos rey de Micomición, de un reino [que] era en tierra de negros:*

—¿Qué se me da a mí que mis vasallos sean negros? ¿Habrá que cargar con ellos y traerlos a España, donde los podré vender y adonde me los pagarán de contado, de cuyo dinero podré comprar algún título [nobiliario] o algún oficio [cargo oficial] con que vivir descansado todos los días de mi vida? (I,29). Sancho se ve jubilado, como ve la duquesa en otro pasaje a su rucio: *Llévele... Sancho al gobierno, y allá le podrá regalar como quisiere, y aún jubilarse del trabajo.*

* * *

Del forzado a trabajar, al “forzado” a no hacerlo. Explica el cura al barbero que los libros de caballería se imprimen *para entretener nuestros ociosos pensamientos... como se consiente en las repúblicas bien concertadas que haya juegos de ajedrez, de pelota y de trucos [una suerte de billar] para entretener a algunos que ni tienen, ni deben, ni pueden trabajar (I,32).* Se refiere el cura a algunos hidalgos a los que les estaba vedado el ejercicio de los conocidos como “oficios viles, mecánicos y manuales” así como ser remunerados por lo que hacían.

Siendo ya Sancho gobernador quiere prohibir las casas de juego. Un escribano le comenta y explica cual es la situación al respecto en la ínsula:... *y pues el vicio del juego se ha vuelto en ejercicio común, mejor es que se juegue en casas principales que no en la de algún oficial* (II,49). Se contraponen *oficial* como la persona que ejerce un oficio, con los *caballeros principales y señores* para los que tal ejercicio estaba socialmente prohibido.

Late una cierta minusvaloración o menosprecio hacia el trabajo en general o cuando menos para determinadas clases, actividades u oficios. Así, no era infrecuente menospreciar a una persona identificándola con sus herramientas, útiles o instrumentos de trabajo. De ahí que don Quijote sintiéndose ofendido y después de un largo parlamento le espeta al barbero: *digo esto porque sepa el señor hacia [vasija para remojar la barba] que le entiendo*.

O minusvalorar el propio trabajo. Así, *Sancho Panza halló a la tal señora Dulcinea... ahechando [limpiando] un costal de trigo*. Don Quijote ve en la actividad que realiza su amada Dulcinea la venganza de los encantadores diciendo: *quieren quitarme la vida maltratando la de Dulcinea, por quien yo vivo; y, así, ...la convirtieron en villana y ocupada en tan bajo ejercicio como es el de ahechar [limpiar] trigo* (II,32).

También en alusión a los denominados *pícaros de cocina* [pinches de cocina, considerado uno de los oficios de más baja condición como lo demuestra el que la frase se completa con] *y otra gente menuda* (II,32).

La propia Teresa mujer de Sancho reconoce su condición: *yo no soy nada palaciega, sino una pobre labradora, hija de un estripaterrones* (II,50), esto es, de un labrador pobre. La expresión utilizada actualmente hoy es la de “destripaterrones” con mayor alcance que en la época de Cervantes: ofensiva y de menosprecio en general y en particular para el que no tiene oficio ni beneficio, o teniéndolo es de ínfimo valor.

El menosprecio se manifiesta incluso también en el trato. Estando Sancho Panza en casa de los duques, *con voz reposada [no exenta de sarcasmo] dijo*:

—*¡Hola señores caballeros!* La palabra “hola” se utilizaba para tratar con los inferiores llamando su atención antes de darles una orden. Los tales *señores caballeros* eran los llamados *entretendidos de cocina*, gente sin oficio ni beneficio que deambula por de las cocinas de las familias pudientes o acomodadas para comer las sobras que les dan. *La canalla* (II,32).

En el ya aludido “pleito de las caperuzas”, el sastre se refiere al labrador como *buen hombre* (II,45) develando tal expresión un tono despectivo. También emplea esta expresión el cuadrillero al dirigirse a don Quijote: *pues ¿cómo va, buen hombre?* y este ofendido le contesta: *Hablara yo más bien criado [con mejor educación] si fuera que vos [si estuviese en su lugar] ¿Úsase en esta tierra hablar desa suerte a los caballeros andantes, majadero?* (I,17). Nótese que hoy en día “buen hombre”, revela según el caso y circunstancias, condición simple o modesta de la persona, con diferencia notoria a la de “hombre bueno”.

* * *

Especial atención, pues así se la presta en la Obra, merece la relación entre don Quijote, caballero andante y amo, y Sancho Panza, su escudero, andante también como no podía ser menos, y criado. El amo tiene autoridad casi absoluta sobre el cria-

do quedando este sometido a una férrea subordinación. Es su señor y le debe lealtad; pero también su amigo, padre y protector como si de una proyección natural de la familia se tratase. En efecto, Sancho es para don Quijote su *hijo* (I,17); su *amigo* (I,20 y II,7); pero también *escudero fiel y legal* [recordando aquí las cualidades que se exigían de los escribanos] (I,20). El propio Sancho le dice: *yo salí de mi tierra y dejé hijos y mujer por venir a servir a vuestra merced*. Y así, en tal condición y estado, podría decirse, hasta la muerte:

Del Cachidiablo [figura burlesca], *académico de la Argamasilla, en la sepultura de Don Quijote* [se lee]:

*Aquí yace el caballero...
Sancho Panza el majadero
yace también junto a él
escudero el más fiel
que vio el trato de escudero
[oficio; condición (I,52)].*

En discusiones habidas entre ambos (recuérdese la legítima defensa de Sancho –II,60– ya citada), don Quijote afirmando su autoridad le exige obediencia: *Haz lo que tu amo te manda, y siéntate con él a la mesa* [obedece y te lo agradecerán] (II,29) y le recuerda su condición: *De todo lo que he dicho has de inferir, ...que es menester hacer diferencia de amo a mozo, de señor a criado y de caballero a escudero*.

A lo que contesta Sancho:

—*Mas bien puede estar seguro de que aquí adelante no despliegue mis labios para hacer donaire de las cosas de vuestra merced, si no fuere para honrarle, como a mi amo y señor natural*.

—*Desa manera* —replicó don Quijote— *vivirás sobre la haz de la tierra* [tranquilo y en paz], *porque, después de a los padres, a los amos se ha de respetar como si lo fuesen* (I,20). En otro pasaje se lee: *Sancho, a la más mínima voz de su amo, obedeció como buen criado* (I,45).

El sentido paternalista y protector antes aludido se pone de manifiesto en el uso de la época, conforme al cual el señor hacía la señal de la cruz en la frente del criado (también el padre en la del hijo) encomendándole así a Dios antes de emprender un viaje o de realizar una tarea importante o dificultosa. Así, le dice Sancho a don Quijote:

—*Aparéjese vuestra merced a echarme su bendición, que luego pienso partirme, sin ver las sandeces que vuestra merced ha de hacer...* (I,25).

Se hace patente asimismo en el siguiente hermosísimo pasaje en el que don Quijote le dice a Sancho:

—*Oh tú, bienaventurado sobre cuantos viven sobre la haz de la tierra, pues... duermes con sosegado espíritu... ni la ambición te inquieta, ni la pompa vana del mundo te fatiga, pues los límites de tus deseos no se extienden a más que a pensar tu jumento, que el de tu persona sobre mis hombros le tienes puesto, contrapeso y carga que puso la naturaleza y la costumbre a los señores. Duermes el criado y está velando el señor, pensando cómo le ha de sustentar, mejorar y hacer mercedes. La congoja de ver que el cielo se hace de bronce sin acudir a la tierra con el con-*

veniente rocío no aflige al criado, sino al señor, que ha de sustentar en la esterilidad y hambre al que le sirvió en la fertilidad y abundancia (II,20).

* * *

Diálogo entre Babieca y Rocinante

*¿Cómo estais, Rocinante tan delgado?
Porque nunca se come, y se trabaja
Pues ¿qué es de la cebada y de la paja?
No me deja mi amo ni un bocado
Andá señor, que estais muy mal criado
pues vuestra lengua de asno al amo ultraja*

El transcrito diálogo entre los caballos del Cid y de don Quijote que aparece en el Prólogo a la Primera Parte de la Obra –aparte de evidenciar el uso poético de la época consistente en la crítica irónica de los animales a sus amos– sirve también para poner de manifiesto y comprender mejor las circunstancias y avatares en los que Sancho presta servicios a don Quijote como escudero andante (pues andante era también, como es sabido, el Caballero) sobre todo en lo referente a su remuneración. El vínculo que une a Sancho con don Quijote y el poder y autoridad de este sobre aquél no impide la discusión –constante a lo largo de la Obra (I,18, 20; II,7, 28, entre otros), incluso en su final con reflejo en el testamento de don Quijote (II,74)–, en realidad la negociación sobre la naturaleza jurídica de los servicios que presta y sobre las condiciones retributivas: *mercedes* para don Quijote; salarios para Sancho. Para los pormenores de esta irreplicable y extraordinaria relación, y como homenaje y emocionado recuerdo a su persona, remito a Olea –y lo cito así pues ya mora en el Olimpo de los Clásicos– que tanto y tan bien reflexionó en varias ocasiones sobre si la relación entre don Quijote y Sancho era o no de naturaleza laboral y sobre los salarios y mercedes².

IX

No parece que Cervantes haya sido jurisperito. En todo caso es algo que no tiene respuesta certera. Sin embargo, sus conocimientos jurídicos –sin entrar aquí en las fuentes en las que bebió, aunque no pocas se desvelan sin dificultad– son patentes a lo largo de toda su obra literaria y en especial en *el Quijote*. Pero no existe –ni lo pretendió– una construcción jurídica unitaria, una visión conjunta del Derecho, una construcción de filosofía jurídica o de doctrina jurídico-política. Autorizadas opiniones han señalado que Cervantes (como Quevedo) tenía aversión al hombre de leyes. Quizá, pero con todo, creo que Cervantes desde su personalísimo estilo poético-filosófico gustó del Derecho

2. Una de ellas, el Discurso pronunciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de León el día 23 de enero de 1996, con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort.

y de la Justicia y ese gusto lo materializó fundamentalmente en don Quijote. Lo considera como su *hijo*—*hijo seco, avellanado, antojadizo y lleno de pensamientos varios y nunca imaginados de otro alguno* (Prólogo a la primera parte de la Obra)—; se identifica con él: *para mí sola [mi pluma] nació don Quijote y yo para él: él supo obrar y yo escribir, solo los dos somos para en uno...* (II,74); y le atribuye la condición de jurisperito entre otras cualidades que adornan a la vez que conforman la personalidad del Caballero Andante.

Pues es mi profesión [dice don Quijote] favorecer y acorrer a los necesitados deste mundo, también lo seré [profeso; de la profesión que yo profeso (II,18)] para acorrer y ayudar a los menesterosos del otro mundo, que no pueden ayudarse por sí propios (II,60).

La profesión en definitiva es la de caballero andante que es, al mismo tiempo, una ciencia que a su vez encierra otras profesiones, conocimientos y oficios, entre ellas la de jurisperito. Así, le pregunta el poeta don Lorenzo, hijo del Caballero del Verde Gabán:

—*Paréceme que vuesa merced ha cursado las escuelas: ¿qué ciencias ha oído? [¿qué asignaturas ha cursado?].*

—*La de la caballería andante* —respondió don Quijote—, *que es tan buena como la de la poesía, y aun dos deditos más.*

—*No sé qué ciencia sea esa* —replicó don Lorenzo—, *y hasta ahora no ha llegado a mi noticia.*

—*Es una ciencia* —replicó don Quijote— *que encierra en sí todas o las más ciencias del mundo, a causa que el que la profesa... ha de ser teólogo, para saber dar razón de la cristiana ley que profesa, clara y distintamente, adondequiera que le fuere pedido; ha de ser médico, y principalmente herbolario, para conocer en mitad de los despoblados y desiertos las yerbas que tienen virtud de sanar las heridas, que no ha de andar el caballero andante a cada triquete [a cada paso] buscando quien se las cure, ha de ser astrólogo, para conocer por las estrellas cuántas horas son pasadas de la noche y en qué parte y en qué clima del mundo se halla; ha de saber las matemáticas, porque a cada paso se le ofrecerá tener necesidad dellas; y dejando aparte que ha de estar adornado de todas las virtudes teologales y cardinales, decendiendo a otras menudencias, digo que ha de saber nadar como dicen que nadaba el peje [pez] Nicolás o Nicolao, ha de saber herrar un caballo y aderezar la silla y el freno, y, volviendo a lo de arriba, ha de guardar la fe a Dios y a su dama; ha de ser casto en los pensamientos, honesto en las palabras, liberal en las obras, valiente en los hechos, sufrido en los trabajos, caritativo con los menesterosos y, finalmente, mantenedor de la verdad, aunque le cueste la vida el defenderla... [y naturalmente], ha de ser jurisperito y saber las leyes de la justicia distributiva y comutativa, para dar a cada uno lo que es suyo y lo que le conviene... De todas estas grandes y mínimas partes se compone un buen caballero andante (II,18).*

El propio don Quijote se tiene a sí mismo por jurisperito. ¿Cabe la duda?

Considérelo el lector. *Vale* [fórmula clásica de despedida deseando salud y felicidad] (Prólogo a la primera parte y II,74).

Finis

El artículo 46 LORAFNA y el régimen local navarro¹

Juan-Cruz Alli Aranguren*

1. Introducción

El artículo 46 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA) se estudia como punto de partida de las competencias que en materia de régimen local tiene reconocidas la Comunidad Foral. La disertación va a constituir un desarrollo del contenido del precepto, del régimen de autonomía municipal y de las competencias. Por eso analizo el precepto en sus apartados, haciendo referencia a su génesis y evolución en los debates que la negociación planteó, porque esto nos aclara algunos matices de su significado.

Quien se aproxima al artículo 46 LORAFNA se puede encontrar con que todo él resulta conocido. La invocación de la normativa histórica, el control por parte de la Diputación de los actos de los Ayuntamientos y la autonomía municipal son referencias constantes en el régimen local de Navarra, aunque con significados distintos en cada momento histórico. Sin embargo, ha cambiado la perspectiva, porque hoy se han de ver dentro del marco del ordenamiento vigente, apoyados en la Constitución y en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, entendiéndose que todo aquello que se pueda separar de este marco admite una valoración dudosa en su adecuación al marco superior en el que se ha de desarrollar el ejercicio de la competencia histórica, conforme a la Disposición Adicional Primera de la Constitución. En primer lugar, porque la Disposición Adicional tercera de esa Ley establece su vigencia en Navarra “en lo que no se oponga al régimen que para su administración local establece el artículo 46 LORAFNA”. Además, porque, como declaró el Tribunal Constitucional en la senten-

1. Este trabajo es la versión actualizada, con notas y bibliografía de una conferencia pronunciada con el mismo título en un curso para funcionarios locales.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra

cia de 28 de julio de 1981, la Constitución es la “norma suprema del Estado como totalidad y, en consecuencia, sus principios obligan por igual a todas las organizaciones que forman parte de esta totalidad”.

2. Competencias de la Comunidad Foral sobre la Administración local

El artículo 46 formula en su apartado 1 un reconocimiento y asignación de competencia histórica y exclusiva a Navarra en cuanto se refiere a la Administración Local. No contiene una enumeración de competencias, sino la referencia a unos marcos normativos donde se han ido reconociendo aquéllas: la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, el Real Decreto Ley Paccionado de 4 de noviembre de 1925 y disposiciones complementarias, la Base 68 de la Ley de 17 de julio de 1945, el artículo 209 del Texto Refundido de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de 1952. Con la invocación de estas disposiciones se sentaron las bases del derecho histórico en la materia. A este se han de añadir “las que, siendo compatibles con las anteriores, puedan corresponder a las Comunidades Autónomas o a las provincias, conforme a la legislación básica del Estado”.

Este apartado del precepto es uno de los puntos que menos polémica suscitó en el desarrollo de la negociación respecto al Amejoramiento. En el texto que inicialmente se elaboró todo el apartado formaba un solo párrafo, sin la división en dos apartados del texto definitivo. A propuesta de la Comisión Negociadora de Navarra, en el elaborado a finales de enero de 1982, se efectuó la división en dos apartados. En el primero se hace referencia a la legislación histórica, en el segundo a las competencias que en materia de Administración local pudieran corresponder a Navarra del mismo modo que a otras Comunidades Autónomas o a las Provincias. Se justificó esta modificación para evitar que “la expresión final del segundo (‘conforme a la legislación básica del Estado’) pudiera atribuirse a la materia contemplada en el primero. Este distinguo es fundamental, puesto que las facultades y competencias que en uno y otro se contemplan tienen distinta procedencia”².

Conforme al último inciso del apartado b) corresponden a Navarra las competencias que, siendo compatibles con las históricas, puedan corresponder a las Comunidades Autónomas o a las Provincias conforme a la legislación básica del Estado. En este apartado está claro que tal conformidad con la legislación básica del Estado se refiere a las Comunidades Autónomas y a las Provincias, mientras que en la primitiva redacción, al ser un todo continuo, se podía interpretar que la invocación de la legislación básica del Estado también alcanzaba a la Ley de 1841 y al Real Decreto Ley de 1925. Para evitar que pudiese ser interpretado el derecho histórico con la apostilla de “con-

2. Así se justificó en el documento que recogió las fórmulas elaboradas en las reuniones mantenidas entre el 11 a 14 de enero de 1982. Era entonces el artículo 7 del Título II.

forme a la legislación básica del Estado”, con lo cual el derecho histórico no tendría entidad de por sí, sino que se acomodaría a la legislación básica, se efectuó la separación en dos apartados, uno con la referencia a las competencias históricas y otro a las propias de las Comunidades Autónomas y las Provincias según el régimen derivado de la Constitución.

2.1. Legislación histórica

2.1.1. *Ley de 16 de agosto de 1841*

En la Ley de 1841 se estableció el principio del uniformismo liberal, de la unidad en la organización, la composición y la elección de los Ayuntamientos (art. 5). Sin embargo, hay una remisión a la legislación anterior propia de Navarra.

El artículo 6, en cuanto se refiere a la administración económica interior de los fondos y propiedades, prevé que se haga bajo la dependencia de la Diputación, con arreglo a la legislación propia de Navarra. En el resto de las atribuciones regirá la legislación general (art. 7).

También se hace referencia a las instituciones históricas en el artículo 10, en cuanto a la administración de los propios, rentas, efectos vecinales, etcétera, porque se atribuyen a la Diputación las competencias y facultades que correspondían a la Diputación del Reino y al Consejo Real de Navarra.

El artículo 14 dispuso que los aprovechamientos en Andía, Urbasa, Bardenas y demás comunes se acomodaran a las leyes de Navarra y a los privilegios de los pueblos.

El precepto de la Ley de 1841 al que más partido se ha sacado, como veremos en relación con la Ley de 1925, es la remisión que el artículo 10 hace a las facultades de la Diputación del Reino y del Consejo Real³. A partir de ellas se estableció un claro poder superior de carácter jerárquico en la Diputación sobre todas las entidades locales, siguiendo el modelo del centralismo liberal, pero sustituyendo el control de la Administración estatal por el de la Diputación. En la tesis que podemos llamar tradicional, defendida desde las estructuras del poder y la Administración foral, se ha sostenido que la Diputación tenía asumidas, en virtud de ese artículo, todas las competencias que correspondían históricamente a aquellas instituciones. En un continuo proceso de regulación, de intervención económica y de incorporación de sucesivas técnicas de control, se logró establecer un marco político y legal de regulación de la vida local desde la Diputación Foral.

Históricamente, la Diputación del Reino ejecutaba y vigilaba el cumplimiento de las decisiones de las Cortes y trataba de suplirlas en los periodos entre las sesiones de aquellas. Como lo demuestran algunos de los debates más significativos, representaban el contrapoder del Reino al del virrey, que, como representante del Monarca, trataba de imponer su política e incrementar su poder a costa del propio del Reino.

3. SALCEDO IZU, J. J., *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1964; *La Diputación del Reino de Navarra*, idem., 1969.

El Consejo Real tenía un ámbito competencial mayor, porque, con las jurisdiccionales en el ámbito civil y criminal como Tribunal de apelación, le correspondía la competencia legislativa. Prueba de ella son las Ordenanzas que dictó en 1547 y 1622, que suponían una contraposición entre el Derecho del Reino, formado por las leyes de las Cortes, y el Derecho del Rey que eran las Ordenanzas del Consejo Real. Las primeras que afectaron a la vida local fueron las conocidas como “Ordenanzas viejas”, incorporadas a la Novísima Recopilación (Libro I, Título X, Ley XX), en las que se estableció la necesidad de la autorización del Virrey o del Consejo para hacer repartos de gastos entre los vecinos o para tomar dinero en censo, existía control económico de la rentas y posibilidad de inspecciones.

Las Ordenanzas penetraron cada vez más en la vida municipal, hasta el punto de que en las de 1622 se legisló sobre el gobierno de los pueblos, se instituyó el régimen de organización municipal, elección de Alcaldes, Jurados, Regidores, etcétera, y el funcionamiento de los Ayuntamientos, en su orden de sesiones. Además, se reguló el régimen económico con control e intervención por parte del Consejo Real, incluidos recursos ante el mismo en relación con las decisiones municipales, regulación de las prestaciones de servicios por parte de los Ayuntamientos fundamentalmente en los suministros (los vínculos como medio de resolver el problema del hambre o de garantizar un producto básico como el pan), y también se establecían normativas sobre cómo se debía hacer la gestión municipal y el control de las cuentas. Como dato anecdótico, se limitaron los gastos de las comidas de los Ayuntamientos con motivo de la aprobación de las cuentas: “una comida con moderación el día de averiguación y remate de las cuentas de los dichos propios”.

La Ley XXV de 1604 de la Novísima Recopilación (Libro I, Título XII) estableció que los pueblos con libre administración pudiesen realizar gastos con la intervención de las personas que designase anualmente el Consejo. Yanguas y Miranda calificó la tutela del Consejo de “tan insoportable como costosa y perjudicial a la misma administración municipal; porque los Ayuntamientos no podían dar un paso sin pedir la aprobación al Tribunal”⁴.

Estas premisas históricas se interpretaron en el sentido de que todas aquellas atribuciones que en el orden normativo, ejecutivo y de control correspondían a la Diputación de las Cortes de Navarra y al Consejo Real pasaron íntegramente a la Diputación Provincial por el reconocimiento realizado por el artículo 10 de la Ley de 1841. Pero no sólo las legislativas, también las jurisdiccionales, de ahí que, como veremos más adelante, se haya hablado de la existencia en la Diputación de unas facultades jurisdiccionales retenidas. No era de esta opinión Yanguas y Miranda, para quien en el momento de la Ley de 1841 las atribuciones de esas instituciones históricas eran, fundamentalmente, las siguientes:

a) En primer lugar el Consejo sólo tenía competencia en cuanto a la administración de propios y rentas: “en las últimas Cortes de los años 1828 y 29, la ley 25 estableció la forma en que los ayuntamientos debían administrar los propios y rentas de los pue-

4. YANGUAS Y MIRANDA, J., *Manual para gobierno de los Ayuntamientos de Navarra*, Pamplona, 1846, p. 9.

blos, bajo la suprema autoridad del Consejo; y es la única que hoy rige habiendo quedado derogadas todas las anteriores. De esta ley fueron exceptuados los pueblos que por privilegio, o costumbre, dejaban de dar cuentas al Consejo”⁵. Este era el “estado de las atribuciones que, al tiempo de su extinción, ejercía el Consejo de Navarra y que en la parte administrativa fueron transmitidas a la Diputación provincial, por la ley de 16 de agosto de 1841, en toda su integridad”⁶.

b) Respecto a las atribuciones de la Diputación del Reino, “además de los encargos que le dejaban las Cortes hasta la reunión de las siguientes, ejercía las atribuciones de velar sobre los derechos de los pueblos y observancia de las leyes”; administraba los fondos y propios de la provincia y los arbitrios para los caminos; concedía naturaleza a extranjeros que establecieran fábricas; ejercía la dirección general administrativa y económica de los arbolados; repartía entre los pueblos el donativo, los alojamientos y bagajes, los tránsitos de tropas, y formaba las ordenanzas municipales⁷.

La tesis tradicional sostenida desde las instancias forales era la de que en Navarra su Diputación, como heredera de la Diputación del Reino y del Consejo Real, tenía todas las facultades en los órdenes legislativo, tutelar, de control y administrativo que correspondían al antiguo Reino. Se hizo a partir de una idea de que la Ley de 1841 se limitó a acomodar lo que no era conforme al régimen liberal, de modo que todo lo no previsto en ella y, por tanto, no acomodado –porque no había necesidad de hacerlo– seguía siendo propio de las instituciones de Navarra.

Esto explica el carácter expansivo que tuvo el régimen foral y la constante invocación del Derecho y las instituciones del Reino, como elementos justificantes de algo propio no afectado por la citada Ley. Durante el periodo posterior la Diputación dictó numerosas disposiciones y adoptó acuerdo de carácter general, además de todos los actos de administración económica, incluidos los tributarios. De este modo se configuró un régimen administrativo y local propio, como lo acreditaron las recopilaciones de Oroz y Toni.

Podemos afirmar que esta práctica, junto con la construcción de la naturaleza *paccionada* de las leyes y el *principio del pacto*, configuraron los fundamentos del régimen foral en la época liberal primero y en los momentos históricos posteriores, hasta calar en la conciencia colectiva e, incluso, llegar a incorporarse en textos legales estatales, lo que supuso el reconocimiento por la parte *contraria* –el Estado y su Administración– que podía discutirlo y, de hecho, lo hacía en numerosas ocasiones⁸.

En uno de los trabajos previos a la negociación de la LORAFNA, titulado “Convenio entre el Estado y Navarra para armonización de competencias comunes y forales” formulado el 17 de enero de 1981 por el vicesecretario de la Diputación, don Raimundo Aldea,

5. YANGUAS Y MIRANDA, J., *Manual...*, cit., pp. 33 y 34, recoge la relación de pueblos que daban cuentas de propios al Consejo de Navarra según la ley 59 de las Cortes de Pamplona de 1828 y 1829. La ciudad de Pamplona daba cuentas de propios a sus vecinos, y al Consejo las de arbitrios o expedientes que tenía establecidos.

6. YANGUAS Y MIRANDA, J., *Manual...*, cit., p. 13.

7. YANGUAS Y MIRANDA, J., *Manual...*, cit., pp. 13 y 14.

8. ALLI ARANGUREN, J. C., *Navarra, comunidad política diferenciada*, Pamplona, Sahats, 1999, pp. 137-145, recoge la formación y el debate sobre la naturaleza paccionada de la Ley de 1841.

mantuvo la concepción anterior cuando escribió en el texto del artículo 3º: “Las normas consignadas en los pactos de incorporación, sus desenvolvimientos progresivos y, en general, cuanto histórica, jurídica y políticamente es congruente con los principios de los mismos, constituyen de por sí un completo sistema de superlegalidad en todo caso prevalente”. Más explícita fue su respuesta del artículo 31 al afirmar que “los poderes de Navarra tienen, por principio, alcance universal y están limitados únicamente por lo que sea rigurosamente indispensable para salvar la unidad nacional”. De este modo se recogió el principio de confirmación de los fueros de la Ley de 1839, entendiéndose que sólo lo que afectara a la unidad constitucional quedaba fuera del ámbito competencial de Navarra.

2.1.2. *Real Decreto Ley de 4 de noviembre de 1925*

El informe y las bases que elaboró la ponencia del Consejo Administrativo sobre la aplicación en Navarra del Estatuto Municipal de 1924 demuestran que las del Real Decreto Ley de 1925 fueron consecuencia de una labor de investigación histórica en un deseo de plasmar en un texto legal los elementos fundamentales del régimen local propio y de las facultades de la Diputación. Aunque no aparezca recogido, todas ellas se apoyaban en algún precedente histórico, como se desprende de los comentarios de Yanguas y Oroz. Fueron una sistematización de lo que se entendía que eran las competencias de Navarra sobre el régimen local y trataron de mantenerlas a pesar de los nuevos aires de autonomía local que inspiraban el Estatuto.

Como aportaciones importantes, podemos decir que en el orden de la organización concejil se mantuvieron el Concejo abierto y las Juntas de Veintena, Quincena y Oncena, partiendo de la regulación histórica contenida en las Leyes XXVII de las Cortes de 1794-97 y LX de las de 1817-1818 (Base 2ª). Salvo esta peculiaridad, el régimen de organización y funcionamiento sería el de la legislación general (Base 1ª), como había dispuesto el artículo 5 de la Ley de 1841.

En cuanto al régimen de bienes, se remitió al Derecho privativo, como lo había hecho la Ley de 1841, invocando la Ley XXV de las Cortes de 1828-29. Hay continuas referencias al Derecho histórico de Navarra y a los Reglamentos y acuerdos generales de la Diputación. Se constituyó un sistema de fuentes integrado por la legislación privativa histórica y los acuerdos generales que aprobase la Diputación (base 3ª).

La base 4ª recogió la libertad para el nombramiento del personal administrativo conforme a la normativa propia, incluidos los secretarios y titulares (base 4ª). En la 5ª la facultad de organizar los servicios locales y en la 8ª el régimen de los Presupuestos.

En todo el conjunto que forman las Bases del Real Decreto Ley de 1925 destaca la continua referencia al papel de la Diputación en la vida local, en diversas funciones:

- a) Normativas: por medio de reglamentos o acuerdos generales (bases 3ª, 4ª, 5ª, 7ª y 13ª).
- b) De control por autorizaciones (bases 3ª, 5ª y 6ª), aprobaciones (bases 7ª y 9ª) y otros (base 8ª).
- c) Delegaciones (base 10ª).
- d) Revisión de actos (base 11ª).

Con el fin de demostrar la asunción del principio de autonomía municipal en que se inspiraba el Estatuto, se estableció la separación de las facultades normativas de la Diputación de su control de la vida local. Para ello la base 12ª, con el significativo título de *garantías*, y para “garantizar la autonomía de los Ayuntamientos”, dispuso el sometimiento por la Diputación de los Reglamentos, Ordenanzas y acuerdos generales a la aprobación del Consejo Administrativo, en el que participaban los representantes de los Ayuntamientos con mayoría absoluta (base 12ª).

En la misma línea anterior, la base 11ª previó que la Diputación pudiese organizar un Tribunal Administrativo, con funciones delegadas, para resolver los recursos contra actos de las entidades locales de los que conocía aquella. Por eso se reconoció legitimidad para demandarlo a los Ayuntamientos que representasen la mayoría de la población, a las dos terceras partes de aquellos, a la mayoría de los electores en referéndum y a las dos terceras partes de los vocales del Consejo Administrativo. El recurso se estableció como “control de legalidad de los presupuestos” y por medio de recursos fundados en la “infracción de Leyes, Reglamentos o disposiciones administrativas” interpuestos en ejercicio de la acción popular basada en la legitimación vecinal. Este recurso de alzada se vinculó al procedimiento de impugnación contenciosa, previa la reposición, que estableció el Estatuto para garantizar la autonomía por el acceso directo a la jurisdicción contencioso-administrativa. En este caso no se hizo así, sino que se mantuvo el recuso ante el ente controlador superior y, una vez resuelto, se abría el proceso contencioso, previa la reposición.

Estas disposiciones se incorporaron al Reglamento de Administración Municipal de Navarra de 1928, en el que se produjo un considerable progreso en las técnicas de intervención jerárquica de la Diputación sobre los Ayuntamientos, que se manifestaron en los siguientes aspectos nucleares:

a) En una “minuciosa reglamentación”, que reguló de un modo detallado y exhaustivo la vida municipal, incorporando elementos de la tradición foral. Se ha de destacar cómo se justificó y defendió en el preámbulo que no atentaba a la autonomía, sino que “es de todo punto necesario hacerlo así, porque de otro modo la autonomía degeneraría fácilmente en arbitrariedad, con perjuicio no solamente de los intereses y derechos privados [...] sino también de los intereses públicos”.

b) En la relación jerárquica que proclamó el preámbulo: “se reserva a la Diputación la alta inspección que, como superior jerárquico de los Ayuntamientos, le corresponde para vigilar e intervenir en la Administración municipal”.

c) En su insistencia en afirmar que “la autonomía municipal está regulada con estricta sujeción a las bases de cuya adaptación se trata”, por lo que “sólo se exige la sanción de la Diputación para los acuerdos municipales cuando afecten al patrimonio comunal o al estado de la deuda de los pueblos interesados; a la realización de obras y servicios cuyo coste haya de gravar presupuestos de dos o más ejercicios, exceptuando los que no excedan de diez mil pesetas; a las roturaciones, deslindes y ocupación de los montes y terrenos declarados de utilidad pública; a los aprovechamientos forestales y de agua que no tengan carácter vecinal; a la enajenación y gravamen de los bienes del patrimonio municipal; a la aprobación de presupuestos y cuentas cuando haya

reclamaciones; a los préstamos y empréstitos que revistan relativa importancia y, finalmente, a la creación de impuestos no autorizados por el Reglamento”.

d) Introdujo como la novedad más destacada la extensión del régimen de Juntas de Veintena a los Ayuntamientos para integrar en la labor de aprobación y control de las decisiones económicas, financieras, fiscales y presupuestarias a los mayores contribuyentes: “variando en algo también nuestras leyes de Cortes, se han incorporado a estas Juntas los primeros contribuyentes del Municipio”.

e) Incorporó controles que no figuraban en las Bases y a los que no aludió en el preámbulo, como la aprobación de Estatutos y Reglamentos de las Mancomunidades (arts. 56-61) y de los reglamentos de empleados (art. 271), la autorización de los contratos directos (art. 600) y para constituir empresas mixtas y arrendar servicios municipalizados (norma 9 del Apéndice al Título V).

f) Reguló el régimen de impugnación de los actos y disposiciones locales basándose en el ejercicio del control por la Diputación, previendo la creación de un Tribunal Administrativo, sin que la Diputación tomase la iniciativa para hacerlo hasta 1964. Se debe destacar el hecho de que el preámbulo del acuerdo del Consejo Foral Administrativo de 24 de junio de 1964, por el que se estableció el Tribunal, invocó la “expresada potestad jurisdiccional de régimen foral privativo [que] viene siendo ejercida directa e inmediatamente por la referida corporación” [la Diputación] y que en el punto IV del acuerdo se le reservó, “como materia perteneciente a la jurisdicción retenida propia”, la relativa a la impugnación de los presupuestos y las normas fiscales. Constituye una manifestación de la idea de que correspondían a la Diputación las competencias de las instituciones históricas, en este caso del Consejo Real, a que se refería el artículo 10 de la Ley de 1841.

g) El artículo 772 del Reglamento afirmó el principio de ejecutividad y, por tanto, la no-suspensión por la interposición del recurso de alzada. Sin embargo, la Diputación o el Tribunal podían disponer la suspensión a instancia del recurrente en cualquier estado del procedimiento, y se podía exigir caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la suspensión para los intereses públicos, la Corporación o autoridad recurrida o terceros (arts. 773 y 774).

Posteriormente, la Ley 43.2 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, que promulgó el Fuero Nuevo, previó otro acto de control, que la Diputación homologase las Ordenanzas del Noble Valle y Universidad de Baztán y de las Juntas Generales de los Valles de Roncal y Salazar.

De todo ello se desprende un “principio de dependencia de la Diputación con arreglo a su legislación especial que se consagra en el artículo 6º de la Ley Paccionada. La doctrina y la práctica constantes tienen ese principio como general en cualquier materia”⁹.

9. Propuesta de “Convenio entre el Estado y Navarra para armonización de competencias comunes y forales” formulada el 17 de enero de 1981 por don Raimundo Aldea.

2.2. Competencias derivadas de la legislación básica estatal

En el apartado 1.b) del artículo 46 LORAFNA se amplían las competencias históricas con las que “puedan corresponder a las Comunidades Autónomas o a las provincias conforme a la legislación básica del Estado”. Su alcance ha sido precisado en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

2.2.1. *Competencias de las Comunidades Autónomas*

Sin pretensiones exhaustivas, las competencias más importantes que se asignan a las Comunidades Autónomas en la ley de bases son, ordenadas en cuatro apartados:

a) *Legislativas*

Se ejercerán en el marco de la Ley de Bases, y se podrán establecer regímenes especiales para pequeños municipios, municipios rurales, de carácter histórico-artístico que tengan esta declaración o para los que precisen un régimen especial en función de su peculiaridad funcional en cuanto a la actividad económica (turísticos, industriales, etc.) conforme al artículo 30.

b) *Organización territorial*

Son las competencias referidas, según el artículo 13, a la creación y supresión de Municipios y a la alteración de los términos municipales. Conforme a los artículos 43 y 45, al establecimiento de un nuevo modelo de organización territorial como puede ser el comarcal, el metropolitano o de las entidades locales menores.

c) *Mancomunidades*

El artículo 44 reconoce a las Comunidades competencias para la creación y configuración de Mancomunidades.

d) *Órganos municipales complementarios*

Faculta el artículo 22 para la creación de los que complementen el esquema organizativo local del artículo 20.

2.2.2. *Competencias de las Diputaciones*

Sus competencias se centran fundamentalmente en lo que podemos llamar la coordinación de los servicios municipales, la asistencia y cooperación con los municipios y la prestación de servicios supramunicipales (art. 36).

El artículo 40 de la Ley de Bases dispone que la Comunidad Foral de Navarra asume las competencias, medios y recursos que corresponden al régimen ordinario a la Diputación provincial. Por su parte, la disposición Adicional Tercera de la LORAFNA había subrogado a la Comunidad Foral “en todos los derechos y obligaciones de la actual Diputación Foral, en cuanto Corporación Local”.

2.3. Aportaciones del nuevo régimen institucional

El espacio competencial de la Comunidad Foral deriva directamente del desarrollo de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, por medio de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. En cuanto al régimen local, se ha plasmado, fundamentalmente, en la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración local.

El nuevo orden derivado del artículo 46 LORAFNA supone una renovación respecto al derecho histórico, en la medida en que integra o aporta ámbitos de competencias que no existían en aquel y sobre los que sólo podía defenderse la competencia en la necesidad de adecuar el derecho histórico a la nueva sociedad y a sus instituciones.

a) *Competencia legislativa*

Conforme a la tesis foralista tradicional, la Diputación ejercía la competencia legislativa en cuanto al régimen local que correspondía a las Cortes y al Consejo de Navarra, en los términos atribuidos expresamente por el artículo 10 de la Ley de 1841, por entender que residía en ella todo el poder de las antiguas instituciones del Reino, que no habían sido objeto del ajuste y acomodación al régimen liberal primero y al estatutario después. A partir de la base 12^a de 1925 compartía con el Consejo Administrativo la regulación del régimen local.

En sentido estricto, la potestad legislativa la atribuye el ordenamiento jurídico para que un órgano legislativo pueda dictar normas generales y obligatorias con forma de ley. En tal caso, hemos de sostener que en Navarra no ha dictado leyes ningún órgano legislativo desde que dejaron de reunirse las Cortes de Navarra tras la legislatura 1828-1829. Fue una legislatura importante porque dictó la última normativa sobre régimen local, elecciones, bienes, patrimonio y montes, con amplias facultades de la Diputación en cuanto a la dirección general gubernativa y económica, reglamentaria, para autorizar roturaciones y recibir información del Regente del Consejo sobre las soluciones de divergencias en materia de pastos y viveros.

Podrá discutirse si el Consejo Real tenía competencia legislativa, porque en el orden anterior a la división de poderes del constitucionalismo liberal la confusión de funciones legislativas y judiciales hacía que aquél dictara normas tan generales y obligatorias como las de las Cortes. Pero lo cierto es que a partir de la desaparición de las instituciones del Antiguo Régimen y de la acomodación de los Fueros a la unidad constitucional por la Ley de 25 de octubre de 1839, una de sus manifestaciones fue la

existencia en la Monarquía de un único poder legislativo, que radicaba en las Cortes. Con un sentido amplio de competencia legislativa, podemos encuadrar en ella no sólo a las normas que son formalmente leyes, sino también a cualquier otra, incluyendo todas las disposiciones que han regulado con carácter general a la Administración local en Navarra, como los Reglamentos y los Acuerdos Generales dictados por la Diputación a que se refería la ley de 1925.

Tras la Ley de 1841, las disposiciones, reglamentos y acuerdos generales que promulgaron la Diputación y el Consejo Administrativo eran de naturaleza reglamentaria, como reconoció el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de diciembre de 1968 (R. 1969/1312) y 29 de octubre de 1969 (R. 4845). De esta misma naturaleza fueron las normas emanadas por el Parlamento Foral democrático, sucesor del Consejo Administrativo, hasta que la entrada en vigor de la LORAFNA permitió constituir el Parlamento de Navarra con la plena potestad legislativa que le atribuye su artículo 11.

Conforme al artículo 30 de la Ley de Bases de Régimen Local, la competencia legislativa para dictar leyes en sentido material y formal, se reconoce a las Comunidades Autónomas en el marco del modelo de Estado autonómico, plasmado en los correspondientes Estatutos. En Navarra, conforme a los artículos 11, 39, 40 y 46 LORAFNA, es una nueva competencia, ejercida en numerosas ocasiones, pero con carácter específico en las Leyes Forales 6/1990, de 2 de julio, de Administración local, y 2/1995, de 20 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra.

b) *Organización territorial*

La creación, supresión y alteración de términos municipales conforme a la legislación general estaban previstas por el artículo 46 del Reglamento de Administración Municipal. Los artículos 42 y 43 de la Ley de Bases de Régimen Local contemplan nuevos ámbitos, como las comarcas y las áreas metropolitanas, con capacidad de las Comunidades para establecerlos y regularlos.

c) *Mancomunidades*

Regulado en la Base 13^a de 1925 y desarrollado en el Reglamento de 1928, nada nuevo ha aportado a las competencias forales en la materia.

d) *Órganos municipales complementarios*

Resulta otra nueva aportación al modelo de organización que, como hemos expuesto, es, el general, a partir del artículo 5 de la Ley de 1841. Abre nuevas posibilidades a las Comunidades y a sus entidades locales de mejorar su estructura de funcionamiento. Se añade, por tanto, a las facultades históricas que sobre organización de los Ayuntamientos simples y compuestos, de los Concejos y de otros entes con personalidad jurídica reconocida venían ejerciendo las instituciones navarras, que hoy están reconocidos como entidades locales por el artículo 2 de la Ley Foral 6/1990.

e) *Competencias provinciales*

Las reconocidas por la Ley 7/1985 a las Diputaciones para la coordinación y prestación de servicios supramunicipales y asistencia a los municipios, las ejercía la Diputación, como se desprende de la Ley de 1925 y de la interpretación dada desde aquella a su función jerárquica.

3. El control de los actos municipales

El apartado 2 del artículo 46 LORAFNA reconoce la posibilidad del control por parte de la Diputación de los actos de las Administración Local de Navarra: “La Diputación Foral, sin perjuicio de la jurisdicción de los Tribunales de Justicia, ejercerá el control de legalidad y del interés general de las actuaciones de los Municipios, Concejos y Entidades Locales de Navarra de acuerdo con lo que disponga una ley foral”.

Este precepto fue objeto de amplio debate en el proceso de negociación del Mejoramiento, porque la representación estatal partía de los modelos de Estatuto de Autonomía del País Vasco y Cataluña y los negociadores estatales se manifestaron contrarios a cualquier innovación que se separara de aquellos. La pretensión navarra de que figurara expresamente el tradicional sistema de control y la competencia foral rompía tanto el modelo del Estatuto tipo para las Comunidades históricas como –a su juicio– el concepto de autonomía municipal recogido en la Constitución. Por eso, fue una de las cuestiones que suscitó mayores debates en las comisiones política y técnica que negociaban.

3.1. Génesis del precepto

Hasta llegar a la fórmula que recoge el artículo 46.2 LORAFNA, hubo necesidad de elaborar varios textos. En la propuesta de “convenio entre el Estado y Navarra para armonización de competencias comunes y forales” formulada el 17 de enero de 1981 por Raimundo Aldea, se sostuvo en los apartados d) y e) del artículo 17: “d) [...] los Ayuntamientos, concejos y demás Entidades Administrativas de régimen foral y de índole local de Navarra estarán sometidos al control jurídico-tutelar privativo vigente o que en lo sucesivo se establezca. e) No serán aplicables a los Ayuntamientos, Concejos y demás Entidades Administrativas de Navarra controles jurídicos o tutelares derivados de las leyes comunes, salvo expresa y concreta determinación paccionada en contrario”.

Esta propuesta mantenía plenamente el régimen “jurídico-tutelar privativo vigente”, que no era otro que el que ejercía la Diputación por sí misma como “jurisdicción retenida” aunque delegada en el Tribunal Administrativo. En definitiva, se mantenían todas las previsiones de control y tutela del Reglamento de Administración Municipal de Navarra.

En el texto del primer proyecto se decía: “En el marco de lo establecido en la presente ley orgánica, los Municipios, Concejos y demás Entidades locales de Navarra estarán sujetos al control jurídico de la Diputación Foral”. La referencia genérica al “control jurídico” determinó que los representantes del Estado manifestaran inmediatamente su rechazo. Entendían y sostenían que ese control contradecía al principio de autonomía reconocido por la Constitución, que carecía de precedentes en los Estatutos de Autonomía anteriores y que daría lugar a conflictos con otras Comunidades que carecían de cualquier tipo de medida controladora de las entidades locales.

A finales de diciembre de 1981 se elaboró otro texto, conforme al cual “la Diputación ejercerá un control administrativo”. El adjetivo pretendió reducir el alcance del *control jurídico* anterior, dejándolo en meramente administrativo, pero “de legalidad y de interés general”, términos que se mantuvieron en el texto final. Esta versión tuvo mejor aceptación, porque suponía una limitación del ámbito del control administrativo. Sin embargo, no se consideró suficiente y la parte estatal insistió en dejar claro que el control que se ejerciera no enervaba en modo alguno el control jurisdiccional. Por eso, en la versión definitiva se hizo referencia expresa a que se haría “sin perjuicio de la jurisdicción de los Tribunales”. De este modo, el alcance del control quedaba limitado al de legalidad e interés general sin perjuicio del control jurisdiccional. Con esta fórmula se entendió que se respetaba la tradición foral y, al mismo tiempo, la garantía institucional de la autonomía local prevista por la Constitución.

3.2. El control por los Tribunales de Justicia

La referencia a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia establecía claramente que el control final sería siempre el jurisdiccional, que reducía la importancia y significado del previo administrativo. Con ello se pretendió, según se recogió en uno de los documentos internos de la Comisión negociadora, “que la autonomía mínima y general de los Municipios de la Nación quede establecida sin merma de la formulación específica y foral de Navarra en materia de administración local”.

Esta fórmula de compromiso, llena de ambigüedad, permitía dos lecturas en la misma mesa de negociación. Para unos, el reconocimiento del derecho histórico –más bien del hecho histórico– del control realizado por la Diputación, como heredera del Consejo Real, plasmado en la base 11ª del Real Decreto Ley de 1925, regulado por el Reglamento de Administración Municipal y, posteriormente, por el Consejo Administrativo al crear el Tribunal Administrativo delegado. El control de legalidad y del sometimiento a los fines por medio de la desviación de poder era jurisdiccional, pero se admitía que pudiera existir uno previo en vía administrativa, que nunca supondría la desaparición de aquel, que, en todo caso, se remitía al contenido que le atribuyera una ley foral.

No faltó quien entendió que se trataba de un reconocimiento y atribución de competencia a los Tribunales, conforme al artículo 106 de la Constitución, para controlar “la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el so-

metimiento de ésta a los fines que la justifican”. Para esta valoración del artículo 46.2, el precepto sólo reconocía a la Diputación Foral una legitimación para plantear ante los Tribunales la acción que les permitiera ejercer el control de legalidad y de adecuación al interés general.

Cualquiera que fuera la interpretación sobre el alcance de la función de la Diputación –de control efectivo o de legitimación para plantearlo ante los Tribunales– es lo cierto que estos serían quienes siempre podían adoptar la última decisión a instancia de aquélla o de cualquiera que estuviera legitimado para impugnar conforme al régimen general previsto en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

3.3. Control por la Diputación

3.3.1. *Ámbito*

El control de legalidad tiene como ámbito la actuación de la Administración, que se debe acomodar al principio de legalidad, conforme a los artículos 9 y 103 CE, ya que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Esta remisión hay que entenderla referida a la acomodación de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico, entendido en cuanto a sus normas y a “los principios y la normativa inmanente en la naturaleza de las instituciones”, como habían dispuesto los artículos 40, 48 y 115 LPA y 83 LJCA, así como los artículos 3, 62, 63 y 107 de las Leyes 30/1992 y 4/1999, y 25, 31, 70 y 71 LJC 29/1998. También se reconoce el control del interés general en cuanto al sometimiento de la actuación administrativa “a los fines que la justifican” (art. 103 CE). Estos son los determinados genéricamente por el mandato del artículo 103 CE de “servir con objetividad los intereses generales”.

3.3.2. *Fundamento y naturaleza*

El fundamento del régimen actual de control de legalidad por parte de la Diputación en vía administrativa de alzada de los actos de la Administración local es histórico y así fue defendido. En el Fuero General estaban previstas *alzas* contra las decisiones del Alcalde Menor ante el Mayor y de las de este ante el Tribunal de Corte (Título VII, Libro II). También existía un control jurisdiccional de *revista* por parte del Consejo Real de las decisiones del Tribunal de Corte y de las apelaciones contra la Cámara de Comptos. En las Ordenanzas de 1547 se preveía la posible reclamación de los vecinos disconformes con las derramas ante el Consejo, que también conocía de las cuestiones sobre insaculaciones¹⁰.

10. YANGUAS Y MIRANDA, J., *Diccionario de los fueros del Reino de Navarra*, San Sebastián, 1828, p. 300. ZUBIAUR ALEGRE, J. A., “Procedimientos y recursos”, en *Curso de Derecho Foral Navarro, II, Derecho Público*, Pamplona, Estudio General de Navarra, 1959, pp. 155-176.

En el Decreto XLV de 3 de febrero de 1823, instrucción para el gobierno económico-político de las provincias, el artículo 50 previó un recurso “si algún vecino u otro interesado se sintiera agraviado de las providencias dadas por el Ayuntamiento sobre las materias que pertenecen a sus atribuciones, deberá dirigir su queja a la Diputación provincial, que resolverá lo que sea justo y conveniente, previos los informes y demás noticias que estime oportunas”.

Partiendo de estos precedentes, la Base 11ª del Real Decreto Ley de 1925 asumió el recurso ante la Diputación y previó el posible traslado del conocimiento de los recursos de alzada a un Tribunal Administrativo Delegado. Este precedente fue decisivo en el proceso de negociación del artículo 46.2 LORAFNA, por el prestigio de Calvo Sotelo y haberlo admitido como compatible con la autonomía municipal que estableció el Estatuto al suponer sólo un paso previo, que agotaba la vía administrativa y abría el acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Se ha discutido la naturaleza del recurso de alzada, si era propio por estar fundado en la relación de jerarquía, o impropio por ser de tutela la relación de la Diputación con las entidades locales. Cualquiera que fuera la situación histórica anterior a la Ley de 1841, su artículo 6 situó a los Ayuntamientos “bajo la dependencia de la Diputación provincial”, y el artículo 10 le encomendó las facultades del Consejo de Navarra y la Diputación del Reino, considerando que el Consejo era una institución de amplios poderes normativos y de control, propios de la relación jerárquica. Esta naturaleza la tuvo muy clara el Real Decreto Ley de 4 de noviembre de 1925 al concretar las funciones de la Diputación respecto a los Ayuntamientos que, según recogió el preámbulo, estaban “sometidos a la jerarquía de la Diputación de Navarra en primer grado”.

Así lo expresó el preámbulo del Reglamento de Administración Municipal de Navarra, que desarrolló las bases de 1925: “Se reserva a la Diputación la alta inspección que como *superior jerárquico* de los Ayuntamientos le corresponde para vigilar e intervenir en la Administración municipal, cuando existan pruebas notorias de que la actuación de las Corporaciones municipales es irregular o desordenada”. Así lo confirmaban todas las numerosas técnicas de autorización, aprobación, información, inspección, etcétera, de la Diputación respecto a los Municipios, que se recogieron en las Bases y detallaron en el Reglamento. Reconocida legal y prácticamente la relación de jerarquía, el recurso de alzada sólo podía tener la naturaleza de alzada propia.

3.3.3. *El control en la Ley de Bases de Régimen Local*

La Ley 7/1985, de 2 de abril, adecuó en su artículo 65 la autonomía con la impugnación de los actos de las entidades locales, que infrinjan el ordenamiento jurídico, por parte del Estado y la Comunidad Autónoma, previo requerimiento y posterior acción ante la jurisdicción contencioso-administrativo. En el artículo 66 se regula la impugnación contra acuerdos que menoscaben o interfieran las competencias del Estado o de las Comunidades directamente ante el Tribunal, sin necesidad de requerimiento previo.

La reciente Ley 57/2003, de 16 de diciembre, ha introducido dos nuevos títulos en la Ley 7/1985. En el Título X se establece el régimen de organización de los munic-

pios de gran población, dentro del cual el artículo 136 ha creado un órgano responsable del control y de la fiscalización interna; el artículo 137 lo hace de un órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas. Las resoluciones de este último pondrán fin a la vía administrativa y contra ellas sólo cabrá recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, podrá interponerse previamente el recurso potestativo de reposición y, contra la resolución que se dicte, la reclamación económico-administrativa. Este órgano basará su funcionamiento en criterios de independencia técnica, celeridad y gratuidad.

3.3.4. *El control en las Leyes Forales 2/1986 y 6/1990*

La Ley Foral 2/1986, de 17 de abril, reguló el control por el Gobierno de Navarra de la legalidad y el interés general de las actuaciones de las Entidades Locales de Navarra, para superar la intervención jerárquica y tutelar ejercida por la Diputación, incompatible con el principio constitucional de autonomía. Se suprimieron los actos de control, se redujo al mínimo el de interés general y se configuró un nuevo sistema de examen de legalidad conforme a la legislación básica estatal. En éste se hicieron optativos el recurso directo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa y el recurso potestativo de alzada ante el Tribunal Administrativo, previo al contencioso, suprimiendo el carácter preceptivo anterior. Esta doble posibilidad supuso un incremento de las garantías de impugnación y acceso a los tribunales, porque favorecía la impugnación de actos, cuyo contenido, cuantía o coste no harían posible el recurso contencioso-administrativo, ante un Tribunal de naturaleza administrativa, sin dependencia jerárquica con el Gobierno de Navarra¹¹. Su Disposición Final segunda encomendó al Gobierno redactar los reglamentos, con los que culminó la derogación del régimen previsto en el Reglamento de Administración Municipal de Navarra.

Esta Ley consagró la autonomía porque formalizó la supresión de los anteriores controles, autorizaciones y aprobaciones, sustituidos por la impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. El único residuo del orden anterior fue el supuesto de control que prevé en el apartado 2 del artículo 46, pero sin el carácter de “jurisdicción retenida propia” que se le atribuía anteriormente, sino en una facultad administrativa de control de legalidad previa a la jurisdiccional que reside, exclusivamente, en la jurisdicción contencioso-administrativa como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local, incorporó el régimen de impugnación y control inicialmente establecido por la Ley Foral 2/1986, que quedó derogada. El artículo 332 reconoce a la Administración de la Comunidad Foral el ejercicio del control de legalidad y del interés general en los términos del artículo 46.2 LORAFNA. La salvedad de la jurisdicción de los Tribunales se precisa en el artículo 333,

11. La Ley Foral 14/1986, de 14 de noviembre, reguló el Estatuto de los vocales del Tribunal Administrativo de Navarra.

que parte de reconocer que los actos y acuerdos de las entidades locales “sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa podrán ser impugnados por alguna de las siguientes vías”:

a) Mediante la interposición del recurso contencioso-administrativo, previo el recurso potestativo de reposición (arts. 107 y 116 de la Ley 30/1992) (arts. 333.1.a).

Para la interposición será necesaria la legitimación establecida con carácter general por la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Además, el artículo 337.3 considera la legitimación vecinal, aunque no les afecte personalmente el acto o acuerdo recurrido, que amplía aquella tras utilizar el recurso de alzada.

La Administración de la Comunidad Foral está legitimada, según el artículo 335, para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa:

- Por infracción del ordenamiento jurídico en materias propias de la competencia de la Comunidad, actuando con o sin previo requerimiento motivado para que la entidad anule dicho acto o acuerdo (arts. 341-342).
- Directamente cuando, con vulneración de las normas legales, se excedan de la competencia propia y menoscaben o interfieran el ejercicio de las de la Comunidad (art. 343).

El control por la Administración de la Comunidad del interés general de las actuaciones de las entidades locales “en materia de los bienes y derechos pertenecientes a las mismas” (por ejemplo, como se infiere del artículo 138) y en los demás casos previstos en las leyes (art. 344. 1 y 2), y en la aprobación de la prestación de un servicio público en monopolio (art. 209). Este control “en ningún caso tendrá por objeto juzgar sobre la oportunidad del acuerdo adoptado por la entidad local, sino que tratará sobre su adecuación o no a los intereses generales que puedan concurrir en la decisión de aquélla” (arts. 336 y 344.3).

b) Por el recurso de alzada ante el Tribunal Administrativo, cuyas resoluciones expresas o presuntas pondrán fin a la vía administrativa y serán impugnables ante la aquélla jurisdicción (arts. 333, 337-340).

Es un recurso potestativo y gratuito, fundado en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 337.2). Ni la interposición ni la tramitación del recurso suspenderán la ejecución del acto o acuerdo impugnado (art. 339). Si prosperara la impugnación y el Tribunal Administrativo anulara los actos impugnados, se invierte la situación procesal propia del recurso contencioso-administrativo, porque será la Administración productora del acto la que interponga el nuevo recurso, y pase, así, a ser recurrente la que en otro caso sería recurrida.

Como puede apreciarse, se ha modificado de un modo sustancial el sistema anterior. El control de la legalidad y de la adecuación al interés general radica básicamente en la jurisdicción contencioso-administrativa, y el recurso de alzada se mantiene como potestativo, previo a aquella y sin efectos suspensivos.

La Administración de la Comunidad no tiene capacidad alguna para invalidar ni suspender la ejecución de los actos de las entidades locales, sino legitimación para acudir, necesariamente, ante la jurisdicción en recurso fundado en motivos de legalidad y de interés general. Esto ha supuesto un cambio radical de la situación anterior. La Diputación ha pasado, de ser quien decidía sobre la legalidad y oportunidad de los

actos locales, a tener exclusivamente una legitimación para impugnarlos por exclusivos motivos de legalidad e interés general. La jerarquía como principio de sus relaciones ha desaparecido para configurarse bajo el principio de cooperación entre personas jurídicas públicas plenamente autónomas.

Como se ha expuesto, el nuevo artículo 137 de la Ley 7/1985, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, ha creado un órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas muy similar al Tribunal Administrativo de Navarra y también abre dos vías impugnatorias: la contencioso-administrativa directa, previo recurso potestativo de reposición, y la reclamación económico-administrativa.

4. La garantía de la autonomía municipal

En la propuesta de “Convenio entre el Estado y Navarra para armonización de competencias comunes y forales” de don Raimundo Aldea ya citada, el artículo 17 invocó la autonomía al disponer que la competencia municipal “será por principio universal, amparada por el principio de autonomía municipal” y que “se regirá por leyes forales de Navarra, salvo en materias que afecten a la unidad constitucional” que, como en el resto del régimen foral, era el límite que el artículo 1 de la ley de 25 de octubre de 1839 a los fueros confirmados.

El apartado 3 del artículo 46 LORAFNA establece un mandato garantista de la autonomía municipal, como si se dudase de que los apartados anteriores, por su carácter histórico y precedentes, fueran suficientes: “Los Municipios de Navarra gozarán, como mínimo, de la autonomía que, con carácter general, se reconozca a los demás Municipios de la Nación”.

Constituye un precepto de carácter programático para el legislador navarro, fórmula muy utilizada en los Estatutos de autonomía¹². En este caso se reitera un mandato constitucional que, por tanto, es un mandato obligatorio para el legislador y para la actividad política. Su fuerza radica en la Constitución y sería una redundancia si no hubiera existido una voluntad deliberada de recordar que nadie puede ignorar un principio general de la organización territorial del Estado, como se deduce del artículo 137 CE.

Con este precepto se trató de reforzar la garantía institucional de la autonomía local, como límite al ejercicio por las instituciones navarras del derecho histórico reconocido para regular la vida local. Como declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia de 28 de julio de 1981, la garantía institucional supone “la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución está limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre” (SSTC 76/1988, de 26 de abril, y 170/1989, de 19 de octubre). Doctrina plenamente aplicable a la si-

12. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas, I*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 302-306.

tuación preconstitucional de los municipios navarros, en la que se hablaba de autonomía cuando los controles la hacían imposible, situación que se pretendió superar de un modo más real que la que supuso la aplicación del Estatuto Municipal.

Al mismo tiempo, la referencia a la autonomía “que, con carácter general, se reconozca a los demás Municipios de la Nación”, supone la fijación al legislador foral de un mínimo que deberá respetar. En este sentido hay que recordar que, como expone la exposición de motivos de la Ley de Bases de abril de 1985, la autonomía “no puede definirse de forma unidimensional desde el puro objetivismo localista o regionalista, sino que requiere ser situada en el marco del ordenamiento integral del Estado”. Como constató la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, “dado que cada organización territorial dotada de autonomía es parte de un todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que precisamente dentro de este es donde alcanza su verdadero sentido”¹³.

La autonomía estaba históricamente reconocida a quien disponía de la *potestas statuendi*, que permitía darse un ordenamiento, frente al ordenamiento impuesto. Esta capacidad de autonormación nacía de un ordenamiento que la reconocía o la atribuía, como expuso Romano: “En su significación más específica [...] indica: subjetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico, y objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entidades se constituyen por sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros”. Incluye una “autolegislación no ilimitada ni soberana”, de modo que no se puede identificar con la soberanía, porque la autonomía “queda reservada a los ordenamientos no originarios”. La soberanía se manifiesta en las potestades legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, que cuando un ordenamiento originario las atribuye a sujetos no soberanos “asumen las figuras de la autonomía, la autarquía y la autotutela [...] La autarquía es afirmación de limitada independencia consentida por un ordenamiento al cual se está subordinado en cuanto a lo demás. Y lo mismo hay que decir a propósito de la autotutela y de la autonomía”¹⁴.

A la capacidad de autonormación se ha de añadir la de autogobierno, que permite al ente autónomo “dirigir y orientar política y administrativamente su propia comunidad, elegir opciones y seguir directrices propias que pueden ser distintas de las adoptadas por los órganos estatales y aún divergentes”¹⁵.

Este concepto lo recogió el Tribunal Constitucional en su sentencia 4/1981, de 2 de febrero, al afirmar que este “concepto jurídico indeterminado ofrece un margen de apreciación muy amplio”, aunque “autonomía no es soberanía y aun esta es limitada”, en cuanto a una persona jurídica se le reconoce capacidad de autogobierno y gestión

13. SOSA WAGNER, F., “La autonomía local”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 241, 1989, pp. 9-29.

14. ROMANO, S., *Fragments de un Diccionario Jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, pp. 38, 40 y 44.

15. MUÑOZ MACHADO, S., “Los principios constitucionales de unidad y autonomía y el problema de la nueva planta de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, 100-102, III, 1983, p. 1841.

de sus respectivos intereses en el ámbito de su competencia (arts. 137 y 140 CE). Su alcance lo concretará la ley para cada tipo de entes. El artículo 2 de la Ley 7/1985 estableció la efectividad de la autonomía en el derecho a intervenir en los asuntos de su interés y competencia, que obligan a la coordinación y cooperación con otros poderes públicos (art. 55).

La autonomía constituye, por tanto, un poder limitado a la gestión de sus intereses, conforme a su competencia, integrado en un todo del que se forma parte. Se ha de destacar cómo en la idea de autonomía local hay una desvinculación de la “idea de asuntos locales traducidos en ámbito de competencias exclusivas y una aproximación a la concepción del *interés* como criterio rector de competencias”¹⁶. Como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, “la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de los órganos que le son propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias”.

La autonomía es compatible con el control de legalidad y con el concepto de los intereses generales concurrentes por parte del Estado o de las Comunidades Autónomas, pero no lo es con los controles genéricos ni con los de oportunidad, que son propios de las relaciones de jerarquía y subordinación, desaparecidos para hacerla efectiva.

Precisamente, a partir de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, se articuló el régimen de control de legalidad y de interés general de los actos locales que, como se ha expuesto, se plasmó en las Leyes Forales 2/1986 y 6/1990. Por otra parte, otros controles puntuales en materia de bienes, montes, medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, etcétera, que han establecido otras normas, están amparados por afectar a supuestos de intereses y competencias concurrentes. Como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, este control ocasional ha de referirse a “supuestos en que el ejercicio de las competencias de la Entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la entidad, sean del municipio, la provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado”. En el mismo sentido, *a sensu contrario*, la sentencia de 29 de abril de 1981.

El concepto de autonomía tiene en el marco constitucional una vertiente subjetiva que perfila la exposición de motivos de la Ley de Bases: “la autonomía local, para su realidad, precisó de una institución capaz de actuarla [...] ha de montarse sobre la doble nota de la representatividad directa y la personificación”. El principio democrático que inspira la total organización estatal (arts. 1, 6, 9.2, 16, 20 y 23 CE) exigía también una adecuación de las instituciones locales navarras, en este caso suprimiendo las que resultarían contrarias, como lo eran las Junta de Oncena, Quincena y Veintena de carácter censitario, en las que participaban los mayores contribuyentes, con competencias en el orden financiero, fiscal y presupuestario. Por la norma del Parlamento Foral de 4 de julio de 1979, se dejaron en suspenso. Por medio de la Ley Foral 31/1983, de 13 de octubre,

16. PAREJO ALFONSO, L., “La autonomía local en la Constitución”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal, I*, Civitas, Madrid, 1988, p. 67.

se estableció el régimen de elección democrática de los Concejos y de sus Juntas. La Ley Foral 4/1984, de 2 de febrero, estableció el régimen de la adopción de acuerdos con quórum cualificado de mayoría absoluta por las Corporaciones locales, en tanto permanecían en suspenso las Juntas de Oncena, Quincena y Veintena, para aquellas materias de orden económico-financiero y presupuestario en que intervenían.

5. Conclusión

La distinta consideración que del concepto de autonomía se ha aplicado en Navarra a partir de la Ley de Bases de 1925, del Reglamento de Administración Municipal, de la Constitución y la LORAFNA demuestra que se trata de “una noción histórica, dinámica y relativamente contingente que ni la propia Constitución ni tampoco el Tribunal Constitucional pueden perfilar definitivamente”¹⁷.

En la evolución del régimen local de Navarra, el principio de autonomía local ha pasado de ser una referencia irreal a una realidad avalada por el marco constitucional y su garantía institucional. Sin embargo, lo mismo que en el resto del Estado, el reto de su eficacia real está en la capacidad de decisión de las competencias atribuidas para la gestión de sus intereses. Para ello, la Carta Magna invoca la suficiencia financiera, que ha de contar con recursos propios y otros procedentes de los Presupuestos estatal y autonómicos. A su vez, gestionar con eficacia y eficiencia exige una racionalización de la organización territorial que, al superar el minifundismo local, permita generar medios y prestar los servicios que precisa la comunidad local.

6. Bibliografía

- ALDEA EGUÍLAZ, R., *Divulgación de los Fueros*, Industrial Gráfica Aralar, Pamplona, 1971.
- “Organismos municipales”, en *Curso de Derecho Foral Navarro, II, Derecho Público*, Pamplona, Estudio General de Navarra, 1959, pp. 59-85.
- ALLI ARANGUREN, J. C., “La autonomía local y la Constitución española”, en *Concejo*, 161, 1998, pp. 20-22.
- “La autonomía local en Navarra”, en DOMINGO, R. y GALÁN, M., *Presente y futuro del Derecho Foral*, Eunsa, Pamplona, 1999, pp. 285-288.
- “El municipio en la Comunidad Foral de Navarra. Historia, tradición y principios”, Ponencia en el IV Symposium de la Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, Donostia/San Sebastián, 9 y 10 de diciembre de 2004.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Derecho histórico y régimen local de Navarra”, en MARTÍN-RETORTILLO, S. (dir.), *Derecho Público Foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra-Civitas, Madrid, 1992, pp. 593-665.

17. MARTÍN MATEO, R., “Autonomía y régimen local preconstitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 29, 1981, p. 369.

- ILARREGUI, P., *Memoria sobre la ley de la modificación de los fueros de Navarra*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1872.
- LOPERENA ROTA, D., *Derecho histórico y régimen local de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1988.
- “Autonomía foral y competencias sobre Administración municipal en Navarra”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 240, 1988, pp. 1637-1682.
- NÚÑEZ Y NÚÑEZ, J., “Artículo 46. El régimen local de Navarra”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pp. 471-484.
- OROZ ZABALETA, L., “Aplicación del principio de autonomía municipal en el Derecho histórico de Navarra y en el régimen actual”, en *Asamblea de Administración Municipal Vasca, San Sebastián, 1919*, Imprenta Provincial, San Sebastián, 1920, pp. 229-250.
- *Legislación administrativa de Navarra, I*, Pamplona, 1917.
- ORTEGA, L., “El respeto del ámbito de autonomía local por el legislador autonómico de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 7, 1989, pp. 33-46.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M., “El régimen especial de Navarra”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho municipal, I*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 971-1012.

Ámbito de aplicación y contingencias profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Margarita Apilluelo Martín*

A. Introducción

La existencia en nuestro Ordenamiento Jurídico de un Régimen Especial de Seguridad Social (art. 10.2º c TRLGSS) relativo a los trabajadores que lo hacen de forma autónoma está justificado porque su ámbito de aplicación incide, precisamente, en este tipo de trabajadores que no lo hacen por cuenta ajena, es decir, por cuenta de un empresario y, por tanto, son ellos mismos los responsables de su propia protección y del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social (D. 2530/1970, de 20 de agosto; OM 24 septiembre 1970 y RD 84/1996).

De otro lado, una de las características del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ha sido la inexistencia de contingencias profesionales, es decir de accidentes y enfermedades derivados de los riesgos propios de la actividad profesional en el ámbito de la cobertura de su acción protectora. La Ley 53/2002 añadió la DA 34ª al TRLGSS permitiendo a los trabajadores autónomos mejorar voluntariamente el ámbito de la acción protectora que dicho Régimen les dispensa, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Esta disposición legal ha sido, por tanto, muy novedosa para todos los autónomos incluidos en este Régimen y ha respondido a postulados internacionales y provenientes del Diálogo social; a todo ello nos referiremos a continuación.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra.

B. Campo de aplicación

Están incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial de Trabajadores Autónomos los españoles y extranjeros residentes o que se encuentren en España¹ siempre que ejerzan una actividad profesional en el territorio nacional, sean titulares o no de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, siempre que reúnan los requisitos que se determinen reglamentariamente (art. 7.1º b TRLGSS). Así el art. 2.1º D. 2530/1970 considera trabajador autónomo a aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. Igualmente, dispone el art. 2.3º D. 2530/1970, se presumirá salvo prueba en contrario que se trata de un trabajador autónomo cuando ostente la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo.

Por su parte, el art. 3.b D. 2530/1970 establece que están obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de los trabajadores autónomos que de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la consideración de asalariados respecto a aquéllos.

Veremos estas notas y peculiaridades por separado.

a) Realización de una actividad económica de forma personal y directa

La expresión legal referida a la realización de una actividad económica por parte del autónomo es más amplia que la atinente a la realización de una profesión u oficio, de aquí que aquella abarque cualquier actividad productiva de bienes o servicios, cuya finalidad sea la obtención de un beneficio económico o, lo que es lo mismo, cualquier actividad que lo sea a título lucrativo. Desde esta perspectiva quedan fuera del ámbito de aplicación de este Régimen Especial las actividades puramente recreativas o benéficas que no persigan esa finalidad.

Esta actividad económica ha de realizarse de forma profesional y de manera personal y directa, ya sea con colaboradores o no, desarrollando esa actividad productiva con su propio esfuerzo, sin que sea suficiente que sólo ostente la titularidad de la misma. Esta característica conlleva la inexistencia de sujeción por parte del autónomo a con-

1. La Ley Orgánica 4/2000, del Derecho de Extranjería, en sus arts. 10 y 14 confirma que los extranjeros que cuenten con las pertinentes autorizaciones pueden desarrollar una actividad por cuenta propia y deberán proceder al alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, o Régimen que corresponda. No están incluidos en el Sistema de Seguridad Social los extranjeros que no hayan obtenido las correspondientes autorizaciones para residir y realizar una actividad por cuenta propia (STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003 –AS 8272 de 2004–).

trato de trabajo, lo que no significa otra cosa que el autónomo carece de las notas de ajenidad y subordinación en la realización de su trabajo.

Finalmente, nos dice el art. 2.3º D. 2530/1970 que el autónomo puede no ser el titular de la actividad pero que existe presunción, salvo prueba en contrario, de que se trata de un trabajador autónomo cuando ostente la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo. Por tanto, para que surta efectos esta presunción será necesario acreditar que realmente se realiza tal actividad autónoma. Desde esta perspectiva, el pago del Impuesto sobre Actividades Económicas sirve, en principio, de medio de prueba para determinar la existencia de una actividad autónoma, pero por sí solo no supone el desarrollo real de la misma que es lo efectivo y determinante para la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos².

b) Habitualidad

El trabajo autónomo o por cuenta propia ha de ser desarrollado por el trabajador de forma habitual o continuada, lo cual permite excluir de este Régimen a las personas que se dedican a realizar una actividad de forma ocasional, como resulta claro en los trabajos de temporada en relación a la duración de ésta (art. 2.2º D. 2530/1970).

Se han presentado en la vida práctica dos casos de trabajadores cuya forma de llevar a cabo su actividad en atención, precisamente, a esta nota de habitualidad, han sido objeto de solución, bien por parte de la Administración, bien por nuestros Tribunales de Justicia. El primer tipo de trabajadores se refiere a los vendedores de helados en quioscos los cuales resultaron incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación de este Régimen Especial por la razón de “ser concesionarios de un puesto de venta en la vía pública” realizando en el mismo de forma habitual en la época veraniega, personal y directa una actividad consistente en la venta de helados, a título lucrativo y sin sujeción a contrato de trabajo. No resultó óbice para la Tesorería General de la Seguridad Social el hecho de que tal actividad comprendiera sólo los meses de verano.

En relación con el segundo tipo de trabajadores se trata de los subagentes de seguros, respecto a los cuales se plantea si la nota de habitualidad se da en ellos de cara a su inclusión o no en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. El Tribunal Supremo³ ha puesto en relación la nota de la habitualidad con la obtención de cierta cantidad de ingresos y así ha declarado que la obtención de ingresos económicos que superen el importe anual del salario mínimo interprofesional es indicio de habitualidad en la actividad. Respecto a los agentes de seguros no se plantea ningún problema en atención a que su trabajo es diferente al de los subagentes, y sí se presupone en

2. STS de 4 mayo 1996 (RJ 5285).

3. SSTS 29 de octubre 1997 (RJ 7683), 29 de abril 2002 (RJ 5687), 30 de abril 2002 (RJ 5689) y 3 de mayo 2002 (RJ 6349). Para un supuesto de una masajista autónoma: STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2003 (AS 1560), y de un taxista: STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2000 (AS 4592).

aquéllos su habitualidad en el desempeño de su profesión por mor de la Ley 9/1992, de 30 de abril y Ley 12/1992, de 27 de mayo.

c) Los parientes colaboradores

Ya hemos referido que el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive del autónomo que de forma habitual, personal y directa, colabore con él mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate y siempre que no tengan la consideración de asalariados respecto a aquéllos están obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Sin embargo, esta cuestión debe ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el art. 7.2º TRLGSS que establece que “no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, el cónyuge y los parientes hasta el segundo grado que convivan con el empresario y dependan económicamente de él o estén a su cargo, cuando estén ocupados en alguno de sus centros de trabajo”. De esta forma, el cónyuge y los familiares hasta el segundo grado colaboradores en el negocio o actividad del autónomo están incluidos obligatoriamente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, siempre que convivan con él y dependan económicamente de él o estén a su cargo, salvo que demuestren la condición de asalariados de este autónomo. Si los parientes, en cambio, son de tercer grado, la presunción juega de forma contraria, es decir, ha de demostrarse, si quieren la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, su condición de tales o, lo que es lo mismo, el cumplimiento de los restantes requisitos legales exigidos. De aquí que un pariente de tercer grado que, en principio, estaría obligatoriamente incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ha de probar que reúne el resto de las condiciones del art. 3 b D. 2530/1970⁴.

Por otro lado, el requisito de la convivencia del cónyuge o familiares pone de manifiesto que existe una comunidad de bienes en la que es prácticamente imposible demostrar la existencia de una relación laboral presidida por la idea de ajenidad, y donde esa convivencia impide la puesta a disposición del pariente en la organización del también pariente autónomo. Basta la convivencia en el mismo domicilio de trabajador y empresario para que opere la presunción de que el trabajo se realiza por cuenta propia⁵.

C. Otras inclusiones legales

a) Socios de compañías mercantiles

Los socios de las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajan en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de

4. STSJ de Asturias de 6 de octubre de 1995 (AS 3634).

5. STS de 26 de julio 2004 (RJ 7482).

forma habitual, personal y directa están incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (art. 3. c D. 2530/1970). Por un lado, los socios de sociedades mercantiles personalistas, al participar en el riesgo y ventura de la empresa, no plantean problemas de inclusión en el Sistema de Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ya que son trabajadores por cuenta propia. Sin embargo, los socios de sociedades mercantiles capitalistas sí plantean problemas de encuadramiento en uno u otro Régimen; cuestión que ha sido resuelta por la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, la cual modificó la redacción de los arts. 7.1º a y 97.2º a) k) y l) TRLGSS e introdujo la Disposición Adicional 27ª en esa Ley.

Esa DA 27ª que fue modificada, a su vez, por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, estableció que los socios de sociedades mercantiles capitalistas, que no sean administradores de las mismas, si trabajan para la sociedad, quedan incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos si poseen un control efectivo de la misma, sobre todo cuando poseen, al menos, la mitad del capital social.

Además, se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando:

- Posea, al menos, la mitad del capital social junto con su cónyuge, independientemente del régimen matrimonial por el que se rija el matrimonio⁶, o parientes hasta el segundo grado con los que conviva.
- Posea, al menos, la tercera parte del capital social
- Posea, al menos, la cuarta parte del capital social si, además, tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.
- En el resto de los supuestos, se presumirá que el trabajo es por cuenta ajena.

En cuanto a los parientes colaboradores de los socios de sociedades mercantiles capitalistas se presume que no existe relación laboral cuando se convive en el mismo domicilio con el cónyuge o con parientes hasta el segundo grado y entre todos ellos poseen, al menos, la mitad del capital social.

Sin embargo, los socios trabajadores de Sociedades Laborales, al amparo del art. 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, quedan incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando junto con sus cónyuges y parientes hasta el segundo grado por consanguinidad, afinidad o adopción con los que convivan controlen, al menos, el cincuenta por ciento del capital social, salvo que acrediten que el control efectivo de la sociedad exige la participación de personas ajenas a las relaciones familiares, en cuyo caso conservarán la condición de trabajadores por cuenta ajena.

Finalmente, respecto a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado la DA 4ª TRLGSS contiene una excepción ala regla general ya que permite que elijan el Régimen de la Seguridad Social en el que quieren quedar encuadrados, bien Régimen General, bien Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁷.

6. STS 26 de julio 2004 (RJ 7482)

7. El RD 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, regula en su art. 8º el procedimiento para ejercitar la opción.

b) Administradores societarios

Estará obligatoriamente incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el consejero o administrador societario que posea, al menos, la mitad del capital social. Estos administradores o consejeros si, además, son retribuidos por la realización de funciones directivas o gerenciales, quedarán encuadrados en este Régimen cuando, además, posean una participación en el capital social no inferior al 25 por ciento o cuando exista una comunidad familiar con un interés económico común. El Tribunal Supremo⁸ ha entendido que el desempeño del cargo societario sin el percibo de remuneración no impide que se considere esa actividad como lucrativa, pues debe entenderse que quien dispone del control de la sociedad con la mitad o más de su capital y lleva a cabo funciones de consejero o administrador realiza una actividad encaminada a la obtención de beneficios y se obtiene aquélla, no como retribución directa, sino como una atribución patrimonial propia de la actividad empresarial.

El administrador de la sociedad mercantil capitalista puede tener un control indirecto de ésta que obligará a su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; es el caso, por ejemplo, del consejero de una Sociedad Anónima en la que, además, es gerente y el capital social está dividido; si aquél controla una de estas sociedades (que, a su vez, es la mayoritaria) se le aplicará, entonces, la DA 27^a.1.1^o TRLGSS siempre que su participación en el capital social de la sociedad que controla indirectamente sea al menos del cincuenta por ciento.

En cualquier caso, esa Norma establece la presunción *iuris tantum* de que se controla la sociedad cuando la persona que tiene atribuidas las funciones de dirección y gerencia posea, como mínimo, el veinticinco por ciento del capital social. Por el contrario, cuando el administrador que sea retribuido no tenga el control, directo o indirecto, de la sociedad estará incluido en el Régimen General o en cualquier otro Régimen Especial en el que reúna los requisitos, como asimilado a trabajador por cuenta ajena con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial (art. 97.2^o k) TRLGSS). Estos administradores societarios, debido a la naturaleza societaria de su vínculo con la empresa y a su asimilación con los trabajadores por cuenta ajena a los efectos de su encuadramiento en el Régimen General, no podrán ser dados de alta en este Régimen General a tiempo parcial⁹, salvo pluriactividad y alta en el Sistema de Seguridad Social o pluriempleo¹⁰.

Si el administrador carece de control sobre la sociedad y se limita a desempeñar ese cargo sin retribución quedará excluido del Sistema de Seguridad Social, ya que los dividendos que como socio pueda recibir no tienen la consideración de salario, ni su actividad lo sea a título lucrativo (art. 2^o D. 25530/1970)¹¹. Así, los administradores únicos, propietarios de su empresa, cuya actividad es la mera titularidad son equiparables

8. STS de 7 de mayo 2004 (RJ 4713).

9. STS de 1^o de julio de 2002 (RJ 9088)

10. STS de 5 de noviembre de 2002 (RJ 468 de 2003).

11. STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 1999 (AS 4210).

a los empresarios individuales que desempeñan las funciones inherentes a la titularidad del negocio¹², a los que la Ley (art. 93.2º OM 24-9-1970), lejos de obligarles a su inclusión en el Sistema de Seguridad Social, les permite compatibilizar la pensión de jubilación con el mantenimiento de esa titularidad y consiguiente desempeño de esas funciones inherentes.

c) Transportistas con vehículo propio

El art. 1º.3.g) TRLET¹³ excluye de laboralidad la relación entre los transportistas con vehículo propio y las empresas para las que realizan los servicios de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

d) Religiosos de la Iglesia Católica

El RD 3325/1981, de 29 de diciembre incluyó en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a los religiosos de la Iglesia Católica (religiosos de Derecho Pontificio) siempre que residan y desarrollen su actividad en el territorio nacional bajo las órdenes de sus superiores y para la Comunidad Religiosa a la que pertenezcan. A partir de la O. 820/2004, de 12 de marzo quedan igualmente comprendidos en el campo de aplicación de este régimen Especial los religiosos de Derecho Diocesano.

A efectos de su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos quedan incluidos los períodos de profesión temporal por cuanto el Derecho Canónico entiende que una de las etapas que han de cubrir las personas que aspiran a la vida religiosa es la denominada profesión temporal con duración de tres años. Sin embargo, otros períodos anteriores a esta profesión temporal, como por ejemplo el período de noviciado y otros, no quedan incluidos.

e) Personas integradas en un Colegio Profesional

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, estableció en su DA 15ª las normas sobre integración de los colegiados en Colegios profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo cual implicó

12. STS de 30 de abril de 1987 (RJ 2845) que excluye de la obligación de afiliación y alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos la situación de mera titularidad del negocio.

13. A partir de la reforma mediante Ley 11/1994, de 19 de mayo, los transportistas quedan incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

que las Mutualidades de Previsión Social correspondientes que se configuraban como obligatorias debían transformarse en voluntarias. A partir de ese momento, las personas que ejerciesen una actividad por cuenta propia que se colegiasen en un Colegio cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos les sería obligatoria la afiliación a la Seguridad Social, bien en el citado Régimen Especial o bien mediante su incorporación a la Mutualidad que tuviese establecida dicho Colegio Profesional, sin que sea ello una obligación alternativa sino una opción voluntaria que permite la pertenencia a ambas¹⁴.

Con anterioridad a la actual regulación, el D. 2530/1970 establecía que los trabajadores por cuenta propia que para ejercer su actividad profesional necesitasen previamente estar integrados en un Colegio o Asociación Profesional quedarían incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando así lo solicitasen los órganos superiores de representación de tales entidades (art. 3.c)2º D. 2530/1970). Ello impedía que los profesionales cuyo Colegio o Asociación no hubiera instado la integración pudieran ser incorporados individualmente y por su voluntad al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. A partir de lo dispuesto en este Decreto se han ido incorporando distintos grupos de trabajadores¹⁵ que deben optar por este Régimen Especial pero que no implica, en absoluto, su desvinculación con la Mutualidad correspondiente que puede seguir operando como instrumento de previsión social complementaria¹⁶.

14. STS de 25 de enero de 2000 (RJ 657).

15. Administradores de Fincas Urbanas (Res. 22.1.1987, idem de Loterías (Circular 20-3-1987), Agentes comerciales (Res. 6-7-1987), idem especializados en aceites (Res. 24-11-1972), Agentes Propiedad Industrial (OM 20-10-1981), Agentes y Comisionistas de Aduanas (OM 7-10-1981), Agentes propiedad Inmobiliaria (RD 2830/1978), Agentes Seguros (D 806/1973), Agricultores no incluidos en REA (D. 118/1975), Asistentes Sociales (OM 29-7-1987), Capitanes, Jefes y Oficiales de la Marina Mercante (OM 6-4-1989), Censores Jurados de Cuentas (OM 13-4-1982), Conductores reparto butano no propietarios vehículo (Circular 28-7-1979), Delineantes (Circular 20-1-1981), Decoradores (Circular 2-11-1981), Diplomados Trabajo Social (OM 29-7-1987), Distribuidores Oficiales Butano SA (Res. 23-10-1972), Doctores y Licenciados en Ciencias Físicas (OM 13-2-1989), Idem en Ciencias Políticas y Sociología (OM 27-10-1988), Economistas (OM 17-7-1981), Escritores Libros (RD 2621/1986), Farmacéuticos titulares de Farmacia (RRDD 2649/1978 y 3328/1983), Gestores intermediarios en promociones de edificaciones (Res. 24-10-1989), Graduados Sociales (D 2551/1971), Herradores y esquiladores de ganado (Res. 7-8-1974), Ingenieros Agrónomos (OM 11-3-1993), Ingenieros Técnicos, Facultativos y Peritos de Minas (OM 1-4-1982), Naturópatas (Res. 17-9-1993), Odontólogos y Estomatólogos (OM 25-9-1981), Ópticos (OM 9-3-1990), Periodistas (Escr. 28-3-1990), Peritos y Tasadores Seguros (OM 12-1-1971), Profesionales colegiados a partir de 10-11-1995 sin Mutualidad (L 30/1995), Profesores Titulados de Autoescuelas (Res. 27-12-1985), Receptores de Apuestas Deportivas (Res. 26-5-1986), Religiosos de la Iglesia Católica, salvo relación laboral (RD 3325/1981 y Res. 26-12-1988), Subagentes Seguros (Res. 18-5-1992), Taxistas (Res. 8-9-1976), Titulados mercantiles (OM 18-12-1981), Tractoristas propietarios de su tractor que alquilan servicios a titulares de explotaciones agrarias (Res. 25-9-1975), Vendedores de prensa (Res. 27-12-1984), Veterinarios (OM 3-10-1981), Vigilantes nocturnos (RD 2727/1977 y Res. 24-10-1979), Cuerpo único de Notarios (RD 1505/2003, de 28 noviembre) y Religiosos de Derecho Diocesano (Orden TAS 820/2004, de 12 marzo).

16. STS –Sala de lo Contencioso– de 22 de junio de 2004 (RJ 3959).

D. Contingencias profesionales

Ya hemos dicho que una de las características del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos había sido la inexistencia de contingencias profesionales, es decir de accidentes y enfermedades derivados de los riesgos propios de la actividad profesional en el ámbito de la cobertura de su acción protectora¹⁷. El art. 115.1º TRLGSS establece el concepto de accidente de trabajo como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”¹⁸. En el mismo sentido, el art. 116.1º TRLGSS conceptúa la enfermedad profesional como “la contraída a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena...”. De tal suerte que las lesiones que sufriera el autónomo en su vida profesional con ocasión o por consecuencia de su trabajo, así como las enfermedades por esa causa, al no ser el trabajo en ningún caso por cuenta ajena, aquéllas y éstas tenían el mismo tratamiento legal que el dispensado a un accidente o enfermedad común.

La Ley 53/2002 añadió la DA 34ª al TRLGSS permitiendo a los trabajadores autónomos mejorar voluntariamente el ámbito de la acción protectora del Régimen Especial, incorporando la protección correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, pero siempre que, previa o simultáneamente, hayan optado por incluir, dentro de dicho ámbito, la prestación económica por Incapacidad Temporal¹⁹.

Con esta nueva Disposición se reconoció legalmente lo que ya se había pactado con los interlocutores sociales en el Pacto de Pensiones de 9 de abril de 2001, y supuso una mejora en el nivel de protección dispensado por el sistema público de Seguridad Social en coherencia con lo ya establecido hace años en la Unión Europea, como los Reglamentos 1408/1971 de 14 junio y 574/1972, de 21 marzo que no prestan atención a si el trabajo realizado se canaliza o no a través de un contrato de trabajo.

La regulación actual que tenemos describe las situaciones de accidente y enfermedad profesionales así como el coste económico de la protección por las mismas. Así, por un lado tenemos el RD 1273/2003, de 10 de octubre que desarrolla esa Norma, en relación a la caracterización de las contingencias profesionales del autónomo y, de otro lado, el RDL 2/2003, que en su Anexo 2 contempla los tipos de cotización según la ac-

17. SEMPERE NAVARRO, A.V., *Aproximación del RETA al RGSS*, Tribuna de Actualidad Aranzadi, núm. 577/2003.

18. Interpretación amplia del concepto: por todas: SSTS 14 de abril y 4 de noviembre de 1988 (RJ 2963 y 8530, respectivamente).

19. El plazo inicial para cotizar voluntariamente por accidente de trabajo y enfermedad profesional se abrió el pasado 1º de enero de 2004 y concluyó el 28 de febrero. No obstante se ha solicitado, a través de enmienda a los Presupuestos Generales del Estado para 2005, que se abra un nuevo plazo para permitir a los autónomos que no se acogieron en su momento a la cobertura por riesgos profesionales que puedan hacerlo dentro de breves fechas y no tengan que esperar tres años tal y como se determina legalmente en la actualidad. Se ha establecido un nuevo período de opción que abarca desde el 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 2005 con efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se ejercite y hasta el día en que finalice la realizada por la cobertura de la IT por contingencias comunes, aunque no coincida con un período de tres años (RD 753/2005, de 24 de junio).

tividad económica del autónomo y que viene señalado con su epígrafe correspondiente. Esta última Norma reglamentaria es acorde con la tarifa de primas recogida en el RD 2930/1979 en relación con la DA 34ª TRLGSS.

El art. 1º RD 2930/1979 y su Anexo 2 contienen siete epígrafes de cotización por contingencias profesionales de los autónomos del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuyos tipos de cotización van de menor a mayor según la menor o mayor peligrosidad de la actividad desarrollada por los mismos.

La ampliación opcional de la cobertura de las contingencias profesionales para los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es una medida que se establece en consonancia con las Directrices europeas²⁰ y con la práctica bastante generalizada de extensión de esta cobertura a personas no trabajadoras, incluso no profesionales²¹ o a trabajadores autónomos pertenecientes a otros Regímenes Especiales²². Ahora la referencia de mejora es exclusivamente para los autónomos incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, de tal modo que las contingencias protegidas no difieren de las que así se encuentran en el Régimen General o Especiales de la Seguridad Social, la enfermedad y el accidente sean comunes o profesionales, que ofrecen tratamiento jurídico diferente en atención al origen común o profesional del riesgo.

De esta suerte, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional ya no quedarán encuadrados dentro de las contingencias comunes²³ y cabrá, por tanto, distinguir causas profesionales y causas comunes, con previsiones más favorables para estas últimas para el cálculo y reconocimiento del derecho a las prestaciones. El reconocimiento de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales necesitará la afiliación y el alta del autónomo y la opción por ampliar su acción protectora a estos riesgos, ya que no podremos hablar aquí del principio de automaticidad de las prestaciones aplicable tan sólo respecto a trabajadores por cuenta ajena cuyos empresarios hubiesen incumplido sus obligaciones (art. 125.3º TRLGSS).

No obstante, así como se ha producido una equiparación en el aseguramiento de los riesgos profesionales entre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y los de-

20. Reglamentos 1408/1971 de 14 junio y 574/1972, de 21 marzo, citados en nota anterior.

21. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, p. 57

22. MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, La Fraternidad-Muprespa-UNED, Madrid, 2000, pp. 311 y ss. CASAS BAAMONDE, M.E., *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, Madrid, 1975, p. 192 con referencia al aseguramiento de estos autónomos en los riesgos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, aunque ese aseguramiento era obligatorio. En cuanto a trabajadores autónomos del mar, el art. 42 del D. 2864/1974, de 30 de agosto establece esa cobertura de riesgos profesionales para los mismos. Vid., igualmente, SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., *La nueva regulación del RETA*, op. cit., pp. 911 a 915.

23. Vid. STC 38/1985 de 13 febrero y STS 26-1-1998. Igualmente: SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y., "Sobre las desigualdades entre y en los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Tomo XIII, Madrid, 1995, pp. 92 y ss.

más Regímenes Especiales de la Seguridad Social, la equiparación en la ordenación de estas contingencias no es idéntica, dado que los autónomos podrán tener esta cobertura si así lo desean, es decir, es algo voluntario, mientras que el resto de trabajadores, ya del Régimen General ya de los Especiales, tienen esta cobertura con carácter obligatorio.

Por tanto, los trabajadores autónomos del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos pueden elegir el tener o no cubiertos los riesgos profesionales, pero si optan afirmativamente se les exige con carácter previo o simultáneo haber optado también por tener asegurada la prestación económica por Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes y, por ende, incrementado el tipo de cotización aplicable. Desde esta perspectiva, si los autónomos no eligen la cobertura de riesgos profesionales se encontrarán con que cualquier riesgo, independientemente de que su causa sea o no profesional, será calificada a efectos de cobertura como contingencia común.

En idéntico sentido, los autónomos que hayan elegido la cobertura de la Incapacidad Temporal y de los riesgos profesionales pueden renunciar a éstos últimos y mantener la Incapacidad Temporal; pero si la renuncia es a la prestación económica de Incapacidad Temporal se producirá también de forma automática la renuncia a la cobertura de los riesgos profesionales. Es decir, la cobertura de la prestación económica por Incapacidad Temporal y la cobertura de riesgos profesionales deberán ir siempre unidas.

Además de la nota de voluntariedad en la cobertura de los riesgos profesionales, ahora citada, hay otra consideración que hace que la ordenación de las contingencias profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se diferencie del Régimen General de la Seguridad Social. Es el concepto de accidente de trabajo que se establece ahora en la Ley (DA 34 TRLGSS) y RD 1273/2003 de desarrollo, de forma más restrictiva pues se exige una relación de causalidad directa e inmediata entre el trabajo por cuenta propia y la lesión sufrida, en consonancia con lo que ya se venía exigiendo a los autónomos pertenecientes a otros Regímenes especiales, como el Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores del Mar²⁴.

Desde esta perspectiva, como analizaremos ahora, la exigencia de causalidad directa en el accidente de trabajo deja sin cobertura los accidentes producidos “con ocasión” o “por consecuencia” del trabajo por cuenta propia, como por ejemplo el accidente *in itinere*.

1. Accidente de trabajo

El nuevo concepto de Accidente de Trabajo para el supuesto de que el trabajador sea un trabajador autónomo perteneciente al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

24. A tenor del art. 31.4º Ley de Sociedades Anónimas a efectos del Régimen Agrario accidente de trabajo “es el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza y que determine su inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, en la explotación de que sean titulares”. Respecto a trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial del Mar, el art. 41-2º del Texto Refundido de dicho Régimen establece que es accidente de trabajo “el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realicen por su cuenta y que determine su inclusión en el Régimen Especial Agrario”.

mos es el contenido en el párrafo 2º de la DA 34 TRLGSS plasmado también en el Reglamento de desarrollo (art. 3º RD 1273/2003): “Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de dicho Régimen Especial”.

A tal efecto, tendrán la consideración de accidente de trabajo:

- a) Los acaecidos en actos de salvamento y otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.
- b) Las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, cuando se pruebe la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia.
- c) Las enfermedades, no incluidas en el apartado 5 de este artículo, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de aquél.
- d) Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de las lesiones constitutivas del accidente.
- e) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

En el concepto y listado no se encuentra comprendido aquel accidente “que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo” a que se refiere el art. 115.1 TRLGSS para los trabajadores por cuenta ajena; concepto dispuesto ahora por el legislador que, sin embargo, es más parecido al establecido legalmente para los trabajadores del Régimen Especial Agrario (art. 31.4º D. 2123/1971)²⁵ y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (art. 41.2º D. 2864/1974)²⁶.

a) *Lesión*

Los elementos que configuran el accidente de trabajo son²⁷: la lesión, el trabajo y la relación de causalidad entre la lesión y el trabajo. Del concepto legal de accidente de trabajo no aparece el elemento de la lesión, pues se entiende por accidente de trabajo “el ocurrido...”. Sin embargo, como el accidente debe mostrarse al exterior a través de

25. Dispone este precepto: “A los efectos de la presente Ley se entenderá como accidente de trabajo de los trabajadores por cuenta propia el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realizan y que determine su inclusión en el Régimen Especial Agrario en la explotación de que sean titulares”.

26. Establece ese artículo lo siguiente: “Se entenderá por accidente de trabajo de los trabajadores a que este artículo se refiere (trabajadores por cuenta propia) el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realizan por su propia cuenta y que determina su inclusión en el Régimen Especial del Mar”.

27. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 2000, p. 57.

alguna manifestación corporal o patología o enfermedad –física o psíquica– producidas o desencadenadas directa e inmediatamente de su trabajo, alguna o varias de estas manifestaciones es lo que constituyen la lesión. El concepto de accidente de trabajo, por tanto, no limita la lesión concreta que deba aparecer o resultar del accidente, pues puede ser omnicompreensivo de cualquier lesión con tal de que ésta derive del trabajo.

Es el RD 1273/2003 quien concreta el concepto de accidente de trabajo a través de un listado incluyendo no sólo las lesiones producidas durante el tiempo y lugar de trabajo sino también las eventuales agravaciones de lesiones anteriores sufridas por accidente de trabajo así como las consecuencias modificadas en su naturaleza, gravedad o terminación por enfermedades intercurrentes en consonancia con el art. 115.2º f) y e) TRLGSS para el Régimen General.

b) *Trabajo por cuenta propia*

El concepto de accidente de trabajo está referido al trabajo realizado por el autónomo el cual ha dado lugar a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Es decir, se trata de una lesión producida en el trabajo realizado por el autónomo de forma habitual, personal y directa a título lucrativo. Si el autónomo está realizando varias actividades pero sólo incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por una de ellas podría darse el caso de sufrir un accidente de trabajo al realizar la actividad excluida del Régimen Especial y, por ello, no estar jurídicamente protegido a pesar de ser un accidente de trabajo. Por analogía y a pesar de la dicción legal “*como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta*” se debería aplicar el art. 115.2º TRLGSS cuando declara la existencia de accidente de trabajo del trabajador por cuenta ajena “que sufra con ocasión o por consecuencia de las tareas que sean distintas a las de su categoría profesional”.

Sin embargo el trabajador autónomo se inserta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por un tipo concreto de actividades a realizar sin que quede obligado a declarar las posibles y eventuales restantes²⁸, las cuales quedarían sin cobertura por accidente de trabajo. También presenta problemas el tema de la pluriactividad, cuando el autónomo realiza una actividad que da lugar a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y otra en otro Régimen Especial, donde el autónomo se verá jurídicamente desprotegido ante un accidente ocurrido en la actividad del otro Régimen Especial que no incluya su protección, pues esa consideración no se puede aplicar en el de Autónomos.

Además de estas exclusiones para el autónomo que serían cubiertas, eventualmente, como contingencia común, existen otras que incluye el art. 115.2º TRLGSS para

28. PANIZO ROBLES, J.A., “La ampliación de la protección social de los autónomos: la cobertura de los riesgos profesionales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 53/2003, pp. 143 y ss, especialmente p. 150, aduciendo que esta cuestión hubiese quedado totalmente resuelta si al autónomo se le obligase a declarar todas las actividades que realiza, admitiéndose, en consecuencia, el alta múltiple.

los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, referidas a los accidentes que sufra con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical o los ocurridos al ir o volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos. Si el autónomo sin trabajadores a su servicio tiene derecho de afiliación a cualquier sindicato que elija, como manifestación de su derecho fundamental a la libertad sindical, cuando se encuentre en el desempeño de un cargo electivo de su sindicato no debe encontrar obstáculos para el pleno desarrollo de su ejercicio, debiéndose arbitrar todas las medidas legales que hagan efectiva esa libertad fundamental, en igualdad al resto de trabajadores por cuenta ajena, incluyéndose como de trabajo aquellos accidentes que el autónomo sufriese como consecuencia del ejercicio de ese cargo y al ir o volver al lugar de desempeño del mismo.

c) *Relación de causalidad entre la lesión y el trabajo*

Esta relación de causa a efecto viene establecida en la DA 34^a TRLGSS y art. 3^o RD 1273/2003 al disponerse que el accidente debe sufrirse “como consecuencia directa e inmediata” del trabajo que ejecute el autónomo por cuenta propia. El establecimiento legal de esta causalidad “directa e inmediata” es una forma de acotar el concepto de accidente de trabajo, restringiéndolo respecto a los trabajadores por cuenta ajena pues los autónomos se supone que están fuera del círculo de organización y dirección del empresario, que no tienen una jornada de trabajo ni un salario por su disposición a esos poderes y que, en definitiva, ni directa ni inmediatamente puede su trabajo provocarles un accidente. Nuevamente podemos plantear la situación de dependencia económica del autónomo y advertir los accidentes indirectos y mediatos que se van a poder producir en su persona y que, sin embargo, van a quedar extramuros de protección por riesgo profesional. No obstante, la solución pasaría por regular de una forma específica los derechos de Seguridad Social del autónomo dependiente pues, efectivamente, desarrolla su trabajo en similar situación y condiciones que el trabajador ordinario, pudiéndose interpretar entonces la dicción “directa e inmediata” en los mismos términos que respecto al accidente de trabajo de cualquier trabajador ordinario.

Los accidentes sufridos “con ocasión” del trabajo quedan, por tanto, excluidos del concepto de accidente de trabajo por lo que su tratamiento entraría de lleno en el régimen de las contingencias comunes. Son excluidos aquellos supuestos de causalidad indirecta o remota, para admitir solamente las lesiones que sufra el autónomo cuando el factor trabajo ha sido el detonante directo e inmediato de aquéllas. Quedaría excluido el accidente provocado (dolo o imprudencia temeraria) al autónomo por otro trabajador por cuenta ajena o propia que trabajase en el mismo centro de trabajo, también el ocurrido con imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual del trabajo y que derive de la confianza que éste inspira, el cual, sin embargo, sí se contempla para los trabajadores del Régimen General (art. 115.5 a) TRLGSS).

No obstante, el art. 3.4^o del RD 1273/2003 prevé un supuesto que no impediría la calificación de sus consecuencias como derivadas de accidente de trabajo, es el supuesto de concurrencia de culpabilidad civil o criminal de un tercero, salvo que no

guarde relación alguna con el trabajo; supuesto éste donde se aprecia el tratamiento igual con los trabajadores del Régimen General a tenor del art. 115-5 b) TRLGSS.

También quedan excluidos los accidentes fortuitos, los de fuerza mayor y los accidentes, en fin, *in itinere*²⁹; en todos estos supuestos excluidos para el autónomo –contemplados en el mismo art. 3º del RD 1273/2003– la diferencia con los trabajadores por cuenta ajena para los que sí serían accidentes de trabajo es que éstos tienen vínculo jurídico distinto. Son, en definitiva, dos tipos de trabajadores laboralmente diferentes, porque trabajan de forma jurídica diferente; sin embargo, cuando las lesiones son manifestadas durante la jornada laboral y en el lugar de trabajo (ambas condiciones tienen ambos tipos de trabajadores) se debe presumir la existencia de nexo de unión y, por tanto, de accidente de trabajo³⁰.

La protección social de unos y otros trabajadores es diferente aunque esta desigualdad no sea considerada discriminatoria³¹. No obstante, sería deseable llegar a su equiparación, y corresponde al legislador llevar a cabo la culminación de este proceso. La ocasión se ha tenido recientemente a través de la DA 34ª TRLGSS y en su desarrollo reglamentario a través del RD 1273/2003, pero más que pensar en esa equiparación social de los trabajadores autónomos dependientes con los que lo son por cuenta ajena, ha querido equipararlos, aunque sin conseguirlo, con los otros autónomos, los agrarios y los del mar, de los que, sin embargo, por la forma de realización de su trabajo se distancian mucho.

2. Enfermedad profesional

El concepto de enfermedad profesional para los trabajadores autónomos del art. 3º RD 1273/2003 es el mismo que el utilizado para los trabajadores por cuenta ajena por el art. 116 TRLGS, e igual que el utilizado para los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario (art. 31.4º D. 2123/1971 y art. 45.2º D. 3772/1972) y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (art. 41.2º D 2864/1974). La enfermedad profesional “es la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, en la actividad en virtud de la cual el trabajador esté incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades contenidos en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al RD 1995/1978, de

29. MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (art. 40. cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 240 de 2003, p. 37. Por otro lado, conviene poner de manifiesto que en la tramitación del RDL 2/2003, como Proyecto, se formularon algunas iniciativas pretendiéndose que el accidente *in itinere* se extendiese de forma expresa a los autónomos (BOC Senado. Serie II, de 7-10-2003).

30. SSTSJ de Andalucía de 10-1-2000 (I.L. J504) y del País Vasco de 29-2-2000 (AS 776).

31. STC 103/1984; 114/1987 y 38/1995, de 13 febrero.

12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social”.

Para que una enfermedad sea profesional se requiere que ésta sea contraída a consecuencia del trabajo ejecutado, se especifique en el cuadro correspondiente y esté provocada por los elementos o sustancias que se indiquen para cada una de ellas, es decir, hace falta que concurra los tres elementos de lesión o enfermedad, trabajo por cuenta propia y nexo causal entre ambos.

a) *Lesión*

El primer elemento del concepto legal de enfermedad profesional es la lesión o enfermedad provocada por la acción de elementos y sustancias especificados en la lista de enfermedades profesionales. La enfermedad profesional debe haberse producido, por tanto, por la acción de alguno o algunos de los elementos, sustancias o agentes detallados en el Anexo del RD 1995/1978. De tal modo que si la enfermedad profesional se produce por la concurrencia de otros elementos, sustancias o agentes ajenos a esa lista se producirá una enfermedad pero no profesional o, eventualmente, sí podría tener la consideración de accidente de trabajo si ha sido adquirida como consecuencia directa e inmediata de su trabajo por cuenta propia.

b) *Trabajo por cuenta propia*

El concepto de enfermedad profesional es, como hemos visto, amplio e igual para todos los trabajadores de todo tipo y que realicen un trabajo de cualquier forma y que pertenezcan a cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social. El concepto no es restrictivo como el de accidente de trabajo y, por tanto, no es necesario que la enfermedad se produzca como consecuencia de la actividad que dio lugar a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o que se produzca en otra actividad incluida en el ámbito de aplicación de otro Régimen. La razón de todo ello es que de la enfermedad profesional se conoce de antemano su naturaleza jurídica y una vez actualizada mantiene esa naturaleza para todos los trabajadores sean autónomos o no. Sin embargo el accidente de trabajo que conocemos cómo está configurado legal y jurisprudencialmente se aplica a unos trabajadores y a otros no: la diferencia nuevamente es el distinto vínculo jurídico existente entre el autónomo y el empleador, sin reparar en aquellos autónomos que lo son jurídicamente pero que son dependientes económicamente del mismo; por tanto se hallarían en las mismas condiciones que el resto de trabajadores ordinarios, como ya hemos referido³².

32. BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blach, Valencia, 2002, p. 246.

c) *Relación de causalidad entre la lesión y el trabajo*

Exclusivamente existe nexo de causalidad entre el trabajo y la enfermedad cuando el trabajo realizado esté en la lista cerrada prevista en la Ley y la enfermedad sea acreditada por la participación de unos concretos elementos, sustancias o agentes que también se prevén legalmente. Si estas dos premisas concurren se presume *iuris tantum* que estamos ante una enfermedad profesional, sin que el enfermo tenga que aportar prueba alguna.

Claroscuros del multiculturalismo estadounidense: la cuestión de la población india nativa

Alejandro Torres Gutiérrez*

I. Una aproximación histórica

I.1. El *statu quo* inicial

Al tiempo de la llegada de los primeros europeos, la población india nativa¹ de Norteamérica no había desarrollado una civilización tan compleja como la existente en el centro o en el sur del continente. Algunas de las tribus eran nómadas, pero otras estaban asentadas en regiones concretas en las que practicaban una explotación comunal de la tierra². Cuando los colonos blancos necesitaban a los indios, solió florecer un amistoso comercio, cuando necesitaban sus tierras estalló el conflicto³. Los enfrentamientos entre indios y colonos están documentados desde el siglo XVII, cuando los holandeses e ingleses establecieron sus primeras colonias. El balance de estos enfrentamientos fue netamente favorable para los europeos, que los exterminaron o redujeron a la esclavitud. De hecho a mediados del siglo XVIII el 5% de la población esclava en Norteamérica era de origen indio⁴.

* Profesor titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Pública de Navarra

1. Queremos matizar que al hablar de *indios nativos*, lo hacemos refiriéndonos a la original población norteamericana con carácter general, pero somos plenamente conscientes de la imposibilidad de considerar tal término como una categoría única, dadas las enormes diferencias existentes entre los diversos componentes humanos que abarca el concepto, tanto en lo referido a sus costumbres, como a su lenguaje, economía, religión, etc. Asimismo usamos ambos vocablos en una acepción genérica, desprovista de cualquier connotación peyorativa que pueda querer darse.

2. BRIGGS, Vernon M., *Mass Immigration and the National Interest*, M.E. Sharpe, Nueva York, 1992, pp. 32 y 33.

3. MARDEN, Charles F., MEYER, Gladys, ENGEL, Madeline H., *Minorities in American Society*, Harper Collins Publishers, Nueva York, 6ª Edición, 1992, p. 117.

4. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 199.

I.2. La política de control mediante tratados

La Constitución de EE.UU. sólo hará una breve mención a los indios nativos, cuando señala que el Congreso tiene la competencia para regular el comercio con sus tribus. Entre 1790 y la Guerra Civil se firmaron más de 300 tratados con las tribus indias, piezas maestras del fraude y de la opresión, que fueron frecuentemente incumplidos por los blancos⁵. Con ello quedaban sentadas las bases de una relación que sólo benévola-mente merece el nombre de *asimétrica*⁶. El instrumento legal de los tratados puso en manos de la población *blanca* un útil mecanismo para sojuzgar a los indios, pues pese a que la idea de tratado parezca connotar una cierta igualdad entre los estipulantes, la realidad distó de aproximarse a ello. Estaban normalmente redactados en inglés, en cuyo manejo (especialmente si tenemos en cuenta que estamos ante un inglés *jurídico*) no siempre ambas partes se encontraban en igualdad de condiciones, máxime si tenemos en cuenta quienes eran los que iban a estar llamados a interpretarlos y aplicarlos⁷.

Las enfermedades importadas por los europeos y el poder de las armas de fuego redujo la población india a apenas 250.000 individuos en 1890, que no empieza a recuperarse demográficamente hasta la segunda mitad del siglo XX, en que se pasa de los 400.000 individuos en 1950 a 1.900.000 en el censo de 1990. Los dos grupos actualmente más significativos, el *Cherokee* con 308.000 individuos y el *Navajo* con 219.000, representan el 28% de la población india actual⁸.

El *Removal Act* de 1830, supuso el desplazamiento de la población india nativa. Se produce lo que vino a denominarse como el *Trail of Tears*, el *Viaje de las Lágrimas*, en virtud del cual los indios pierden sus tierras iniciales en unas pésimas condiciones, con una nula planificación del Gobierno, unos oficiales corruptos, falta de atención a los enfermos a causa de las epidemias y escasez de suministros, provocando la ruptura de su tradición cultural. La larga marcha les obligó a asentarse en una tierras en las que debieron practicar técnicas agrícolas que no les eran familiares y desarrollar un difícil proceso de adaptación al medio⁹. Paralelamente los tribunales elaboran una doctrina en 1831 que considera a las naciones indias como *naciones domésticas dependientes*¹⁰, a partir del caso *Cherokee Nation v. Georgia*¹¹, en virtud de la cual las tribus indias ven reconocido cierto grado de soberanía, pero nunca una soberanía plena como ocurre con

5. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *op. cit.*, p. 201.

6. ESBER, George S., "Shortcoming of the Indian Self-Determination Policy", en Pierre CASTILE, GEORGE y BEE, Robert L. (ed.), *State and Reservation. New Perspectives on Federal Indian Policy*, The University of Arizona Press, Tucson & London, Arizona., 1992, p. 213.

7. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford M., *Americans Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, p. 5.

8. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *op. cit.*, p. 197.

9. SCHAEFER, Richard T., *Racial and Ethnic Groups*, Scott, Foresman and Company, Glenview, 1990, p. 169.

10. *Domestic dependant nations*.

11. 30 U.S. 1.

los *estados extranjeros*¹². Se trataba de una nueva categoría hasta entonces desconocida en el Derecho Internacional y que recurría a un concepto del derecho privado para explicar el vínculo entre las tribus indias y los EE.UU.: la relación de dependencia entre un pupilo y su tutor¹³, estando completamente bajo la soberanía y el dominio de los EE.UU., y ello marcará la evolución legal en la materia durante los próximos cien años¹⁴. Esta línea jurisprudencial se desarrolla un año después, en 1832 en el caso *Worcester v. Georgia*¹⁵, que define la relación como una relación de *dependencia doméstica*¹⁶ que justifica el recorte de la soberanía por parte de las naciones indias.

En diciembre de 1835, el Presidente ANDREW JACKSON anunciaba solemnemente en su séptimo discurso anual ante el Congreso, que el plan de recolocación de los aborígenes al oeste del río Mississippi estaba a punto de culminarse, tras fracasar todas las tentativas previas de asimilación¹⁷. Miles de *Cherokees, Creeks, Chicksaws, Choctaws* y *Seminoles* fueron reubicados en los territorios del Oeste, en el actual estado de Oklahoma. La paulatina expansión del ferrocarril, la fiebre del oro, la destrucción de las manadas de búfalos y la masiva llegada de colonos en dirección hacia el oeste suponen un serio choque cultural, que anticipa el fin de las fronteras abiertas para la población india y su confinación en reservas¹⁸.

I.3. El mantenimiento de la dominación: el sistema de reservas

I.3.A. *El sistema de asimilación forzosa*

I.3.A.1. *El reparto de la tierra*

Después de haber firmado unos 370 tratados, en 1871 el Congreso decretó que ninguna tribu india podía ser reconocida como una nación, tribu o poder independiente, con

12. Hagan, William T., *Indian Police and Judges. Experiments in Acculturation and Control*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1980, p. 10.

13. 30 U.S. 1.

14. RAGSDALE JR., Fred R., "The Deception of Geography", en DELORIA JR., Vine., *American Indian Policy in the Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1985, p. 67.

15. 31 U.S. 515.

16. 31 U.S. 515.

17. ... *The plan of removing aboriginal people who yet remain within the settled portions of the United States to the country west of the Mississippi River approaches its consummation. It was adopted on the most mature consideration of the condition of this race, and ought to be persisted in till the object is accomplished, and prosecuted with as much rigor as a just regard to their circumstances will permit, and as fast as their consent can be obtained. All preceding experiment for the improvement of the Indians have failed. It seems now to be an established fact that they can not live in contact with civilized community and prosper...* PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, p. 71.

18. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford M., *Americans Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, pp. 7 y 8.

la que los EE.UU. pudiera contratar mediante tratado, inaugurando una nueva fase en las relaciones con los indios nativos¹⁹. El Tribunal Supremo el 5 de enero de 1903 en el caso *Lone Wolf v. Hitchcock*²⁰, no sólo señaló que el Congreso podía romper unilateralmente los Tratados con los indios, sino que también podía proceder al reparto de tierras sin el consentimiento de las tribus indias y sin indemnizar a las mismas.

Los indios de este modo quedaban privados de su autonomía política, económica y cultural, y sometidos a una fuerte presión de asimilación, en un contexto que incluía un reparto de las reservas entre diversos grupos misioneros cristianos, especialmente a partir de 1870, siendo presidente GRANT, con evidente olvido del principio de separación entre la Iglesia y el Estado. La parte del león les fue confiada a los cuáqueros²¹, metodistas²², presbiterianos²³, baptistas²⁴ y episcopalianos²⁵. Los grandes perjudicados fueron los católicos, lo cual se explica fácilmente en una *América protestante*²⁶.

El *Allotment Act*²⁷ de 1887, también conocida como *Dawes Act*, establecía el reparto de tierras a la población india. El gobierno podría dividir las tierras de cada tribu, repartiéndolas entre las familias. A cada cabeza de familia le sería entregado un total de 160 acres, al pensar el Gobierno que con esta medida los indios podían asumir un papel semejante al de los colonos blancos. Cada beneficiario de un lote de tierras devenía ciudadano de los EE.UU.²⁸. Detrás de esta política se encontraban asociaciones filantrópicas que creían que de este modo se podría resolver el problema de esta minoría, pero también los grupos de presión especuladores de la tierra, las compañías mineras y de ferrocarriles, los representantes de la industria de la madera y los rancheiros de ganados²⁹. Con el fin de garantizar que pudieran sedentarizar sus costumbres y *arraigar*, se les prohibió la venta de la tierra en un plazo de 25 años. Pero de este modo se dinamitaba la tradicional estructura india del reparto de la tierra, que hasta entonces había sido explotada *en mano común* por cada tribu, sin cuotas individuales, que resultaban extrañas a su mentalidad. Por otro lado existía otro serio inconveniente, y es que la tierra que se asignó a los indios fue con frecuencia de muy bajos rendimientos, cuando no completamente improductiva.

La política de reparto de lotes de tierra abre una nueva etapa en la política federal respecto a la minoría india que tuvo dramáticas consecuencias, pues supone priorizar

19. MARDEN, Charles F., MEYER, Gladys, ENGEL, Madeline H., *Minorities in American Society*, Harper Collins Publishers, Nueva York, 6ª Edición, 1992, p. 119.

20. 187 U.S. 553, 23 S.Ct. 216.

21. Oklahoma, Kansas y Nebraska.

22. Noroeste.

23. Sudoeste.

24. Nevada.

25. Dakota del Norte y del Sur.

26. FRANTZ, Klaus, *Indian Reservations in the United States. Territory, Sovereignty and Socioeconomic Change*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, pp. 19 y 21.

27. 25 U.S.C.A. § 331.

28. CARLSON, Leonard A., *Indians, Bureaucrats, and Land. The Dawes Act and the Decline of Indian Farming*, Greenwood Press, Westport, 1981, p. 10.

29. FRANTZ, Klaus, *op. cit.*, p. 23.

una línea de actuación tendente a asimilar forzosamente a los indios. Por otro lado, los excedentes de tierra que no se distribuyeron en lotes tuvieron la consideración de *so-brantes*, y por lo tanto fueron susceptibles de reparto entre no indios. A cambio las tribus recibieron en el mejor de los casos una simbólica indemnización que solo sirvió para consagrar legalmente el expolio de tierra³⁰. Además se dejó entreabierto la puerta a la enajenación de los lotes repartidos. Esa puerta pronto se abrió de par en par, contribuyendo a la pérdida de la tierra a través de enajenaciones entre particulares. Por ejemplo en los años 80, la reserva de *Port Madison*, en el estado de Washington, con una extensión de 7.276 acres, sólo en un 37% permanecía en manos de medio centenar de indios. El resto era poseído por unos 3.000 no indios que vivían dentro de los límites de la reserva³¹.

El *Dawes Act* pretendió crear *ciudadanos autosuficientes y felizmente asimilados*, pero en la práctica fracasó en su supuesto objetivo de facilitar el ajuste cultural en la sociedad mayoritaria, no siendo en absoluto la panacea a los problemas indios, tal y como sus promotores pretendieron³². No se hizo el más mínimo esfuerzo en adiestrar a los indios en la explotación de la tierra de forma que pudiera resultar productiva. Esto contribuyó al fracaso de esta política, máxime si tenemos en cuenta la carencia de una tradición agrícola sedentaria en muchas tribus y el hecho de ser visto por parte de los propios indios como una imposición. De hecho mucha de esta tierra acabó en manos de colonos blancos, pues se obvió la prohibición de venta mediante fórmulas arrendaticias u otras alternativas asimismo fraudulentas. El Departamento de Asuntos Indios, *Bureau of Indian Affairs*, B.I.A., demostró su absoluta inoperancia. En 1934 los indios habían perdido aproximadamente 90 de los 138 millones de acres que poseían en 1887³³.

Para buena parte de los reformistas blancos del siglo XIX, los esquemas tradicionales de conducta indios, especialmente la práctica de la posesión comunal de la tierra, constituían fronteras infranqueables para que el indio pudiera llegar a convertirse en *un buen hombre blanco*³⁴. El B.I.A. es un ejemplo claro del papel del Gobierno de EE.UU. en el control de los grupos raciales y étnicos del país, de forma que la vida de los indios nativos pasó a ser directamente administrada rutinariamente por un órgano burocrático del gobierno federal³⁵. Por otro lado el B.I.A. se convirtió en una máquina que cada vez demandaba más burocratas. En 1852 tenía 108 empleados, en 1888 eran 1.725, en 1911 unos 6.000, en 1934 eran ya 12.000³⁶.

30. FRICKEY, Philip P., "The Status and Rights of Indigenous Peoples in the United States", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Sonderabdruck aus Band 59, Nr. 2, 1999, p. 395.

31. TAYLOR, Theodore W., *The Bureau of Indian Affairs*, Westview Press, Boulder, 1984, p. 81.

32. COWGER, Thomas W., *The National Congress of American Indians. The Founding Years*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1999, p. 14.

33. SCHAEFER, Richard T., *Racial and Ethnic Groups*, Scott, Foresman and Company, Glenview, 1990, pp. 169 y 170.

34. DANIELS, Roger, *Not Like us. Immigrants and Minorities in America, 1890-1924*, Ivan R. Dee, Chicago, 1997, p. 30.

35. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 205.

36. TAYLOR, Theodore W., *The Bureau of Indian Affairs*, Westview Press, Boulder, 1984, p. 35.

I.3.A.2. *La política americanizadora*

Junto a esta errática política de reparto de tierras, se incentivó la americanización forzada de los niños indios, a través del sistema educativo, siendo separados de sus familias, obligándoseles a hablar en inglés y prohibiéndoseles su indumentaria tradicional. Asimismo se les aplicó directamente el curriculum general de la población blanca, sin ningún tipo de adaptación a sus necesidades específicas³⁷. El fin de la época de tratados, la adopción del *Allotment Act*, e incluso la extensión de la ciudadanía fueron medidas tomadas sin consultar con los indios e incluso con frecuencia a pesar de su fuerte oposición, pese a que afectaban esencialmente a su libre determinación como personas³⁸.

I.3.B. *E/New Deal*

El *New Deal* de FRANKLIN D. ROOSEVELT también llegó a los asuntos indios. Esta nueva orientación de la política gubernativa en la materia vino precedida de un interesante estudio dirigido por LEWIS MERIAM publicado en 1926, titulado *The Problem of Indian Administration*, que reivindicaba la introducción de radicales cambios en esta materia, denunciando el calamitoso estado de la educación, salud, y en general de las condiciones socioeconómicas de la población india, y que concluía denunciando la necesidad de incrementar las políticas de choque en este campo³⁹.

Los cambios emprendidos en este tiempo fueron abanderados por HAROLD I. ICKES, Secretario de Interior, JOHN COLLIER, Director del B.I.A. y el senador por Montana, BURTON WHEELER, que puso todo su empeño en la aprobación del *Indian Reorganization Act*, I.R.A. de 1934, fuertemente influenciada por el *Informe Meriam*, también conocida como *Wheeler-Howard Act*, aunque más bien inspirada por un criterio teleológico de asimilación que de establecer una sociedad plural, intentó resolver el problema indio. Muchas de sus disposiciones trataron de beneficiar a esta minoría, entre ellas la revocación del *Allotment Act*, pero dada la larga tradición de ruptura de tratados, fue vista inicialmente por sus destinatarios con clara desconfianza.

Con el I.R.A. las tribus pudieron darse así mismas una constitución escrita y elegir un consejo con su propio jefe. El problema estribó en que estos representantes lo eran de toda la reserva, que con frecuencia agrupaba a diversas tribus enemigas. Por otro lado el Secretario de Interior concentró en su persona un enorme poder, llegando a ser considerado como el *dictador de los indios*, pues estableció las reglas de los procesos

37. MARDEN, Charles F., MEYER, Gladys, ENGEL, Madeline H., *Minorities in American Society*, Harper Collins Publishers, Nueva York, 6ª Edición, 1992, p. 120.

38. PEROFF, Nicholas C., *Menominee Drums. Tribal Termination and Restoration, 1954-1974*, University of Oklahoma Press, Norman, 1982, p. 13.

39. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford M., *Americans Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, p. 12. PEROFF, Nicholas C., *Menominee Drums. Tribal Termination and Restoration, 1954-1974*, University of Oklahoma Press, Norman, 1982, p. 13.

electorales, pudiendo vetar las constituciones y redactar normas reglamentarias sobre la organización interna de las reservas. El I.R.A. debía ser aceptado por las propias tribus indias en referéndum, para que les fuera directamente aplicable, pero fueron frecuentes las manipulaciones de votos y el fraude durante el proceso electoral, computándose el voto de personas fallecidas, para que el I.R.A. pudiera superar la votación. El I.R.A. no resolvió los graves problemas económicos de esta minoría y mantuvo su subordinación económica al gobierno federal. A lo sumo sirvió para que los indios comenzasen a administrar por sí mismos su propia pobreza... bajo la supervisión del gobierno federal⁴⁰. Se criticó al I.R.A. de intentar imponer a las tribus indias las formas de organización política de la población blanca⁴¹.

No obstante en 1948, 93 tribus habían adoptado sus propias constituciones escritas, y comenzaron a asumir ciertas competencias de autogobierno. A tal fin se estableció un Consejo Tribal que en teoría podía sugerir medidas de administración y aprobar o rechazar las propuestas de la administración, así como un Tribunal de jueces indios, que no tenía competencias respecto a los delitos más graves, respecto a los cuales los tribunales federales mantenían su jurisdicción. Aunque la compatibilización de costumbres no fue siempre fácil, por ejemplo las tribus *Navajo* y *Papago* conservaron la costumbre de decidir asuntos de importancia en grandes reuniones cara a cara en las que las decisiones se tomaban por unanimidad, a diferencia de la tradición blanca de la regla de la mayoría⁴².

La *Indian Claims Commission* fue creada en 1946 por el Congreso, con el fin de atender las reclamaciones, compuesta inicialmente por tres miembros y con una duración inicial de cinco años. El éxito de sus actuaciones obligó a prorrogar su actividad, aumentar sus competencias y el número de sus miembros. Sin ser en sentido estricto un *tribunal*, lo cierto es que en buena parte funciona como tal, donde los abogados de las tribus indias y del gobierno presentan sus respectivos argumentos⁴³.

I.4. La política de recolocación y el *Termination act* de 1953

En 1952 el B.I.A. comenzó un programa de recolocación voluntaria, con el fin de permitir la reubicación de los indios de las reservas hacia zonas urbanas industrializadas, con el fin de buscar un puesto de trabajo seguro, debido a la escasa viabilidad económica de las tierras ocupadas por los indios. El programa fracasó al no prever ayudas para los indios que desearan regresar a las reservas, algo que ocurrió en el caso de un

40. SCHAEFER, Richard T., *Racial and Ethnic Groups*, Scott, Foresman and Company, Glenview, 1990, p. 172. FEAGIN, JOE R. y FEAGIN, CLAIRECE B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, pp. 206 y 207.

41. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford M., *op. cit.*, p. 15.

42. MARDEN, Charles F., MEYER, Gladys, ENGEL, Madeline H., *Minorities in American Society*, Harper Collins Publishers, Nueva York, 6ª Edición, 1992, p. 123.

43. SCHAEFER, Richard T., *op. cit.*, p. 175.

25 ó 30% de los casos. La vida resultó difícil para los indios que emigraron a las ciudades, debido a su tradicional dependencia de las autoridades blancas para la mayoría de los aspectos de la vida civil. El arraigo en las ciudades solió ser mayor entre aquellos que tenían una mayor formación cultural⁴⁴, a pesar de las optimistas previsiones de GLENN L. EMMONS, Comisionado de Asuntos Indios en 1954⁴⁵. El 1 de agosto de 1953, el Congreso aprobó una resolución⁴⁶ tendente a poner fin al especial *status* de los indios de las reservas, y a someterles a las mismas leyes, privilegios y responsabilidades que al resto de los ciudadanos. Ello encendió las señales de alarma entre las asociaciones de defensa de los derechos de los indios, pues hubiera supuesto sumirles en la más absoluta de las miserias, debido a que no se encontraban en buena parte preparados para subsistir en una economía competitiva, como la del hombre blanco, por lo que la política de terminar las especiales relaciones con el gobierno federal, sólo fue llevada a cabo en aquellas tribus que voluntariamente lo aceptaron⁴⁷. En aquellos lugares en que se llevó a cabo la política de liquidación de la tutela estatal, se produjo en general un empeoramiento de la situación de la minoría india. Así la *Menominee Indian Reservation*, pasó de ser una de las más ricas reservas indias del país, a ser el condado más pobre de Wisconsin⁴⁸. El 22 de diciembre de 1977 se aprobó el *Menominee Restoration Act*, con el fin de enmendar los errores de la política de *terminación* del Acta de 17 de julio de 1973⁴⁹.

I.5. La política del *Area Redevelopment Act* durante la administración Kennedy

El Acta de Desarrollo de Areas Deprimidas, *Area Redevelopment Act*, tendió a otorgar préstamos, ayudas y asistencia económica, a quienes habitasen en ciertas áreas especiales, consideradas como deprimidas y menos desarrolladas, entre las cuales quedaron incluidas muchas reservas. Los programas surgidos al amparo de esta ley trataron de potenciar el sistema educativo, la formación profesional de los trabajadores, los servicios públicos, la reforestación, etc. En el caso de los Navajos, éstos llegaron a tener su propia compañía de teléfonos, y en el de los Sioux, se crearon numerosas empresas de servicios, como bancos, hoteles o centros comerciales⁵⁰. La población india experi-

44. MARDEN, Charles F. y MEYER, Gladys, *Minorities in American Society*, D. Van Nostrand Company, Nueva York, 5ª Edición, 1978, p. 229.

45. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, pp. 237 y 238.

46. House Concurrent Resolution 108, 83rd Congress, 1st Session.

47. MARDEN, Charles F., MEYER, Gladys, ENGEL, Madeline H., *Minorities in American Society*, Harper Collins Publishers, Nueva York, 6ª Edición, 1992, p. 124.

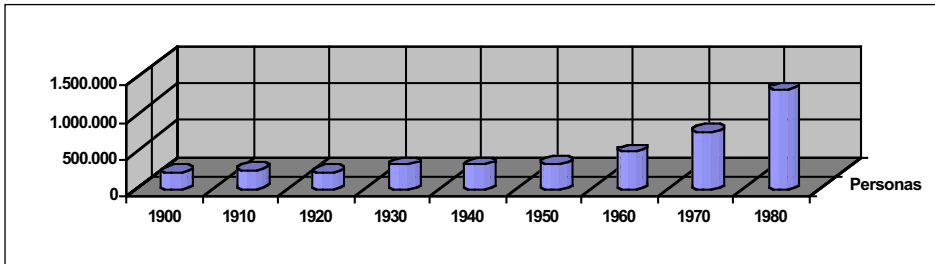
48. FRANTZ, Klaus, *Indian Reservations in the United States. Territory, Sovereignty and Socioeconomic Change*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 35.

49. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, pp. 264 y ss.

50. MARDEN, Charles F. y MEYER, Gladys, *Minorities in American Society*, D. Van Nostrand Company, Nueva York, 5ª Edición, 1978, pp. 230 y 231.

mentará un importante crecimiento a partir de la segunda mitad del siglo XX, que en cierto modo es una expresión de una cierta mejora de sus condiciones de vida, aunque hoy en día es una de las minorías más desfavorecidas en términos de renta *per capita*, acceso a la educación y al sistema sanitario, como tendremos ocasión de comprobar en este trabajo.

Crecimiento de la población india: 1900-1980⁵¹



El factor que mejor explica el espectacular crecimiento de la población india a partir de 1950, es la mejora de las condiciones médicas, debido a las innovaciones habidas en el campo de la medicina y a un mayor acceso a la asistencia sanitaria, que repercuten tanto en una reducción de la mortalidad infantil como en un incremento de la esperanza media de vida y de la longevidad de este sector de la población.

II. La vida en las reservas

II.1. La reserva como asentamiento humano

Las reservas vinieron a establecerse en zonas de poco o nulo valor económico, y normalmente alejadas de los primeros asentamientos de los colonos blancos, lo que explica la dificultad para prosperar económicamente de la que históricamente han adolecido⁵². Venían a constituir una especie de escuela en la que los indios eran reagrupados, bajo la custodia de funcionarios, con el fin de conseguir que adquiriesen los hábitos, ideas y aspiraciones *que distinguen a un hombre civilizado de otro que no lo es*⁵³. En 1872

51. SNIPP, C. Mattheu, *Americans Indians: The First of this Land*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1991, p. 64.

52. PERRY, Richard J., *Apache Reservation. Indigenous Peoples and the American State*, University of Texas Press, Austin, 1993, p. 129.

53. CARLSON, Leonard A., *Indians, Bureaucrats, and Land. The Dawes Act and the Decline of Indian Farming*, Greenwood Press, Westport, 1981, p. 33.

la reserva se había constituido en el *modus vivendi* por excelencia para una buena parte de esta minoría. 150.000 indios vivían en reservas bajo el completo control de los agentes del gobierno, otros 95.000 tenían un contacto más o menos esporádico con las mismas, calculándose que sólo 55.000 no habían visitado nunca una de ellas⁵⁴.

Los indios que habitaban en las reservas encontraron su vida directamente determinada por el Gobierno Federal. Esta dependencia directa afectaba a la práctica totalidad de los aspectos de la vida cotidiana, desde el estado de conservación de los caminos hasta el servicio de bomberos, pasando obviamente por la organización del sistema escolar, que se organizaban desde dos agencias federales, el B.I.A. y el Servicio Público de Salud⁵⁵. El principal problema ha sido que la administración se ha apropiado del poder de decisión, cerrando las posibilidades de desarrollo autónomo de las reservas⁵⁶.

A mediados del siglo XX, debido a la mecanización de la agricultura, la minería y otras industrias, muchos indios regresaron a las reservas, lo que produjo una sobrecarga adicional a la maltrecha situación económica de las mismas, por lo que los funcionarios federales idearon a partir de 1952 programas que incentivaban la migración desde las reservas hasta las zonas industriales y las grandes ciudades. Entre 1947 y 1957, debido tanto al imperativo de las necesidades económicas como a los programas del B.I.A., unas 100.000 personas abandonaron las reservas para asentarse en áreas urbanas, aunque tal proceso de integración no resultó en exceso sencillo, debido a la poca planificación con la que se hizo. En 1960 uno de cada tres indios habitaba en una ciudad, dato que es especialmente significativo si consideramos que a principios de siglo el 90% de la población india era rural⁵⁷. Los principales retos para mejorar la situación de las reservas parecen difícilmente resolubles⁵⁸:

- 1) Falta de acceso a financiación.
- 2) Falta de capital humano autóctono suficientemente preparado.
- 3) Alcoholismo galopante que contribuye a destruir el capital humano de las tribus.
- 4) Políticos y burócratas ineptos o corruptos.
- 5) Falta de efectiva planificación.
- 6) Ausencia de una normativa de organización efectiva.
- 7) El sistema de gobierno de las reservas ha venido impuesto desde fuera y es sumamente inoperante.
- 8) Las reservas son pobres en recursos naturales.

54. TAYLOR, Theodore W., *The Bureau of Indian Affairs*, Westview Press, Boulder, 1984, p. 36.

55. SCHAEFER, Richard T., *Racial and Ethnic Groups*, Scott, Foresman and Company, Glenview, 1990, p. 173.

56. PERRY, Richard J., *op. cit.*, p. 221.

57. LITTLEFIELD, Alice y KNACK, Martha C., "Native American Labor. Retrieving History, Rethinking Theory", en LITTLEFIELD, Alice y KNACK, Martha C. (ed.), *Native Americans and Wage Labor. Ethnohistorical perspectives*, p. 21.

58. CORNELL, Stephen y KALT, Joseph P., "Culture and Institutions as Public Goods: American Indian Economic Development as a Problem of Collective Action", en ANDERSON, Terry L., *Property Rights and Indian Economies. The Political Economy Forum*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, 1992, p. 216.

- 9) Las reservas están económicamente en una situación competitiva de desventaja debido a los altos costes de transporte.
- 10) Las políticas estatales y federales con frecuencia son contraproducentes, o discriminatorias.
- 11) El B.I.A. es inepto, corrupto o carece de interés en la resolución de los serios problemas que existen en las reservas.
- 12) Las tasas de ahorro con bajas.
- 13) Los niveles de iniciativa empresarial y experiencia son bajos.
- 14) Las técnicas no indias de administración presentan especiales problemas operativos en el mundo de las reservas.
- 15) Las fuentes de decisión se encuentran a menudo fuera de las reservas.
- 16) Las diversas facciones que se aprecian dentro de la población india, destruyen la posibilidad de una actuación común.

El principal problema ha sido que la administración se ha apropiado del poder de decisión, cerrando las posibilidades de desarrollo autónomo de las reservas⁵⁹. En 1989 el Tribunal Supremo en el caso *Brendale v. Confederated Yakima Indian Nation*⁶⁰, limitó el papel de los indios en las reservas.

II.2. La vida en las reservas: datos estadísticos

La población india que habita en las reservas no ha experimentado un sensible crecimiento en los últimos años, debido en buena parte a las pocas atrayentes condiciones de vida en las mismas y a la emigración a las ciudades, en que por otro lado la integración no ha sido siempre sencilla.

59. PERRY, Richard J., *Apache Reservation. Indigenous Peoples and the American State*, University of Texas Press, Austin, 1993, p. 221.

60. 492 U.S. 408, 109 S.Ct. 2994.

Evolución de la población de las 16 principales reservas⁶¹

<i>Reserva</i>	<i>1970</i>	<i>1980</i>	<i>%s</i>	<i>Reserva</i>	<i>1970</i>	<i>1980</i>	<i>%s</i>
Navajo	56.949	104.968	84,3	Blackfeet	4.757	5.080	6,8
Pine Ridge	8.280	11.882	43,5	Yakima	2.509	4.983	98,6
Gila River	4.573	7.067	54,5	Eastern Cherok.	3.455	4.844	40,2
Papago	4.879	6.959	42,6	Standing Rock	2.925	4.800	60,8
Fort Apache	5.903	6.880	16,6	Osage	-	4.749	-
Hopi	7.726	6.601	⁶²	Fort Peck	3.182	4.273	34,3
Zuni Pueblo	4.736	5.988	26,4	Wind River	3.319	4.150	25,0
San Carlos	4.525	5.872	29,8	Tot.-16 Reser.	123.374	194.794	
Rosebud	5.656	5.688	0,6	% P.I.R.-EE.UU. ⁶³	16,2%	14,3%	

Prueba de la mala situación socioeconómica de las reservas, son los datos estadísticos que ofrecemos en la siguiente tabla. En 1980, el 15,9 de las casas ubicadas en las reservas carecían de electricidad, el 56,4% de teléfono, el 21% de agua corriente y el 20,8% de baños. Datos muy por debajo a la media nacional de EE.UU. El 40,5% de la población que residía en las reservas tenía unos ingresos por debajo del nivel de pobreza. Las estadísticas medias encubren la especialmente grave situación de algunas reservas, como la de la tribu Hopi, cuyos hogares carecían en un 47,1% de electricidad, en un 77,9% de teléfono, en un 58,1% de agua corriente, o los Navajos, con unos porcentajes del 45,8% sin electricidad, 79,4% sin teléfono y 50,6% sin agua corriente. Estos datos son especialmente sintomáticos del grado de desarrollo económico existente en las mismas. Por ello a nuestro juicio no resulta excesivo calificar la política proteccionista sobre la minoría india que habita en las reservas, desarrollada por las autoridades federales, como un claro fracaso, que ha imposibilitado tanto el pleno desarrollo cultural, como el económico de las mismas.

En cuanto a las condiciones de vivienda y alojamiento hay que decir que aunque tradicionalmente la forma de financiar una vivienda entre la población blanca es mediante un crédito hipotecario, esta posibilidad se encuentra seriamente condicionada en el caso de la población india por el hecho de carecer con frecuencia de las suficientes garantías de cara a la obtención de un préstamo hipotecario, por ello hubo que desarrollar programas públicos de construcción de viviendas, que con frecuencia no se vieron culminados en la construcción de casas de suficiente calidad que las permitiera perdurar en el tiempo y cuya remodelación resulta extraordinariamente costosa⁶⁴.

61. SNIPP, C. Mattheh, *Americans Indians: The First of this Land*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1991, p. 87.

62. Los datos de 1970 y 1980 no son comparables debido a las modificaciones producidas en los límites de la reserva.

63. Porcentaje que representa la población india de las reservas respecto al total de la población india de Estados Unidos.

64. FRANTZ, Klaus, *op. cit.*, p. 117.

Número de viviendas de más de 10 años de antigüedad
en las reservas indias en 1970-1980⁶⁵

<i>Reserva</i>	<i>1970</i>	<i>1980</i>	<i>Reserva</i>	<i>1970</i>	<i>1980</i>
Navajo	54,0	47,1	Rosebud	69,5	29,3
Pine Ridge	27,0	43,6	Blackfeet	38,0	28,2
Gila River	27,4	48,3	Yakima	20,7	22,0
Papago	19,0	47,8	Eastern Cherokee	57,6	60,8
Fort Apache	42,6	50,0	Standing Rock	53,9	29,9
Hopi	9,2	33,1	Osage	–	31,3
Zuni Pueblo	28,8	42,8	Fort Peck	32,6	27,7
San Carlos	40,4	43,6	Wind River	35,2	43,7

Otro dato que sirve para constatar el fracaso de la política proteccionista de las autoridades es el estudio comparado de las condiciones socioeconómicas de la población que reside dentro y fuera de las reservas. Tomando en cuenta los datos medios nacionales, observamos que el 56,4% de la población india que reside en las reservas carecía de teléfono y el 21,3% no tenía un automóvil en 1980, mientras que estos datos se reducían al 19,8% y al 15,5% respectivamente en el caso de la población que habitaba fuera de las reservas. La diferencia existente con el resto del país se puede apreciar claramente si tenemos en cuenta que la media nacional era de sólo un 4% y un 12,9% respectivamente.

III. Organizaciones de defensa de los derechos civiles de los indios

Entre las principales asociaciones de defensa de los derechos de los indios, destacan⁶⁶:

- 1) La Asociación de Derechos de los Indios, *Indians Rights Association*, creada a finales del siglo XIX por cuáqueros blancos para denunciar la corrupción y la opresión imperante en las reservas.
- 2) La Sociedad de Indios Americanos, *Society of American Indians*, formada por nativos americanos a principios de siglo XX, y que se distinguió en la lucha por la dignidad laboral y en el campo de la educación, el reconocimiento de la ciudadanía y el derecho de autodeterminación.

65. SNIPP, C. Matthehw, *Americans Indians: The First of this Land*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1991, p. 118.

66. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, pp. 210 a 212.

- 3) La Asociación de Defensa de los Indios Americanos, *American Indian Defense Association*, impulsada en los años 20 por JOHN COLLIER, un abogado blanco de los derechos de los indios americanos, que se destacó en la lucha contra la explotación por los blancos de la riqueza mineral de las reservas.
- 4) El Congreso Nacional de los Indios Americanos, *National Congress of American Indians*, N.C.I., creado en los años 40, que se ha distinguido en el campo de la lucha contra la pobreza, y en el que se integran unas 300 organizaciones. A través de la desobediencia civil ha procurado entorpecer la construcción de presas.
- 5) El Consejo Nacional de la Juventud India, *National Indian Youth Council*, creado en 1961, para luchar por los derechos civiles de los indios, el derecho a la educación y a la tierra, instando con frecuencia a la desobediencia civil como instrumento de defensa.
- 6) El Movimiento del Indio Americano, *American Indian Movement*, A.I.M., nacido en 1968 para reivindicar un mejor trato de la policía y luchar contra la discriminación en el trabajo y en la vivienda.

Muchas de las actuaciones de las organizaciones de defensa de los derechos de los indios nativos han tenido un fuerte carácter simbólico, como la ocupación en noviembre de 1969⁶⁷ de la Isla de Alcatraz en San Francisco reivindicando sus derechos sobre la tierra y el reparto de territorios federales desocupados, la Isla de Ellis en el puerto de Nueva York, o las oficinas del B.I.A.

En 1973 el A.I.M. organizó una ocupación a larga escala durante 71 días de Wounded Knee, en la reserva de Pine Ridge, en Dakota del Sur, en defensa del sistema tradicional de organización india en base al Consejo de Ancianos y contra las injerencias del gobierno federal en su autonomía interna. Otras iniciativas del A.I.M. han sido la organización de escuelas autónomas para niños indios, la creación de una emisora de radio, la realización de acampadas por la reivindicación de la tierra, y la protesta por el uso de los nombres y símbolos sagrados de los indios nativos.

Especial rechazo presenta por ejemplo el empleo de mascotas deportivas con claras connotaciones indias, que presentan a esta minoría como guerreros salvajes y feroces, y pasan por alto sarcásticamente el genocidio de las naciones indias y el saqueo de tierras. Los esfuerzos del A.I.M. y del movimiento en pro de los derechos civiles de los indios se han visto en este campo recompensados cuando ciertas universidades como Darmouth y Stanford han eliminado de los nombres de sus equipos deportivos la palabra *Indians*.

67. Por espacio de 19 meses.

IV. La evolución inmediata de la situación de la población india nativa y la configuración del *statu quo* actual

IV.1. La discriminación en el acceso a la ciudadanía y la insuficiente participación en la vida política

IV.1.A. *La discriminación en el acceso a la ciudadanía y en el ejercicio del derecho al voto*

Los tribunales en el siglo XIX denegaron el acceso a la ciudadanía a las personas de raza india⁶⁸, así como a aquellos cuya raza era mezcla de indio y blanco⁶⁹. El proceso que abrió el derecho del voto a quienes no fueran *varones adultos y blancos* fue lento y tortuoso. Las estrategias seguidas para apartar a los indios del derecho al voto, siguieron tres direcciones: la ambigüedad constitucional, la hábil combinación de factores políticos y económicos, y la discriminación racial y cultural⁷⁰.

En 1868 la XIV Enmienda de la Constitución americana en su Sección 1^a, extendió la ciudadanía a *todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción*⁷¹. Sin embargo en su Sección 2^a, al hablar de la fórmula de cálculo de los representantes que correspondían a cada Estado en la Cámara Baja, hizo referencia al total de la población residente en cada uno de ellos, *excluidos los indios no sujetos a tributación*, con lo cual quedaba introducida una significativa matización. Un tribunal federal de distrito sostuvo en 1871 en el caso *McKay v. Campbell*⁷², que la extensión de la ciudadanía no era aplicable a los indios, porque *las tribus indias dentro de EE.UU. habían formado comunidades políticas diferenciadas, reteniendo el derecho al autogobierno, aunque bajo el poder protector de los EE.UU.*⁷³.

El 3 de noviembre de 1884 el Tribunal Supremo en *Elk v. Wilkins*⁷⁴ analizó el caso planteado por John Elk, un indio que deseó votar en Nebraska en 1880. El demandante se apoyaba en la XIV Enmienda de la Constitución por la que todas las personas nacidas o naturalizadas en los EE.UU., y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los EE.UU. y del Estado en que residen, y la XV Enmienda en virtud de la cual el derecho de los ciudadanos de los EE.UU. al voto no puede ser denegado o condicionado por los EE.UU. o por ningún Estado, por causa de la raza, color o la previa condición

68. *In re Burton*. 1900 WL 367 (D. Alaska), 1 Alaska 111.

69. *In re Camille*. 6 F. 256.

70. MCCOOL, Daniel, "Indian Voting", en DELORIA JR., Vine, *American Indian Policy in the Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1985, pp. 105 a 133.

71. *Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside.*

72. 16 F.Cas. 161.

73. 16 F.Cas. 161.

74. 112 U.S. 94, 5 S.Ct. 41.

de esclavitud⁷⁵. El Tribunal Supremo le denegó su derecho al voto pese a residir entre blancos, por entender que había nacido en el seno de una tribu que no se encontraba plenamente sujeta a la jurisdicción de EE.UU., e indicó que los indios americanos nativos debían lealtad a su propia tribu, por lo que no podían adquirir la ciudadanía por nacimiento, quedando equiparados a los extranjeros a la hora de no poder ejercer su derecho al voto. De este modo el Tribunal Supremo rechazó las alegaciones del demandante basadas en la XIV y XV Enmiendas, aprobadas respectivamente en 1868 y 1870.

En 1886 el Tribunal Supremo en *United States v. Kagama*⁷⁶, sostuvo que los indios no debían alianza a los estados, y que por lo tanto los indios no recibían protección de los estados miembros⁷⁷. Como individuos que carecían del estatuto de ciudadanos, los indios se vieron privados de su derecho al voto y al acceso a los empleos públicos, derechos garantizados al resto de ciudadanos, incluso teóricamente a la minoría negra desde la XV Enmienda en 1870⁷⁸.

El Congreso responderá otorgando poco a poco la ciudadanía a cada una de ellas⁷⁹. Los indios no eran ciudadanos antes del *Dawes Act* de 8 de febrero de 1887, pero con la misma se reconoce el acceso a la ciudadanía a los indios que hubieran obtenido concesiones de tierras. El *tributo* a pagar resultó elevado, pues la concesión de la ciudadanía no era gratuita, se les imponía una *residencia separada* respecto a su tribu y la *adopción de los hábitos de la vida civilizada*⁸⁰. A tal fin se exigirá a los indios su habilidad en el cuidado de sus lotes de tierra, y la demostración de su *competencia* para desarrollar su actividad en el seno de un mundo *blanco*. Para ello se constituyeron las oportunas *comisiones de competencia*, que expedían los correspondientes *certificados*⁸¹.

Paralelamente a la paulatina concesión de la ciudadanía, las autoridades diseñaron un ambicioso programa tendente a garantizar la asimilación de estos nuevos ciudadanos. Así, en las Instrucciones dirigidas a inculcar el patriotismo en las tribus indias, de 10 de diciembre de 1889, se señalaba que los mismos tendrían que compartir con sus conciudadanos todos los derechos, privilegios y deberes que la ciudadanía suponía. Para ello se indicaba que debería ponerse especial interés en la enseñanza de la historia estadounidense, sin olvidar los errores de sus antepasados indios. Se recordaba que debería haber una bandera americana ondeando en el campus de cada escuela, y las barras y las estrellas deberían ser un objeto familiar, incentivándose los cantos y lectu-

75. *Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color or previous condition of servitude.*

76. 118 U.S. 375, 6 S.Ct. 1109.

77. ... *They owe no allegiance to the states, and receive from them no protection. Because of the local ill feeling, the people of the states where they are found are often their deadliest enemies...* 118 U.S. 375, 384.

78. FLEMING, Walter C., "Politicians in the Mainstream: Native Americans as the Invisible Minority", en RICH, Wilbur C. (ed.), *The Politics of Minority Coalitions. Race, Ethnicity, and Shared Uncertainties*, Praeger, Westport, Connecticut, 1996, p. 235.

79. HANEY LOPEZ, Ian C., *White by Law. The Legal Construction of Race*, New York University Press, Nueva York, 1996, p. 41.

80. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, p. 173.

ras patrióticas, así como la celebración de ciertas fiestas de fuerte contenido patrio, como el cumpleaños de Washington, el 4 de julio y la fecha del 8 de febrero, en conmemoración de la aprobación del *Dawes Act*, que concedió a los indios la ciudadanía⁸².

En 1917 el Tribunal Supremo de Minnesota denegó el derecho al voto a los indios en el caso *Opsahl v. Johnson*⁸³, justificándolo en que los indios se encontraban en una especial relación de tutela con el gobierno federal en la que este estado no se podía inmiscuir⁸⁴. Y algo semejante se planteó en 1920 en Dakota del Norte, en el asunto *Swift v. Leach*⁸⁵, en el que se invocó la vieja doctrina del caso *Cherokee Nation v. Georgia*⁸⁶, en virtud de la cual los indios se encontraban en una situación de tutela especial, para intentarlos apartar del derecho al voto en unas elecciones locales. Pero en este caso el Tribunal Supremo de este Estado reconoció el derecho al voto de la minoría india, rechazando el argumento citado por entender que no era aplicable al caso⁸⁷. Llama la atención que los abogados de la parte india pusieran un especial hincapié en poner de relieve las similitudes del modo de vida de la población india con el de la población blanca para conseguir sus objetivos, pues era algo implícitamente exigido por la mayoría blanca para proceder a la concesión de la ciudadanía y los derechos civiles a esta minoría⁸⁸.

Tras la I Guerra Mundial se permitió la adquisición de la ciudadanía a los veteranos de guerra que lo solicitasen, por el Acta de 6 de noviembre de 1919⁸⁹. El 2 de junio de 1924 el *Snyder Act*⁹⁰ declaró unilateralmente ciudadanos a los indios nacidos en EE.UU., reconociéndoles de este modo su derecho al voto⁹¹. Ello afectaba aproximadamente a 125.000 individuos⁹².

Tras la promulgación del *Snyder Act*, dos indios *pima* intentaron registrarse en Arizona para las elecciones presidenciales, pero les fue rechazado su derecho por entender el Tribunal Supremo de Arizona en 1928 que se encontraban en una relación de tutela frente al Estado que les incapacitaba para ejercer su derecho al voto, en el asun-

81. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 206.

82. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, p. 180.

83. 138 Minn. 42, 163 N.W. 988.

84. *They are under a sort of guardianship of the federal government with which the state cannot interfere.*

85. 178 N.W. 437.

86. 30 U.S. 1.

87. 178 N.W. 437, 441.

88. 178 N.W. 437, 439.

89. PERRY, Richard J., *Apache Reservation. Indigenous Peoples and the American State*, University of Texas Press, Austin, 1993, p. 215.

90. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, p. 218.

91. BRIGGS, Vernon M., *Mass Immigration and the National Interest*, M. E. Sharpe, Nueva York, 1992, p. 35. DANIELS, Roger, *Not Like us. Immigrants and Minorities in America, 1890-1924*, Ivan R. Dee, Chicago, 1997, p. 84. PERRY, Richard J., *Apache Reservation. Indigenous Peoples and the American State*, University of Texas Press, Austin, 1993, p. 218.

92. PEROFF, Nicholas C., *Menominee Drums. Tribal Termination and Restoration*, University of Oklahoma Press, Norman, 1982, p. 13.

to *Porter v. Hall*⁹³, resucitando la vieja doctrina de *Cherokee Nation v. Georgia*⁹⁴. El juez ROSS protagonizó un voto particular disintiendo de la opinión de la mayoría, recordando la solución dada en 1920 en Dakota del Norte, en el asunto *Swift v. Leach*⁹⁵, y haciendo hincapié en que el *Snyder Act* era de aplicación general a toda la unión y que la tutela como cláusula excluyente sólo debía ser aplicada en aquellos casos en que individualmente se estableciera por los tribunales, pero no con carácter genérico para toda la población india. El caso *Porter* no fue recurrido ante el Tribunal Supremo, quizás por los altos costes del proceso, y determinó la praxis administrativa en el Estado de Arizona durante dos décadas⁹⁶. En 1938 en el asunto *In re Cruz*⁹⁷ un tribunal de Nueva York denegó la ciudadanía a una persona que en sus tres cuartas partes tenía sangre india y en una cuarta parte era de descendencia afroamericana.

A pesar del *Snyder Act*, siete estados mantuvieron la prohibición de votar a los indios, bien por medio de leyes discriminatorias o ciertas interpretaciones de las normas. En 1940 varios de esos estados habían modificado su legislación. El 15 de julio de 1948 en el caso *Harrison v. Laveen*⁹⁸, el Tribunal Supremo de Arizona, inspirándose en el voto particular del juez ROSS en el caso *Porter*, entendió que la tutela como causa excluyente del voto, debía ser admitida restrictivamente, en el sentido de tener que tratarse de una tutela establecida judicialmente, y que no cabía admitirla con carácter general para todos los indios, en cuanto a grupo⁹⁹, haciendo hincapié en que denegarles el derecho al voto constituía un ataque a los principios de libertad e igualdad, al constituir el derecho al sufragio el más fundamental de los derechos civiles¹⁰⁰.

En Utah, donde los indios no estaban sujetos a tributación, no vieron reconocido su pleno ejercicio del derecho al voto hasta después de 1956¹⁰¹. El 15 de diciembre de ese año el Tribunal Supremo de Utah en el caso *Allen v. Merrell*¹⁰², afirmó que los indios recibían unos servicios que ellos no financiaban con sus impuestos, por lo que resultaba lógico que quedasen excluidos de los órganos de decisión, *máxime* si se tenía en cuenta que atribuirles el derecho al voto suponía entregarles el control político de muchos condados, en los cuales ellos no contribuían con sus impuestos al sostenimiento de las cargas públicas¹⁰³. Tan *insólita* situación fue inmediatamente enmendada por el legislativo de ese Estado¹⁰⁴.

93. 34 Ariz. 308,271 P. 411.

94. 34 Ariz. 308, 324-325.

95. 178 N.W. 437.

96. MCCOOL, Daniel, "Indian Voting", en DELORIA JR., Vine, *American Indian Policy in the Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1985, p. 110.

97. 23 F.Supp. 774.

98. 67 Ariz. 337, 196 P.2d 456.

99. 67 Ariz. 337, 349.

100. 67 Ariz. 337, 459.

101. FRANTZ, Klaus, *Indian Reservations in the United States. Territory, Sovereignty and Socioeconomic Change*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 29.

102. 6 Utah 2d 32,305 P.2d 490 y 353 U.S. 932,77 S.Ct. 809.

103. 6 Utah 2d 32, 39-40.

104. MCCOOL, Daniel, "Indian Voting", en DELORIA JR., Vine, *American Indian Policy in the Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1985, p. 108.

La *cuestión* del derecho del indio al voto no ha sido fácil de asumir por todo los sectores de la población. En 1962 en *Montoya v. Bolack*¹⁰⁵, el Tribunal Supremo de Nuevo Méjico señaló que los indios navajos de una reserva de este Estado tenían pleno derecho al voto, en su calidad de ciudadanos residentes, pues un candidato derrotado en las elecciones, en buena parte a causa del voto indio, cuestionó ante este tribunal su derecho al voto. Más recientemente se ha planteado el problema de lo que se ha dado en denominar como *representación sin imposición*. Con esta expresión se hace referencia al miedo de los ciudadanos de origen *anglosajón* a que los indios actúen como *free riders*, es decir, *ciudadanos libres de cargas* que no colaboran con sus impuestos al sostenimiento de unos gastos cuya adopción contribuyen a decidir. En 1975 el Tribunal Supremo de Nuevo Méjico señaló al respecto en *Prince v. Board of Education*¹⁰⁶ que la no contribución fiscal de los indios, no les excluía del proceso electoral de toma de decisiones en la financiación del sistema educativo.

Hasta 1965, fecha en la que se aprobó el *Voting Rights Act*, se emplearon ciertas técnicas para apartar indirectamente a la población india del proceso de toma de decisiones políticas en algunos estados de la unión, como el examen de alfabetismo, que afectó especialmente a los indios navajos en Arizona, que en los años 60 contaban con unas tasas de analfabetismo del 50% de la población adulta. Esta estrategia quedó vacía de operatividad, desde 1965. A partir de 1975 se dio otro paso significativo al exigirse una información bilingüe en las papeletas electorales¹⁰⁷.

IV.1.B. *La insuficiente participación en la vida política*

Esta minoría se ha venido caracterizando por su escasa representación política. Apenas media docena de representantes y un par de senadores han sido de descendencia india, e incluso en las áreas metropolitanas con una importante presencia de los mismos, se han encontrado infrarepresentados en el gobierno municipal y en los condados, en los consejos escolares o en la administración de justicia¹⁰⁸. Ya vimos como en 1956 en *Allen v. Merrell*¹⁰⁹, el Tribunal Supremo de Utah, en una desafortunadísima decisión reflexionó a la hora de denegar el derecho del voto a los indios, en que lo contrario supondría eventualmente entregarles el control de muchos condados. Pero tan catastrofistas augurios han distado de verse realizados en la práctica.

Los indios americanos son la más pequeña de las grandes minorías de EE.UU., representando menos del 1% del total de la población. Ninguno de los dos grandes partidos ha mostrado un especial interés por atraer ese voto. Salvo en Alaska, en donde los es-

105. 70 N.M. 196,372 P.2d 387.

106. 88 N.M. 548,543 P.2d 1176.

107. MCCOOL, Daniel., *op. cit.*, p. 116.

108. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 209.

109. 6 Utah 2d 32, 39.

quimales representan el 15,6% de la población, su importancia cuantitativa no facilita la formación de un *lobby* poderoso que defienda sus derechos o de un bloque compacto de votantes que pueda realmente decidir unas elecciones. Ni siquiera en estados como Dakota del Norte y del Sur, y Montana, donde representan una importante minoría, su peso político es realmente significativo. Existe un cierto recelo entre el *ciudadano blanco medio* hacia lo que ellos consideran como *especiales privilegios* recibidos del gobierno federal por los indios, tales como el alojamiento gratuito, educación, asistencia sanitaria o ayudas financieras, cuya factura deben pagar con sus impuestos, olvidando el alto precio históricamente pagado por la población india nativa. Su peso sobre el total de la población sólo supera el 5% en seis estados: Alaska, Nuevo Méjico, Oklahoma, Dakota del Sur, Montana y Arizona, como se puede apreciar en el siguiente gráfico, según el censo de 1991¹¹⁰.

Población india nativa en los EE.UU.

<i>Estado</i>	<i>Población total</i>	<i>Indios nativos</i>	<i>%</i>
Alaska	550.043	85.698	15,6
Nuevo Méjico	1.515.069	134.355	8,9
Oklahoma	3.145.585	252.420	8,0
Dakota del Sur	696.004	50.575	7,3
Montana	799.065	47.679	6,0
Arizona	3.665.228	203.527	5,6
Dakota del Norte	638.800	25.917	4,1
Wyoming	433.588	9.479	2,1
Washington	4.866.692	81.843	1,7

IV.2. Educación

IV.2.A. Antecedentes

Aunque ya en el Tratado con los indios Oneidas de 1794, se aborda el problema de la educación de los indios, ésta no comienza a ser tratada de forma global hasta aproximadamente 1840, en que el gobierno federal junto con los misioneros cristianos comienzan a establecer las primeras escuelas para indios.

T. HARTLEY CRAWFORD, Comisionado de Asuntos Indios, señalaba el 25 de noviembre de 1838 en su Informe Anual, que enseñar a leer a un hombre salvaje equivalía a tirar la semilla sobre las rocas, si ello no venía acompañado de algo más. Defendía

110. FLEMING, Walter C., "Politicians in the Mainstream: Native Americans as the Invisible Minority", en RICH, Wilbur C. (ed.), *The Politics of Minority Coalitions. Race, Ethnicity, and Shared Uncertainties*, Praeger, Westport, Connecticut, 1996, pp. 239 y 240.

la *cristianización* de los indios, y confiar la educación de los mismos a misioneros cristianos que enseñaran a los indios las artes mecánicas y por supuesto la lengua inglesa, pieza clave para su completa asimilación, mostrándose firme partidario de apoyar por todos los medios la labor de tales misioneros¹¹¹.

La Comisión para la Paz India, de 7 de enero de 1868, encontraba tres grandes obstáculos para la convivencia pacífica entre indios y blancos: la antipatía racial, la diferencia de costumbres y la dificultad de comunicación creada por el desconocimiento de la lengua inglesa, que interponía barreras infranqueables para la comunicación entre ambas comunidades. La solución propuesta era *sencilla*: enseñar a los niños indios en las escuelas el inglés, lo que haría desaparecer las diferencias existentes, suavizando las dificultades para una perfecta integración¹¹².

Buena parte de la educación impartida por los misioneros cristianos en el siglo XIX estuvo dirigida a *desindianizar* a los indios. El Informe del Comisionado de Asuntos Indios de 1873 ensalzaba las ventajas del *rudimentario* sistema educativo previsto para los indios en que de este modo se facilitaba su inmersión en un entorno de habla inglesa, y les facilitaba el acceso a la *civilización* , que sólo podía encontrarse en *un hogar bien ordenado* , y el de 1882 alababa los avances realizados gracias a la colaboración de los misioneros cristianos, que ahorra grandes sumas de dinero al gobierno federal, a la par que contribuía a *terminar con las danzas del sol, los cultos paganos y otras formas degradadas de superstición e idolatría entre los indios* , juicios de valor estos últimos que se nos antojan no *perfectamente* compatibles con la cláusula de no establecimiento¹¹³. En el Informe de 1886 se afirmaba que el principal problema de la educación de los niños era que cuando éstos regresaban a sus hogares por las noches o durante los fines de semana volvían a recaer en el *idioma y en los hábitos de sus incultos y frecuentemente salvajes padres* ¹¹⁴. Y en el de 1907 se aconsejaba respecto a la educación de los niños indios en escuelas situadas fuera de las reservas que era mejor llevar la *civilización a los indios* , en lugar de llevar a los *indios a la civilización* ¹¹⁵.

Tras el *Johnson-O'Malley Act* de 1934, el gobierno federal comenzó a reembolsar a las escuelas públicas de distrito las cantidades invertidas en la educación de los niños indios. Algunas tribus indias en el siglo XIX desarrollaron por si mismas un sistema educativo autónomo, como los *Cherokee* en que se empleaba tanto el inglés como el *cherokee* . A mediados del siglo XIX el grado de alfabetización en esta tribu era del 90%. Pero esa no era la situación general. En 1948 sólo el 25% de los niños de las reservas de la tribu de los *Navajo* asistía regularmente a la escuela, hoy supera el 90%, aunque los índices de fracaso escolar son muy superiores a los de la población de color e hispana, y por supuesto a la blanca¹¹⁶.

111. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy* , University of Nebraska Press, 1990, p. 73.

112. PRUCHA, Francis P., *op. cit.* , p. 107.

113. PRUCHA, Francis P., *op. cit.* , p. 158.

114. PERRY, Richard J., *Apache Reservation. Indigenous Peoples and the American State* , University of Texas Press, Austin, 1993, p. 144.

115. PERRY, Richard J., *op. cit.* , pp. 210 y ss.

116. SCHAEFER, Richard T., *Racial and Ethnic Groups* , Scott, Foresman and Company, Glenview, 1990, pp. 187 y ss.

IV.3.B. *Desarrollo legislativo*

El 3 de noviembre de 1969, un subcomité especial del Senado creado para estudiar el problema de la educación india, presidido por el senador ROBERT KENNEDY, y a su muerte por EDWARD KENNEDY, emitió un contundente informe sobre el estado de la educación de esta minoría, que denunciaba los errores cometidos en este campo, y emitía 60 recomendaciones para cambiar el estado de cosas, haciendo especial hincapié en la diferencia de sus costumbres y de sus necesidades. En 1968, de los 152.088 niños indios entre 6 y 18 años, 142.630 estaban escolarizados. El 61,3% asistían a escuelas públicas no federales con otros niños no indios. El 32,7% acudía a escuelas federales y sólo el 6% asistía a escuelas misioneras o a otros centros docentes. Pero pese al incremento del nivel de escolarización de esta minoría respecto a medio siglo antes, las estadísticas eran aún sumamente mejorables: sólo el 3% de los alumnos matriculados en un centro de educación superior culminaba sus estudios frente al 32% de la media nacional, y el gasto público en textos escolares por alumno era de 18 dólares en el caso de los niños indios, mientras que la media nacional era de 40 dólares.

Entre las recomendaciones que se hacían, destacaba el favorecer la participación de los miembros de esta minoría en la toma de decisiones en los respectivos centros docentes, la potenciación de unos programas docentes específicos más sensibles con sus peculiaridades culturales, y prestar una mayor atención a este sector de la ciudadanía con el que existía una clara deuda moral, que en el informe se equiparaba a la que existió con Europa al final de la II Guerra Mundial, al desarrollarse el Plan Marshall¹¹⁷. Como consecuencia de este documento, el Congreso aprobó el 23 de junio de 1972 el *Education Amendments Act* de 1972, con el fin de mejorar las condiciones educativas de los niños indios, que previeran un incremento de los fondos públicos destinados a este fin, una mejora cualitativa y cuantitativa del profesorado y el desarrollo de programas pilotos de perfeccionamiento del sistema educativo¹¹⁸.

Con el *Indian Self-Determination and Education Act* de 4 de enero de 1975 se intentó dotar de mayor autonomía a los indios a la hora de organizar el sistema educativo en las reservas y fomentar su participación en los órganos escolares de decisión¹¹⁹. Algunas de las más recientes actuaciones del Congreso han sido el *Tribally-Controlled School Grants Act*¹²⁰ de 1988, el *Indian Education Act*¹²¹ de 1988, el *Tribally Controlled Community College Assitance Act*¹²², y el *Standards for B.I.A. Education Programs*¹²³. Los avances han sido paulatinos, pero aún los datos estadísticos de esta minoría son inferiores a la media nacional.

117. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, pp. 253 y ss.

118. PRUCHA, Francis P., *op. cit.*, pp. 263 y ss.

119. PRUCHA, Francis P., *op. cit.*, pp. 274 y ss.

120. 25 U.S.C.A. § 2501-2511.

121. 25 U.S.C.A. § 2601-2651.

122. 25 U.S.C.A. § 1801-1852.

123. 25 U.S.C.A. § 2001-2022b.

IV.3.C. *Situación actual*

IV.3.C.1. *La educación de la minoría india, una asignatura pendiente*

Entre 1950 y 1960, el número de niños indios escolarizados pasó de 26.716 a 133.316¹²⁴. El problema de la aculturación ha sido objeto a lo largo de buena parte del siglo XX de un enfoque desde una perspectiva unilateral por parte de los programas educativos del B.I.A., tendente a conseguir que los alumnos de esta minoría fueran *menos indios* y de hecho los propios libros de texto han coadyuvado muy poco a preservar la cultura nativa.

No obstante se ha apreciado un cierto cambio a partir de los años 60 tendente a dar una mayor participación de los miembros de las comunidades indias en la definición de los programas curriculares, y en la implicación en puestos docentes y en la dirección de los centros educativos. En la década de los 70 sólo el 25% de los niños indios escolarizados asistían a las escuelas del B.I.A., y en los años 90 ese porcentaje cayó al 10%, asistiendo la mayoría de ellos a las escuelas públicas locales¹²⁵.

En general cabe constatar que se ha apreciado una cierta mejoría en la evolución de las condiciones educativas de la población india en EE.UU. entre 1950 y 1980:

- 1) En 1950, el 20,6% de la población india había cursado estudios por un periodo inferior a 1 año, y la media de años de escolarización era de 6,4 años.
- 2) En 1980 sólo el 2,3% de la población india había sido objeto de una escolarización inferior a un año, y la media era de 10,9 años de escolarización. Aún así, en 1980 únicamente el 3,6% de la población india tenía estudios superiores, datos todos ellos sensiblemente inferiores a la media nacional.

124. MARDEN, Charles F., MEYER, Gladys, ENGEL, Madeline H., *Minorities in American Society*, Harper Collins Publishers, Nueva York, 6ª Edición, 1992, p. 123.

125. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 221.

**Evolución de la situación educativa de la población india en las reservas
en Estados Unidos ente 1950 y 1980¹²⁶**

<i>Reserva</i>	<i><1 Año</i>		<i>< 8 años</i>		<i>8 años</i>		<i>4 años de secundaria</i>		<i>Media de años escol.</i>		<i>Enseñanza superior</i>	
	<i>1950</i>	<i>1980</i>	<i>1950</i>	<i>1980</i>	<i>1950</i>	<i>1980</i>	<i>1950</i>	<i>1980</i>	<i>1950</i>	<i>1980</i>	<i>1950</i>	<i>1980</i>
Blackfeet	10,8	1,0	37,0	–	19,4	20,4	9,6	49,8	8,1	11,9	0,3	4,7
Colorado R.	17,4	1,2	39,2	–	15,7	18,0	7,6	52,4	6,7	12,0	0,3	1,5
Crow	5,0	3,2	42,3	–	24,5	24,8	4,5	52,1	8,2	12,1	1,4	5,8
Fort Apache	24,4	1,3	35,6	–	16,0	29,0	4,0	34,0	6,4	10,3	0,4	1,5
Gila River	15,0	3,1	40,4	–	12,8	28,6	13,1	38,3	7,2	10,7	0,5	1,3
Hopi	19,8	2,8	33,0	–	9,4	17,7	15,1	41,7	–	10,6	0,0	3,2
Menominee	3,4	1,0	35,2	–	23,4	23,1	6,5	48,7	8,3	11,9	0,8	2,2
Navajo	57,1	2,8	18,2	48,2	3,8	17,2	4,3	31,3	0,8	8,4	0,1	3,2
Papago	29,2	1,4	47,5	–	7,9	24,3	5,0	35,0	4,1	9,1	0,5	1,1
Pine Ridge	4,3	1,9	51,0	–	15,8	28,3	7,8	44,8	7,4	11,2	0,4	4,0
Red Lake	7,3	1,2	42,2	–	28,6	24,6	3,9	43,4	7,7	11,2	0,0	0,6
Rosebud	4,6	1,3	44,1	–	23,0	23,1	8,6	50,2	7,8	12,0	0,4	4,3
San Carlos	8,6	1,6	59,2	–	15,9	25,7	2,6	37,2	6,5	10,5	0,4	1,2
Yakima	15,2	2,9	32,7	–	17,1	19,0	11,5	51,3	7,8	12,0	0,4	3,9
Zuni	26,7	1,4	34,4	–	12,7	24,5	9,0	38,3	6,9	10,7	0,5	1,4
<i>Total¹²⁷</i>	20,6	2,3	38,8	26,4	14,7	24,0	7,0	40,7	6,4	10,9	0,6	3,6

Pero la preocupante situación de esta minoría debe entenderse no sólo en términos cuantitativos, sino también desde una perspectiva cualitativa. Un informe reciente de 1991 del Departamento de Educación criticaba duramente la ausencia de una perspectiva histórica desde el punto de vista de los nativos americanos en los currículos, la pérdida de la destreza en el habla de los lenguajes autóctonos, el olvido de los valores espirituales indios y un cierto racismo subyacente de los profesores y administradores blancos¹²⁸.

IV.3.C.2. *La cuestión idiomática*

El problema lingüístico preocupó a las autoridades ya en el siglo XIX, pues se vio como un obstáculo para su plena *asimilación*. El Informe Anual del Comisionado de Asuntos

126. FRANTZ, Klaus, *Indian Reservations in the United States. Territory, Sovereignty and Socioeconomic Change*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 142.

127. Total de las reservas indias.

128. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *op. cit.*, p. 221.

Indios de 1887, J.D.C. ATKINS, señalaba que los indios necesitaban adquirir el idioma inglés tan rápido como fuera posible, y que leer, escribir y hablar el inglés era fundamental para que estos nuevos ciudadanos pudieran conocer sus derechos y sus obligaciones, recomendando que sólo debía permitirse el inglés a la hora de enseñar en las escuelas públicas en los territorios adquiridos a España, Méjico y Rusia, aunque las poblaciones nativas hablasen otra lengua¹²⁹. Este modo de pensar, más preocupado por la asimilación que por el respeto del pluralismo cultural, marcará la posterior política de las autoridades, en detrimento del bilingüismo y del pluralismo cultural. Uno de los aspectos más delicados de la vertiente educativa de esta minoría lo constituye la cuestión idiomática. Por un lado es cierto que se han ido perdiendo los idiomas nativos paulatinamente, por otro la destreza en el inglés repercute directamente en la situación económica de la población india. Además conviene hacer las siguientes apreciaciones:

1) El grado de destreza en el manejo del inglés suele ser mayor en la población joven que en la adulta, y sólo se alcanza el bilingüismo perfecto en aproximadamente el 25% de la población india. Aproximadamente el 72,5% hablan exclusivamente la lengua inglesa y sólo el 2,5% únicamente el idioma nativo. Si tenemos en cuenta la variable generacional, no resulta aventurado pronosticar un incremento del monolingüismo inglés en detrimento del monolingüismo nativo.

Estado lingüístico de los indios y nativos de Alaska por edad¹³⁰

Edad	Hablan exclusivo inglés		Hablan un lenguaje nativo y el inglés fluidamente		Hablan un leng. nativo y carecen de un inglés fluido	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
11-20	73,9	73,7	24,4	24,8	1,7	1,4
21-30	73,1	73,9	25,4	24,6	1,5	1,4
31-40	72,8	73,5	25,5	24,4	1,6	2,1
41-50	71,2	71,4	25,4	24,7	3,4	3,9
51-60	72,8	72,5	23,0	23,2	4,2	4,3
61-70	70,8	72,1	23,8	23,4	5,3	4,4
70 y más.	64,1	73,1	28,1	21,9	7,8	4,9

2) El monolingüismo nativo se da especialmente entre la población con un bajo nivel educativo: el 74,1% de la población que sólo habla el idioma nativo, tiene unos estudios inferiores a 8 años.

129. ... but of necessity that the Indians acquire the English language as rapidly as possible... and of course the rising generation will be expected and required more nearly to fill the measure of citizenship, and the main purpose of educating them is to enable them to read, write, and speak the English. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, pp. 174 y 175.

130. Datos de 1980 expresadas en porcentajes. SNIPP, C. Mattehew, *Americans Indians: The First of this Land*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1991, p. 180.

Estado lingüístico de los indios y nativos de Alaska por nivel de estudios¹³¹

<i>Años de educación</i>	<i>Hablan exclusivo inglés</i>	<i>Hablan un lenguaje nativo y el inglés fluidamente</i>	<i>Hablan un leng. nativo y carecen de un inglés fluido</i>
0-8	17,1	29,1	74,1
9-11	19,7	19,4	10,1
12	33,3	28,2	8,7
13-15	20,3	16,4	4,7
16 y más	9,6	6,9	2,4
<i>Total</i>	100,0	100,0	100,0

3) La población que exclusivamente habla el inglés posee el mayor nivel de ingresos familiares y el menor nivel de desempleo, que en cualquier caso es superior a la media nacional.

Estado socioeconómico de los indios y nativos de Alaska en función de su nivel de conocimiento del idioma inglés¹³²

<i>Variable socioeconómica</i>	<i>Hablan exclusivo inglés</i>	<i>Hablan un lenguaje nativo y el inglés fluidamente</i>	<i>Hablan un leng. nativo y carecen de un inglés fluido</i>
Ingresos famil. ¹³³	16.535	13.210	9.470
Desempleo ¹³⁴			
Varones	13,6	16,3	15,6
Mujeres	11,4	13,6	12,8

El *Native American Languages Act*, señala que los lenguajes tradicionales de los nativos americanos son parte integral de sus culturas e identidades, y son el medio básico para la transmisión e incluso la supervivencia de su cultura, literatura, historia, religiones, instituciones políticas y valores, enmendando de este modo políticas anteriores en las que se desincentivó su uso, en pro del monopolio exclusivo de la lengua inglesa¹³⁵, entonando el *mea culpa* por los errores pasados¹³⁶.

131. Datos de 1980 expresadas en porcentajes. SNIPP, C. Matteh, *op. cit.*, p. 181.

132. SNIPP, C. Matteh, *op. cit.*, pp. 182 y 184.

133. Expresados en dólares americanos. Datos referidos a personas mayores de 16 años, en 1979.

134. Datos de 1980 expresados en % respecto al total de este sector de la población.

135. ... 3) *The traditional languages of Native Americans are an integral part of their cultures and identities and form the basic medium for the transmission, and thus survival, of Native American cultures, literatures, histories, religions, political institutions, and values...* 25 U.S.C.A. 2901.

136. ... 5) *There is a lack of clear, comprehensive, and consistent Federal policy on treatment of Native American languages which has often resulted in acts of suppression and extermination of Native American languages and cultures...* 25 U.S.C.A. 2901.

IV.3. Condiciones socioeconómicas

IV.3.A. *Situación económica de la minoría india*

Una de las posibles soluciones a la mala situación económica de las reservas pudiera ser incentivar el establecimiento de industrias en las mismas que no precisaran de una cualificada mano de obra, pero ello encuentra la dificultad de ser poco atractivo para este tipo de empresas, que no atraviesan su apogeo económico y que prefieren ubicarse cerca de lugares con buenas comunicaciones y una alta densidad de población. Otra posible solución sería fomentar el turismo hacia las reservas, pero ello no es la panacea debido sobre todo a dos razones: la primera es que no aportaría un caudal económico suficientemente significativo, y la segunda es que quizás sería un elemento perturbador de la vida normal de las reservas. En 1970, uno de cada cuatro indios con trabajo, lo hacía para el gobierno¹³⁷.

Las reformas estructurales de la situación laboral de la minoría india requieren indudablemente una intervención en diversos campos y personalizada para cada tribu, y no necesariamente debieran de ser excesivamente costosas si se tiene en cuenta que afectan a menos del 1% de la población, con la que se ha acumulado una gran deuda histórica.

Con el fin de maximizar los recursos energéticos de las reservas indias, en 1975 se creó el Consejo de Recursos Energéticos de las Tribus, *Council of Energy Resource Tribes*, C.E.R.T., que agrupaba a los líderes de las 25 tribus más grandes del oeste. El C.E.R.T. ha buscado rentabilizar tales recursos, estableciendo acuerdos con las compañías mineras y petrolíferas, tratando de enmendar la situación del pasado en la que las empresas privadas, solas o con la colaboración del Gobierno, esquilmaron esos recursos¹³⁸.

En la segunda mitad del siglo XX se aprecia una clara evolución a mejor de las condiciones de vida de esta minoría en EE.UU., pero simultáneamente, la población nativa india junto con la de origen afroamericano, presentan los peores datos estadísticos en cuanto a las condiciones socioeconómicas que disfrutan. En 1980 la extensión media de la familia india era de 3,8 miembros, lo que contrasta con los 3,2 de las familias blancas, siendo su tamaño muy semejante al de las familias afroamericanas que contaban con 3,7 miembros, y las asiáticas (3,8 personas). En el caso de la población que residía en las reservas la media era de 4,8 individuos y unos *ratios* del 40% de individuos por debajo del nivel de pobreza, 6 veces más que la población blanca¹³⁹.

137. SCHAEFER, Richard T., *Racial and Ethnic Groups*, Scott, Foresman and Company, Glenview, 1990, p. 186.

138. SCHAEFER, Richard T., *op. cit.*, p. 199.

139. FRANTZ, Klaus, *Indian Reservations in the United States. Territory, Sovereignty and Socioeconomic Change*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, pp. 105, 106 y 108.

IV.3.B. *La vieja reivindicación de los derechos de agua, pesca y tierras*

IV.3.B.1. *Reivindicación de los derechos de agua*

En 1903 en *Winters v. United States*¹⁴⁰, el Tribunal Supremo estableció que cuando una reserva india era creada, simultáneamente a la aportación de una determinada superficie de tierra, se producía una entrega implícita del derecho a una *razonablemente suficiente cantidad de agua adecuada a las necesidades de la reserva*, que no podía ser minorada por la legislación de los respectivos estados, y que el derecho de los indios a usar tal agua tenía un carácter preferente. Este planteamiento tenía como base el que las reservas se habían creado con el fin de permitir un adecuado desarrollo de actividades ganaderas y agrícolas que indudablemente requerían una determinada aportación de agua. Pero el Tribunal Supremo no determinó cómo cuantificar tal cantidad *suficiente* de agua que constituían los derechos de agua de cada reserva, ni los usos específicos a los que el agua debía determinarse ni la eventual jerarquía existente entre los mismos, aunque en ningún caso quedaba excluida la posibilidad de un uso diferente de fines agrícolas¹⁴¹.

La cuantificación de tales derechos sobre las aguas fue causa de innumerables pleitos, uno de los más importantes fue en 1963 el caso *Arizona v. California*¹⁴², en que el Tribunal Supremo aclaró el método de cuantificación de tales derechos al especificar que la doctrina *Winters* no suponía que las aguas requeridas por una determinada reserva tenían que quedar congeladas en el tiempo, sino que se hacía preciso aceptar ulteriores actualizaciones, elaborando el concepto de *superficie susceptible de irrigación*¹⁴³, a la hora de fijar el límite de los derechos de agua de una reserva. Pero la cuestión dista de estar resuelta, dado el alto grado de indeterminación de los conceptos jurídicos empleados y la importancia vital de los intereses en juego, que ha dado lugar a un enorme número de pleitos.

IV.3.B.2. *Reivindicación de los derechos de pesca*

Los nativos indios han venido gozando de ciertos derechos especiales de pesca reconocidos en los tratados suscritos hace décadas, como el de Medicine Creek en 1854. En algunos estados como en el de Washington, los indios gozan de especiales dere-

140. 207 U.S. 564,28 S.Ct. 207.

141. FRANTZ, Klaus, *op. cit.*, p. 214. HOLT, H. Barry y FORRESTER, Gary, *Digest of American Indian Law: Cases and Chronology*, Fred B. Rothman & Co, Littleton, 1990, pp. 109 y ss. SHURTS, John, *Indian Reserved Water Rights. The Winters Doctrine in its Social and Legal Context, 1880s-1930s*, University of Oklahoma Press, Norman, 2000, p. 15. SMITH, Rodney T., "Water Right Claims in Indian Country: From Legal Theory to Economic Reality", en ANDERSON, Terry L., *Property Rights and Indian Economies. The Political Economy Forum*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, 1992, p. 168.

142. 373 U.S. 546,83 S.Ct. 1468.

143. *Practicably irrigable acreage*.

chos en la pesca del salmón y de la trucha. Estos derechos adquiridos, al limitar las posibilidades de actuación de los pescadores y las compañías pesqueras blancas, han tratado de ser desconocidos por estos últimos. El Tribunal Supremo en el caso *U. S. v. State of Washington*¹⁴⁴, ha venido a dar la razón a los nativos, ordenando al estado de Washington a proteger a los pescadores indios en sus legítimos derechos a la pesca del salmón. Semejantes problemas se han presentado en otros estados, como el de Wisconsin¹⁴⁵.

Sin embargo la construcción de presas y la avidez del hombre blanco han menguado frecuentemente los legítimos derechos de los indios, ocasionando frecuentes pleitos ante los tribunales¹⁴⁶.

IV.3.B.3. *Reivindicación de los derechos sobre la tierra*

La cuestión de la tierra pone dramáticamente de manifiesto la dimensión del expolio sufrido por esta minoría, que pasó de poseer la totalidad de la tierra a apenas el 2,3% de la misma¹⁴⁷. El Tribunal Supremo 1903 en *Lone Wolf v. Hitchcock*¹⁴⁸, indicó que el Congreso podía romper unilateralmente los Tratados con los indios, y proceder al reparto de tierras sin el consentimiento de las tribus indias y sin indemnizar a las mismas, lo cual daba luz verde al expolio de la tierra india, en función de su ejercicio del derecho de tutela sobre la minoría india¹⁴⁹.

La política de reparto de la tierra entre la población india supuso un terrible daño para los intereses generales de los indios, pues dejó las puertas abiertas a que legalmente la tierra pasara a manos de los blancos. Las reivindicaciones de tierras han llegado en innumerables ocasiones ante los tribunales. En 1980 el Tribunal Supremo después de una lenta batalla en los tribunales reconoció el derecho de los Sioux a una indemnización de 122,5 millones de dólares por más de 7 millones de acres arrebatados ilícitamente en la década de los 70 del siglo XIX durante la fiebre del oro, pese a que la tierra les había sido garantizada en un tratado suscrito en 1868. Esta indemnización fue rechazada por entender los indios que la tierra no se encontraba en venta y que debía serles devuelta. En 1987 el senador por Nueva Jersey, BILL BRADLEY, encabezó una propuesta consistente en una importante devolución de tierras e indemnizaciones, que finalmente vería la luz¹⁵⁰.

144. 761 F.2d 1404.

145. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 212.

146. Puede también verse: HOLT, H. Barry y FORRESTER, Gary, *Digest of American Indian Law: Cases and Chronology*, Fred B. Rothman & Co. Littleton, 1990, p. 98.

147. FRANTZ, Klaus, *Indian Reservations in the United States. Territory, Sovereignty and Socioeconomic Change*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 39.

148. 187 U.S. 553, 23 S.Ct. 216.

149. COULTER, Robert T. y TULLBERG, Steven, "Eight Indian Land Rights", en CADWALADER, Sandra L. y DELORIA, Vine JR., *The Aggressions of Civilization. Federal Indian Policy since 1880s*, Temple University Press, Filadelfia, 1984, p. 209.

150. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *op. cit.*, pp. 213 y 214. Sobre reivindicaciones de tierras véase también: HOLT, H. Barry, y FORRESTER, Gary, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

En este campo han sido especialmente numerosos los éxitos jurídicos del Fondo para los Derechos de los Nativos Americanos, *Native Americans Rights Fund*, N.A.R.F., organización sin ánimo de lucro creada en 1970. El N.A.R.F. ha litigado por los derechos sobre las tierras, la realización de correctas tasaciones y ha potenciado el desarrollo de programas educativos y de inversiones industriales en las reservas¹⁵¹. Por paradojas de la historia, las tierras atribuidas a los indios contienen el 10% de los depósitos de petróleo y de gas, así como el 33% de las minas de carbón con bajo contenido de azufre a cielo abierto, y el 55% de las reservas de uranio conocidas en EE.UU.¹⁵².

IV.3.C. *La situación laboral*

Los primeros intentos por regularizar la situación de esta minoría en el mercado laboral datan de 1905, con la creación de un servicio de asistencia laboral, que ofreció su ayuda a varios miles de personas cada año, que encontraron de este modo un puesto de trabajo en la construcción de presas, canales, el mantenimiento de los ferrocarriles, en las plantaciones de azúcar y algodón, y en otras ocupaciones temporales. Asimismo la I Guerra Mundial fue una oportunidad para facilitar la incorporación de la mano de obra nativa en el mercado laboral, y muchos de ellos se enrolaron en el ejército¹⁵³.

Tradicionalmente la población india accedió a puestos de trabajo poco cualificados y mal remunerados, que normalmente estuvieron ligados al sector primario y al de servicios. Solieron desempeñar su trabajo en la agricultura, la construcción, o como empleados domésticos, raramente en trabajos altamente cualificados o relacionados con el control de las fuentes de riqueza y las finanzas, directamente vinculados con la toma de decisiones y bien remunerados. Este condicionante afectó no sólo al acceso a peores puestos de trabajo, sino a una peor remuneración respecto a puestos de trabajo similares. Por otro lado resultó frecuente que la pérdida de la tierra se viera acompañada de un incremento del número de indios que trabajaban por cuenta ajena, en tierras que antes habían pertenecido a los indios, pero que habían salido de su control para pasar a manos blancas, bien por medio de ventas entre particulares o de mecanismos legales fraudulentos¹⁵⁴.

El Programa de Asistencia Laboral, *Employment Assistance Program*, E.A.P., fue una idea puesta en marcha en 1962 por el B.I.A. con el fin de mejorar las condiciones de vida de los indios que habitaban en las reservas, y promover su integración en áreas urbanas. En 1968 más de 100.000 indios habían participado en él, y 200.000 habían sido recolocados en áreas urbanas, la cuarta parte de la población india.

151. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *op. cit.*, p. 214.

152. FRANTZ, Klaus, *op. cit.*, p. 45.

153. LITTLEFIELD, Alice y KNACK, Martha C., "Native American Labor. Retrieving History, Rethinking Theory", en LITTLEFIELD, Alice y KNACK, Martha C. (ed.), *Native Americans and Wage Labor. Ethnohistorical perspectives*, p. 16.

154. LITTLEFIELD, Alice y KNACK, Martha C., *op. cit.*, pp. 29 y 30.

El E.A.P. nació inspirado por la idea de facilitar la integración india en la sociedad *–blanca–*. Pero hacia 1965 entre el 25 y el 30% de los participantes había regresado a sus reservas, pues nació atado de pies y manos por las estrictas reglas económicas del hombre blanco. Pese a no representar un absoluto fracaso, no fue tampoco la solución ideal para los problemas de esta minoría. En 1986 en Nueva York habitaban 14.000 indios, afectados por una tasa de desempleo del 40%, y con 8 familias de cada 9 por debajo del nivel de pobreza¹⁵⁵.

El Tribunal Supremo en 1974 en el caso *Morton v. Mancari*¹⁵⁶ declaró ajustada a derecho la preferencia de los ciudadanos indios a la hora de acceder a los puestos de trabajo del B.I.A. Los años 70, debido a los programas de lucha contra la pobreza, incentivaron una mejora de las condiciones de vida de la minoría india, a través de incentivos fiscales, y la concesión de ciertas preferencias a los negocios desarrollados por los propios nativos que estimularon cierta actividad económica en las reservas¹⁵⁷.

Entre 1960 y 1980 se produjeron especiales cambios en el papel desempeñado por las mujeres indias en el mercado laboral. Su ocupación como empleadas domésticas pasó de representar el 17% a apenas el 1,4%. Simultáneamente se incrementó su participación en trabajos cualificados, pues por ejemplo se dobló el número de aquéllas que trabajaban como oficinistas, para representar el 27%, y las profesiones técnicas pasaron de suponer el 9% al 14,5%¹⁵⁸. La situación de desempleo en 1985 en algunas reservas alcanzaba el alarmante porcentaje del 86% en el caso de Rosebud, el 68% en el de Taos y el 71% en Hualapai. Y la media de todo el territorio encomendado al B.I.A. era del 49%.

Estos datos son más graves aún si se tiene en cuenta que el B.I.A. con frecuencia contribuye a maquillar las estadísticas al constituirse en un potente oferente de trabajo *–muchas veces artificial–* en las reservas.

155. SCHAEFER, Richard T., *Racial and Ethnic Groups*, Scott, Foresman and Company, Glenview, 1990, pp. 180 y 181.

156. 417 U.S. 535,94 S.Ct. 2474.

157. LITTLEFIELD, Alice y KNACK, Martha C., *op. cit.*, p. 23.

158. LITTLEFIELD, Alice y KNACK, Martha C., *op. cit.*, p. 24.

Situación laboral de la población india en 1985¹⁵⁹

<i>Reserva</i>	% < 16 años	% > 65 años	% desemp.	<i>Reserva</i>	% < 16 años	% > 65 años	% desemp.
Crow.	37,6	3,8	64	Osage.	33,1	10,1	17
Eastern Cherokee.	37,6	11,5	45	Papago.	33,5	4,1	33
Flathead.	52,0	1,1	27	Pine Ridge.	37,8	4,7	72
Fort Apache.	34,4	3,6	15	Red Lake.	39,6	4,1	52
Gila River.	48,3	4,9	31	Rosebud.	38,8	5,6	86
Hopi.	43,6	7,5	48	Salt River.	38,0	3,6	39
Hualapai.	41,7	3,8	71	Taos.	29,3	12,0	78
Menominee	42,1	6,6	39	Utah-Ouray.	38,0	3,7	52
Mescalero.	43,3	2,1	54	Warm Springs.	38,1	3,2	49
Navajo.	35,3	5,0	52	Yakima.	28,9	6,4	71
				Total B.I.A.	29,4	6,0	49

En 1985, el 81% de los empleados del B.I.A. eran indios, debido a la política de contratación preferente seguida en los años anteriores. Lo cierto es que la población india ha tendido a depender laboralmente de las autoridades públicas, lógica consecuencia de la endémica situación de *tutela* a la que se han visto sometidos. El *Bureau of Indian Affairs*, B.I.A., el *Indian Health Service*, I.H.S., y otras agencias públicas han sido fuertes proveedoras de empleo a esta minoría. Ello lejos de ser positivo ha contribuido a incrementar los gastos de carácter burocrático, y a reducir el caudal efectivo disponible para los programas socioeconómicos de choque cuyo acometimiento resulta imprescindible, al llegar a haber un empleado del B.I.A. por cada 21 indios que habitan en las reservas, claro síntoma de la inoperancia del B.I.A. cuyos programas con frecuencia quedan reducidos a una mera *terapia ocupacional* de sus empleados. Liberar ese lastre quizás redundaría en un incremento de los recursos reales disponibles para desarrollar políticas que reporten resultados palpables, pero podría repercutir negativamente en un incremento de los elevados coeficientes de desempleo¹⁶⁰.

IV.3.D. *Situación sanitaria*

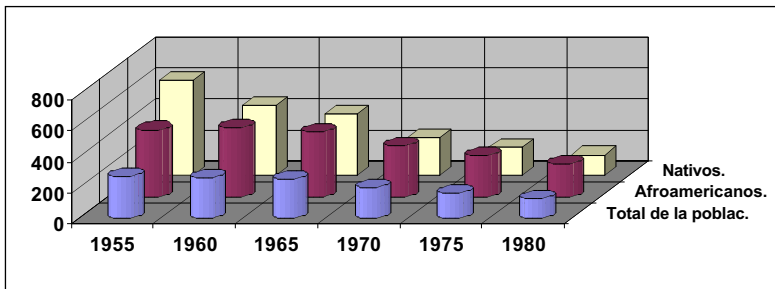
El I.H.S. ha procurado satisfacer las necesidades sanitarias de la población india, pero pese a sus esfuerzos se aprecia la existencia de una profunda diferencia respecto al resto del país a la hora de evaluar la situación del sistema sanitario.

159. FRANTZ, Klaus, *Indian Reservations in the United States. Territory, Sovereignty and Socioeconomic Change*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 129.

160. FRANTZ, Klaus, *op. cit.*, pp. 37 y 121.

Así en 1985 había 0,8 médicos por cada 1.000 nativos americanos, cuando la media nacional era superior al doble: 1,7 médicos por cada 1.000 habitantes. Además frecuentemente los médicos destinados a las reservas indias suelen ser médicos de entrada, con poca experiencia profesional y con pocos incentivos económicos para continuar prestando sus servicios en estas zonas que normalmente se corresponden con las más deprimidas del país¹⁶¹. Aún así existen datos objetivos que hablan de una mejora de las condiciones sanitarias de la población de origen indio en la segunda mitad del siglo. La mortalidad infantil ha caído del 60,9% en 1955 al 13,4% en 1980, estadísticas muy cercanas al 12,6% de la media nacional, y mejores que las de la minoría afroamericana.

Mortalidad infantil por mil habitantes¹⁶²



Mortalidad infantil por mil habitantes

Raza	Año					
	1955	1960	1965	1970	1975	1980
Nativos	60,9	45,5	40,2	24,3	18,2	13,4
Afroamericanos	43,1	44,3	41,7	32,6	26,2	21,4
Total de población	26,4	26,0	24,7	20,0	16,1	12,6

En 1980 las estadísticas sanitarias de la población india nativa respecto a mortalidad infantil presentaban un claro paralelismo con las referidas a las expectativas de vida en dos aspectos:

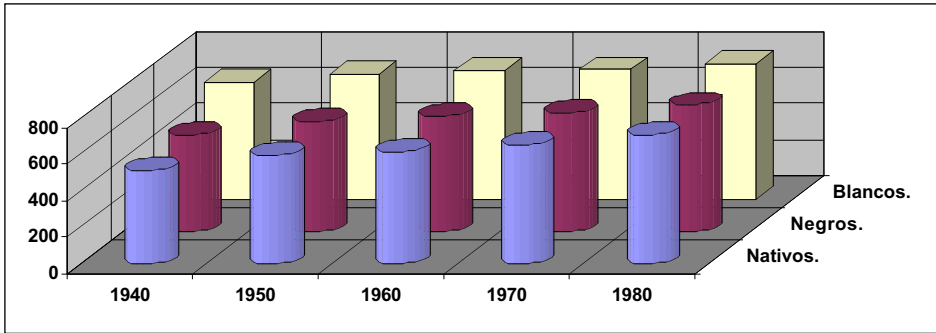
1) Se ha producido una mejora de las citadas expectativas, al pasar 1950 de 51,3 años para los varones y 51,9 para las mujeres, a 67,1 y 75,1 años respectivamente. Mejora que debe ser calificada como muy importante en términos cualitativos y cuantitativos.

2) La esperanza de vida media de la población india en 1980 era sensiblemente mayor a la de la población afroamericana: 71,1 años frente a 69,5, pero inferior a la media de la población blanca: 74,4 años.

161. FRANTZ, Klaus, *op. cit.*, p. 125.

162. FRANTZ, Klaus, *op. cit.*, p. 98.

Esperanza de vida de la población americana: 1940-1980¹⁶³



Esperanza de vida de la población americana: 1940-1980

<i>Raza-Género</i>	1940	1950	1960	1970	1980
<i>Indios-Alaska</i>					
Varones	51,3	58,1	60,0	60,7	67,1
Mujeres	51,9	62,2	65,7	71,2	75,1
Total	51,6	60,0	61,7	65,1	71,1
<i>Negros</i>					
Varones	51,5	59,1	61,1	61,3	65,3
Mujeres	54,9	62,9	66,3	69,4	73,6
Total	53,1	60,8	63,6	65,3	69,5
<i>Blancos</i>					
Varones	62,1	66,5	67,4	68,0	70,7
Mujeres	66,6	72,2	74,1	75,6	78,1
Total	64,2	69,1	70,6	71,1	74,4

Algunos datos sociológicos son especialmente significativos a la hora de determinar la causa de muerte de la población india nativa. Destaca por ejemplo su tradicionalmente superior tasa de suicidios y de muertes a causa del alcohol. En 1960 la misma triplicaba a la de la población que no era blanca, y era 6 puntos superior a la media nacional. En 1995 era cinco puntos superior a la media del país y doblaba ampliamente a la media de la población que no era de raza blanca.

Es especialmente significativo el elevado número de muertes asociado al alcohol: en 1970 el *ratio* se encontraba en una relación de 7 a 1 respecto a la media nacional,

163. SNIPP, C. Mattheiw, *Americans Indians: The First of this Land*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1991, p. 68.

mientras que en 1982 era de 6 a 1. En 1995 las estadísticas sobre la influencia de la cirrosis en la población nacional era 4 veces superior a la media nacional.

Destaca asimismo la baja incidencia del S.I.D.A., que en 1995 registraba 2,7 casos por cada 100.000 habitantes, frente a los 12,6 casos de la media nacional, y una menor incidencia del cáncer al registrar sólo 98,8 casos de muerte por esta causa por cada 100.000 habitantes frente a los 133,1 de la media nacional.

**Causas principales de muerte en la población nativa.
Datos respecto a 100.000 habitantes¹⁶⁴**

<i>Causa</i>	<i>Año</i>							
	<i>1955</i>	<i>1960</i>	<i>1965</i>	<i>1970</i>	<i>1975</i>	<i>1980</i>	<i>1982</i>	<i>1995</i>
Suicidio								
Nativos	–	16,8	12,9	17,9	21,1	14,1	13,4	16,2
Poblac. no blanca	–	5,4	6,1	6,5	7,5	6,7	6,4	6,9
Total de población	–	10,6	11,4	11,8	12,6	11,4	11,6	11,1
Homicidio								
Nativos	–	19,5	19,7	23,8	21,9	18,1	14,6	14,6
Poblac. no blanca	–	25,8	29,8	41,3	41,1	35,0	30,0	31,0
Total de población	–	5,3	6,3	9,1	10,5	10,8	9,7	10,5
Alcohol								
Nativos	–	–	–	56,2	62,2	41,3	35,8	30,1
Poblac. no blanca	–	–	–	–	–	–	–	–
Total de población	–	–	–	8,1	8,6	7,5	6,4	8,0
Tuberculosis								
Nativos	57,9	32,3	27,3	11,4	8,6	3,6	2,0	2,1
Poblac. no blanca	24,1	15,1	10,9	6,8	4,0	2,4	2,0	1,6
Total de población	8,4	5,4	3,6	2,2	1,2	0,6	0,6	0,4
Accid. de vehículos								
Nativos	97,6	91,9	91,9	98,5	78,5	61,3	49,1	47,0
Poblac. no blanca	28,1	24,2	26,6	30,9	22,5	20,3	16,8	15,7
Total de población	24,6	22,5	29,2	27,4	21,3	22,9	19,3	15,8

164. FRANTZ, Klaus, *Indian Reservations in the United States. Territory, Sovereignty and Socioeconomic Change*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 99. GETCHES, David H., WILKINSON, Charles F., y WILLIAMS, Robert A. JR., *Cases and Materials on Federal Indian Law*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1998, 4ª Edición, p. 17.

IV.4. La *cuestión* religiosa

IV.4.A. *Introducción*

El *American Indian Religious Freedom Act* de 11 de agosto de 1978, A.I.R.F.A.¹⁶⁵, tuvo como fin promulgar una legislación que protegiera y preservase las prácticas tradicionales de los indios americanos, incluyendo a los nativos de Alaska y Hawai, garantizando el acceso a los sitios sagrados, el uso y la posesión de objetos sagrados y la libertad de culto para los ritos ceremoniales tradicionales¹⁶⁶.

El A.I.R.F.A. venía a reconocer que las prácticas religiosas de los indios americanos, así como de los nativos de Alaska y Hawai, eran una parte integral de su cultura, tradición y herencia y que quedaba encardinada en la base de su identidad y sistema de valores, y que las religiones indias tradicionales, en cuanto parte integral de la vida india, eran indispensables e irremplazables. Suponía que el Senado y la Cámara de representantes se comprometían a proteger y preservar a los indios americanos en su derecho inherente de libertad de creencias, y a expresar y ejercer sus religiones tradicionales, incluyendo el acceso a los sitios de culto, el uso y la posesión de los objetos sagrados y la libertad de culto a través de los ritos y ceremonias tradicionales. Pero para los defensores de la causa india el A.I.R.F.A., no cumplió suficientemente su propósito, siendo considerada como un fracaso, especialmente a resultas de los casos *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Association*¹⁶⁷, en que se legitimó la construcción de una carretera a través de un lugar sagrado indio, y *Employment Division v. Smith*¹⁶⁸, en que se denegó un subsidio de desempleo por consumo de peyote, que más adelante estudiaremos¹⁶⁹.

En cumplimiento de la Sección 2ª del A.I.R.F.A. que preveía la emisión por el ejecutivo de un informe sobre el estado de la libertad religiosa de los indios, en agosto de 1979 ve la luz el mismo, llegándose a las siguientes conclusiones¹⁷⁰:

- 1) Era necesario crear un régimen legal específico que protegiera las tierras que contienen lugares sagrados para el cumplimiento de los fines religiosos.
- 2) Debía procederse a la remoción de los obstáculos que dificultan el acceso de los indios a tales lugares.
- 3) Se hacía preciso promover el acceso a la información sobre lugares sagrados por el público en general.
- 4) Había que restringir la exportación de objetos sagrados para los indios.

165. 42 U.S.C.A §1996. PRUCHA, Francis P., *Documents of United States Indian Policy*, University of Nebraska Press, 1990, p. 288.

166. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford, M., *American Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, p. 237.

167. 485 U.S. 439,108 S.Ct. 1319.

168. 494 U.S. 872,110 S.Ct. 1595.

169. VECSEY, Christopher, *Handbook of American Indian Religious Freedom*, Crossroad, Nueva York, 1991, p. 17.

170. GETCHES, David H., WILKINSON, Charles F., y WILLIAMS, Robert A. JR., *Cases and Materials on Federal Indian Law*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1998, 4ª Edición, pp. 765 y 766.

- 5) Se aconsejaba permitir a los indios la importación de objetos sagrados, libres de impuestos.
- 6) Era necesario prohibir el cambio de lugar de los objetos sagrados ubicados en las tierras de los nativos, sin la oportuna autorización.

Pero la apatía de las autoridades administrativas y la orientación de la jurisprudencia, han puesto en ocasiones en duda la efectiva tutela del derecho de libertad religiosa de la minoría india. Por otro lado el A.I.R.F.A. no concede un derecho privado al ejercicio de una acción procesal, sino que se dirige más bien a las propias administraciones, para que éstas revisen sus políticas en todo aquello que pueda afectar al ejercicio de la libertad religiosa por parte de los indios, por lo que en cierto modo es un *tigre de papel*¹⁷¹.

Uno de los principales problemas que presenta la religión de los indios nativos es que no son fácilmente homologables sus instituciones con las de la religión cristiana o en general con las religiones occidentales. Realmente no se trata de una religión basada en el dogma o en una teología tan desarrollada, ni se limita al mero rito, pues afecta a cada aspecto de la vida cotidiana, no produciéndose la clara separación que se produce en las religiones occidentales entre la esfera sagrada y la secular o profana¹⁷². En la tradición cristiana o judía, su orientación descansa sobre la idea de un ser universal, *Dios*. Para los indios sin embargo, los lugares y las cosas tienen con frecuencia algo más que una importancia simbólica, pues *Dios* se encuentra presente en tales lugares y cosas terrestres¹⁷³.

Los defensores de la causa india han sido extremadamente críticos al considerar que la Primera Enmienda y el concepto de religión en ella subyacente no protegen plenamente a las tradiciones de la religión nativa, por no poder abarcar tanto a las religiones rituales occidentales como a la india nativa en la que no se puede separar lo sagrado de lo secular, y que no puede ser puesta en práctica sino en determinados lugares –*sagrados*–¹⁷⁴. Las enmiendas al A.I.R.F.A., aprobadas el 6 de octubre de 1994, han tratado modificar en la medida de lo posible la situación preexistente, especialmente en lo relativo al consumo del peyote.

IV.4.B. *Supuestos conflictivos*

IV.4.B.1. *El respeto a las tradiciones indias*

La parodia de los cantos sagrados, la pintura de los rostros, los tocados de plumas o los tambores, por meros fines de entretenimiento, han sido considerados un atentado blasfemo contra la religión india¹⁷⁵.

171. PETOSKEY, John, "Indians and the First Amendment", en DELORIA JR., Vine, *American Indian Policy in the Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1985, p. 234.

172. WEAVER, Jace, "Losing My Religion. Native Americans Religious Traditions and American Religious Freedom", en WEAVER, Jace (ed.), *Native American Religious Identity. Unforgotten Gods*, Orbis Books, Nueva York, 1998, p. 219.

173. MASAYESVA, Vernon, "Epilogue", en VECSEY, Christopher, *Handbook of American Indian Religious Freedom*, Crossroad, Nueva York, 1991, p. 135.

174. WEAVER, Jace, *op. cit.*, p. 220.

175. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 212.

Muchos de los oficiales que trabajaron en las reservas indias en el siglo XIX eran también misioneros cristianos que pusieron en práctica políticas tendentes a beneficiar a los indios que se convirtieran al cristianismo, no sólo se les transmitió la educación necesaria, sino también se promovió su desenvolvimiento en un medio artificial hostil a su cultura tradicional¹⁷⁶. Una de las consecuencias directas de la actividad de los misioneros cristianos fue la ilegalización a finales del siglo XIX de algunas ceremonias religiosas tradicionales. El ejemplo típico es la *Danza del Sol*, que fue prohibida en varias tribus en la década de los años 80 de ese siglo, de forma que llegó a desaparecer en muchas de ellas, en otras sin embargo continuó, pero normalmente se celebraba en secreto, llegándose a convertir en un símbolo de la resistencia contra la intrusión del hombre blanco¹⁷⁷.

Ha sido frecuente la reivindicación de objetos sagrados de las tribus indias que permanecen en los museos, para satisfacer la curiosidad de personas blancas incapaces de valorar el verdadero significado que tienen para aquéllos. Tras la aprobación del Acta de Artes y Oficios Indios, *Indian Arts and Crafts Act* de 1988 y del *Indian Graves Act* de 1990, el gobierno federal ha instado a los museos para que realicen un catálogo de bienes que pertenecieron a los nativos americanos, con el fin de analizar conjuntamente con los grupos nativos más significativos, el destino de tales bienes, y determinar cuáles de ellos deben volver a sus originarios titulares¹⁷⁸.

Otro punto espinoso ha sido el tema de la caza de determinadas especies protegidas, especialmente de águilas en peligro de extinción. El *Bald Eagle Protection Act*¹⁷⁹, autoriza expresamente al Secretario de Interior a permitir ciertas excepciones relacionadas con los fines religiosos de las tribus indias, siempre y cuando sea ello compatible con los propósitos conservacionistas. En *United States v. Top Sky*¹⁸⁰, los tribunales condenaron a un comerciante indio por la venta de un abanico confeccionado con plumas de águilas, por entender que actuaba con ánimo de lucro, y no en base a una conducta amparable en la *free exercise clause*. Y en *United States v. Thirty eight golden eagles*¹⁸¹, y *United States v. Hugs*¹⁸² los tribunales ratificaron que el *Bald Eagle Protection Act* no violaba el *American Indian Religious Freedom Act*, ni la *free exercise clause*.

En *Bowen v. Roy*¹⁸³, el Tribunal Supremo rechazó la pretensión de unos padres que se negaban a que a su hija de 2 años se le asignase un número genérico en la Seguridad Social, por entender que de este modo se podría perjudicar a su espíritu, alegan-

176. DANIELS, Roger, *Not Like us. Immigrants and Minorities in America, 1890-1924*, Ivan R. Dee. Chicago, 1997, p. 31.

177. HULTKRANTZ, Åke, *The attraction of Peyote. An Inquiry into the Basic Conditions for the Diffusion of the Peyote Religion in North America*, Almqvist & Wiksell International, Estocolmo, 1997, p. 186.

178. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 222.

179. 16 U.S.C. § 668A.

180. 547 F.2d 483.

181. 649 F.Supp. 269.

182. 109 F.3d 1375.

183. 476 U.S. 693, 106 S.Ct. 2147.

do la *free exercise clause*, afirmando el Tribunal Supremo que la exigencia de este requisito para acceder a los programas de asistencia alimenticia de la Seguridad Social no vulneraba la *free exercise clause*.

Para los indios, ciertas tradiciones como acostumbrar a llevar el pelo largo, constituyen parte de un complejo conjunto de creencias que conectan a las personas con el Creador¹⁸⁴. En *New Rider v. Board of Education*, el Tribunal de Apelaciones del 10° Circuito¹⁸⁵ rechazó que el ejercicio de la libertad religiosa amparase el derecho del reclamante a llevar el pelo largo en la manera tradicional india, en contra de la normativa administrativa en las escuelas, y que no era una forma de libertad de expresión constitucionalmente amparada. La sentencia fue confirmada a finales de 1973 por el Tribunal Supremo¹⁸⁶, aunque los jueces DOUGLAS y MARSCHALL sugirieron en un voto particular que tal conducta podía verse amparada si no en el ejercicio de la libertad religiosa, al menos en la libertad de expresión de la Primera Enmienda¹⁸⁷, entendiendo que ese comportamiento se debía no a una mera moda, sino a una exteriorización de su propia idiosincrasia india¹⁸⁸. Además DOUGLAS y MARSCHALL dejaban constancia de los riesgos que para la consolidación de una sociedad pluricultural, había entrañado la tradicional política de la administración respecto a la población india¹⁸⁹.

En 1975 en *Teterud v. Burns*¹⁹⁰, el Tribunal de Apelaciones del 8° Circuito aceptó la pretensión de llevar el pelo largo a la manera tradicional india, de Jerry Teterud, preso en una cárcel de Iowa, en contra de lo que disponía el reglamento penitenciario, por entender que ello era una manifestación de su derecho de libertad religiosa, no siendo necesario probar que ello constituía un absoluto requisito de sus creencias religiosas, sino siendo suficiente con demostrar que obedecía a una creencia profundamente sentida¹⁹¹, que en este caso quedaba suficientemente probada¹⁹², sin que el hecho de creer en la religión india y pertenecer simultáneamente a la *Church of the New Song*, mermase en nada lo anterior, pues a diferencia de las religiones cristianas, en la religión india no existía contradicción alguna por la participación en dos diferentes religiones al mismo tiempo¹⁹³. Sin embargo en 1987 el Tribunal de Apelaciones del 9° Circuito en el caso *Standing Deer v. Carlson*¹⁹⁴, dio el visto bueno a la normativa penitenciaria que restringía el libre albedrío de los presos a la hora de elegir su indumentaria en el pelo, amparándose en razones de sanidad y seguridad, y algo semejante ocurrió en 1988 cuando el Tribunal de Apelaciones del 6° Circuito llegó a una solución

184. GETCHES, David H., WILKINSON, Charles F., y WILLIAMS, Robert A. JR., *Teacher's Manual. Cases and Materials on Federal Indian Law*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1998, 4ª Edición, p. 92.

185. 480 F.2d 693.

186. 414 U.S. 1097.

187. 414 U.S. 1097, 94 S.Ct. 733.

188. 414 U.S. 1097, 94 S.Ct. 733, 1099.

189. 414 U.S. 1097, 94 S.Ct. 733, 1101.

190. 522 F.2d 357.

191. 522 F.2d 357, 360.

192. 522 F.2d 357, 361.

193. 522 F.2d 357, 361.

194. 831 F.2d 1525.

completamente opuesta a la de *Teterud v. Burns*, en el caso *Pollock v. Marshall*¹⁹⁵, tras aplicar el *balancing test*¹⁹⁶.

En *Sample v. Borg*¹⁹⁷, un tribunal de distrito ordenó al sistema californiano de prisiones, que modificase la normativa que impedía a los presos participar en las ceremonias de fumar la pipa y llevar cintas en el pelo, pero legitimó la prohibición de cualquier otro instrumento que pudiera ser contrario a la seguridad de la prisión. En 1998 en el caso *Hornell Brewing Co. v. The Rosebud Sioux Tribal Court*¹⁹⁸, los tribunales permitieron a la empresa Hornell Brewing Co., que usase para la denominación de sus productos alcohólicos, el nombre de *Tasunke Witko*, o *Crazy Horse* (en lengua inglesa, equivalente en castellano a *Caballo Loco*), pese a que éste se opuso a su consumo entre los indios y pese al significado particular que para los nativos tiene ese líder espiritual y político.

IV.4.B.2. *El consumo del peyote*

El peyote es una droga alucinógena que se extrae de la planta *Lophophora williamsii*, un pequeño cactus, que se encuentra en el valle del Río Grande y en el norte de Méjico, y que se consume masticada, fumada o en infusión en los cultos religiosos por la *American Native Church*, que aparece descrito ya en las primeras fuentes españolas de mediados del siglo XVI, y que pese a carecer de una doctrina escrita, presenta un ritual y una doctrina con enormes similitudes entre las diversas tribus de Arizona, California, Montana, Oklahoma, o Wisconsin. A las ceremonias suelen asistir familias enteras, aunque los niños y las mujeres más jóvenes de la tribu suelen abstenerse de consumirlo. La ceremonia, que puede extenderse a lo largo de varias horas, incluye oraciones, cánticos, el uso ritual del tambor, sonajas, abanicos de plumas, y las pipas sagradas, y su evento central lo constituye la toma del peyote. Viene a desempeñar un papel semejante al del pan y el vino en ciertas iglesias cristianas. Incluso para sus creencias es más que un mero sacramento, pues constituye en si mismo un objeto de culto, cuyo uso para fines no religiosos es un sacrilegio, y que cumple una doble función de *magisterio*, en cuanto enseña a quien lo consume un cierto sentimiento de *fraternidad* y de *protección*¹⁹⁹. Su ingestión induce a una situación de euforia mental, aunque como estimulante sus efectos son ambiguos, pues pese a sus consecuencias alucinógenas, también produce una sensación de malestar y enfermedad, debido a los alcaloides que contiene²⁰⁰.

195. 845 F.2d 656.

196. 845 F.2d 656, 659-660.

197. 675 F.Supp. 574.

198. 133 F.3d 1087.

199. BRITO, Silvester J., "The Peyote Religion: A Narrative Account", en CARRILLO, Jo (ed.), *Readings in American Indian Law. Recalling the Rhythm of Survival*, Temple University Press, Filadelfia, 1998, p. 285. DELORIA, Vine JR. y LYTTLE, Clifford, M., *American Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, pp. 234 a 236. GROSSMAN, Mark, *The Native American Rights Movement*, Abc-Clio, Inc. Santa Barbara, 1996, p. 298.

200. HULTKRANTZ, Åke, *The attraction of Peyote. An Inquiry into the Basic Conditions for the Diffusion of the Peyote Religion in North America*, Almqvist & Wiksell International, Estocolmo, 1997, pp. 22 y 23.

La historia de su prohibición es larga, arranca ya de los tiempos de los inquisidores de Nueva España en 1620. En 1882 el Secretario de Interior H. M. TELLER, en sus recomendaciones al Comisionado de Asuntos Indios, HIRAM PRICE, le advertía de la necesidad de prohibir el uso de sustancias estupefacientes empleadas en los ritos religiosos indios. Debido a sus efectos alucinógenos fue tipificada como una droga ilegal y por lo tanto prohibida, como ocurrió en 1899 en Oklahoma²⁰¹. A principios de siglo arreció el movimiento prohibicionista, especialmente desde el B.I.A., ciertos médicos y los misioneros cristianos, que entendían que su consumo era peligroso e inducía a una conducta inmoral²⁰².

Numerosos estados aprobaron legislación contra el peyote, aunque nunca el Congreso. Debido a sus efectos alucinógenos fue tipificada como una droga ilegal y por lo tanto prohibida. Para contrarrestar esa presión contra el *peyote*, se creó en 1918 la *Native American Church*. Su precursora fue la *Mescal Bean Eaters* en las reservas de Oklahoma, Kansas y Nebraska, que en 1909 cambió su nombre por el de *Union Church*. La *Native American Church* tuvo en un primer momento limitado su centro de actuación de los EE.UU., pero al extenderse a Canadá, pasó a denominarse desde 1955, *The Native American Church of North America*²⁰³.

En el caso *Native American Church v. Navajo Tribal Council*²⁰⁴, un tribunal federal se abstuvo en 1959 de entender sobre una ordenanza del *Navajo Tribal Council* que prohibía el uso del peyote en el término de una reserva india, pese a la reivindicación de la *Native American Church* para usar el peyote en el ejercicio de la *free exercise clause*, por entender el tribunal que la misma era aplicable al Congreso y a los estados, pero no a las tribus, que venían a ser consideradas como *domestic dependent nations*²⁰⁵.

En 1964 en *People v. Woody*²⁰⁶, el Tribunal Supremo de California amparó el uso del peyote en la *free exercise clause*, entendiendo que el estado de California no podía prohibir su uso para fines religiosos, por estar amparado el mismo en el ejercicio del derecho de libertad religiosa, y no existir un *compelling interest* por parte del estado de California para prohibir su uso, que vendría a desempeñar un papel semejante al del pan y el vino en ciertas iglesias cristianas. El Tribunal Supremo de California afirmó que prohibir el uso del peyote suponía remover el corazón del peyotismo, enfatizando en el valor que el pluralismo cultural tenía en la conformación de la herencia histórica. La importancia de este caso radica no sólo en que por un lado sirvió para cristalizar la protección de los indios americanos por la *free exercise clause*, sino porque además supu-

201. STEWART, Omer C., "Peyote and the Law", en VECSEY, Christopher, *Handbook of American Indian Religious Freedom*, Crossroad, Nueva York, 1991, pp. 44 y 45.

202. COWGER, Thomas W., *The National Congress of American Indians. The Founding Years*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1999, p. 16.

203. HULTKRANTZ, Åke, *The attraction of Peyote. An Inquiry into the Basic Conditions for the Diffusion of the Peyote Religion in North America*, Almqvist & Wiksell International, Estocolmo, 1997, p. 29.

204. 272 F.2d 131.

205. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford M., *Americans Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, p. 233.

206. 61 Cal.2d 716, 394 P.2d 813, 40 Cal.Rptr. 69.

so un paso adelante muy importante en el proceso por lograr el respeto del hombre blanco hacia las tradiciones indias²⁰⁷.

En 1990 en el caso *Employment Division v. Smith*²⁰⁸, el Tribunal Supremo ratificó la decisión de las autoridades laborales del estado de Oregón, que denegaban una prestación de desempleo a un particular que había sido despedido como consecuencia de la ingestión de peyote en el transcurso de una ceremonia religiosa, pues la empresa en la que trabajaba, dedicada a la rehabilitación de toxicómanos y alcohólicos, seguía una política laboral que preveía el despido de los trabajadores que consumiesen drogas²⁰⁹. El Tribunal Supremo vino a afirmar que *las creencias religiosas individuales no pueden excusar a un particular del cumplimiento de lo que una Ley válidamente prescribe como prohibido*. La decisión dividió a los miembros del Tribunal Supremo, el juez BLACKMUN formuló un voto particular al que se sumaron los jueces BRENNAN y MARSCHALL, en que se negaba la existencia de un *compelling interest* del estado de Oregón que pesara más que el libre ejercicio de la religión de los particulares.

Después del caso *Smith*, el Congreso aprobó en 1994 las Enmiendas al Acta de Libertad Religiosa de los Indios Americanos, *American Indian Religious Freedom Act Amendments*²¹⁰, A.I.R.F.A.A., por las que el uso, posesión y transporte de peyote por los indios nativos, de buena fe y con el fin de emplearlo en la práctica de las ceremonias tradicionales, es perfectamente legítimo y no puede ser prohibido por los Estados Unidos o por ningún estado. Ningún indio podrá ser penalizado o discriminado por el hecho de su uso, posesión o transporte.

El *Religious Freedom Restoration Act*²¹¹, reconoció la legitimidad del uso del peyote con fines religiosos, que fue prohibida²¹² en siete estados en los años 20 y así como por las directivas del B.I.A. En cualquier caso se prevé la posibilidad de regular legalmente un sistema de registro administrativo de los cultivadores y distribuidores de peyote²¹³, así como los límites de su uso por personas que trabajen en el transporte público de viajeros²¹⁴, se encuentren en prisión²¹⁵, y salvaguarda el que los estados puedan dic-

207. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford, M., *American Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, p. 236. NORGREN, Jill NANDA, Serena, *American Cultural Pluralism and Law*, Nueva York, 1988, pp. 25 y ss.

208. 494 U.S. 872,110 S.Ct. 1595.

209. CELADOR ANGON, Oscar, *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 53. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho de la Libertad de Conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Civitas, Madrid, 1997, p. 150. PALOMINO LOZANO, Rafael, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre Conciencia y Ley en el Derecho Norteamericano*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1994, pp. 31, 45-47, 49, 50, 152, 196, 218, 249, 251-253, 354, 355 y 420.

210. 42 U.S.C.A. § 1996a.

211. 42 U.S.C.A § 1996a (b) (1).

212. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 223.

213. 42 U.S.C.A § 1996a (b) (2).

214. 42 U.S.C.A § 1996a (b) (4).

215. 42 U.S.C.A § 1996a (b) (5).

tar normas tendentes a garantizar la seguridad en el tráfico²¹⁶, así como la facultad del Secretario de Defensa de promulgar disposiciones que razonablemente limiten su uso, posesión, transporte o distribución, con el fin de garantizar la realización de los objetivos militares, de seguridad o el cumplimiento de tratados internacionales suscritos con otros estados²¹⁷.

IV.4.B.3. *El acceso a los lugares sagrados*

En 1982 en *Crow v. Guller*²¹⁸, se estableció que los miembros de las tribus Lakota y Tsistsista no estaban amparados por la *free exercise clause* de la Primera Enmienda, frente a la construcción de una carretera pavimentada y una zona de aparcamientos, y en 1983 en *Wilson v. Block*²¹⁹, se dio luz verde a la realización de unas pistas de esquí por entender que no se violaban los derechos de las tribus Navajo y Hopi derivados de la Primera Enmienda, pese a que las tribus indias se desplazan estacionalmente a estos territorios con el fin de invocar a sus dioses para que les provean de las aguas necesarias para poder cultivar sus tierras, por lo que para los Hopi el desarrollo del esquí constituye una insultante comercialización del hogar de los espíritus sagrados, consumándose de este modo un grave ataque a la propia identidad de esta tribu. En *Lynn v. Northwest Indian Cemetery Association*²²⁰, se abordó el caso de la construcción de una carretera a través de un bosque del noroeste de California que tradicionalmente había sido dedicado al culto indio, lo cual exigía silencio e intimidad, que tal obra perturbaría, afirmando que la *free exercise clause* de la Primera Enmienda a la Constitución no prohibía a las autoridades poder realizar una plantación de madera o la construcción de una nueva carretera, entendiéndose que dicha cláusula quedaba suficientemente salvaguardada con el trayecto trazado por la administración que procuraba eludir en lo posible los sitios sagrados para los indios y reducir el impacto visual y acústico en la medida de lo posible.

Gran número de tribus indias reclaman el uso exclusivo de ciertas montañas, lagos o ríos. A propósito del caso *United States v. Pueblo of Taos*²²¹, en que se reconoce por los

216. *Subject to the provisions of the Religious Freedom Restoration Act (Public Law 103-141; 42 U.S.C. 2000bb-1) [42 U.S.C.A. § 2000bb et seq.], this section shall not be construed to prohibit States from enacting or enforcing reasonable traffic safety laws or regulations.* 42 U.S.C.A § 1996a (b) (6).

217. *Subject to the provisions of the Religious Freedom Restoration Act (Public Law 103-141; 42 U.S.C. 2000bb-1) [42 U.S.C.A. § 2000bb et seq.], this section does not prohibit the Secretary of Defense from promulgating regulations establishing reasonable limitations on the use, possession, transportation, or distribution of peyote to promote military readiness, safety, or compliance with international law or laws of other countries. Such regulations shall be adopted only after consultation with representatives of traditional Indian religions for which the sacramental use of peyote is integral to their practice.* 42 U.S.C.A § 1996a (b) (7).

218. 541 F.Supp. 785.

219. 708 F.2d 735,228 U.S.App.D.C. 166.

220. 485 U.S. 439, 108 S.Ct. 1319.

221. 515 F.2d 1404.

tribunales una reclamación de tierras a favor de los indios, algunos autores²²² se han preguntado si no se estará incurriendo implícitamente en una vulneración de la *non establishment clause*²²³.

La construcción de presas que suponían la inundación de valles en los que los indios practicaban sus cultos sagrados suscitó la controversia en el asunto *Sequoyah v. Tennessee Valley Authority*²²⁴, en que los tribunales negaron que con ello se estuviera vulnerando la *free exercise clause* de los indios nativos y el *American Indian Religious Freedom Act* de 1978, que reconocía que *las prácticas religiosas de los indios americanos... eran una parte integral de su cultura, tradiciones y herencia, que constituían la base de la identidad india y de su sistema de valores y que las religiones tradicionales de los indios americanos eran una parte integral de la vida india, y por lo tanto indispensables e irremplazables*. Y ello pese a que los indios creen que constituía un sacrilegio la inundación de las tumbas de sus antepasados, que entendían que los muertos transmitían la sabiduría adquirida en vida a los lugares donde descansaban. Por otro lado, la ciudad de Chota que quedaría anegada, representaba para los Cherokees un significado equivalente al de Roma o Jerusalén para otras religiones, su capital política y religiosa, en la que se guardaba el fuego eterno sagrado y en cuyo templo se custodiaban los instrumentos del culto religioso, siendo asimismo sagradas las aguas y las tierras de dicho valle²²⁵.

En *Inupiat Community of the Artic Slope v. United States*²²⁶, los tribunales sostuvieron en 1982, que en caso de aceptarse una reclamación india contra la explotación industrial de unas tierras, solicitando prohibir el acceso de terceros a unos terrenos públicos, que ellos consideraban sagrados, podía estarse vulnerando la *non establishment clause*²²⁷.

En *Badoni v. Higginson*²²⁸, los tribunales rechazaron la pretensión de los indios navajos que creían que la construcción de una presa y un pantano cerca de uno de sus lugares sagrados, el *Rainbow Bridge* en Utah, que había ocupado en su opinión una posición central en sus creencias religiosas, y que era considerado por los demandantes

222. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford M., *American Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, p. 238.

223. BROWN, Brian E., *Religion, Law, and the Land. Native Americans and the Judicial Interpretation of Sacred Land*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1999, pp. 61 y 63.

224. 620 F.2d 1159.

225. BROWN, Brian E., *Religion, Law, and the Land. Native Americans and the Judicial Interpretation of Sacred Land*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1999, p. 13.

226. 541 F.Supp. 785.

227. ... Finally, I observe that the relief sought by the Inupiat creates serious Establishment Clause problems. The Supreme Court has held repeatedly that the First Amendment may not be asserted to deprive the public of its normal use of an area. E.g., *Shuttlesworth v. Birmingham*, 394 U.S. 147, 152, 89 S.Ct. 935, 939, 22 L.Ed.2d 162 (1969); *Food Employees Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308, 320, 88 S.Ct. 1601, 1609, 20 L.Ed.2d 603 (1968); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536, 554-55, 85 S.Ct. 453, 464-65, 13 L.Ed.2d 471 (1965); *Niemotko v. Maryland*, 340 U.S. 268, 271, 71 S.Ct. 325, 327, 95 L.Ed. 267 (1951). I deal in this suit with the high seas, an area which is public to the world under American law. *Convention on the Continental Shelf, supra*; *Convention on the High Seas, supra*. I therefore hold with other courts that a free-exercise claim cannot be pushed to the point of awarding exclusive rights to a public area. *Badoni v. Higginson*, 638 F.2d at 178-79; *Hopi Indian Tribe v. Block*, No. 81-0481, 81 I.L.R. 3073 (D.D.C. June 12, 1981)... 541 F.Supp. 785, 188.

228. 455 F.Supp. 641 y 638 F.2d 172.

como un sacrilegio, lo que unido al incremento del turismo, suponía una vulneración de su derecho al libre ejercicio de la religión. El Tribunal Supremo tuvo en consideración que las ceremonias religiosas en aquel lugar sagrado sólo habían sido ocasionalmente celebradas, y que aplicando la técnica del *balancing test* (o equilibrio de intereses en juego), el legítimo interés de las autoridades públicas en la construcción de la presa y el pantano debía prevalecer, y que en caso de darse luz verde a las pretensiones de los demandantes se podía estar vulnerando la *non establishment clause*.

En 1983 en *Northwest Indian Cemetery Protective Association v. Peterson*²²⁹, el tribunal de primera instancia reconoció que la construcción de una carretera de 6 millas y los planes de tala de árboles de las autoridades en Chimney Rock, en el parque Nacional de Six Rivers en California, violaba los derechos de libertad religiosa de los indios Yurok, Karok y Tolowa. Esta sentencia se mantuvo en apelación en 1986 ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito²³⁰, pero recurrida ante el Tribunal Supremo, fue revocada en 1989²³¹, a pesar del voto particular del juez WILLIAM J. BRENNAN, que afirmó que con este pronunciamiento *se estaba de nuevo desequilibrando la balanza en el conflicto entre dos culturas dispares, una de las cuales se fundamenta en el concepto de propiedad y uso de los recursos naturales, mientras que la otra no sólo no ve como propios tales conceptos, sino que incluso los considera contrarios a su sistema de creencias que atribuye a la tierra un carácter sagrado*.

En 1988 el Tribunal Supremo en *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Association*²³², abordó el caso de la construcción de una carretera a través de un bosque del noroeste de California que tradicionalmente había sido dedicado al culto indio, lo cual exigía silencio e intimidad, que tal obra perturbaría, afirmando que la *free exercise clause* de la Primera Enmienda a la Constitución no prohibía a las autoridades poder realizar una plantación de madera o la construcción de una nueva carretera, entendiéndose que dicha cláusula quedaba suficientemente salvaguardada con el trayecto trazado por la administración que procuraba eludir en lo posible los sitios sagrados para los indios y reducir el impacto visual y acústico en la medida de lo posible. El Tribunal Supremo entiende que *cualesquiera que sean los derechos de los indios, estos derechos no son suficientes como para superponerse al derecho del Gobierno sobre una tierra que es, después de todo, su tierra*.

El juez BRENNAN en un voto particular al que se unieron los jueces MARSHALL y BLACKMUN, puso de manifiesto su disenso al pensar que con este pronunciamiento se estaban *sacrificando unas creencias tan antiguas al menos como la nación, vulnerando las creencias religiosas de 5.000 individuos mediante la construcción de mero tramo de 6 millas de carretera, con una utilidad meramente marginal y especulativa*, poniendo en duda de este modo la existencia de un verdadero *compelling interest* en la actuación pública²³³.

229. 565 F. Supp. 586.

230. 795 F.2d 688.

231. 485 U.S. 439,108 S.Ct. 1319.

232. 485 U.S. 439,108 S.Ct. 1319.

233. 485 U.S. 439,473.

El juez BRENNAN hizo hincapié en su voto particular en que los rituales religiosos indios deben realizarse en determinados lugares *no por una mera cuestión de ortodoxia religiosa, sino porque la tierra, al igual que todas las demás cosas vivientes es única, y ciertos sitios específicos poseen diferentes propiedades y significados*²³⁴. El caso *Lyng consagra el triunfo de la propiedad sobre la religión*, en opinión de BROWN, al reducirse *unfórcamente* la tierra de dominio público al concepto de *propiedad*, prescindiéndose de valorar otros significados religiosos alternativos, e ignorando el significado de la histórica presencia tribal, y la particular afiliación religiosa que evoca la tierra, en la cultura india²³⁵.

Los valores religiosos de los indios nativos se caracterizaron por un alto grado de sensibilidad en el respeto al medio ambiente y a la naturaleza, así como un fuerte sentido de comunidad. El desprecio demostrado por el hombre blanco supone la constatación de un sangrante contraste²³⁶.

Llama la atención como pese a la pomposa declaración contenida en el *American Indian Religious Freedom Act* en que se reconocía que las prácticas religiosas constituían una parte integral de su cultura, tradición y herencia, y que tales prácticas eran la base de su identidad y de su sistema de valores, en la práctica administrativa y judicial se manifestó como una *Ley sin dientes*, debido a la *estrecha lectura* de la que ha sido objeto²³⁷.

Uno de los grupos de presión más eficaces en favor de la causa india fue la *American Indian Religious Freedom Coalition*, creada en 1988 con el fin de intentar cambiar el estado de cosas creado por decisiones como la del caso *Lyng*, consiguió que el Presidente CLINTON firmase el 24 de mayo de 1996 el decreto de *Indian Sacred Sites*²³⁸, que requería a las agencias federales para que facilitasen el acceso a los lugares sagrados por parte de los indios en la tierras federales, y que evitasen en la medida de lo posible la degradación de tales lugares sagrados²³⁹.

El ejercicio de las prácticas religiosas por parte de la minoría india precisa un medio ambiente adecuado, pues las mismas suelen buscar una revelación o una visión personales, a diferencia de lo que ocurre con las religiones judeocristianas²⁴⁰, por lo que los criterios a seguir para evaluar la tutela de las creencias religiosas, no son necesariamente trasladables, sobre todo si éstos se apoyan en criterios de valoración económica²⁴¹.

234. 485 U.S. 439,461.

235. BROWN, Brian E., *Religion, Law, and the Land. Native Americans and the Judicial Interpretation of Sacred Land*. Greenwood Press. Westport. Connecticut. 1999, pp. 118 y 171.

236. FEAGIN, Joe R. y FEAGIN, Clairece B., *Racial and Ethnic Relations*, Prentice Hall, Upper Saddle River, Nueva Jersey, 1996, p. 224.

237. MASAYESVA, Vernon, "Epilogue", en VECSEY, Christopher, *Handbook of American Indian Religious Freedom*, Crossroad, Nueva York, 1991, p. 134.

238. 61 F.R. 26771.

239. GETCHES, David H., WILKINSON, Charles F., y WILLIAMS, Robert A. JR., *Cases and Materials on Federal Indian Law*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1998, 4ª Edición, pp. 765 y 766.

240. Es especialmente a este respecto: HARROD, Howard L., *Becoming and Remaining a People. Native American Religions on the Northern Plains*, University of Arizona Press, Tucson, 1995.

241. PETOSKEY, John, "Indians and the First Amendment", en DELORIA JR., Vine, *American Indian Policy in the Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1985, pp. 233 y 237.

IV.4.C. *Evolución legal*

El *American Indian Freedom Act* de 1978, A.I.F.A., tuvo como fin promulgar una legislación que protegiera y preservase las prácticas tradicionales de los indios americanos, incluyendo a los nativos de Alaska y Hawai, garantizando el acceso a los sitios sagrados, el uso y la posesión de objetos sagrados y la libertad de culto para los ritos ceremoniales tradicionales²⁴². En el verano de 1993, el Congreso introdujo varias enmiendas al A.I.F.A., tendentes a facilitar la práctica de las tradiciones religiosas nativas indias en las prisiones, y facilitando el acceso a los sitios sagrados. Estas enmiendas recibieron diferentes nombres: *Religious Freedom Restoration Act*, *Native American Free Exercise of Religion Act*, y *American Indian Religious Freedom Act*²⁴³.

242. DELORIA, Vine JR. y LYTLE, Clifford M., *American Indians, American Justice*, University of Texas Press, Austin, 1983, p. 237.

243. WEAVER, Jace, "Losing My Religion. Native Americans Religious Traditions and American Religious Freedom", en WEAVER, Jace (ed.), *Native American Religious Identity. Unforgotten Gods*, Orbis Books, Nueva York, 1998, pp. 217 a 229.

El nuevo sistema público de intervención ambiental en la Comunidad Foral de Navarra

José Francisco Alenza García*

1. La nueva Ley Foral de Intervención para la Protección Ambiental

La reciente Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental (en adelante, LFIPA) ha dotado al ordenamiento navarro de un nuevo sistema público de intervención administrativa para alcanzar un elevado grado de protección del medio ambiente en su conjunto (tal y como proclama su artículo 1).

La LFIPA viene a colmar una necesidad largamente sentida, dado que en este ámbito Navarra sólo contaba con la Ley Foral 16/1989, de 5 de diciembre, de control de actividades clasificadas para la protección del medio ambiente. Los instrumentos de intervención ambiental alumbrados en el ordenamiento comunitario y estatal (evaluación de impacto ambiental de proyectos, control y prevención integrados de la contaminación, evaluación de impacto ambiental de planes y programas, responsabilidad ambiental) no habían sido objeto de desarrollo por el legislador navarro. Por tanto, con la LFIPA se *moderniza*, por un lado, la normativa propia de Navarra relativa a los instrumentos de control y prevención ambiental y, por otro lado, se desarrollan las disposiciones europeas y estatales, *adaptándolas* a la realidad institucional, social y ambiental de la Comunidad Foral de Navarra¹.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Pública de Navarra.

1. En la exposición de motivos de la LFIPA se advierte de esta circunstancia: “Han faltado, sin embargo, normas propias de Navarra que regularan las nuevas formas de intervención ambiental más rigurosas, más participativas y con un enfoque más integral de los efectos contaminantes de las actividades a ellas sometidas, que se han ido sumando en la legislación española a impulso de la normativa de la Unión Europea (...)”. Y más adelante, afirma que “En este contexto resulta necesaria en Navarra una nueva norma que regule, ordene y sistematice estas formas de intervención ambiental, que afectan a

Antes de describir el sistema de intervención ambiental articulado por la LFIPA y sus distintos instrumentos, merece la pena destacar las principales características de la nueva Ley Foral que, a mi juicio, son cinco:

1.^a *La LFIPA es la norma cabecera del grupo normativo ambiental de Navarra.* En la abundantísima normativa ambiental cabe distinguir un conjunto heterogéneo de normas atinentes a muy diversos objetos: por un lado, están las normas dirigidas a la protección de los elementos naturales (aguas, suelo, atmósfera, espacios naturales, flora y fauna); por otro lado, existen normas de control o limitación de determinados agentes o factores contaminantes (residuos, ruido, relaciones de vecindad, etc.); un tercer tipo de normas son las de índole horizontal que son aplicables a una amplia gama de proyectos y actividades contaminantes con independencia del tipo de recurso natural afectado (evaluación de impacto ambiental, prevención y control integrados de la contaminación, actividades clasificadas). Esta abundancia normativa hace más necesaria que en otros casos la presencia de una ley cabecera de grupo que dé coherencia al mismo, que lo inspire e informe. Las normas cabecera de grupo normativo cumplen una triple función: *orientadora*, porque contiene los criterios conforme a los cuales debe ser desarrollado e interpretado; *preservadora*, frente a modificaciones fortuitas; y *economizadora*, porque mediante simples referencias a la norma cabecera se evitan las reiteraciones normativas².

Ese triple papel –orientador, preservador y economizador– es el que asume la LFIPA, simplificando y aclarando en la medida de lo posible el complejo marco normativo de las múltiples y diversas normas de intervención ambiental y evitando reiteraciones normativas innecesarias (por ejemplo, cuando en la legislación de espacios naturales se establece el deber de reparar los daños ambientales causados, no es necesario regular el procedimiento y las formas de reparación que ya está regulado en la LFIPA).

2.^a *Es una Ley Foral de Intervención: ley horizontal, pero no general.* La LFIPA no es una norma general o de vocación ambiental omnicompreensiva. No se trata, por tanto, de una ley-código que incorpore todo tipo de disposiciones de protección ambiental, sino que se ha optado por una más manejable y perdurable ley foral de intervención ambiental de carácter horizontal, que regula instrumentos de aplicación general relativos a los planes, proyectos y actividades de determinada incidencia ambiental. La Ley Foral no pretende una ordenación global de todos los sectores de incidencia ambiental (residuos, atmósfera, suelo, espacios naturales, etc.), ni de todos los instrumentos utilizables para la protección ambiental, sino sólo de los clásicos instrumentos de intervención. Aspectos como la educación, la formación o la investigación ambiental, los distintivos ambientales la tributación ecológica, etc. (presentes, por ejemplo, en la Ley 5/2002, de protección del medio ambiente de La Rioja) quedan fuera de sus pretensiones reguladoras.

muy distintos proyectos y actividades contaminantes, tanto públicos como privados, prestando especial atención a la inspección de dichas actividades y a la reparación de los daños ambientales”.

2. F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español**, 2^a ed., Eunsa, Pamplona, 1993, pp. 751 y ss.

La LFIPA regula los clásicos instrumentos de intervención preventiva y reparadora que consisten, básicamente, en el control previo de las actividades contaminantes mediante la correspondiente autorización, licencia o evaluación de impacto ambiental, el control continuo que proporciona la actividad de inspección, los mecanismos de restauración de la legalidad infringida –con reparación, en su caso, de los daños causados–, y la tipificación de sanciones para reprimir las conductas contrarias a la legalidad ambiental.

3.^a *Multiplicidad de instrumentos de intervención de distinta intensidad y finalidad.* Aun no siendo una ley general de medio ambiente, su contenido es enormemente variado, dado que los propios instrumentos de intervención son de diferente intensidad o exigencia (máxima en la autorización ambiental integrada con evaluación e impacto ambiental y mínima en la licencia de actividad clasificada sin informe ambiental del Departamento de Medio Ambiente) según los potenciales efectos ambientales y de diferente finalidad (preventiva en autorizaciones e informes, reparadora en la responsabilidad, represiva en el régimen sancionador, etc.).

4.^a *Es una Ley Foral integradora y simplificadora, dentro de un marco jurídico de inevitable complejidad técnica.* La Ley Foral se muestra, a primera vista, como una norma compleja, pero lo es sólo como resultado del marco normativo general en el que se enmarca. Este marco jurídico general es de un gran complejidad técnica y la LFIPA lo que hace es integrar y coordinar no menos de cuatro normativas distintas que pueden afectar a una misma instalación contaminante: normativa de evaluación de impacto ambiental, de evaluación estratégica ambiental, de prevención y control integrados de la contaminación, de actividades clasificadas, de inspección, etc. Se regulan en la Ley Foral distintos tipos de intervención ambiental –en ocasiones, combinándolos entre sí–, y se hace de manera armónica con el objetivo de simplificar y aclarar la situación jurídica de cada uno de los planes, proyectos o actividades sometidos a la Ley Foral.

Una de las finalidades principales de la Ley Foral es la simplificación burocrática, la agilización de los procedimientos y, en definitiva, la eficiencia de la Administración ambiental en su vertiente de control de las actividades contaminantes. Gráficamente, la Ley Foral integra los distintos procedimientos de intervención ambiental que pueden afectar a las instalaciones contaminantes para que sólo resulte exigible un único acto autorizador que integre las distintas exigencias de control (evaluación de impacto ambiental, autorización ambiental, autorización de vertido, autorización de producción o gestión de residuos, etc.). Se trata, dicho de forma resumida y gráfica, de lograr la “ventanilla única ambiental” en beneficio de los titulares de las empresas contaminantes y de la propia Administración ambiental.

5.^a *Ley Foral innovadora, pero no rupturista.* La LFIPA no puede tacharse de norma rupturista o revolucionaria. En general, responde a los principios, reglas y técnicas jurídicas conocidas y consolidadas en la legislación ambiental comunitaria y estatal (por ejemplo, mantiene apenas sin modificaciones el régimen de las actividades clasificadas y no incorpora como mecanismo de intervención ambiental el régimen de comu-

nicación, salvo en el caso de las modificaciones sustanciales de la actividad). Pero tampoco se le puede tachar de conservadora o continuista. Es una norma que desarrolla y corrige algunas deficiencias de la regulación estatal y que, incluso, resulta innovadora en determinados aspectos, como luego se verá.

2. El sistema de intervención ambiental

2. 1. Los instrumentos preventivos: autorizaciones, informes y licencias

Los instrumentos preventivos de intervención constituyen el núcleo de la LFIPA. Estos instrumentos se pueden clasificar de distinta manera. De acuerdo con la sistemática de la propia ley cabe distinguir tres tipos de instrumentos: las autorizaciones ambientales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (reguladas en el Título I de la LFIPA), las evaluaciones e informes de la misma (Título II) y la licencia municipal de actividad clasificada (Título III).

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de estas intervenciones habría que distinguir únicamente entre las autorizaciones y licencias, por un lado, y las evaluaciones o informes, por otro. Pero, la cosa se complica si tenemos en cuenta que las primeras (autorizaciones y licencias) pueden ir acompañadas de las segundas (evaluaciones o informes). La combinación de unos y otros instrumentos se realiza, no obstante, con pretensión de que cada actividad esté sometida sólo a un instrumento autorizador o, en su caso, de evaluación, como luego se verá.

Antes de pasar a describir estos distintos instrumentos de acuerdo con la sistemática de la LFIPA, interesa destacar que el legislador foral no ha utilizado como forma de intervención la comunicación obligatoria –que se está haciendo habitual en los modelos autonómicos³– y ha optado por instrumentos de intervención expresos.

A. *Autorizaciones de la Comunidad Foral de Navarra*

Las autorizaciones ambientales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra son tres:

a) *La autorización ambiental integrada* (AAI). Es la autorización a la que quedan sometidas instalaciones industriales del Anejo 2 de la LFIPA y que desarrolla las normas –comunitaria y estatal– en materia de prevención y control integrados de la contaminación. Tiene una doble finalidad (art. 12 LFIPA): la de proporcionar un elevado nivel

3. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental de Cataluña o la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León.

de protección ambiental, para lo que incorpora diversas exigencias (como la utilización de las mejores tecnologías disponibles para determinar los valores límite de emisión de cada instalación) y la de integrar diversas intervenciones ambientales sectoriales. En concreto, y de acuerdo con las previsiones de la LPCIC, esta autorización integra las autorizaciones de producción y gestión de residuos, de vertidos al dominio público hidráulico, de vertidos a colectores y de emisiones a la atmósfera. También en aplicación de las previsiones de la LPCIC integra el control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas y la declaración de impacto ambiental cuando es competencia de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Y, además, integra la autorización de actividades autorizables en suelo no urbanizable prevista en la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

La autorización ambiental integrada presenta dos modalidades en la LFIPA en función del sometimiento a evaluación de impacto ambiental: la que incluye necesariamente a la evaluación de impacto ambiental (para las actividades del Anejo 2 B) y la que requiere valorar caso a caso si se exige una evaluación de impacto ambiental de acuerdo con los criterios establecidos en el Anejo 3 D (las actividades del Anejo 2 A). Teóricamente hubiera sido posible diseñar una tercera modalidad de autorización ambiental integrada sin evaluación de impacto ambiental, pero el legislador navarro ha optado porque someter a todas las instalaciones, cuando menos, a la valoración previa de si requieren o no una evaluación de impacto ambiental.

b) *La autorización de afecciones ambientales (AAA)*. Esta autorización deriva de los estudios de afecciones ambientales que regulaba la legislación foral de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats, que eran una especie de evaluación de impacto ambiental simplificada o devaluada para determinados proyectos que, no estando sometidos a evaluación de impacto ambiental, podrían afectar al medio natural. La LFIPA deroga la norma que los regulaba y los estudios de afecciones ambientales que eran meros informes, son “elevados” a la consideración de autorizaciones (salvo que sean promovidos por un órgano de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, en cuyo caso, la autorización se sustituye por un informe sobre afecciones ambientales).

De todas formas, su ámbito de aplicación es muy limitado dado que se refiere a las actividades y proyectos –generalmente no de carácter industrial, sino que se trata de obras e infraestructuras– del Anejo 2 C que se realicen en el medio natural, o más exactamente en el suelo no urbanizable, y que no están sometidas a evaluación de impacto ambiental, ni a autorización ambiental integrada. Tiene, también, cierto carácter integrador al incluir la autorización de actividades autorizables en suelo no urbanizable, cuando ésta sea exigible de acuerdo con la legislación urbanística (art. 25 LFIPA).

c) *La autorización de apertura*. Para comprobar que las obras e instalaciones se han ejecutado de acuerdo con lo establecido en la AAI o en la AAA, se exige, con carácter previo a su puesta en marcha, la autorización de apertura del Departamento de Medio Ambiente.

B. *Evaluación e informes de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra*

El Título II de la LFIPA regula las actividades sometidas a evaluación o informe ambiental por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Como se ve, el legislador foral navarro, de acuerdo con la jurisprudencia, reconoce el carácter de informe a la evaluación de impacto, pero al mismo tiempo la distingue de lo que son simples informes ambientales. Se comprenden aquí tres tipos de intervención.

a) *La evaluación ambiental estratégica de planes y programas.* Se adelanta la LFIPA a la transposición estatal de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, concretando en su Anejo 3 A, los planes y programas que están sometidos a esta evaluación y regulando la forma de efectuarla y sus efectos. La declaración de incidencia ambiental favorable se erige en requisito imprescindible para la aprobación del plan o programa. Con este instrumento se anticipa la evaluación de los efectos ambientales de los proyectos o actividades previstos en los planes y programas, con independencia de que posteriormente dichos proyectos sean sometidos a su propia evaluación de impacto ambiental.

b) *La evaluación de impacto ambiental.* En esta evaluación relativa a proyectos concretos se distinguen, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa comunitaria y estatal, aquellos proyectos que deben someterse a la previa decisión sobre la necesidad de realizar una evaluación de impacto ambiental de acuerdo con los criterios establecidos en el Anejo 3 D (los del Anejo 3 B), de los proyectos sometidos necesariamente a evaluación de impacto ambiental (los del Anejo 3 C). La evaluación de impacto ambiental es un instrumento que puede combinarse e integrarse, como se ha visto, con la autorización ambiental integrada y con la licencia municipal de actividades clasificadas (no, en cambio, con la autorización de afecciones ambientales). Y de hecho, los Anejos 3 B y 3 C no incluyen actividades sometidas a AAI (puesto que todas ellas requieren, como mínimo, la decisión de si se someten o no a evaluación de impacto) o a licencia municipal de actividad clasificada.

c) *Otros informes ambientales.* La LFIPA contiene también una mínima regulación de los informes ambientales exigidos por la legislación sectorial para indicar que el órgano competente para emitirlos será el Departamento de Medio Ambiente (art. 43), señalar el contenido de los informes relativos a las autorizaciones y concesiones sobre utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico en el territorio navarro (art. 44), y regular el informe que sustituye a la autorización de afecciones ambientales cuando los proyectos sean promovidos por órganos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra u organismos dependientes de la misma (art. 45).

C. *Licencias municipales de actividades clasificadas*

La intervención autorizatoria municipal se lleva a cabo a través de dos tipos de instrumentos: la licencia municipal de actividad clasificada y la *licencia municipal de apertura*.

Esta última se configura como requisito previo a la puesta en marcha de las actividades clasificadas y consiste en la comprobación de que dichas actividades cumplen con las condiciones establecidas en la licencia de actividad.

La *licencia municipal de actividad clasificada* (LAC) presenta diversos grados de intervención según sea la incidencia ambiental de la actividad:

- Licencia municipal de AC con EIA en función de los criterios de selección, para las actividades del Anejo 4 A.
- Licencia municipal de AC con EIA preceptiva del Departamento de Medio Ambiente, para las actividades del Anejo 4 B.
- Licencia municipal de AC con informe ambiental vinculante del Departamento de Medio Ambiente, para las actividades del Anejo 4 C.
- Licencia municipal de AC sin el previo informe ambiental del Departamento de Medio Ambiente, para las actividades del Anejo 4 D.

Debo hacer dos aclaraciones en relación con estas actividades. En primer lugar, que en las actividades sometidas a autorización ambiental integrada se ha prescindido de exigirles la LAC por considerarla innecesaria, dado que aquélla impone mayores exigencias y está garantizada la intervención municipal en su otorgamiento a través de los preceptivos informes que se prevén en su procedimiento. En su afán simplificador e integrador la LFIPA da un paso más que la LPCIC que mantiene la exigencia –aunque limitada exclusivamente a lo formal– de la licencia de actividad molesta, insalubre, nociva y peligrosa prevista en el RAMINP.

En segundo lugar, debe destacarse que la LFIPA no ha utilizado el régimen de comunicación obligatoria previsto en otras legislaciones autonómicas para el control municipal de las actividades de menor incidencia ambiental, y ha exigido la LAC incluso cuando ni siquiera ha considerado preceptivo el informe ambiental del Departamento de Medio Ambiente. En este procedimiento la intervención de este Departamento consiste en coordinar y recabar los informes preceptivos en otras materias (seguridad, sanidad) y que son necesarios para el otorgamiento de la licencia municipal.

2.2. El instrumento de control: la inspección ambiental

Complemento indispensable de los instrumentos de intervención preventivos es la actividad de inspección. Mediante la inspección se garantiza la eficacia de dichos instrumentos al permitir conocer, de un lado, si las actividades intervenidas se desarrollan conforme a las condiciones de la autorización y, de otro lado, si dichas condiciones son realmente eficaces.

Pues bien, en la LFIPA la inspección ambiental cobra un justificado protagonismo al dedicarle un Título propio (el cuarto) y establecer una regulación de cierta entidad que se ocupa de clarificar las competencias inspectoras y las facultades del personal inspector en el ejercicio de esta potestad administrativa, de ordenar la necesidad de planificar la actividad inspectora y de tipificar los deberes de colaboración con la inspección y, particularmente, los deberes de comunicación de los titulares de las instalaciones sometidas a intervención.

2.3. Los instrumentos correctivos y reparadores: restauración de la legalidad y reparación de daños

Bajo la denominación de “restauración de la legalidad” regula el Título V de la LFIPA dos tipos de medidas tendentes a corregir las situaciones de vulneración de la legalidad ambiental, consistentes bien en la corrección de irregularidades formales, bien en la adecuación de las condiciones en que se están realizando las actividades para prevenir o reducir el impacto ambiental y, en su caso, reparar los daños ambientales.

Por un lado, se prevén actuaciones tendentes a la legalización de las actividades que se estén realizando sin la preceptiva autorización o licencia ambiental. Por otro, se establecen diversos dispositivos de prevención y reparación de los daños ambientales habilitando a la Administración para:

- Supeditar las autorizaciones ambientales al depósito de una fianza o a la suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil, que garantice la reparación o minimización de los daños que pudieran ocasionarse por la actividad o instalación autorizada (art. 69).
- Imponer medidas correctoras en caso de advertirse deficiencias en el funcionamiento de la actividad (art. 70), e incluso suspender la actividad con carácter preventivo en diversos supuestos de vulneración de la legalidad ambiental o de amenaza de producción de daños ambientales (art. 71).
- Determinar los deberes de reparación de los daños ambientales mediante la reposición de la realidad física o biológica alterada o la ejecución de medidas compensatorias de efectos ambientales equivalentes y, en su caso, mediante el abono de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios, sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que, en cada caso, procedan.

Estas disposiciones configuran, en definitiva, un régimen administrativo de responsabilidad por daños ambientales autónomo y desligado del régimen sancionador, en la línea de lo previsto en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales. La Directiva establece un régimen público o administrativo de responsabilidad ambiental que comprende, tanto medidas de prevención o como medidas de reparación, que pueden ser determinadas ejecutoriamente por las autoridades competentes y, en caso necesario, pueden ser ejecutadas subsidiariamente con recuperación de los costes correspondientes. Por tanto, también aquí la LFIPA se adelanta a la transposición estatal e introduce algunos de los elementos de la citada directiva. Más allá de los detalles concretos de la norma comunitaria, lo importante es que la LFIPA ha establecido las bases legales de un régimen público de prevención y reparación de daños ambientales que permite la determinación unilateral ejecutiva –esto es, obligatoria– y ejecutoria –susceptible de ejecución forzosa– de las medidas preventivas y reparadoras de los daños ambientales, por parte de la Administración y al margen de la eventual responsabilidad administrativa o penal.

2.4. Los instrumentos represivos: el régimen sancionador

Finalmente, como cláusula de cierre del sistema dirigida a reprimir y desincentivar las ilegalidades se establece un régimen sancionador en el que se tipifican una serie de infracciones y sanciones de distinta gravedad y una serie de disposiciones básicas sobre el procedimiento sancionador.

Las infracciones se tipifican como muy graves, graves o leves en función del grado de incumplimiento de la legalidad ambiental (realización de actividades sin autorización o licencia, con incumplimiento de sus condiciones, falseando información, etc.) (art. 75) y con independencia de la producción de daños ambientales, que opera únicamente uno de los criterios de graduación de las sanciones (art. 80). Constituye, a mi juicio, un acierto esta tipificación de infracciones administrativas “puras”, esto es, sin conexión con la gravedad del daño ambiental, dado que con ello se evitan problemas de solapamiento y de *bis in idem* con el delito ecológico, que tipifica los actos de contaminación realizados con vulneración de la legislación ambiental que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales⁴.

Las sanciones son muy heterogéneas y pueden consistir en las clásicas multas o en la clausura, total o parcial, de las instalaciones, revocación de la autorización o la inhabilitación para el desarrollo de la actividad, pérdida del derecho a obtener el otorgamiento de subvenciones y la adjudicación de contratos, todas ellas en cuantías y plazos diversos según la gravedad de la infracción (art. 77).

Además, dado que la imagen pública de las empresas es uno de sus mayores valores, el carácter disuasorio de las sanciones se acentúa con la previsión de que las sanciones firmes impuestas por la comisión de infracciones graves y muy graves puedan ser objeto de publicación a través de los medios oficiales pertinentes y en uno de los periódicos de mayor difusión en la Comunidad Foral (art. 78).

Finalmente, dado que el objetivo del régimen sancionador ambiental no es fiscal o meramente recaudatorio, cabe destacar en la LFIPA el establecimiento de una novedosa prestación ambiental sustitutoria, según la cual, las multas pueden ser sustituidas a solicitud del sancionado, por una prestación ambiental de restauración, conservación o mejora que redunde en beneficio del medio ambiente, en las condiciones y términos que determine el órgano sancionador (art. 81).

4. A esta cuestión me he referido en J. F. ALENZA GARCÍA, “Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental: funciones y problemas de articulación”, en el vol. col. dirigido por M. CORCOY BIDASOLO, *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, ed. Universidad Pública de Navarra, 2002, pp. 593-612 y, también, en “La disciplina ambiental en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación”, en el vol. col. dirigido por A. GARCÍA URETA, *Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 285-384.

3. El sistema de intervención ambiental establecido en la LFIPA

3.1. La articulación de un sistema de intervención ambiental (integración e interrelación de sus elementos)

El legislador navarro, como ya se ha dicho, ha optado por prescindir de una ley ambiental omnicompreensiva, que atendiera a todos los sectores o elementos ambientales (aire, agua, suelo, flora y fauna), a todos los agentes contaminantes (residuos, ruidos), así como a todos los instrumentos de protección ambiental y se ha limitado a regular los clásicos instrumentos de intervención preventiva y reparadora que consisten, básicamente, en la trilogía autorización-inspección-corrección/sanción:

- Primero, se asegura un control previo de las actividades contaminantes mediante la correspondiente autorización, licencia o evaluación de impacto ambiental.
- En segundo lugar, las actividades autorizadas quedan sometidas a un régimen permanente y continuo de inspección.
- Por último, se prevén los mecanismos de restauración de la legalidad ambiental infringida, así como la corrección o reparación, en su caso, de los daños ambientales causados, y se tipifican las oportunas sanciones para prevenir y, en su caso, reaccionar frente a las acciones ilegales.

Aun limitando de esta manera su objeto, la LFIPA se muestra, a primera vista, como una norma compleja, pero lo es sólo como resultado del marco normativo general en el que se enmarca. La LFIPA trata de instaurar un auténtico sistema de intervención ambiental –conjunto de elementos interrelacionados– en el que los instrumentos de intervención –de distinta intensidad y de distinto objeto– se articulen armónicamente –en ocasiones, combinándolos entre sí– con el objetivo de simplificar y aclarar la situación jurídica de cada uno de los planes, proyectos o actividades sometidos a la Ley Foral.

Por tanto, no se limita a desarrollar para cada uno de los instrumentos de intervención (AAI, EIA, LAC, responsabilidad) las distintas disposiciones europeas o estatales que las regulan, sino que trata de que se apliquen con un sentido coherente en función de su distinta finalidad (control previo en el caso de las autorizaciones e informes, control continuo en el caso de la inspección, reparación de los daños en el caso de la responsabilidad, reprimir las ilegalidades en el caso de las sanciones), y de su distinta exigencia (AAI, AAA, LAC, EIA) según la intensidad de los efectos ambientales de cada proyecto o actividad, en ocasiones, incluso, combinándolos (integrando la EIA en la AAI o en la LAC).

La articulación de este sistema de intervención ambiental permite cumplir a la LFIPA sus pretensiones de simplificar y agilizar los procedimientos de intervención y, en definitiva, de incrementar la eficiencia de la Administración ambiental. La preocupación de la LFIPA por simplificar e integrar los distintos procedimientos de intervención ambiental comienza desde la clarificación del instrumento de intervención aplicable a cada actividad sometida a la Ley Foral. Por ello, como dice su exposición

de motivos, “cobran especial importancia los Anejos. Para evitar duplicidades en la intervención ambiental y lograr la mayor simplicidad en la aplicación de la Ley Foral, los Anejos identifican una sola vez cada actividad sometida a intervención ambiental. De esta manera, su localización en uno de los Anejos determina y conduce a la tramitación de un único procedimiento administrativo a través del cual se aplica el correspondiente instrumento de intervención ambiental, ya sea la autorización ambiental integrada, con o sin previa evaluación de impacto ambiental, la autorización de afecciones ambientales, la evaluación estratégica de planes y programas, la evaluación de impacto ambiental de planes y proyectos, o la licencia municipal de actividad clasificada que, según los casos, puede exigir la realización de una previa evaluación de impacto ambiental o ir precedida del informe vinculante del Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda o, en su caso, de otros Departamentos en el ejercicio de sus competencias”.

3.2. Las novedades del sistema

Como ya se ha indicado, la LFIPA no es una norma rupturista, dado que, en general, responde a los principios, reglas y técnicas jurídicas conocidas y consolidadas en el ordenamiento ambiental comunitario y estatal. Pero, tampoco es una norma meramente continuista y muchas de sus innovaciones han sido ya indicadas. Una relación más completa de las novedades más destacadas de la LFIPA son las siguientes:

- Reconocimiento de la acción pública ambiental (art. 8).
- Carácter constitutivo y de acto-condición de las autorizaciones y licencias que serán revisables cuando así lo exija el interés público ambiental y sin derecho a indemnización (arts. 14, 50.1). Este carácter revisable también lo tiene la declaración de impacto ambiental (art. 42).
- Generalización del silencio negativo en la resolución de procedimientos autorizatorios (arts. 23.3, 28.4), salvo en autorizaciones de apertura (art. 29.3) y en la renovación de la autorización ambiental integrada.
- Necesidad de considerar la necesidad de EIA en todas las actividades sometidas a AAI en las que la evaluación no sea directamente obligatoria (art. 18).
- Determinación de un plazo de caducidad de la AAI (art. 23.4), de la DIA (art. 41.3) y de la LAC (art. 49.2).
- Integración de la autorización de actividades clasificadas en el suelo no urbanizable en la AAI, en la AAA y en la LAC.
- Control de la suficiencia del Estudio de impacto ambiental antes de su sometimiento a información pública (art. 39.3).
- Establecimiento de un régimen de inspección ambiental, en la que se establecen las facultades del personal inspector, se ordena la planificación de las actividades inspectoras, etc.
- Establecimiento de una serie de medidas de aseguramiento de los daños ambientales, y regulación de los deberes de prevención y reparación de los daños ambientales, de forma autónoma y separada del régimen sancionador.

- Tipificación de infracciones administrativas “puras”, esto es, sin conexión con la gravedad del daño ambiental.
- Prestación ambiental sustitutoria del pago de las multas impuestas (art. 81).
- Evaluación legislativa de la propia LFIPA, mediante la previsión de la revisión quinquenal de su ejecución a través de la Comisión de Evaluación de la Ejecución Legislativa prevista en la Disposición Final 3ª.

3.3. Los retos del sistema

El sistema de intervención ambiental establecido en la LFIPA tiene que superar una serie de retos para que pueda cumplir sus objetivos eficazmente. Unos son de carácter normativo y otros tienen que ver con la aplicación o gestión del sistema.

A. *Retos normativos*

Dos son los inminentes retos normativos que tiene la LFIPA. En primer lugar, adaptarse a la normativa estatal de transposición de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales⁵. Dado que el legislador foral conocía la promulgación de estas directivas, la regulación que ha hecho de estas instituciones no ha sido tan acabada o detallista como en otros instrumentos de intervención, por lo que es probable que no se produzcan desajustes sustanciales (quizá alguno pueda darse en el caso de la evaluación de planes y programas) con la legislación estatal que lleve a cabo la transposición.

El segundo reto, es el del desarrollo reglamentario. Además, de las concretas remisiones al reglamento que pueden encontrarse a lo largo de su articulado, la LFIPA “habilita al Gobierno de Navarra para dictar, en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor, las disposiciones reglamentarias precisas para el desarrollo y ejecución de esta Ley Foral” (Disp. Final 4ª). Es obvia la trascendental importancia que dicho desarrollo reglamentario tiene para la eficacia sistema de intervención ambiental. Corresponde al reglamento concretar aspectos relativos a la documentación, a los procedimientos de intervención, a la coordinación entre los distintos instrumentos de intervención e, incluso, determinar, en algunos casos, los umbrales que determinan el sometimiento de una actividad a uno u otro sistema de intervención ambiental. Por tanto, el sistema de

5. En el momento de escribir estas líneas se está tramitando en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. En cambio, aunque el Ministerio de Medio Ambiente ha iniciado ya los trabajos para la transposición de la Directiva de responsabilidad ambiental, no se ha aprobado todavía el correspondiente Proyecto de Ley.

intervención ambiental establecido en la LFIPA no verá culminada su regulación y completada su articulación hasta que apruebe su desarrollo reglamentario.

B. *Retos de gestión*

Los retos relativos a la gestión del sistema tienen que ver con los medios y la forma de aplicar los distintos instrumentos de intervención ambiental. Es evidente que sin medios materiales y formales las Administraciones navarras no podrán llevar a cabo los deberes de intervención ambiental que les impone la LFIPA. Una falta de medios que parece ser crónica en nuestro país, dado que los medios de las Administraciones ambientales españolas no han crecido al mismo ritmo, ni con la misma intensidad que la legislación ambiental. Consciente de ello, el legislador foral, además de recordar la necesaria cooperación, colaboración y asistencia mutua entre las Administraciones competentes (art. 4), contiene un mandato al Gobierno de Navarra para que dote al “Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda de los medios materiales y personales suficientes para la correcta aplicación de la presente Ley Foral” (Disp. Ad. 5^a).

Pero, con independencia de los medios de los que dispongan, las Administraciones ambientales deben comenzar a aplicar la legislación de otra manera, con otro espíritu. Deben ser conscientes del tremendo poder que el legislador ha depositado en sus manos y, cuando proceda, aplicarlo con todo el rigor que sea necesario. La tolerancia administrativa sigue siendo uno de los factores de la inaplicación del Derecho ambiental. De igual manera que la Administración tributaria o sanitaria aplica sin timideces sus potestades inspectoras y sancionadoras, la Administración ambiental debe empezar ya a hacer lo mismo. La protección del ambiente es un bien jurídico que, como los ingresos públicos o la sanidad, no puede admitir más debilidades en la aplicación de su legislación protectora. No estoy preconizando aquí el recurso a los mecanismos represivos de manera generalizada o indiscriminada. La Administración debe ser hoy una Administración cercana al ciudadano, abierta a su participación y al diálogo, incluso llegado el caso, una Administración concertada⁶, que actúe de buena fe y respetando la confianza legítima que su actuación haya despertado en los ciudadanos. Pero, esa cercanía, ese diálogo, esa concertación debe hacerse desde unas bases sólidas, desde una Administración que se sienta, de verdad, investida de la *potestas* que le confiere la ley, y en la medida de lo posible, de la *auctoritas* que le de su prestigio y reconocimiento social.

C. *La revisión quinquenal*

Habrà que esperar, por tanto, para conocer si se han superado o no los retos que he señalado y otros que puedan surgir. Pues es más que probable que la aplicación de la

6. La LFIPA admite, incluso, los acuerdos voluntarios con los titulares de las instalaciones sometidas a autorización ambiental integrada (art. 17).

LFIPA ponga de relieve nuevas complicaciones. Ya en el siglo XVI, el doctor navarro HUARTE DE SAN JUAN, en su *Examen de ingenios para las ciencias*, nos advertía de la inevitable imperfección de las leyes, en cuanto que eran resultado del imperfecto obrar humano. Y esa imperfección se revela frecuentemente en el momento de su aplicación:

“...se ve cada día por experiencia: que, después de haber hecho una ley con mucho acuerdo y consejo, la tornan (en breve tiempo) a deshacer, porque, publicada y usando de ella, se descubrieron mil inconvenientes, los cuales en la consulta ninguno los alcanzó”.

El legislador navarro, consciente de ello, ha previsto una revisión quinquenal de la ejecución de la LFIPA mediante una Comisión de Evaluación de la ejecución legislativa, de cuya actuación podrán resultar las oportunas modificaciones legales o reglamentarias⁷. Es de alabar esta novedosa preocupación del legislador por la ejecución de las leyes, que evitará que se desbaraten sus objetivos y permitirá comprobar la corrección, validez y eficacia de las decisiones legales.

En el caso de la LFIPA, la primera revisión de su ejecución, dentro de cinco años, permitirá ya valorar si se han superado los retos normativos y de gestión que he señalado y, en general, si se ha avanzado en su objetivo último de “alcanzar la máxima protección posible del medio ambiente en su conjunto”. Esperemos que así sea.

7. La Disp. Final 3ª de la LFIPA dispone lo siguiente: “La ejecución de la presente Ley Foral deberá revisarse a los cinco años de su entrada en vigor. A tal efecto, el Gobierno de Navarra creará una Comisión de Evaluación de la ejecución legislativa cuyos resultados podrán determinar la adecuación reglamentaria o las iniciativas legislativas de reforma que el Gobierno de Navarra estime necesarias. En cualquier caso, los resultados de la Comisión de Evaluación serán remitidos al Parlamento de Navarra”.

Legal aspects of artificial ventilation in children

Piotr Jakubów* / Agnieszka Malarewicz**

In an intensive care unit patients with breath inefficiency is given artificial ventilation that allowed them to function normally. There is an insufficient number of home respirators. When patient come back to his family the doctor can't give them to all of needed.

The duty of administering health services by doctors is both ethical and legal (law-abiding). The doctor is obliged to provide help for ill people. By saying that, we understand helping directed on protecting patient's life and help, or leading to ease their pain. The abandonment of those duties by the doctor leads to various kinds of responsibilities, from which the most painful is the criminal responsibility. A series of circumstances decides which responsibility the doctor will bear.

Analyzing the given actual state, undoubtedly it is important to show the legal bases of the duty of giving health care by the doctors, the bases of responsibility for not giving those services, and also the statutory resolves defining the patient's rights. This will allow answering the question: did the doctor allow to desist his duty by not giving the respirators to people with breath efficiency, what kind of responsibility does this hold and what are the consequences?

I. The legal duty of providing healthcare comes from the legal rule, which main purpose is to protect human life and health, as goods being the basic value, from the point of axiological law bases. Art. 68 of the Polish constitution says, that "it is everybody's right to have his health protected", and "citizens, independently of their financial status are provided equal access, to healthcare by the authorities, financed with public funds". The source of the doctor's duties is mainly art. 30 Of the doctor's and dentist's profession law (dated Dec 5, 1996), according to which "the doctor has a duty

* Medical Academy in Bialystok.

** University in Bialystok.

of providing medical help, in every case, in which the delay in providing it could cause a danger of life loss, heavy injuries or serious health disorder, or in other urgent cases". In the area of detailed laws it is also important to mention: –art 19 par.1 of the health care institutions law from Aug 30 1991, in which the patient's right to receive "medical services responding to the requirements of medical knowledge, and in the situations of limited possibilities (this situation exists in the title case) providing adequate services to use reliable, based on medical criteria procedures setting the access order to those services", art 65 of the health care services financed from public funds law from Aug 27 2004, stating that health insurance is based on the rules of "equal treating and social solidarity, and providing the insured with equal access to the health care services..." Also, the statements of "Doctor's ethical cod" will have an important meaning in this case, especially art.2 stating the *solus aegroti suprema lex esto* rule, meaning "the patient's well-being is the highest law" And so, the polish law provides a wide area of rights in the healthcare and healthcare access area for all of the citizens. Not delivering the duties given by the law on subjects that provide healthcare (first of all by the doctors) causes legal responsibilities. And so, if the patient who needs help in the meaning of providing healthcare services won't get it in the adequate requirements of medical knowledge (in this case connecting to the respiration unit), then we can say about not taking on the treatment by the doctoring the situation, when it was necessary due to the state of the patient's health.

II. The circumstance of the fundamental meaning for establishing the bases of eventual doctor's responsibility for abandoning providing the healthcare service is the conclusion, if in this particular case the doctor was or wasn't so called warrant of person's safety, which health or life was in danger. The doctor is that warrant only when the legal duty of preventing negative consequences on life and health lays on him. Most often, the source of the warrant's function is taking the responsibility for the patient's life willingly by the doctor. When the doctor's duty isn't the consequence of that special relation connecting him with the person in need of help, we are dealing with a general duty. Abandoning of this duty by the doctor causes a legal responsibility equal with other obligations, only for not committing that duty, regardless of the following course of the events. The base of that responsibility is art 162 of penal codex. *For the responsibility for the crime mentioned in art 162 we must deal with three incoming circumstances: –the doctor must be aware of the dangers for the patient –despite of having this knowledge, he makes a decision not to give adequate help to the patient –there was no special duty for taking care after this particular patient by the doctor. The legal responsibility for the doctor being a legal warrant of preventing negative health consequences for the particular patient is differently shaped, if, in connection with not providing healthcare, the patient suffered negative consequences, or just was in a real risk state of suffering them. According to art. 2 "the penal responsibility for crimes committed by abandoning duties, lies also on the person whose duty was to prevent the result" For determining in relation to the warrant doctor the rule being the base of eventual penal responsibility, determining the health re-

sult, which came out of abandoning by the doctor his duties will have the prior meaning. We are talking here of the responsibility coming from art 160 par 2 and 3 of the penal codex (exposing for direct danger of losing health or life). Those situations occur due to the doctor's idleness accelerates the course of patient's illness which, if taken care of, wouldn't cause a threat to his life. Undoubtedly important is for the doctor's responsibility in this case to determine the type of guilt. In the intentional guilt (art 160 par 2) the doctor is aware of his role as a warrant for the endangered person, also with a will of not giving the health service to the patient, also he agrees to the fact, that by abandoning the service he exposes the patient to a direct danger of life or health loss. Undoubtedly, it is hard to imagine that by his abandoning of the service the doctor would want or agree to cause health loss, or even death (excluding euthanasia, art 150). And so, in practice, we will most often deal with unintentional guilt (art 160 par 3 penal codex), for example for unintentionally causing heavy health loss (art 156 par 2 penal codex). The unintentional guilt takes place, when the warrant doctor didn't obey, in his behavior, the safety rules that were required in the specific case and predicted, or could predict the consequences of those behaviors in the form of endangering the patient. The above deliberations show, that doctor's responsibility for abandoning medical treatment is formed depending on the duty that lays on him (the general or particular duty). The actual state, quoted at the beginning, points at a situation, in which the doctor obliged to take care of the patients with breath disabilities, decides to provide medical services just for some of them, and further decides to abandon medical services to the rest of the patients. Thus comes a conclusion that the doctor comes in a role of the warrant doctor, responsible for the patient's health, for who he obliged to provide medical service. So it could be said, that his responsibility in the aspect of abandoning the treatment, which may lead to endangering patients to negative medical consequences. If the doctor was aware, and above all had the will of not providing the respirators for the patients, we can say that was a deliberate action. This unethical proceeding leads to offense against the law and brings penal responsibility on the doctor. Even if he acted unintentionally in that situation, that is, he didn't have the will to endanger the patients, but he didn't preserve the necessary precautions, his behavior doesn't exclude his responsibility. From the practical reasons, also with connection with the rules of doctor's ethics, the second case appears to be more possible to take place in the actual state of facts. That interfering the rules of proper acting, taking precaution, coming from the medical arts, in providing the patients with the respirators, is a real reason for holding the doctor responsible. In the case, when the number of patients suffering from breath disorders on a hospital ward is much higher than the amount of available respirators, then the doctor, being the patient's safety warrant, determines, using the medical criteria, the order of providing this service. So, he must follow rules of safety accordingly to medical ethics and provided criteria.

III. The doctor's actions, leading to abandoning the treatment, could also be a result of a lack of funding in the public institution of healthcare. There is no doctrine or

judicial achievements in this matter, concerning the above deliberations, which seem to have greater meaning mainly in the doctor's duty cases. It is important to answer the following question—could a rejection of providing medical treatment be a base of a legally-penal charge, if for the sake of patients health that service is needed, and the doctor denies basing on the reason, that all contracted services have been already made? If we're dealing with an urgent case, in the meaning of art. 30 of the doctor's and dentist's profession law, then the doctor must provide help even when it is above the contracted limit of medical services, of course within the particular institution's possibilities. If he doesn't provide that service, he is exposed to the penal responsibility. This situation, when we are talking about an obligation conflict that is when, on one hand the doctor is under the art. 30 of the doctor's and dentist's profession law, on the second he is under the employer's pression, who, when the payment can't be assured, orders the doctor to stop all activity. We are dealing here with a collision of two obligations: the financial interest of a health care institution and the patient's life or health. This normalization orders to use adequate resolves in this case, dealing with a higher necessity state, which sense is sacrificing one legal good to protect the other. So the doctor shouldn't be held responsible, if in an urgent situation he commits actions to save patient's life and health, against the financial interests of his institution. He sacrifices a good that is lower than saving peoples lives, what excludes illegalness of his actions. *The other problem is a case when the patient's state requires medical care, but the case is not urgent. This issue requires recalling the law rules defining patient's rights and the doctor's duties, mentioned in art 68 par 2 of the polish constitution, or art 19 of the public healthcare institution law. So precisising the constitution's resolve is mentioned in the public health insurance law (dated Feb 6 1997), which is now replaced with the medical services financed from public funds law (Aug 27 2004). According to art 65 of that law the health insurance is based on the rules of "equal treatment and social solidarity", and also "providing for the insured equal access to healthcare services..." Reassuming, laws given above express in a single-meaning way two rules, important for our deliberations: 1. the equal access to healthcare services rule 2. A rule stating to establish an order of giving medical service based on medical criteria in a situation of limited possibilities. The above arguments allow us to say that every patient suffering in this case on breathe disorder has equal rights for acquiring a respirator. But when the number of respirators is lower than the number of patients, the duty of setting the order of access to them using the medical criteria lays on the doctor, the law regulations don't allow worse quality of service. And so in conclusion: from the moment of taking up medical action on the particular patient the doctor has the duty of behaving accordingly to his medical knowledge.

IV. The particular doctor's actions take place in the conditions of a particular health care institution. So if the lack of respirators doesn't allow the doctor to face the challenges of the actual state of knowledge, which also contains the situation where the reason is the lack of institutional funds, then the responsibility for negative results on the patient can't be put on the doctor, which intervened. According to the Highest

Court opinion, the public healthcare service has a duty of including the average level of medical services. HC advises that the estimations should be made carefully, because the medical and law factors are very closely connected with social factors. In its opinion the standing rules give a base to say, that the right to protect the health was and is limited, also from the financial reasons. So, really important matters are the rules of setting the order of access to medical services, in the cases of limited access to them. That order is now set basing only on medical-natured factors, what means that the patient in a worse state should be provided with a medical service before a person in a less serious state of health. Using this rule in reality isn't a simple matter, it brings a lot of doubts, mainly underlining the doctor's role in taking those decisions. And so, if the doctor gives out the respirators to the patients without maintaining the previously set order, then in the case when the negative health consequences appear in the left-out patients, the penal responsibility lies on that doctor. The statement by Andrzej Zoll, Polish Commissioner for Civil Rights Protection, stating that doctor's behavior breaks the law only when it's directed against a law protected good, that is, causes a danger for this good or leads to increase the existing endangering (he means no neutralization or decreasing of existing endangering), seems to be true. Likewise as in Poland, all over the world the doctor's job is to protect the life and health of a man. This duty is regulated in every country law system, and comes straight from doctor's ethics rules. Although, there are some cases, when the doctor didn't provide help for the patient, although a direct obligation of providing the patient with a specific health service. Even though cases like this take place in many countries, they are a seldom subject of internal court adjudications, which focus mainly on doctor's art mistakes. Abandonment of treatment by doctors can take a form of passive euthanasia, that is abandonment of using therapeutic resources sustaining patient's life (the drugs, equipment), which leads to patient's death. It takes place in a situation, when the patient's state is defined as terminal (that is the final state of life, a short period leading straight and undoubtedly to death by complications being a result of a fatal illness. Abandonment of treatment on that patient leads to doctor's responsibility, which form and type lead to many doubts. How far is the doctor obliged to sustain the patient's life, in what cases with passive behavior can't we accuse him of murder or penal help refusal? Are there any boundaries like this at all? There is no single meaning answer. It is impossible to define and precisely mention all of the cases, in which the doctor can stop himself from life sustaining activities. Some boundaries must though exist, considering mainly on the interest and suffering of the patient himself, his dignity and autonomy. In reality, taking decisions about the course of doctor's actions in the terminal phase is extremely difficult. On the European ground, for example in Denmark, the doctor can respect the patient's decision and abandon the treatment, although it is a facultative action. However, a dilemma already exists: can the undertaken treatment be abandoned, if it is the patient's will. One thing, in the Dutch law, not undertaking the treatment, to which the doctor is authorized depending on the patient's will, and a different thing is actively acting in the form of abandoning the treatment or disconnecting the medical gear. According to the documents of international law, nobody's life can be taken (art 6 of the Civil Pact, art. 3 General Human Rights

Declaration, art. 4 American Human Rights Convention). Examples of a situation, in which the doctor must take a decision of abandoning the treatment of a patient: the patient suffers of artery occlusion, had a number of operations, the second patient is suffering on past bronchia pneumonia and heart-failure; the treatment can only take place on an intensive care ward. In that situation the doctor must place the patient on such a ward, if there is no other option of sustaining his life. An older, even incurable patient uses the right to be first, before the young patient, when it comes to placing him on the intensive care ward. The international documents about the right to live don't leave the doctor any options, which of these patient's has a greater right for the intensive therapy (it is assumed that medical resources are limited), allowing to sustain the life, because otherwise the fundamental rule banning discrimination would be violated (art 14 of the European Human Rights Convention, Art 2. of the Civil Pact, Art 1. The American Human Rights Convention). In the human rights international law the difference between normal and special medical care resources wasn't codified, there are no definitions for neither of them. The question is-can we assume, that using the reanimation gear on the patient being in a hopeless state, is an abuse of therapeutic resources, till today is without an answer. The doctor's responsibility for abandoning the treatment and damages caused by his fault is shaped differently in every other law system. In the USA the responsibility of the health service managing subject is taken under consideration (HMO-*Health Maintenance Organizations*, PPO-*Preferred Provider Organizations*, POS-*Point of Service Plans*, which play the role of our medical institutions) for the damages caused by the fault of the general medicine doctor. This responsibility is conditioned from the law relation, connecting the doctor with the HMO, or other similar subject. If the doctor is an employee of a HMO, the respondent superior is the base of his insurance responsibility. For using it, it is required, that between the doctor and HMO the dependency relation must exist, in the shape that allows the superior (HMO, PPO, POS) to have control over the actions of the subordinate. Most of the doctors, that provide private healthcare system services, isn't employed on the bases of job relation, gives them the status of independent executives, what though doesn't exclude the service managing subject's responsibility. But the patient must show, that in the underwriter-doctor relation, the HMO could have an influence on the behavior of the subject providing the service. If the doctor was acting alone, the responsibility of the service managing subject is excluded. However, if the HMO could influence the doctor's decision, the underwriter will bear the responsibility on the implied agency theory. The inability of holding the underwriter under civil responsibility based on the respondent superior or the implied agency theory doesn't automatically exclude the underwriter's responsibility for the intentional acts of independent carriers. If the doctor does his job independently, is free from the HMO influence, the patient can only hold the underwriter responsible, basing on the apparent agency rule. It has a use in all situations, in which the HMO causes reasonable suspicion for the patient, that the doctor is an employee of a subject managing medical services. In the case of *Gilbert vs. Sycamore Municipal Hospital* (156III.2d 511,1993), the court found, that the doctor on an intensive care ward duty is in his eyes an employee of a hospital, which means that he could be taken for responsibility

under the apparent agency theory. Reassuring, the doctor is obliged to provide medical services, if the service is used to cure illness, save life or health, or ease the pain. The way of providing the service must be corresponding with doctor's art rules, established by knowledge and experience. These rules should be above the penal law, connecting the abandonment of the treatment with penal consequences. The ethical norms, bounding the doctor, are the signs for his conscience and fundamentals for making the right decisions.

Tab Date of children introduced to home ventilation

<i>Birth date</i>	<i>Kind of disease</i>	<i>ICU income</i>	<i>Start home vent.</i>	<i>Lifes</i>
1981	neuro-musculare dystrophy	1994	2000	y
1989	neuro-musculare dystrophy	1998	2002	y
1986	neuro-musculare dystrophy	1992	–	no
1987	peipheral polineuropathy	1997	2000	y
1985	peipheral polineuropathy	1990	–	no
1984	peipheral polineuropathy	1989	–	no
1998	periphrial polineuropathy	2000	2001	y
1985	respirat. failure during spinal trauma	2002	2003	y
1984	respirat. failure during metabolic disease	1988	–	no
1999	respirat. failure during metabolic disease	1999	2001	y

Crónicas

“La Modernización del Derecho Marítimo Español:
la Propuesta de Anteproyecto de Ley
General de Navegación Marítima”.
Curso de Verano impartido en el Faro de la Magdalena
Universidad Internacional Menéndez Pelayo (Santander)
25 al 29 de julio de 2005

Contexto del curso: *la unanimidad en torno a la acuciante necesidad de reformar la desfasada legislación marítima y en especial el Libro III del Código de Comercio*

La imperiosa necesidad de reformar nuestra legislación marítima, aunque sólo sea porque pivota todavía sobre el Código de Comercio (CCom en adelante) de 1885, es incontestable. Efectivamente, ello es así en cuanto esta afirmación es compartida por no sólo algunos reputados Profesores maritimistas, sino también y especialmente por todos los sectores del tráfico marítimo, a saber: navieros y fletadores, cargadores y exportadores, asegurados y aseguradores, consignatarios y transitarios, astilleros y reparadores navales, peritos y liquidadores, abogados y procuradores..., los cuales vienen reclamando desde hace tiempo una legislación moderna que afronte desde una perspectiva general, acorde a la realidad práctica habitual más reciente, los problemas de la navegación marítima.

Así las cosas, la normativa vigente está considerada una especie de “monumento jurídico” que ha permanecido prácticamente inalterado en los últimos 120 años, a excepción de algunas leyes especiales.

En este marco, se presentó recientemente la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima (PALGN en adelante), la cual ha sido elaborada por la Sección Especial para la Reforma del Derecho de la Navegación (Marítima debe entenderse aquí, lógicamente) en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

Los trabajos de preparación de esta Propuesta comenzaron en el mes de Mayo de 1999, cuando como ya he apuntado, se constituyó en el seno de la Sección de Derecho

Mercantil de la Comisión General de Codificación una Sección Especial para la Reforma del Derecho de la Navegación, bajo la presidencia del Profesor (Prof. en adelante) Justino Duque Domínguez; esta Sección concluyó sus trabajos hace tres años, si bien el hundimiento del buque Prestige y sus consecuencias motivaron la revisión del texto que fue concluida en el mes de Febrero de 2004.

En definitiva, estamos ante una iniciativa que representa una oportunidad histórica en aras de modernizar el Derecho Marítimo español, al tiempo que pretende colmar las aspiraciones de todos aquellos que han venido demandando dicha modernización. En todo caso, la PALGN supone el punto de partida en el recorrido de un camino que nos debe llevar a una Ley General de la Navegación (LGN en adelante).

Finalidad del curso: *sentar las bases para hacer posible una Ley General de la Navegación*

En el escenario previamente descrito, este curso, dirigido a expertos, profesionales e investigadores de todos los sectores implicados en la navegación marítima, tuvo como objetivo esencial dar a conocer precisamente a los asistentes la mencionada PALGN, intentando contribuir al mismo tiempo a su potencial conversión en Ley. Por ello, aunque era obligada la presencia de alguno de los redactores del texto entre los participantes del Curso, como es el caso del Prof. Duque o del Prof. Ruiz Soroa, los organizadores del curso optaron por solicitar igualmente la participación en calidad de ponentes de profesionales y expertos que no habían participado en la redacción de la Propuesta y que podían, en consecuencia, exponer de forma neutral las opciones acogidas en el texto y valorar las novedades más relevantes. Asimismo, el estudio de la PALGN debía llevarse a cabo desde una perspectiva interdisciplinar, en armonía con la concurrencia de tal carácter en la propia legislación marítima, por lo que se acudió a expertos de las más variadas ramas jurídicas (del Derecho Mercantil, Derecho Administrativo, Derecho Internacional –Público y Privado–, Derecho Procesal, Derecho Laboral...).

Por otra parte, y tras dar a conocer en sus líneas básicas la Propuesta a través del conjunto de las ponencias, la voluntad que movió a los promotores de este curso de preconizar una nueva LGN, se plasmó en la apertura de debates entre todos los participantes (ponentes y oyentes) alrededor de todas y cada una de las ponencias sobre muchas de las distintas materias objeto de regulación en la Propuesta; sirvieron estos coloquios para arrojar las luces y las sombras del texto redactado, de modo que ello pudiera tenerse presente en el futuro más inmediato del *iter* legislativo que deba conducirnos a una definitiva LGN.

En resumen, y como en el desarrollo de esta crónica va a quedar reflejado, de las impresiones vertidas por el elenco de intervinientes en el curso se puede deducir que para que en el futuro inmediato podamos hablar ya de la aprobación de una LGN, la Propuesta que aquí es objeto de examen va a precisar de una revisión global (destacando fundamentalmente la obligada reforma de su Título –Tít. en adelante– Preliminar y de su Tít. I, relativo a la ordenación administrativa) que lleve aparejada una serie de modificaciones que permitan, entre otras cosas, armonizar el contenido del

texto con toda la normativa internacional en materia de Derecho Marítimo y que es de aplicación en nuestro ordenamiento.

Sobre los Ponentes y las Ponencias

Sin perjuicio de las interesantes intervenciones realizadas por unos y otros en la fase coloquio, para acometer el estudio de la PALGN y empezar a desmenuzarla, el curso (el cual se desarrolló bajo la dirección de D. Emilio Beltrán, el secretariado de D. Rafael Lobeto y la coordinación de D^a. Ana Belén Campuzano, y el patrocinio de la Autoridad Portuaria de Santander y el Instituto Europeo de Estudios Marítimos –IEEM en adelante–) contó con las aportaciones en forma de ponencias individuales (sobre temas diversos) y de intervenciones en mesas redondas (desarrolladas en las sesiones de la tarde en torno a un mismo tema aunque divididas en tres ponencias individuales) de tanto consagrados Profesores en varias ramas jurídicas procedentes de distintas Universidades españolas como de abogados y juristas (un Notario y un Registrador de la Propiedad y Mercantil), todos ellos experimentados en Derecho Marítimo.

De esta suerte, aunque la mayoría de las ponencias y mesas redondas versaron sobre temas concretos ya clásicos en el Derecho Marítimo, ello no obstó a que casi todos los ponentes aprovecharan algunos pocos minutos de su discurso para dejar también constancia de la opinión que el texto en su integridad les merecía, pronunciándose sobre sus aciertos y errores. Sea lo que sea, algunos de los ponentes centraron su intervención casi totalmente en el comentario de la PALGN en su dimensión global, aludiendo únicamente de forma aislada a aspectos más concretos de la misma; este es el caso por ejemplo (p. ej. en adelante) del Prof. Duque, cuyo análisis de la Propuesta desde un punto de vista general se justifica en el papel fundamental por él desempeñado en el proceso de elaboración de la misma.

Por otro lado, con independencia de la exposición de las conclusiones más básicas que de cada una de las ponencias deben desprenderse (las cuales en seguida van a quedar en esta crónica nítidamente reflejadas), es interesante resaltar que de la misma manera que existieron algunos puntos de convergencia respecto a las bondades y deficiencias que la PALGN en su global dimensión tiene, también fundamentando sus reflexiones en sólidos argumentos jurídicos, muchos de los ponentes demostraron sostener tesis en ocasiones poco coincidentes con relación a los *pros* y *contras* que el texto presenta.

Por último, conforme todas las ponencias (con su correspondiente debate ulterior) fueron desarrollándose, pudieron ir extrayéndose una serie de conclusiones generales que justamente vinieron a recoger el sentir general de todos los participantes en el curso en lo relativo a los avances y dudas que el texto comporta. De este modo, diez fueron las conclusiones fundamentales que en la clausura de este curso se leyeron, el conjunto de las cuales quedaron recogidas en lo que se vino a denominar por los organizadores del curso como la “Declaración de Santander”; esta Declaración, verdadero “legado” del curso y que se va a desgajar posteriormente, debe erigirse como la pieza angular de la acción legislativa destinada a la transformación de esta Propuesta en Ley,

no alterando lo ya convenientemente regulado y aunando esfuerzos para corregir las deficiencias observadas.

A continuación procedo a analizar y comentar exhaustivamente el contenido de todas las ponencias desarrolladas y mesas redondas acontecidas en el curso, procurando dejar clara constancia no sólo de las conclusiones fundamentales sino también de otras muchas ideas más concretas aportadas por todos los intervinientes en lo que concierne a sus respectivos temas objeto de ponencia. En este sentido, y partiendo de la consideración de que todas las intervenciones resultaron muy interesantes, la mayor extensión dispensada al estudio del contenido de algunas ponencias se justifica en que a mi modesto juicio dichas ponencias resultaron especialmente interesantes.

Ponencia 1^a: *D. Justino Duque*¹, “*La modernización del Derecho Marítimo español. La Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima*”

I. En primer lugar, el ponente se refirió al proceso de reforma del CCom en el que se enmarca esta PALGN. Así, tras hacer mención de los trabajos de reforma parcial iniciados en años pasados (en materias como el contrato de seguro marítimo, los contratos de utilización del buque o la limitación de la responsabilidad del naviero), resaltó que el fin de la PALGN es superar totalmente el Libro III del CCom, relativo al comercio marítimo (artículos –art(s). en adelante– 573 a 869 CCom), que queda derogado junto con los arts. 19.3, 953 y 954 CCom por la disposición derogatoria punto 1^o y junto con los arts. 951 y 952 CCom (salvo en lo referente al transporte terrestre) por la misma disposición derogatoria punto 2^o.

Dos han sido las líneas generales de esta reforma total: por un lado, la incorporación de normas de derecho público y privado en un mismo cuerpo legal (debiendo en esto recordarse la decisiva referencia que supone la Ley 27/1992, de 24 de Noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –LPEMM en adelante–, algunos de cuyos preceptos son derogados o modificados por la PALGN en su disposición derogatoria punto 7^o y disposición final 2^a respectivamente) que está centrado en la navegación y que quiere dedicar una especial atención a la seguridad debe observarse que y a la tutela del medio ambiente; por otro lado, y con relación a los problemas de regulación desde el punto de vista sustancial, se han incorporado Convenios internacionales, aunque no de forma global, teniendo en cuenta ordenamientos clásicos como el CCom alemán (*Handelsgesetzbuch* –o usualmente conocido como HGB–), textos lega-

1. En estos encabezamientos de los análisis de todas las ponencias y mesas redondas específico siempre únicamente el nombre y primer apellido de todos los ponentes, pues en general considero que tales datos se revelan suficientes para identificar al interviniente en cuestión; no obstante, en alguna ocasión menciono el segundo apellido también cuando creo que ello contribuye a una mejor identificación del ponente, que con un único apellido podría confundirse con otra persona.

2. Debido al gran número de preceptos y disposiciones que de la PALGN lógicamente cito en esta crónica, para referirme a un precepto o disposición de dicha Propuesta sólo menciono su número (p. ej., en vez de art. 2 PALGN, diré art. 2), sobreentendiéndose que los mismos son de la PALGN.

les más modernos (como el *Codice della navigazione* de 1942, las leyes francesas de 1966 o la *Merchant Shipping Act* de 1894 –actualizada y completada por leyes posteriores–) o leyes del área legislativa iberoamericana (como las Leyes de Navegación de Argentina de 1973, de Chile de 1978 o de Méjico de 1994).

II. Por otro lado, dos son para el ponente las características generales de la PALGN: primero, y en cuanto a su fisonomía, una vez aprobada se trataría de una ley y no de un código, estando por ende en el mismo plano jerárquico con las leyes marítimas ya vigentes y perdiendo por ello la preeminencia de la cual parecía estar dotada la legislación mercantil hasta ahora al estar ubicada en el Libro III del CCom; segundo, y sobre su contenido, la actual importancia de algunas actividades desarrolladas en el mar explica que su objeto ya no sea regular únicamente el comercio marítimo, sino la navegación marítima (art. 1.1), entendida sencillamente como el desplazamiento de embarcaciones por agua, lo cual lleva aparejada la consecuencia de que el texto legal sería aplicable no sólo a los buques o embarcaciones (sin entrar ahora en la distinción entre estos dos conceptos, a los que después se hace referencia) que ejerzan una actividad empresarial o mercantil, sino también deportiva o de recreo, rompiendo así con la limitación del CCom de 1885 e implicando que el naviero no siempre deba ser empresario. Al hilo de esta idea, el ponente se refirió al concepto de maritimidad (es decir, aquellas cuestiones relativas a la figura del naviero, su régimen jurídico, su *status*, el concepto, la naturaleza y la definición de lo que se entiende por esta figura en el Derecho Marítimo), fundamentado en el Libro III del CCom, que se vería así sustituido por el nuevo concepto de navegación. Asimismo, añadió el ponente, que la posible nueva legislación tenga como objeto la navegación, junto con el hecho de que la misma contenga normas de derecho público, podría refrendar para algunos (para otros no) la autonomía como disciplina del Derecho Marítimo.

III. El ponente aludió después al ámbito de aplicación de la PALGN, el cual viene delimitado: de un lado, por el art. 1.2, que excluye la navegación por aguas de los ríos, canales, lagos, embalses naturales o artificiales y demás continentales interiores, que no sean accesibles para los buques desde el mar, rigiéndose estos casos por la legislación que regula el dominio público hidráulico (el cual tiene el inconveniente de que no regula alguna cuestión, como la seguridad) y demás disposiciones que resulten de aplicación; de otro lado, por el art. 3, que enumera como zonas españolas de navegación las aguas interiores (art. 4), el mar territorial (art. 5), la zona contigua (art. 6) y la zona económica exclusiva (art. 7).

IV. Con relación al encuadre que la PALGN podría tener en nuestro ordenamiento jurídico, el ponente examinó el controvertido art. 2, relativo al sistema de fuentes y a la interpretación de las normas de la PALGN inspiradas en Tratados internacionales.

El art. 2.1 establece el orden de fuentes de la PALGN: 1º. La norma escrita; 2º. Los usos de la navegación marítima (los cuales señaló el ponente vienen a ser las costumbres si bien son usos generales que no están adjetivados y resultan de difícil constatación); 3º. Los principios que son deducibles de la propia PALGN; y 4º. Los princi-

pios del Derecho común, los cuales defendió el ponente harían alusión a los principios constitucionales de 1978, encontrando así esta potencial LGN su adecuado encaje en el ordenamiento.

El art. 2.2 se refiere a la interpretación del texto de acuerdo a Tratados internacionales vigentes en España a fin de promover la uniformidad. Respecto del mismo dijo el ponente que esta norma no es sino un reconocimiento implícito de la dimensión internacional y un abandono de la tendencia nacionalista en que se inspiraron algunos textos (p. ej. el *Codice della navigazione*) en tiempos pasados, además de no ser una norma inventada *ad hoc*, estando cerca de las Reglas de Hamburgo; en mayor profundidad, con relación a este art. 2.2, lo cierto es que pueden plantearse problemas en cuanto no sólo a la materialización de la *a priori* fácilmente alcanzable uniformidad legal (o sea, que las normas uniformes pasen a formar parte de un ordenamiento nacional), sino también en lo relativo a la unificación en el momento aplicativo de la norma (esto es, que la plural nacionalidad de los órganos que aplican estas normas produzcan interpretaciones distintas en el ámbito de la discrecionalidad que la norma uniforme permite), y ello por supuesto sin olvidar el problema que es inherente al uso de las reservas y que ya desde un principio rompen la anhelada uniformidad. Sea lo que sea, y sin perjuicio de la inoportunidad de tal postura luego referida, destaca que la PALGN se acoge a un régimen que se basa en las Reglas de Hamburgo de 1978 (en cuanto a la responsabilidad del porteador por daños y averías en las cosas transportadas –art.333.1–, aunque se va a ver que va más allá de las Reglas de Hamburgo; en cuanto a los regímenes especiales de limitación de la responsabilidad –art. 462–) frente a las Reglas de La Haya-Visby, tal y como se afirma en su Exposición de Motivos (EM en adelante) y en su Memoria.

También en conexión con la influencia que el orden internacional debe tener en la legislación marítima interna, además de los Tratados internacionales, el ponente resaltó la incidencia que la actividad legislativa de la Unión Europea (UE en adelante) sin duda debe tener a la hora de interpretar una futura LGN. Al respecto, deberán tenerse en cuenta los principios de no discriminación y de libre prestación de servicios consolidados por sentencias del Tribunal de Justicia así como por las propuestas de las Directivas sobre la libre circulación de servicios (portuarios); así, un ejemplo de la influencia de estos principios sería el art. 227, que permite que hasta un 50% de la dotación de un buque español pueda ser de cualquier nacionalidad, siendo al menos el 50% restante de la nacionalidad de cualquier país de la UE, a excepción del capitán y el primer oficial, que deberán ser españoles.

V. Finalmente, el ponente quiso aludir a algún precepto de la PALGN que a su modo de ver debía ser objeto de especial atención, como el 107 o el 269; así, con relación al primero, sobre el concepto de buque, destacó la ruptura operada del concepto unitario de buque; con relación al segundo, relativo al fletamento, resaltó la identificación de éste con el transporte de cosas.

Ponencia 2^a: *D. Rafael Lobeto y D^a. Marta Iglesias, “Los retos pendientes de la legislación marítima y portuaria en materia de seguridad, salvamento marítimo, protección del medio ambiente y lucha contra la contaminación”*

I. En esta ponencia, el Prof. Lobeto, Director General de la Marina Mercante, contó con la valiosa colaboración de la Prof. Iglesias para profundizar en el tema desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, y coincidió con el Prof. Duque en defender que la reforma de la legislación marítima española es inaplazable en materia de seguridad, salvamento marítimo y protección del medio ambiente marino, al haberse revelado los medios previstos en dicha legislación insuficientes tanto en la función de prevención como en la de resolución de situaciones de emergencia. De esta manera, en esta introducción de la ponencia, y tras recordarnos cuál es la normativa internacional básica en materia de seguridad, salvamento marítimo y protección del medio ambiente marino (esto es, el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, de Londres en 1974 –SOLAS en adelante–; el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, de Londres en 1973 y el Protocolo de 1978 –MARPOL 73/78 en adelante–; el Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo, de Hamburgo en 1979 –SAR–; el Código marítimo internacional de mercancías peligrosas –CODIGO IMDG–; y el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, de Londres en 1990 –OPRC en adelante–), no sólo se refirió con relación a la normativa de ámbito nacional al desfasado CCom de 1885, sino también a la LPEMM (de la cual él mismo se autocalificó como uno de los “padres” y modificada en parte por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre –Ley 62/97 en adelante–), cuya aplicación y desarrollo apuntó se había visto truncada en lo relativo a las actualizaciones que deberían haberse realizado en estas materias. En este contexto, una LGN, expresó, debería hacer frente a esta carencia normativa y ofrecer soluciones racionales y eficaces, estableciendo las bases de una compilación normativa marítima completa y actualizada.

A mayor abundamiento, hechos tan trágicos como el hundimiento del Prestige (con las fatales consecuencias que desde sobre todo una óptica ecológica el mismo conllevó para el medio marino) o los atentados del 11-S de 2001 en Nueva York, 11-M de 2004 en Madrid o 7-J de 2005 en Londres (que tuvieron como peor consecuencia la pérdida de un elevado número de pérdida de vidas humanas), vienen a mostrarnos que el riesgo de que los medios de transporte en el mar sean fuentes de incalculables daños ecológicos o se conviertan en objetivo de atentados terroristas es más que una remota posibilidad, por lo que se hace absolutamente necesario propiciar un nuevo impulso normativo que coadyuve a erradicar tal potencialidad. De este modo, sostuvo el ponente que si bien ya se han aprobado algunas normas en esta dirección (como el Reglamento 725/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de los buques y las instalaciones portuarias; el Real Decreto –RD en adelante– 253/2004, de 13 de febrero, por el que se establecen medidas de prevención y lucha contra la contaminación en las operaciones de carga, descarga y manipulación de hidrocarburos en el ámbito portuario y marítimo; y la Ley 48/2003, de 26 de noviembre,

de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general –LREPS en adelante–), una futura LGN o cualquier otra norma en materia marítimo-portuaria debería tener como eje vertebrador en la elaboración y desarrollo de la misma dos elementos de consenso “espirituales”, a saber, la protección de la vida existente y la protección del medio.

II. En segundo lugar, se analizó el tratamiento de diversos temas concernientes a las materias de seguridad, salvamento marítimo, protección del medio ambiente y lucha contra la contaminación en diversas disposiciones de la PALGN, observando que la misma es susceptible de ser criticada en especial por no hacer referencia a legislaciones sobrevenidas.

Sobre la seguridad en la navegación (Tít. I, Capítulo –Cap(s). en adelante– V), se hizo alusión a los art. 52 y 61, relativos al encargo que recae sobre la Administración marítima de establecer y mantener el señalamiento marítimo y las ayudas a la navegación conforme a la normativa internacional (art. 52), y al deber que tiene la Administración marítima de establecer áreas de seguridad a fin de preservar la seguridad en la navegación (art. 61). Igualmente, se destacaron los arts. 82 y 83 (Tít. I, Cap. VIII), en la medida en que el primero otorga a la Administración marítima importantes facultades de intervención para salvaguardar la vida humana en el mar y prevenir la contaminación, y el segundo hace posible que para el cumplimiento de dicho fin la Administración marítima pueda recabar la colaboración de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Finalmente, se puso de relieve la carencia de la PALGN en materia de *security* (código internacional para Protección de Buques e Instalaciones Portuarias –código PBIP en adelante– o el mencionado Reglamento 725/2004).

Sobre la lucha contra la contaminación (Tít. I, Cap. VI), tras citar el art. 63, que contiene la definición de lo que se entiende por contaminación, así como los arts. 64, 65 y 66, relativos a los distintos tipos de contaminación marina (operacional, por vertimiento o accidental respectivamente), se mencionó el importante art. 67.1, que expresamente recoge la prohibición general de contaminación, contemplando el art. 68.1 ciertos casos que constituyen excepciones de fuerza mayor encaminadas a salvaguardar la seguridad de la vida humana en el mar o la seguridad del buque, siempre que los posibles daños causados se muestren, con toda probabilidad, inferiores a los que se producirían como consecuencia de cualquier otra actuación; en cualquier caso, la Administración marítima será la garante del efectivo cumplimiento de esta norma de prohibición, adoptando las medidas que estime procedentes (art. 69). La PALGN peca también en esta materia de estar desfasada, ya que la obligación que el art. 71 impone a la Administración marítima de establecer de un plan nacional de preparación y lucha contra la contaminación ya ha sido satisfecha a través de la Orden de 23 de febrero de 2001, por la que se aprueba el Plan Nacional de Contingencia por contaminación marina accidental. Finalmente con relación a la Administración marítima, se destacó el art. 75, que concede a la misma facultades para prohibir o condicionar la entrada y salida en los puertos y demás aguas interiores de los buques especialmente contaminantes. Como novedades, se resaltó que la PALGN ofrece una regulación más exhaustiva

y extensa de la remoción de buques así como que se concede una mayor capacidad de actuación a la Administración marítima (se dan más competencias en base al texto de la Conferencia de Naciones Unidas –NU en adelante– sobre Derecho del Mar al Estado ribereño) para intervenir ante los riesgos de contaminación marina.

Sobre la búsqueda y salvamento de vidas (Tít. I, Cap. VII), se mencionaron destacándolos el art. 76, relativo a la obligación que tiene la Administración marítima de proveer los servicios públicos de búsqueda y salvamento que sean necesarios para el salvamento en el mar u otras aguas navegables (coincidiendo en ello con la LPEDM –*vid.* su art. 87–), y el art. 77, concerniente a los planes nacionales de salvamento que deberán ser aprobados periódicamente por el Gobierno. Asimismo, se enumeraron el art. 78 (sobre la documentación de salvamento a bordo), el art. 79 (sobre el empleo de señales de socorro), el art. 80 (sobre la facilitación del empleo de medios extranjeros destinados a participar en operaciones de salvamento) y, por último, el art. 81 (sobre la investigación de siniestros).

Además, por afectar tanto a la seguridad como a la lucha contra la contaminación marina, se hizo alusión al régimen de estancia en aguas interiores y puerto. En este sentido, se reseñó: a) El ámbito de aplicación de la PALGN, que es la flota española y las aguas interiores, por lo que quedarían fuera de su ámbito las aguas continentales; b) El art. 14 sobre cierre de puertos, cuyo apartado 1º establece que la competencia para ordenar el cierre la tiene el Director General de la Marina Mercante, mientras que el apartado 2º otorga a la Autoridad marítima la facultad de prohibir de forma provisional la navegación en los puertos y en sus canales de acceso, así como la entrada y salida de buques cuando lo aconsejen determinadas circunstancias que afecten a la navegación (aquí, se dijo que la actual legislación no establece criterios claros a la hora de determinar si en tales casos debe prevalecer el criterio de la Autoridad portuaria sobre el de la Capitanía marítima o viceversa); y c) El art. 15, que recoge las formalidades y requisitos a tener en cuenta en los casos de arribada forzosa de un buque a un puerto o lugar de refugio, estableciendo el procedimiento que la Administración marítima deberá seguir en tales casos. Por último, se destacó como novedad con relación al despacho de buques que en caso de que un buque se haga a la mar sin cumplir la obligación de gozar de la autorización de la Administración marítima, salvo en los supuestos de autodespacho tasados reglamentariamente (art. 30), entonces la Administración marítima podrá proceder a la interceptación y detención del buque (art. 31.3), lo que supone una sanción novedosa que viene a unirse a aquellas otras de carácter económico o de suspensión del título del capitán que sean procedentes en estos casos.

III. En un tercer momento, los ponentes prosiguieron con el comentario de la PALGN e hicieron hincapié de nuevo en la necesidad de la reforma del Derecho Marítimo con el objetivo de situarlo en condiciones de dar respuesta a las transformaciones económicas (con su consecuente desarrollo turístico, el cual ha supuesto un importante aumento del tráfico de pasajeros y del número de embarcaciones deportivas y de recreo destinadas al uso privado), sociales y técnicas que se han venido produciendo a lo largo del tiempo; transformaciones que especialmente tienen su origen en la aplicación de la revolución tecnológica y que afectan, entre a otras relevantes cuestiones, al

conjunto de instituciones del comercio marítimo, de la navegación marítima y de su seguridad, y a la protección de la vida humana en el mar y a la defensa del medio ambiente marino. Al hilo de estas reflexiones, los ponentes hicieron saber cuáles debieran ser los objetivos de la Ley en ciernes: 1º. Superar la visión desfasada de lo público y lo privado, de lo mercantil o lo social, o de lo organizativo o lo técnico, que impiden el desarrollo en armonía del sector y la correcta convivencia entre los intereses generales y los particulares; 2º. Regular, a la altura de las exigencias internacionales y europeas, de la doctrina del Tribunal Supremo (TS en adelante) y del Tribunal Constitucional (TC en adelante), y de las crecientes sensibilidades ciudadanas incrementadas por el caso Prestige, las cuestiones más relevantes que afectan en general al Derecho de la Navegación Marítima (la cuestión de las figuras del naviero, del capitán, de la tripulación y de los auxiliares de la navegación; la cuestión de la definición del buque y de los primeros y segundos registros con el establecimiento de vínculos efectivos garantes de una competencia leal y de una navegación segura; la cuestión de la cooperación interadministrativa entre todas las Administraciones, instituciones y organizaciones competentes o que dispongan de medios propios que sean adecuados a los fines y objetivos de una LGN; la cuestión de la ordenación administrativa del ámbito marítimo, de la seguridad marítima, del salvamento y la protección de la vida y el medio ambiente marino –en este ponencia especialmente estudiada–; y todas aquellas otras cuestiones pendientes de modernización según lo perciben los expertos y los ciudadanos en general).

IV. Además de las cuestiones no contempladas por la PALGN previamente apuntadas, los ponentes se refirieron a otros “olvidos” o cuestiones injustificadamente no recogidas por esta Propuesta y que sin embargo sí aparecen en normas y convenios relativos a seguridad, contaminación y salvamento.

En materia de contaminación marina, se señaló que se han obviado tanto cuestiones que ya habían sido previstas en normas de carácter internacional (como el Convenio OPRC) como también otras cuestiones, tanto operacionales como técnicas o de responsabilidad, que se habían venido reclamando como necesarias.

En materia de búsqueda y salvamento de vidas, y en concreto en relación al art. 77 ya citado sobre los planes nacionales de salvamento, la PALGN habla de coordinación e interrelaciones entre las distintas Administraciones Públicas, organismos y entidades competentes, pero no define los principios a que debería ajustarse la coordinación interadministrativa y por consiguiente no está clara la delimitación de competencias entre las Comunidades Autónomas (CCAA(s). en adelante) y el Estado dentro de los espacios portuarios y marítimos.

En conexión con lo anterior, en materia de coordinación interadministrativa la PALGN no ha sabido ni afrontar la urgencia de adaptar el modelo marítimo y portuario español, en su organización y gestión, a la nueva realidad del Estado de las autonomías, ni ha sabido solucionar la imperante necesidad de impulsar los sistemas de coordinación y colaboración entre las distintas autoridades competentes, por lo que las Autoridades portuarias difícilmente podrán llevar a cabo un correcto ejercicio de sus competencias si no cuentan con un sistema de gestión que controle adecuada-

mente los servicios portuarios (ya sean terrestres o marítimos). En realidad, la PALGN no parece ser consciente de la carencia de los necesarios instrumentos de coordinación y clasificación orgánica y funcional, que se debe a la ausencia de una política marítima (otros de cuyos efectos más graves por cierto son la falta de adaptación de la Dirección General de Marina Mercante, de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima –SASEMAR– y del Ministerio de Fomento a sus responsabilidades marítimas) y de un modelo a escala estatal, lo cual se agrava por el hecho de que las CCAAs paradójica e incomprensiblemente no han venido ejerciendo sus competencias ni en materia de salvamento marítimo, ni en materia de protección del medio marino, y ello tras la aplicación de la LPEMM y su modificación de 1997 (Ley 62/97), y la sentencia del TC de 1998 dictada a instancia de algunas CCAAs litorales, tras reclamar éstas competencias al Estado. Efectivamente, la ausencia de desarrollo de las competencias y responsabilidades en la ejecución del salvamento marítimo por parte de las CCAAs litorales o su incorrecto ejercicio por parte del Estado demandan una previsión en la PALGN que derive en una buena coordinación interadministrativa. Por último con relación a esta materia de coordinación interadministrativa, se dijo que la distribución de competencias en materia de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina (considerados como servicio público) por derrame de hidrocarburos en el ordenamiento jurídico español debía basarse, entre otros, en el principio de coordinación (instrumentado a través de planes y programas correspondientes) entre la Administración del Estado y las restantes Administraciones Públicas competentes del art. 87 LPEMM, y en consecuencia en el principio de contemplar con relación a los planes de actuación en estas materias los mecanismos de comunicación precisos para mantener un nivel adecuado de coordinación con los otros planes de distinto nivel.

En materia de puertos de refugio, se dijo que la PALGN deviene insuficiente al disponer su art. 15.2 que en cuanto a la arribada forzosa, cuando un buque solicite su entrada en un puerto, la misma estará condicionada por la decisión de la Dirección General de la Marina Mercante en función de la concurrencia de determinadas circunstancias que hagan de esta medida la más adecuada para la seguridad de las personas, del tráfico marítimo, del medio ambiente y de los bienes; en efecto, es una regulación insuficiente por la decisiva trascendencia que posibles accidentes por derrames de hidrocarburos podrían tener en países eminentemente marítimos (como España), por lo que quizás sería más conveniente, siguiendo las tesis de Van Hooydonk, que el Estado afectado estuviera facultado para rehusar el refugio, aunque sólo en el caso de que pudiese demostrar que hay objeciones insuperables, correspondiendo así la carga de la prueba a la autoridad del Estado en cuestión.

En último lugar, con relación a las previsiones que la PALGN puede ir recogiendo antes de convertirse en Ley, se puso de manifiesto la importancia que tendría la creación de comisiones de investigación al amparo de una LGN, hasta ahora fuera de la tradición de los parlamentos español y autonómicos, pues son del todo necesarias para analizar las causas de los siniestros y exigir responsabilidades políticas derivadas de las actuaciones de las Administraciones en relación con los accidentes marítimos. De esta forma, debemos tener como referencia el ejemplo francés (a propósito del incidente

del Erika) y británico (con ocasión del siniestro del Braer), ya que constituyen avances que han ido perfeccionando la legislación y organizaciones marítimas en las materias objeto de debate en este ponencia.

V. Para ir cerrando su intervención, y habida cuenta otra vez del preocupante escenario dibujado por los hechos tan dramáticos anteriormente aludidos y de sobra por todos conocidos, los ponentes reincidieron en la vital importancia de sustentar la legislación marítima en ciernes sobre los dos elementos de consenso ya referidos, esto es, la protección de la vida existente y la protección de medio. En este sentido, y tras hacer una referencia al *homeland* americano y su servicio de guardacostas, se abogó por aunar esfuerzos en la implantación de un concepto o modelo de seguridad integral en el que se cimiente tanto la actividad en el mar (seguridad en la navegación) como en las instalaciones portuarias (seguridad en lo que a los puertos respecta), superando así sistemas del pasado como la seguridad por parcelas; se dijo que este concepto de seguridad integral debe contemplar tres aspectos, a saber, la seguridad física, la seguridad industrial y la prevención de riesgos, y la seguridad en relación con el medio ambiente. Asimismo, los ponentes se centraron en la aplicación de este concepto o sistema de seguridad integral en los puertos como espacios físicos donde tienen lugar actividades, operaciones y servicios esenciales para el transporte marítimo, jugando este sistema un papel de extraordinaria relevancia en términos de seguridad con estas consecuencias:

1.^a Permitir en el futuro la aplicación efectiva de los planes y programas de prevención y control de riesgos, aunque precisando de la colaboración conjunta de todas las Administraciones e instituciones. Estos planes que serán implantados en las instalaciones portuarias deberán contemplar ciertas normas europeas e internacionales a fin de dar cobertura al modelo de seguridad integral (así, en materia de seguridad física, los ya citados código PBIP y Reglamento 725/2004; en materia de seguridad de medio ambiente, el plan de contingencias por contaminación marina accidental –regulado por los mencionados Orden de 23 de febrero de 2001 y el RD 253/2004, de 13 de febrero–; y en materia de seguridad industrial y prevención de riesgos, en general planes de emergencias y protección civil y planes de emergencia y evacuación de centros de trabajo).

2.^a Motivar, la creación de un Centro de Coordinación de Servicios Portuarios, que sería necesario para garantizar la calidad y la competitividad de los puertos, dotándolos de una adecuada coordinación para gestionar e intercambiar información o para gestionar los numerosos y heterogéneos servicios públicos (de señalización marítima, comerciales, básicos portuarios, etc.) que define la LPEMM.

Asimismo en esta parte final, la ponencia sirvió para proponer la actualización con carácter general todo el contenido marítimo de la LPEEM por la vía del PALGN, de forma que se consolide la tradicional separación legislativa entre los puertos y la navegación recuperada con la aludida LREPS. En cualquier caso, con respecto a este asunto los ponentes se mostraron favorables a impulsar una legislación de puertos ayudando al Ministerio de Fomento y a potenciar instrumentos y mecanismos de intercomunicación y cooperación *a posteriori* entre unas potenciales Ley de Puertos y una posible LGN (lo cual no fue desarrollado por la LPEMM).

Por último, se aludió a la actuación del Estado en el mar, de forma que conforme a la jurisprudencia del TC la actuación corresponde de un lado al Estado central y de otro a las CCAAs y a los Ayuntamientos; en este marco, y para dar por terminada su intervención, los ponentes destacaron la necesidad de crear una Agencia Española de Seguridad Marítima, Salvamento y Lucha contra la Contaminación Marina, la cual tendría diversas funciones y acarrearía muchas ventajas como, entre otras: respetar escrupulosamente el actual marco competencial; racionalizar la acción del Estado en el mar; coordinar el modelo de la Administración General del Estado y los de las autonomías; o coordinar el modelo español con el europeo (siendo en este sentido necesario y aconsejable la colaboración de esta Agencia española con la recientemente creada Agencia Europea de Seguridad Marítima) y los de los países vecinos.

1ª Mesa Redonda: *D. Luciano Parejo, D.ª Marta Iglesias y D. Enrique Garrido, “La ordenación administrativa de la navegación”*

Esta mesa sirvió para analizar el conjunto del Tít. I de la PALGN titulado precisamente “De la ordenación administrativa de la navegación”. En esencia, en esta mesa destacaron sobre todo las críticas realizadas por el Prof. Parejo.

A modo de introducción, el *Prof. Parejo* señaló que la mayoría de los problemas que la PALGN reviste, y no sólo en materia administrativa, proceden de la intersección de materias que en el propio texto se refleja; a continuación se centró en los puntos débiles de la misma.

En primer lugar, antes de entrar en el estudio del Tít. I, el ponente dedicó unas reflexiones a los nada pacíficos arts. 1 y 2.

El art. 1.1, que se refiere a la navegación como la delimitación del objeto de la posible Ley, es problemático, al ser la navegación un concepto impreciso y susceptible de dar pie a la ambigüedad. Por su parte, el art. 1.2, relativo al ámbito de aplicación de la potencial Ley, puede originar conflictos entre una LGN aplicable a la navegación por las aguas de los ríos, canales, lagos, embalses naturales o artificiales y demás continentales interiores que sean accesibles para los buques desde el mar, y la legislación a aplicar a la navegación por esas mismas aguas cuando no se de la accesibilidad, y ello porque no se deslinda el ámbito de aplicación previsto en la PALGN del resto de la legislación aplicable con claridad, de modo que no queda claro cuál es la verdadera regulación que se aplica cuando no existe la accesibilidad (sólo se establece que se regirá por la legislación reguladora del dominio público hidráulico y por las demás disposiciones que le sean de aplicación).

En cuanto al art. 2.1, con relación al sistema de fuentes, para el ponente no se entiende por qué los principios deducibles de la posible Ley están después de los usos si al aplicar la norma escrita o ley se deben aplicar los principios (que en el caso de la actuación de la Administración Pública y conforme al art. 103.1 de la Constitución –CE en adelante– son los de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación). De otro lado, sobre el art. 2.2 concerniente a la interpretación, dijo que no está claro cuáles son las normas que se inspiran en Tratados internacionales.

En segundo lugar, y ya sobre el Tít. I, su propio título, al contener el término “ordenación administrativa”, introduce un factor de confusión, pues el Tít. I viene a prever el ejercicio de potestades públicas más que una verdadera ordenación; sin embargo, no es éste el único problema terminológico del Tít. I, pues su Cap. I, cuyo título se refiere a las “normas de policía”, tampoco parece muy afortunado, debiendo ser conscientes en este sentido de que del concepto “policía” existe una doble dimensión: la sustantiva y la institucional-orgánica; asimismo, es cuestionable por un lado el título de la Sección (Sec. en adelante) 1ª “De las medidas generales y especiales de intervención” del Cap. VIII (relativo a las facultades de interceptación, inspección y detención de buques), ya que en esta Sec. se regulan medidas especiales pero no generales de intervención (las cuales ya se recogen desde el principio del propio Tít. I), y por otro lado el título de la Sec. 3ª “De las obligaciones por causa de interés social” del mismo Cap. VIII, pues en realidad no estamos ante obligaciones ni son de interés social. Por último, y también con relación a la terminología empleada, en el texto aparecen cláusulas generales con conceptos que varían a lo largo del mismo, por lo que la técnica legislativa en este punto es deficiente, siendo deseable la unificación conceptual.

En relación con la asignación de competencias, falta en la PALGN un criterio claro de organización y funcionamiento eficaz de la Administración y además se distingue entre la atribución al Director General de la Marina Mercante (p. ej. el art. 14.1 con relación a su competencia para cerrar de forma duradera determinadas aguas interiores, puertos y terminales a la navegación; o el art. 15.2, en cuanto a su competencia para condicionar en los casos de arribada forzosa la entrada de un buque en el puerto o lugar de abrigo) y a la Administración marítima.

En materia de deslinde entre la Administración y el juez, la PALGN en cuanto al polizonaje (art. 17) carecería de una regulación administrativa al parecer que se decanta más por una intervención judicial que administrativa.

Finalmente, en lo relativo a las remociones, materia regulada en el Cap. IX de este Tít. I, es criticable que el art. 92 al conceptualizar la remoción la identifique con la extracción, ya que la remoción es un concepto que ya comprende la extracción, por lo que en consecuencia la alusión a este segundo concepto está de sobra. Por otra parte, el art. 96 se titula de forma errónea de la “facultad de remoción subsidiaria”, pues no cabe hablar de remoción subsidiaria, sino de ejecución subsidiaria (por la propia Administración marítima o mediante contratos de salvamento u otra clase con terceros y ello de acuerdo al art. 96.1) de la orden de remoción.

En resumen, el Prof. Parejo concluye que la PALGN peca de no tener en pureza una regulación administrativa marítima y tampoco en lo relativo a la nítida asignación de competencias, lo que deriva tanto en que no se solucionan ni los problemas de comunicación ni del propio ejercicio de esas competencias.

Por su parte, en esta mesa redonda la *Prof. Iglesias* se remitió a muchos de los contenidos ya examinados en la ponencia del Prof. Lobeto, la cual ella misma contribuyó a preparar, sobre todo en lo relativo a la normas internacionales de referencias citadas en materia de seguridad, salvamento marítimo, protección del medio ambiente y lucha contra la contaminación. No obstante, en su intervención la Prof. Iglesias aprove-

chó para analizar el Derecho Marítimo desde una perspectiva del Derecho Internacional Público y aludió especialmente a la Convención de las NU sobre Derecho del Mar de 1982 (formada en Montego Bay –Jamaica–) (UNCLOS en adelante).

El experto *abogado maritimista Garrido* afirmó que el sector portuario había venido siendo objeto de demasiadas reformas legislativas, aludiendo en este sentido a las ya mencionadas LPEMM de 1992, Ley de modificación 62/97 y LREPS, y abogó, en la línea del Prof. Lobeto, por una LGN que impulse un sistema portuario que permita reordenar y racionalizar el tráfico marítimo, oponiéndose así a una organización de los puertos basada en numerosas Autoridades portuarias.

Por otro lado, se refirió a la posibilidad de liberalizar los servicios portuarios. Así, tras citar el dominio público, la obra pública y el servicio público con relación a las técnicas de intervención del derecho público, nos recordó que los puertos son bienes de dominio público conforme al art. 339.1 del Código Civil (CC en adelante) (cuyo régimen jurídico vendrá regulado por la ley inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad y inembargabilidad según el art. 132.1 CE) y se planteó por qué los puertos debían ser de dominio público. En este sentido, analizó el grado de liberalización de los servicios portuarios en las Leyes que se vienen citando en materia portuaria: (esto es, en la LPEMM, en la Ley 62/97 y en la LREPS). Finalmente, indicó que no parece que el PALGN arroje mucha claridad en cuanto a este asunto de la liberalización de los servicios portuarios, intuyéndose en ciertos aspectos una vuelta a tiempos pasados.

Además, el ponente aprovechó para expresar alguna crítica que algún precepto en concreto de la PALGN le merecía; de esta manera, con relación a la terminología empleada, afirmó no comprender por qué se hablaba en algunos artículos (p. ej. en el 14 y 16) de “puerto y terminal” cuando la terminal es una parte del puerto.

Ponencia 3^a: *D. Emilio Beltrán, “Los buques y los privilegios marítimos”*

En el marco del Tít. II de la PALGN, que lleva por título “De los vehículos de la navegación”, el Prof. Beltrán dedicó su ponencia principalmente al estudio de dos cuestiones: por un lado, y con relación al Cap. I (relativo a “los buques, embarcaciones y artefactos navales”) de este Tít. II, el concepto y la naturaleza jurídica del buque; por otro lado, y en relación con el Cap. VII (relativo a “los derechos de garantía sobre el buque”) del mismo Tít. II, los privilegios marítimos.

I. Con carácter previo al análisis de estas cuestiones (en sede de los Caps. I y VII), el ponente señaló que habría sido más correcto encabezar este Tít. II con el término “el buque”, en vez de la dicción “de los vehículos de la navegación”, ya que no todo a lo que se refieren sus artículos son vehículos de la navegación (como es el caso del artefacto naval –art. 109–) y en definitiva este Tít. II en realidad regula lo que es el estatuto jurídico del buque.

Además, expresó su opinión acerca de aspectos aislados del resto de los Caps. de este Tít. II: a) Del Cap. II, relativo al “registro de buques y de la oficina de la matrí-

cula”, se refirió a la mejora que supondría crear un registro único con pluralidad de funciones; b) Del Cap. III, relativo a “la nacionalidad de los buques”, apuntó que el mismo debería recoger el precepto 110.5, sobre la identificación del buque, que se encuentra ubicado fuera de sitio en el Cap. I; y c) Del Cap. V, concerniente al contrato de construcción naval, señaló que estaríamos ante un arrendamiento de obra y no una compraventa de cosa futura.

II. Ya en cuanto al concepto de buque, primera de las cuestiones, el ponente defendió que su estudio tiene una gran importancia, tanto práctica, a los efectos de precisar la normativa especial marítima (salvamento –art. 417– y abordaje –art. 397–), como teórica, a fin de centrar el concepto de Derecho Marítimo.

Así, aquí se refirió como punto de partida al problema que plantea el derecho vigente al coexistir un concepto de buque en derecho privado (en el art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil –RRM en adelante– de 1956, pues el C.Com no contiene ninguna definición de buque) y otro en derecho público (en el art. 8 LPEMM); en este sentido, el concepto de buque que aporta el art. 146 RRM de 1956 da lugar a una serie de dudas interpretativas que parece son resueltas por el concepto de buque que se deduce del art. 8.3 y 8.2 LPEMM, relativos respectivamente al buque mercante y al buque civil: 1º. Si el art. 146 RRM de 1956 no aclara si exige que concurra en el buque además de la característica de la flotabilidad también la de la navegabilidad, del art. 8 LPEMM debemos deducir que se exige la navegabilidad y la capacidad para transportar personas o cosas, no bastando con la flotabilidad para calificar al objeto en cuestión como buque; 2º. Si del art. 146 RRM de 1956 y del art. 8.3 LPEMM se infiere que el concepto de buque exige que éste esté destinado a una actividad empresarial, el art. 8.2 LPEMM, al referirse al buque civil, deja claro que un buque puede estar destinado a otra actividad distinta de la empresarial (deportiva o de recreo); y 3º. Pese a que art. 146 RRM de 1956 se refiere como medio en el cual navega el buque al “marítimo fluvial”, dando lugar a la ambigüedad, y el art. 8 LPEMM tampoco aclara esto, para el ponente el buque deberá quedar constreñido a la navegación por el ámbito marítimo.

A continuación, analizó el concepto de buque en la PALGN. De este modo, se refirió de nuevo al encabezamiento del Tít. II, que en el concepto de “vehículos de la navegación” unifica equivocadamente los tres conceptos o categorías de buque, embarcación y artefactos navales. Efectivamente, y apoyándose en el propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el ponente realizó primero unas consideraciones terminológicas en torno a los conceptos de vehículo, buque, embarcación, artefacto naval y barco, llegando a la conclusión de que sólo el buque y la embarcación (tipo de buque como en seguida se ve) son vehículos en cuanto suponen un medio de transporte de personas y cosas (y son vehículos de la navegación al desplazarse por agua), lo que no ocurre con los artefactos navales; además, en cuanto las notas básicas del barco son servir de medio de transporte en el agua y flotar, también únicamente los buques y embarcaciones son calificables de barcos. Ya después, el ponente se refirió al concepto de buque, embarcación y artefacto naval en la PALGN: a) El art. 107 recoge el concepto de buque, en el cual destacan como sus dos elementos básicos que es un vehículo con la estructura y capacidad necesarias tanto para navegar (que lógica-

mente entraña su capacidad para flotar) por el mar como para transportar personas o cosas (los animales también quedarían incluidos, al ser considerados como cosas), sin exigirse pues el destino comercial; b) El art. 108 se refiere a la embarcación, que aparece como una clase de buque especial (caso de los buques pequeños y los buques de recreo) cuando el buque carece de cubierta corrida y tiene una eslora inferior a 24 metros y, según establece el propio art. 108, cuando en ninguno de estos casos no sea calificado reglamentariamente como unidad menor por sus características de propulsión o de utilización (si bien señaló el ponente que seguiría siendo un buque); y c) El art. 109 alude al concepto de artefacto naval, cuyas notas características son en este caso sólo la flotabilidad, estar destinado no a la navegación sino a quedar situado en punto fijo de las aguas, y tener aptitud para albergar personas o cosas, no siendo ni un vehículo ni una construcción fija (a la que se intuye hace referencia el art. 109.2 al hablar de que no son artefactos navales las obras e instalaciones que se encuentran sujetas de forma permanente al fondo de las aguas, teniendo la consideración por esta circunstancia de bienes inmuebles con arreglo al art. 334.9 CC).

Con relación a los conceptos de buque y artefacto naval, cabe preguntarse dónde quedarían incluidas las figuras del buque en desguace y de buque en construcción, pues bien, quedó claro que no son artefactos navales, ya que su destino si es o ha sido la navegación y no quedar situados en un punto fijo de las aguas, por lo que entrarían en el concepto de buque del 107; además, como otro argumento que corrobora su condición de buque, el art. 476 a), en sede del contrato de seguro marítimo, habla de que podrían ser objeto de seguro marítimo los intereses en los buques, embarcaciones y aparatos flotantes, incluso en construcción y desguace.

La división de la PALGN en estas tres categorías, buque, embarcación o artefacto naval no es baladí, pues ello va a tener su trascendencia con relación a cinco títulos de la propia PALGN: El I (ordenación administrativa), el propio Tít. II que ahora se analiza (estatuto jurídico del barco), III (sujetos de la navegación), IV (contrato de utilización del buque) y VII (limitación de la responsabilidad); a modo de ejemplo, el art. 255 (Tít. IV) no exige en cuanto a la forma que el contrato de arrendamiento de embarcación conste en documento escrito, lo que si es exigido para el de arrendamiento de buque.

III. Respecto a la segunda de las principales cuestiones examinadas, la naturaleza jurídica del buque, el mismo se configura como: a) Un bien mueble, según establece el art. 110.1 PALGN, al concurrir en el mismo las notas del art. 335 CC; b) Registrable, conforme al mismo art. 110.1, al ser identificable individualmente; y c) Una cosa compuesta cuyas partes son las partes integrantes o constitutivas (que son los elementos que constituyen la estructura del buque, no pudiéndose separar del mismo sin menoscabar su propia entidad –art. 110.2–), las pertenencias (que son los elementos destinados al servicio del buque de un modo permanente, si bien no integran su estructura –art. 110.3–) y los accesorios (que son los elementos consumibles adscritos al buque de un modo temporal –art. 111–).

El ponente aludió también aquí y con relación a la propiedad del buque: 1º. A la necesidad, conforme al art. 113.1, de que su adquisición conste en documento escrito

y esté inscrita en el Registro de Buques conforme a los documentos del art. 134 (escritura pública, resolución judicial firme o documento administrativo expedido por funcionario con facultades suficientes por razón de su cargo) para poder oponerla a terceros; 2º. A la usucapión, respecto de la cual el art. 113.2 establece la adquisición de la propiedad del buque por la posesión de buena fe, continuada por tres años, con justo título registrado debidamente (faltando alguno de estos requisitos, según el propio art. 113.2, se necesitará la posesión continuada de diez años); y 3º. Al condominio naval, en el sentido de que cuando la copropiedad de un buque (y también de una embarcación o artefacto naval) tenga como finalidad su explotación mercantil, se regirá por remisión necesariamente por las reglas del Cap. II (relativo específicamente al condominio naval) del Tít. III y por lo dispuesto en los arts. 116 y 117, y todo ello de acuerdo con el art. 115.

IV. Para el examen de la tercera de las cuestiones, los privilegios marítimos, y a modo de introducción en el tema, el ponente habló de los derechos de garantía sobre el buque (tema que titula el Cap. VII del Tít. II), realizando unas consideraciones terminológicas en torno a los conceptos de privilegio y garantía con relación al concepto de preferencia; así, habló del privilegio como una forma de preferencia legal y de la garantía como una forma de preferencia convencional (p. ej. la hipoteca). Igualmente mencionó el derecho de retención como otra preferencia y afirmó que la regulación de la hipoteca naval en la PALGN (arts. 192 a 212) sigue a la Ley de Hipoteca Naval (LHN en adelante) de 1893.

Ya centrándose en los privilegios marítimos, en primer lugar el ponente destacó que la regulación de esta materia en la PALGN (arts. 184 a 191) unifica la doble regulación anteriormente existente por un lado en normas internas (arts. 580 a 584 C.Com) y por otro lado en normas internacionales (el Convenio internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval –CPM en adelante– de 1993, al cual España ya está adherido y que ha sido objeto de publicación; destaca que se transcribe el Convenio, que se reducen privilegios y que el plazo de duración es breve –según el art. 190.1 PALGN un año a menos que, antes del vencimiento de ese plazo, se haya iniciado un procedimiento de ejecución para la venta judicial del buque o se haya embargado preventivamente–.

En cuanto al concepto, apuntó que son privilegios especiales, lo que implica: que recaen sobre bienes concretos (sobre el buque con sus partes integrantes y sus pertenencias) y no sobre el patrimonio del deudor (como sucede con los privilegios generales); que se refieren a acreedores determinados; y que no son garantías.

Sobre sus caracteres, y en base al art. 186, destacó que los privilegios marítimos: a) Tienen origen legal; b) Que la reipersecutoriedad es inherente a los mismos, lo que supone que los privilegios gravan el buque a pesar del cambio de propiedad, matrícula y pabellón; c) Otorgan un derecho de realización a sus tenedores, pues el acreedor que lo disfruta puede promover la venta forzosa del buque; y d) Gozan de preferencia sobre las hipotecas y gravámenes inscritos, cualquiera que sea la fecha de su inscripción, sin que ningún otro crédito pueda anteponerse a tales privilegios, a excepción de los mencionados en el art. 565.1 y sin perjuicio de lo que dispone el art. 97.2.

Sobre su ámbito de aplicación, el ponente se refirió primero al ámbito objetivo, establecido en el art. 184.2, aplicándose no sólo los buques, sino también las embarcaciones y los artefactos navales; segundo, al ámbito subjetivo, cabiendo que estén garantizados con un privilegio marítimo los créditos contra el propietario, el naviero o el gestor, y ello de acuerdo con el art. 184.1; y tercero, al ámbito temporal, que conforme al art. 190 ya citado se traduce en un plazo de extinción de estos privilegios marítimos de un año (con la salvedad ya vista –art. 190–).

Respecto a la tipología de los privilegios marítimos, ésta se recoge en los cinco apartados del art. 184, que como afirmó el ponente son por este orden:

- a) Los créditos de la dotación.
- b) Las indemnizaciones por muerte o lesiones originadas, en tierra o en el agua, en relación directa con la navegación o utilización del buque.
- c) La remuneración debida por el salvamento del buque.
- d) Las tarifas portuarias por entrada, estancia y demás servicios, así como por el uso de vías navegables o practicaaje.
- e) Los créditos por culpa extracontractual derivados de la pérdida o el daño material causado por la utilización o navegación del buque, excepto los originados por las pérdidas o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y los defectos del pasaje transportados a bordo.

Además, hay que referirse de un lado a la especialidad de los créditos salariales, en el sentido de que como establece el art. 184.3 cuando no fuere posible determinar el buque a bordo del cual ha nacido el privilegio por haberse generado los créditos a que se refiere el apartado a) del art. 184 en distintos buques explotados o gestionados de forma unificada a efectos laborales, el privilegio alcanzará a todos ellos; y de otro lado a los créditos excluidos, que son los créditos no privilegiados establecidos por el art. 185, y que son los créditos referidos en los apartados b) y c) del 184 en función de su procedencia (de daños en relación al transporte marítimo de hidrocarburos u otras sustancias nocivas o peligrosas o de propiedades radiactivas o su combinación con otras).

Cuando el valor del buque sea insuficiente para satisfacer a todos los acreedores habrá que conocer la graduación de los créditos; ésta, de un lado, es externa o fuera de los propios privilegios y en este caso el orden de prelación es:

- 1º) Los créditos absolutamente preferentes (art. 186 *in fine*):
 - las costas procesales y los gastos de ejecución, que incluyen créditos salariales devengados desde el momento del embargo preventivo o desde el inicio de la ejecución (art. 565.1).
 - Los gastos de remoción del buque (art. 97.2).
- 2º) Los privilegios marítimos, por su orden interno (art. 565.2).
- 3º) Los créditos con derecho de retención (art. 207.3).
- 4º) Los créditos hipotecarios y refaccionarios anotados, por orden de fechas.
- 5º) Los créditos con privilegio general, por el orden fijado en la legislación común (art. 188.1).

Si satisfechos todos los créditos hubiera remanente o saldo éste se entregará a su propietario que podrá transferirlo libremente con arreglo al art. 565.2.

En cuanto a la graduación interna o dentro de los propios privilegios marítimos la regla general, conforme al art. 187.1 y 2, es el orden de prelación que establece el art. 184.1 y a prorrata dentro de cada número, si bien conforme al art. 187.1 y como regla especial el premio del salvamento tendrá preferencia sobre todos los créditos privilegiados a que se hallare sujeto el buque antes de las operaciones de ayuda.

El ponente aprovechó para referirse al encaje de los privilegios marítimos en el concurso de acreedores. En caso de concurso del propietario del buque, los titulares de créditos privilegiados e hipotecarios (acreedores hipotecarios) gozan de un privilegio procesal que es el derecho de ejecución separada conforme al art. 205.2, el cual significa que podrán separarlo de la masa activa del concurso; el plazo de ejercicio de este derecho será de seis meses desde la fecha de la declaración concursal. Así, y de acuerdo al art. 205.3, en caso de no ejercer este derecho en el plazo de esos 6 meses, los titulares de los créditos antes referidos disfrutarán de un privilegio sustantivo, la preferencia, pues el buque se incluirá en la masa activa del concurso respetándose a los efectos de la PALGN el orden de graduación que la misma establece. De este modo, la PALGN viene a solucionar el silencio del art. 76.3 de la Ley Concursal (LC en adelante) en esta materia, que no hablaba de ningún plazo de ejercicio concreto del derecho de ejecución separada y además expresamente recoge, a diferencia del propio art. 76.3 LC, la atribución de este derecho no sólo al titular del privilegio marítimo sino también al acreedor hipotecario.

Por último, el ponente hizo alusión a la posible reforma que en materia de concurrencia y prelación de créditos del CC podría acontecer a la luz del Borrador de Anteproyecto de Ley de Modificación de los arts. 1921 a 1929 CC, en aplicación del mandato que se hace al Gobierno en la disposición final 33ª LC; en este punto, señaló que entre el contenido de este Borrador y la propia PALGN falta coordinación.

Ponencia 4ª: *D. José Luis García-Pita, “La responsabilidad del naviero”*

El Prof. García-Pita se refirió al naviero (Cap. I del Tít. III de la PALGN) y a su responsabilidad ante la futura reforma del Derecho de la Navegación Marítima, tema en el cual este Prof. goza de una gran autoridad (*vid.* su obra *La limitación de la responsabilidad civil del naviero*, Vitoria, 1996).

I. En primer lugar, realizó unas consideraciones generales relativas al tema. Así, a su modo de ver, el art. 217 (y por ello por remisión de éste también el art. 252 –referido a la responsabilidad del naviero por los actos ilícitos del capitán–), titulado de la “responsabilidad del naviero”, induce a engaño o más bien resulta discordante con el Tít. VII de la propia PALGN, titulado “De la limitación de la responsabilidad”; efectivamente, conforme al art. 217 el naviero es responsable ante terceros de los actos y omisiones del capitán y dotación del buque y de las obligaciones contraídas por el capitán de acuerdo con lo establecido en los arts. 251 y 252, sin perjuicio de su derecho a limitar su responsabilidad en los supuestos establecidos en el Tít. VII.

II. Entrando ya de lleno en el análisis del tema, y respecto de la delimitación del concepto “responsabilidad del naviero”, el ponente dijo que el art. 1089 CC, sobre las fuentes de las obligaciones, resulta aplicable a los navieros, de modo que podemos hablar de fuentes extranegociales de obligaciones y de fuentes negociales de obligaciones en el Derecho marítimo. Asimismo, dijo que aunque en cuanto a los abordajes hasta ahora el art. 826 CCom había sido el paradigma del supuesto de responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Marítimo, en el Derecho Marítimo también puede haber obligaciones *ex lege* (p. ej. los deberes –jurídico-administrativos– de comportamiento).

Con relación a los tipos de responsabilidad, afirmó que la PALGN prevé como modelos la responsabilidad civil y la patrimonial; con relación a ello, analizó el art. 217 y dijo que el mismo resultaba no defectuoso pero sí incompleto, ya que no había recogido toda la responsabilidad del naviero. Sobre la responsabilidad patrimonial, se refirió a la posible aplicación al naviero del art. 1911 CC, conforme al cual todo deudor responde con sus bienes en cuanto al objeto y con todos sus bienes presentes y futuros en cuanto al alcance; en este punto resaltó, en armonía con la tendencia del Derecho Marítimo de limitar la responsabilidad del naviero, la derogación por la disposición derogatoria punto 1° del art. 19.3 CCom, que establecía que el naviero responde con todo su patrimonio cuando no está inscrito.

Asimismo, del art. 217 dijo que se queda “cojo” ya que el mismo refleja una escisión en el plano subjetivo, en el sentido de que no contempla los actos y negocios llevados a cabo por otras figuras del tráfico marítimo como consignatarios, gestores navales o administradores del condominio de buques. No obstante, apuntó que seguramente el 217 sí ha querido insistir en los supuestos de representación más problemáticos (sin perjuicio de la aplicación del art. 1903 CC), y ello por dos razones: de una parte, por la incomparable autonomía del naviero, y de otra parte, porque la PALGN se habría elaborado pensando en la unidad de figuras, esto es, de la del naviero con las previamente mencionadas.

En lo concerniente a los sujetos pasivos de la responsabilidad, conforme al art. 217 y al 252 y sin perjuicio de los preceptos del Tít. VII (arts. 459 y siguientes –ss. en adelante– sobre limitación de la responsabilidad) el ponente expresó que el naviero se erige actualmente como el sujeto pasivo de la responsabilidad marítima por excelencia; en cuanto a esto, y en referencia a la historia de la codificación mercantil, recordó que en el CCom de 1829 el tratamiento de esta responsabilidad era distinto, de forma que la responsabilidad por los daños a terceros recaía primero en el capitán y raramente en el naviero, para ser en el CCom de 1885 cuando ya se hizo al naviero responsable en primer lugar (*vid.* el art. 618 y de forma más clara el art. 826 en materia de abordaje). Además de esto, aludió en especial a la responsabilidad del naviero en relación con la del propietario; sobre esto, recordó la importancia del art. 216, sobre la presunción de naviero, y de su apartado 1° en particular, que establece que a falta de inscripción en otro sentido y salvo prueba en contrario que nunca perjudicará a tercero de buena fe, se considerará naviero al propietario que figure inscrito en el Registro de Buques (estamos aquí ante una presunción *iuris tantum* que puede destruirse por la vía del art. 215.1 y 2, cuando se inscriba la condición del naviero no propietario

en el Registro de Buques a instancia del propio naviero o del propietario respectivamente).

III. Respecto a los supuestos que determinan de la responsabilidad del naviero, amén de la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual y especialmente de la innavegabilidad del buque como supuesto paradigmático de la responsabilidad del naviero, el ponente hizo hincapié desde otro enfoque en la responsabilidad por actos propios y en la responsabilidad por actos ajenos.

Por una parte, se planteó aquí la duda de si la omisión en la PALGN a la responsabilidad por los actos propios del naviero es deliberada o por equivocación.

Por otra parte, con relación a la responsabilidad por los actos ajenos, el ponente expresó su opinión de que el naviero deberá por lo general responder por las personas a su cargo.

IV. Finalmente, y concretamente en cuanto a la limitación de la responsabilidad del naviero en la PALGN, el ponente destacó los arts. 470 a 472, los cuales hacen alusión a la necesidad de constituir fondos de limitación para la válida alegación del derecho a limitar la responsabilidad ante los órganos jurisdiccionales españoles.

Por tanto, frente al Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo, de Londres en 1976, y su Protocolo de revisión de Londres en 1996 (Convenio LLMC/76/96), que no los exigía, la PALGN ha optado por subordinar el derecho a limitar la responsabilidad al hecho de la constitución del fondo o fondos que resulten pertinentes.

Sobre esta discordancia entre la ley interna y el Convenio, y para terminar su intervención, el ponente señaló que sospecha que los tribunales españoles aplicarían en este punto la potencial LGN y no el Convenio, a pesar de que éste tenga primacía y por el art. 2.2. sea recomendable su aplicación preferente en consonancia con la uniformidad pretendida.

2ª Mesa Redonda: *D. Jesús Mercader, Dª. Bárbara De la Vega y Dª. María Zambonino, “Los restantes sujetos marítimos y sus responsabilidades”*

La intervención del *Prof. Mercader* sirvió para analizar la PALGN en lo que concierne directamente al Derecho del Trabajo. Así, para hablar de los trabajadores en el mar dividió su exposición en tres partes: 1º. Una introducción, para incidir en las especialidades laborales del sector de actividad que supone la navegación marítima y en general aportar su parecer respecto al tratamiento dispensado en la PALGN a algunos aspectos propios del Derecho Laboral; 2º. A través del examen de algunos de los preceptos del Cap. III del Tít. II (que van del 221 a 229), que regulan la dotación del buque, abordó el estudio de dos asuntos, como son la formalización del ingreso de un lado, y el ingreso y la permanencia de la plantilla en el buque de otro; y 3º. Al hilo de todo lo apuntado antes, a modo de conclusión realizó una serie de recomendaciones que en

materia laboral sería interesante tuviera en cuenta el legislador antes de la potencial conversión de la PALGN en Ley.

Respecto a la primera parte introductoria, destacó con carácter previo lo curioso que resulta que la relación laboral en el mar sea común a pesar de las especialidades (en cuanto al contenido de la prestación o a la propia actividad laboral –lugar, modo, características y condiciones de su desarrollo–) congénitas a dicha relación en el ámbito marítimo, abogando por ello de antemano por la creación de una relación laboral de carácter especial con relación a los trabajadores del mar. A continuación, como especialidades laborales inherentes al sector de actividad que es la navegación marítima se refirió a: a) La frondosidad y fuerte incidencia de las normas internacionales; b) Los problemas de determinación de la ley aplicable; c) La carencia de una normativa reglamentaria de sustitución de las ordenanzas laborales; y d) El fuerte déficit convencional.

Asimismo, desde una perspectiva general afirmó que la PALGN dispensa un tratamiento aislado a aspectos tan relevantes como el asunto retributivo, el problema del ejercicio del poder disciplinario, la jornada de trabajo o la prevención de riesgos laborales, además de “ir” contra las tendencias modernas del Derecho del Trabajo.

Respecto a la segunda parte, y al primero de los asuntos, la formalización del ingreso, el ponente resaltó: a) El concepto amplio de dotación recogido en el art. 221, al comprender al conjunto de personas empleadas a bordo de un buque determinado en cualquiera de sus departamentos o servicios, si bien apuntó que para él la Propuesta parte de una concepción arcaica sobre la dotación de los buques, sin haber dado pasos significativos en esto; b) El ámbito de aplicación, en el art. 222, que establece en su apartado 1º la aplicación de las disposiciones de este Cap. III, relativo a la dotación, a los miembros de las dotaciones que presten sus servicios en buques destinados a la navegación marítima con una finalidad empresarial (en caso de que presten sus servicios en buques destinados a otras actividades o los servicios se presten en embarcaciones o artefactos navales, el régimen aplicable será determinado reglamentariamente conforme al art. 222.2); c) El principio general de dotación adecuada y de los límites objetivos a la libertad contractual del armador de acuerdo al art. 226, el cual efectivamente exige (226.1) que el número de miembros de la dotación de los buques y sus condiciones de aptitud y capacitación profesional sean las adecuadas para garantizar en todo momento la seguridad del buque y de la navegación así como la protección del medio marino (siendo esto materializado, según el 226.2, por la Administración marítima, que para cada buque nacional establecerá la dotación mínima de seguridad atendiendo a una serie de circunstancias –técnicas, de navegación y de tráfico y del régimen y organización del trabajo a bordo– y además, con arreglo al 226.3, expedirá –la Administración marítima– un “Certificado de Dotación Mínima de Seguridad”, que deberá llevarse a bordo y exhibirse ante las autoridades del Estado del puerto que visite el buque cuando estas autoridades así lo soliciten); d) El art. 227, concerniente a la nacionalidad de los buques, del cual dijo que el mismo, pese a que obliga a que el capitán y el primer oficial de cubierta de los buques nacionales sean españoles, al permitir que del resto de la dotación el 50% pueda no ser nacional español o de otro Estado de la UE, fortalece el principio de la libre circulación de los trabajadores pero

igualmente crea el riesgo de convertir a muchas naves en naves de “Babel”; y e) La conservación de las disposiciones específicas para los buques pesqueros del art. 228, ya que éste reza que lo establecido en este Cap. III se entiende sin perjuicio de las normas sobre idoneidad, titulación, acreditación de la capacidad profesional y Registro de Profesionales del Sector Pesquero (establecidas en la legislación de pesca marítima del Estado).

En cuanto al segundo asunto de esta segunda parte, el ingreso y permanencia de la plantilla en el buque, para empezar el ponente aludió a la contratación de las dotaciones, punto en el que se incluye por un lado la prohibición de las agencias privadas de embarque del art. 224.1, ya que éste establece que el embarque o desembarque del personal de los buques nacionales deberá ser efectuado con intervención de la Administración marítima o de la Autoridad consular en los puertos extranjeros; y se incluye por otro lado la responsabilidad de los agentes o representantes de navieros extranjeros cuando contraten a marinos nacionales para prestar sus servicios en buques extranjeros, que según se deduce del art. 229.2 tendrán un cúmulo de responsabilidades: 1^a. Solidaria con el naviero que representan 2^a. La responsabilidad u obligación de concertar con una Compañía aseguradora nacional un seguro mercantil que otorgue indemnizaciones de cuantía similar a las establecidas en el régimen de la Seguridad Social española para los casos de muerte o incapacidad por accidente 3^a. La responsabilidad que se deriva del control de la Administración. Por otra parte, se remitió al art. 225 en lo que importa a la clasificación del personal a bordo, de modo que tras citar el 225.1, que enumera las categorías básicas del personal marítimo (éstas son: a) el capitán; b) los oficiales; c) los subalternos de maestranza; y d) el resto de subalternos), destacó, siguiendo el 225.2, la integración de este personal marítimo en varios Departamentos (que son los de: a) cubierta o puente; b) máquinas; c) radiocomunicaciones; d) administración y servicios; y e) sanidad).

En último lugar, y como una tercera parte, el Prof. Mercader, y partiendo de la idea de que “el mar inventa el mar” (Lupo Hernández Rueda) concluyó su intervención haciendo una serie de recomendaciones: 1^a. Con relación a los trabajadores del mar, reiteró la necesidad y conveniencia de crear una relación laboral de carácter especial, frente a la común, pues así lo permite el art. 2.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante); 2^a. Dijo que sería interesante plantearse la posibilidad de crear una inspección de trabajo específicamente marítima; y 3^a. Apunto que es procedente en el marco actual reflexionar sobre el papel que juegan los trabajadores en el mar y en este sentido tener presente la importancia que podría tener el futuro funcionamiento y desarrollo del Instituto Social de la Marina.

La *Prof. De la Vega* dedicó su intervención a comentar algunos preceptos relativos al contrato de gestión naval y al contrato de consignación de buques, ubicados en los Caps. I y II respectivamente del Tít. V (sobre los contratos auxiliares de la navegación). En concreto, con relación a estos dos contratos, se refirió a los artículos que hacen alusión a su concepto, a su régimen aplicable y a su régimen de responsabilidad.

Respecto al contrato de gestión naval y a su concepto, éste se define en base al art. 372 como el contrato que se celebra entre dos personas, el gestor naval y el naviero,

por el cual aquél se compromete, a cambio de una remuneración, a gestionar, por cuenta y en nombre de éste, todos o algunos de los aspectos (referidos a la gestión comercial, náutica, laboral o aseguradora del buque) implicados en la explotación del buque.

Sobre su régimen aplicable, el art. 375 establece que se regirá por lo establecido en el contrato de gestión y en su defecto por las normas reguladoras del contrato de comisión mercantil (arts. 244 y ss. CCom).

En lo que respecta a la responsabilidad frente a terceros, se remitió al art. 376, que establece la responsabilidad solidaria del gestor con el naviero por los daños y perjuicios que se causen extracontractualmente a terceros como consecuencia de los actos de aquél o de los de sus dependientes (y ello sin perjuicio del derecho de uno y otro a limitar la responsabilidad).

En cuanto al contrato de consignación de buques, conforme al art. 377 éste se define como el contrato celebrado entre dos personas, consignatario y naviero, por el cual aquél por cuenta de éste se ocupa de las gestiones materiales y jurídicas necesarias para el despacho y demás atenciones al buque en puerto.

Sobre su régimen aplicable, el art. 378 prevé uno distinto en función de si la consignación es ocasional, en que se aplicarán las reglas de la comisión mercantil (igual que para el contrato de gestión naval) o duradera, en que se aplicarán las reglas del contrato de agencia (pudiéndose además pactar en este caso la exclusividad en la consignación).

Finalmente, el art. 380, sobre la responsabilidad por daños a las mercancías, establece que el consignatario no será responsable ante los destinatarios del transporte de las indemnizaciones por daños o pérdidas de las mercancías o por retraso en su entrega, aunque si lo será de los daños causados por culpa propia. En este punto, la Prof. De la Vega destacó que este principio de no responsabilidad quebrará cuando el consignatario actúe como transitario (cabe señalar aquí que el art. 382 establece que cuando además de la consignación se lleven a cabo actuaciones como transitario o de otra naturaleza, a las obligaciones y responsabilidad previstas para el consignatario se deberán añadir las propias de las prestaciones complementarias concretamente asumidas).

Por último, en esta mesa la *Prof. Zambonino* intervino realizando unos comentarios relativos a la PALGN en general en lo que al Derecho Administrativo interesa, viniendo a incidir en muchas de las ideas ya aludidas con anterioridad por el Prof. Parejo, a las cuales ahora cabe remitirse.

Sea lo que sea, es reseñable su comentario sobre la disposición adicional 5ª, relativa a las sanciones e infracciones administrativas, la cual se remite con una serie de particularidades a los Caps. III a V del Tít. IV de la LPEMM y a la legislación administrativa en general, para la tipificación como infracciones administrativas de las conductas reguladas en la PALGN, para la instrucción de los expedientes administrativos sancionadores, para la imposición de sanciones y para los recursos administrativos que procedan contra las resoluciones sancionadoras. De esta disposición se vino a concluir que “está un poco verde” en materia administrativa.

En cuanto a la Administración marítima, la ponente destacó que:

1º. La PALGN está “plagada” de medidas de intervención (no sancionadoras) administrativa y de control por parte de la Administración marítima que derivan en un conjunto de obligaciones que el particular tiene que cumplir (p. ej. el art. 91.1 faculta a la Administración marítima para establecer obligaciones a cargo de los navieros y capitanes de los buques nacionales por motivos de salvamento, seguridad marítima, lucha contra la contaminación, sanitarios u otras causas graves de interés social; en particular el 91.2 faculta a la Administración marítima para ordenar la participación en operaciones relativas a esos motivos).

2º. La Administración marítima también puede generar daños (p. ej. al hilo del citado art. 91, cuando de la participación de los navieros y capitanes en operaciones concretas por ella ordenada se derivan unos costes y unos daños y perjuicios para aquéllos, que podrán exigir de la Administración marítima una compensación económica por los costes y una indemnización por los daños y perjuicios) y que el art. 8.4 recoge la responsabilidad patrimonial de la Administración (a determinar conforme a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas) por los daños causados por los buques españoles de Estado.

Ponencia 5ª: *D. Jose María Ruiz Soroa, “El contrato de seguro marítimo”*

Al Prof. Ruiz Soroa le fue encomendado el análisis del Tít. VIII (arts. 473 y ss.) de la PALGN, relativo al contrato de seguro marítimo.

Tras apuntar que la regulación de la PALGN esencialmente aunque no idénticamente ha seguido el “armazón” básico creado hacia los años 80 con el Anteproyecto de Ley de seguro marítimo, estructuró su ponencia en dos partes: por una parte, se refirió a los principios generales que en la PALGN han inspirado la regulación del contrato de seguro marítimo (y que en su caso que lo diferencian del terrestre), centrándose en el de la autonomía contractual de las partes; por otra parte, habló de los puntos de la posible nueva regulación más novedosos y que serían problemáticos.

I. Sobre la primera parte, los principios inspiradores de la regulación del contrato de seguro en la PALGN, el ponente señaló que la pretensión de la Propuesta no ha sido otra que crear el marco jurídico adecuado para adaptar la legislación en materia de contrato de seguro marítimo a la asentada *praxis* contractual, impuesta por el mercado con origen en los modelos de pólizas y de condiciones generales anglosajones, queriendo no dejar espacio para las contradicciones fruto de una constante ardua tarea de traducción permanente de los conceptos de cuño continental. Así, lejos de inventar, sólo se ha querido normalizar el marco jurídico anterior del CCom de 1885, que era fuente de diversas disonancias y conflictos que necesitaban ser solucionados al no amoldarse adecuadamente a la realidad práctica, lo cual viene a procurar la PALGN.

En ese marco de una voluntad de adaptación a la realidad práctica por parte de la PALGN, de suma trascendencia es el principio general del respeto a la autonomía contractual de las partes introducido por el art. 474, del respeto a la autonomía contractual de las partes, al establecer que salvo que expresamente se disponga de otra forma

en los preceptos siguientes, las partes del contrato podrán pactar libremente las condiciones de cobertura que juzguen apropiadas, sin sujeción a forma determinada alguna.

De esta forma, la PALGN se aparta del principio de imposición a las partes con carácter imperativo de los preceptos de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro (LCS en adelante), reflejado en el art. 2 de la propia LCS (salvo que, establece este mismo art. 2 LCS, en ellos otra cosa se disponga –como p. ej. en el art. 44.2 LCS, que establece que el mandato contenido en este art.2 LCS no será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos– y entendiéndose no obstante válidas las cláusulas contractuales más favorables para el asegurado). A este respecto, el ponente sostuvo para buscar una justificación que explicase esta diferencia entre ambas legislaciones que el seguro marítimo, frente al terrestre, se da normalmente entre empresarios más que entre consumidores, por lo que no se hace necesaria la ultraprotección del régimen coactivo.

Sin embargo, este principio del respeto a la autonomía contractual de las partes tiene sus excepciones en la propia PALGN, así:

1°. El art. 490.2, en cuanto a la declaración del riesgo, establece que el régimen de declaración se regirá para el caso de seguros de embarcaciones dedicadas al deporte o recreo (navegación en general, no sólo comercial) por lo dispuesto por el art. 10 LCS, siendo inválido el pacto en contrario.

2°. El art. 490.1, que no obliga al asegurador a someter cuestionario alguno al tomador del seguro antes de la conclusión del contrato para que éste declare todas las circunstancias por él conocidas que puedan tener influencia en la valoración del riesgo (como si exige el art. 10 LCS), sino que obliga directamente al asegurado a declarar antes de la conclusión del contrato todas las circunstancias que conozca, o que razonablemente deba de conocer, que puedan influir sensiblemente en la apreciación del riesgo por un asegurador prudente.

Regula por tanto este art. 490.1 el deber de declaración precontractual de forma contraria al propio art. 10 LCS; es más, si el contrato se celebra por cuenta de otra persona establece este art. 490.1 que el deber de declaración se extenderá a las circunstancias conocidas o debidas de conocer por ésta. En definitiva, este art. 490.1 le impone directamente al asegurado un deber de informar por propia iniciativa, lo cual es más duro para él que lo dispuesto en el art. 10 LCS, que le impone un deber de contestar al cuestionario que le someta el asegurador; así, en el caso del art. 10 LCS recae sobre el asegurador la iniciativa para poder recibir la información de las circunstancias con influencia en la valoración del riesgo en este caso. Al respecto, el ponente señaló que este precepto es de dudosamente oportuno ya que realmente en la práctica a veces el asegurado “marítimo” no conoce todas y las variadas circunstancias que pueden influir sensiblemente en la apreciación del riesgo.

3°. El art. 492.3, que protege de forma imperativa (sin que valga pacto en contrario) a los terceros de buena fe que compran las mercancías cuando el asegurador ha emitido en los seguros de mercancías un certificado de cobertura, no pudiendo oponer la falta de pago de la prima a estos terceros compradores cuando ya se les haya entregado dicho certificado.

4°. El art. 493, relativo a la comunicación del siniestro, que establece: a) Que el asegurado o el tomador del seguro deberán comunicar al asegurador o al comisario de

averías designado en la póliza el acaecimiento del siniestro en el más breve plazo posible a partir del momento en que lo conozcan, perdiendo el derecho a la indemnización en caso de omisión causada por la actuación dolosa del asegurado; y b) Que en caso de negligencia o de retraso culposo en la omisión o tardía comunicación del siniestro, el asegurador tendrá derecho a los daños y perjuicios que se le hubieren causado por ello, aunque sin que valga pacto que pretenda imponer peor situación al asegurado.

Llama la atención que a diferencia del art. 16 LCS, relativo también a la comunicación del siniestro y que concreta un plazo máximo de 7 días (salvo que en la póliza se haya fijado uno más amplio) para dicha comunicación, este art. 493 no especifica mucho al expresar “en el más breve plazo posible”.

II. En cuanto a la segunda parte, según el parecer del ponente tres serían los puntos más novedosos de la potencial nueva regulación:

1°. La supresión del carácter formal del contrato de seguro, y ello de acuerdo con el ya mencionado trascendental art. 474 *in fine* y con el art. 488, que establece que el contrato puede ser probado por cualquier medio que sirva para demostrar que el asegurador ha aceptado la cobertura.

De esta forma, la regulación de la PALGN termina con la exigencia de que el contrato deba constar por escrito en póliza firmada por los contratantes que establece el art. 737 CCom, que quedaría derogado.

2°. Lo establecido por el art. 483, que en materia de coaseguro se refiere a la capacidad del asegurador abridor del coaseguro para representar a sus compañeros aseguradores. Así, el asegurador abridor estará legitimado, salvo pacto en contrario, activa y pasivamente, judicial y extrajudicialmente, para: a) La gestión ordinaria del contrato; b) Para adoptar cualquier decisión frente al asegurado en orden al siniestro y su liquidación; y c) Para efectuar las reclamaciones contra los terceros responsables del daño o hacer frente a las de los terceros perjudicados en los seguros de responsabilidad; y todo ello sin que tal actuación suponga solidaridad alguna entre los coaseguradores.

En resumen, el ponente apuntó que el abridor del coaseguro así tiene facultades de representación material y formal y está legitimado procesal y extraprocesalmente, si bien los compañeros aseguradores no son solidariamente responsables por la actuación del abridor del coaseguro, sin perjuicio de la acción de recobro.

3°. Los arts. 486 y 511, que resuelven el interrogante de cuándo pierde el derecho a la indemnización el asegurado. Tras aludir al 511, del que se deduce que en caso de que el asegurado no mantenga la navegabilidad del buque, embarcación o aparato flotante asegurado durante toda la duración de la cobertura, perderá su derecho a la indemnización, el ponente se centró en el art. 486.

El art. 486 aclara en qué casos responde el asegurador o asegurado (perdiendo también evidentemente su derecho a la indemnización), en función de la concurrencia de dolo o negligencia en el asegurado y sus dependientes; el esquema es el siguiente: a) De acuerdo con el art. 486.1, el asegurado responde en todo caso por los daños causados al interés asegurado si en él concurre dolo y responde salvo pacto en contrario si en él concurre culpa grave (teniendo este posible pacto en contrario el límite del 10%

del daño que quedará a cargo del asegurado), asimilándose a esta culpa grave, conforme al art. 486.3, la de aquellos de sus dependientes que desempeñen en tierra funciones de gerencia o dirección de las que dependa el estado de conservación o de mantenimiento del objeto asegurado; b) Por el contrario, el asegurador, salvo pacto en contrario, responderá de los siniestros causados por dolo o culpa de los dependientes del asegurado (art. 486.2).

A mayor abundamiento, y con relación al art. 486 en general, el ponente, por un lado, señaló que la asimilación a la culpa de grave del asegurado de la de los dependientes del art. 486.3, se explica por el hecho de que a veces no es fácil determinar quién es verdaderamente el asegurado; por otro lado, se refirió al problema que supone la regulación de este art. 486, en el sentido de que al prever casos en que no responde el asegurador, se apartaría de la *warranty* del sistema anglosajón, conforme a la cual hay casos en los que siempre responde el asegurador.

III. Para terminar, el ponente hizo referencia:

1°. Al tema de la indemnización, deteniéndose aquí en: a) El art. 500, que dispone que corresponde al asegurado la elección de ejercitar o bien la acción de avería o bien la acción de abandono (sólo en los casos del art. 516 –con relación al buque– y el art. 528 –con relación a las mercancías aseguradas–) para la liquidación del siniestro; y b) El art. 503.1, que destaca por establecer la transmisión de la propiedad de las cosas aseguradas al asegurador cuando éste acepta el abandono (si bien reza el 503.1 que podrá pactarse válidamente en la póliza el derecho del asegurador a renunciar a la transmisión de la propiedad de las cosas aseguradas o sus restos), retrotrayéndose esta transmisión al momento en que el asegurador recibió la declaración de abandono y quedando por el art. 503.2 obligado al pago del importe total de la suma asegurada (conforme a este art. 503.2 esta obligación recae sobre el asegurador no sólo cuando acepta el abandono, sino también cuando hay una declaración judicial de la validez del abandono).

2°. Al seguro de responsabilidad civil marítima. Así, partiendo de que el art. 476 d) establece que el interés en la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación puede ser objeto del seguro marítimo, habló de la innovación que presenta la PALGN al regular específicamente el seguro de responsabilidad civil marítima en sus arts. 530 a 534; el CCom no prevé este seguro de responsabilidad civil marítima en sus arts. 737 a 805 relativos al contrato de seguro marítimo, por lo que hasta ahora su régimen aplicable se ha deducido de los arts. 73 a 76 LCS, sobre el seguro de responsabilidad civil en general.

En mayor profundidad, el ponente quiso resaltar uno de estos preceptos que en la PALGN regulan el seguro de responsabilidad civil marítima: el art. 531, que otorga al tercero perjudicado acción directa para exigirle al asegurador que cumpla su obligación de indemnizar desde que surja la responsabilidad de su asegurado ante el propio tercero perjudicado, siendo inválido cualquier pacto en contrario.

Destaca el ponente que este precepto opta porque la obligación de indemnizar del asegurador exista desde un primer momento al producirse el siniestro, sin ser necesaria la declaración de responsabilidad o el pago del asegurado (*pay to be paid*).

Ponencia 6^a: *D. Evelio Verdera, "Las juntas arbitrales marítimas"*

Para estudiar este tema el Prof. Verdera analizó rigurosamente la en absoluto pacífica redacción de la disposición adicional 4^a; ésta, que lleva por título "Juntas Arbitrales marítimas", debe ser según el ponente objeto de crítica por varias razones.

I. En opinión del ponente, lo primero que en esta disposición adicional 4^a llama la atención es el hecho de que del texto de la misma se implica la confluencia en ella de diversas normas, a saber, normas de derecho público como normas administrativas, procesales...; esta confluencia normativa va a acarrear problemas y dificultades para el redactor del futuro reglamento, al cual hace referencia el párrafo 2^o de esta disposición, esto es, el reglamento que sirva para establecer la composición, ámbito territorial y demás extremos necesarios para el funcionamiento de las Juntas Arbitrales marítimas.

Por otra parte, para el ponente hablar de "Juntas Arbitrales marítimas" dice poco, dándose a su modo de ver en la práctica un preocupante abuso continuo del uso de la palabra "arbitraje".

II. Entrando más de lleno en la redacción de la disposición en cuestión, y sobre el ámbito de actuación de estas Juntas, su párrafo 1^o establece que conocerán de las acciones relativas a los premios por salvamento y a las remuneraciones por remolques de fortuna.

En cuanto a las materias que deberán ser objeto de desarrollo reglamentario, antes mencionadas y aludidas en el párrafo 2^o de la disposición objeto de comentario, el ponente se refirió al ámbito territorial con relación al funcionamiento de las Juntas Arbitrales marítimas, apuntando que dicho ámbito sería central y único en aras de una pretendida unidad.

El párrafo 3^o de la disposición examinada permite optar a los interesados por acudir o bien a estas Juntas Arbitrales marítimas o bien a la jurisdicción civil ordinaria, prevaleciendo esta última en todo caso cuando no se diera el acuerdo entre los interesados, y ello conforme al párrafo 4^o de la misma disposición; en mayor detalle, este párrafo 4^o expresa que la jurisdicción civil ordinaria se sustanciará con arreglo al procedimiento declarativo ordinario o verbal previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según corresponda en razón de la cuantía reclamada.

III. Finalmente, esta ponencia dio lugar al debate en torno a una serie de cuestiones, que concluyó con las siguientes reflexiones más sobresalientes:

1^a. Debe potenciarse la solución arbitral voluntaria en la PALGN.

2^a. Existen algunas dudas sobre la conveniencia de hacer desaparecer el Tribunal Marítimo Central y en su caso el modo de hacerlo.

3^a. Habría acuerdo en que deben impulsarse los Juzgados de lo Mercantil para que conozcan de los asuntos del Derecho Marítimo siempre y cuando los mismos tengan la formación adecuada para el adecuado ejercicio de sus funciones en esta disciplina; habida cuenta de que ello no suele darse en la práctica, si no se dota a estos jueces de

lo Mercantil de un cuerpo de asesores, parece mejor recurrir en primer lugar a los árbitros.

3ª Mesa Redonda: *D. José Marcos Picón, D. Vicente José García-Hinojal y D. José Luis Goñi Etchevers, “Los procesos marítimos”*

El *Notario y Secretario del Consejo General del Notariado* D. José Marcos Picón expuso las líneas generales de lo que puede entenderse como la actuación notarial en el nuevo Derecho de la Navegación Marítima; no obstante, y desde una perspectiva general, de entrada valoró la PALGN como un intento serio y elaborado de planteamiento de una regulación actualizada, unitaria y unificadora de una materia tan antigua y dispersa como es el Derecho de la Navegación Marítima (actualmente disgregada en distintos cuerpos legales tan antiguos como la LHN –derogada por la disposición derogatoria en su punto 4º– o el CCom, y tan influenciados por los Tratados internacionales).

En cuanto a la actuación notarial que se concreta en el nuevo Derecho de la Navegación Marítima, afirmó que la PALGN no representa una legislación en la que se contemple una actuación notarial específica y diferenciada de la general o del Derecho común, si bien es sobre todo en el derecho de la contratación sobre el buque donde la intervención del Notario tiene una enorme importancia en la validez y eficacia de los actos y negocios jurídicos, con alguna actuación puntual y especializada.

Las líneas generales de la actuación notarial en la PALGN las reflejó el ponente en el estudio de cuatro cuestiones:

1ª. Sobre el mantenimiento de la actuación notarial, el llamamiento a la actuación notarial se mantiene en términos y situaciones similares a las de la legislación actual; y también a los mismos efectos (los efectos del documento notarial no pueden ser diferentes de los que se producen en el resto del ordenamiento jurídico) y con la misma finalidad.

El principio general de libertad de forma para la validez de los contratos, propio del Derecho común (art. 1278 CC), se matiza en la regulación contractual maritimista, al exigirse al menos la forma escrita, con clara finalidad exclusivamente probatoria y la escritura pública e inscripción registral para alcanzar efectos de oponibilidad frente a terceros; son ejemplos de estas exigencias: el art. 113.1 para la adquisición del buque, el art. 170 para el contrato de construcción del buque, el art. 179.1 para el contrato de compraventa naval y el art. 194 para la hipoteca naval.

La eficacia de la escritura es la ordinaria, declarativa o constitutiva de derechos (p. ej. en el caso de la hipoteca naval se exige la escritura pública y la inscripción registral con carácter constitutivo –art. 194–), probatoria de la existencia y de los términos del contrato, etc. Cabe citar la regla general contenida en el art. 134.1, que regula el principio de titulación pública a los efectos de la inscripción en el Registro de Buques, citando la escritura pública en pie de igualdad con la resolución judicial y el documento administrativo.

2ª. Sobre la actualización y modernización de la actuación notarial, la PALGN acoge alguna de las últimas novedades o modificaciones legislativas que han dado buen

resultado en otras materias, aplicando fundamentalmente métodos que con finalidad claramente garantista de los derechos de los contratantes han probado ya su eficacia.

Así, el art. 134.2 recoge una regla general de traslación al Derecho Marítimo del sistema documental de solicitud de información registral previa al otorgamiento de la escritura y la posterior presentación de ésta en el registro directamente por el Notario autorizante; se trata de actuaciones notariales que en principio exceden de la estricta función de la redacción y autorización del documento y que pertenecen a las fases predocumental y postdocumental de la actividad notarial, respectivamente.

El sistema ha producido magníficos resultados en materia inmobiliaria, con un doble y beneficioso efecto: por un lado, presentar con claridad la situación de existencia o no de cargas reales sobre el objeto del contrato, en el momento del otorgamiento de la escritura (momento “de la verdad”, en el que los contratantes se transmiten la propiedad o los derechos reales, se pagan los precios, se entrega la posesión de los bienes, se produce el traslado de los riesgos de un contratante a otro... en definitiva, se cumplen las recíprocas prestaciones); por otro lado, permitir la presentación en el registro del documento público que se acaba de otorgar, en tiempo real, de modo que desaparecen las antiguas “carreras” por llegar al registro cuanto antes.

Asimismo, la nueva regulación de la materia en la PALGN permite la aplicación de tecnologías telemáticas (tanto actuales como futuras), lo que posibilitaría una agilización total de las transacciones, obteniendo así un grado de seguridad jurídica muy superior al existente bajo la legislación anterior.

El sistema de seguridad que proporciona la actuación notarial así diseñada y modernizada, se completa con las reglas, también de nuevo cuño, sobre coordinación registral (arts. 118 y 119), que permiten poner en comunicación, de oficio, la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles –actual Registro mercantil– con la Oficina de Matrícula –actual Registro administrativo del buques–, pretendiendo minimizar los efectos perniciosos (o, al menos, incómodos para el ciudadano), que produce el mantenimiento del sistema de duplicidad registral.

3ª. Sobre la unificación documental, es esta una consecuencia lógica y natural de la modificación radical –incluso traumática– que se ha producido en la estructuración de la organización de la fe pública extrajudicial en el Derecho español. Desde que la Ley 55/1999, de 29 de octubre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social estableció la integración del cuerpo de Corredores de Comercio en el de Notarios, de modo que resulta un cuerpo único de Notarios (desapareciendo por tanto la figura del Corredor de Comercio), se produce también un proceso de unificación documental.

4ª. Sobre algunas actuaciones notariales concretas, el Notario Picón mencionó: a) La relacionada con la forma del contrato de construcción del buque (art. 170); b) La relacionada con la forma y la eficacia frente a terceros en el contrato de compraventa del buque (art. 179); c) La relativa a la constitución de la hipoteca naval (art. 194); d) La que concierne al contrato de arrendamiento del buque en cuanto a la oponibilidad de este contrato frente a terceros (art. 256); e) La necesaria para el ejercicio del derecho de tanteo y retracto entre copropietarios del buque (el acta de depósito del art. 117.4); y f) La que se requiere para acreditar la propiedad de pertenencias (que no

partes integrantes) del buque por parte de un tercero, que así quedan excluidas del negocio jurídico relativo al buque (art. 112.2).

D. *Vicente José García-Hinojal*, *Registrador de la Propiedad y Mercantil y Presidente de la Asociación Profesional de Registradores*, analizó en su intervención, de forma similar al Prof. Beltrán, el estatuto jurídico del buque, reparando en su discurso en cuatro puntos: 1º. El concepto de buque; 2º. Su naturaleza jurídica; 3º. Su nacionalidad y abanderamiento; y 4º. El tema de la publicidad registral y el registro.

Respecto a los dos primeros, excelentemente estudiados por el Prof. Beltrán, cabe remitirse al análisis de su ponencia.

Respecto al asunto de la nacionalidad y abanderamiento, el ponente se refirió a los arts. 149 y ss., que en el Cap. III del Tít II. aluden a la nacionalidad de los buques, destacando el art. 149, que define el abanderamiento, y el 151, que se refiere a los efectos de éste. Así, se define como el acto que otorga el derecho a enarbolar el pabellón español y que tiene lugar con la entrega de la Patente de Navegación, estando abanderados en España todos los buques incluidos en la Oficina de Matrícula; en cuanto a sus efectos, son, cuando también estén correctamente matriculados, gozar de la nacionalidad española a todos los efectos.

Sobre la publicidad registral y el registro señaló que el buque es un elemento susceptible de ser inscrito hasta en tres registros: a) En el Registro de Buques (registro mercantil), que radica en la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles y es un Registro de titularidades y gravámenes, cuyo destino es proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas respecto de los buques que en él se inscriban (así es conceptualizado en el art. 118.1 y regulado específicamente en los arts. 128 y ss.); b) En la Oficina de Matrícula (registro administrativo), que es un servicio integrado en la Administración marítima, cuyo destino es mantener la identificación y el control administrativo de los buques españoles (así es definida en el art. 118.2 y es regulada de forma específica en los arts. 120 y ss.); y c) En el Registro Especial de Buques y empresas navieras, que de acuerdo a la disposición adicional 2ª punto 1º se denominará Oficina de Matrícula Especial de buques y empresas navieras y se regirá por lo previsto en su normativa específica (esto es, la disposición adicional 15ª LPEMM), siendo un Registro público de carácter administrativo (según esta disposición adicional 15ª LPEMM párrafo 3º en su punto 1º) y sito en la CCAA de Canarias (disposición adicional 15ª LPEMM párrafo 2º punto 1º).

Además, el Registrador García-Hinojal resaltó la necesidad de la existencia de coordinación entre el Registro de Buques y la Oficina de Matrícula, de modo que los asientos que se practiquen en el Registro de Buques deberán coordinarse con las anotaciones que se hagan en la hoja de asiento de la Oficina de Matrícula.

Finalmente, el *abogado maritimista Goñi Etxebers*, incidió, además de en el tema objeto de esta mesa redonda, en otras cuestiones más generales ya debatidas y comentadas previamente por otros ponentes, dando su opinión al respecto. En este sentido, reflejó con sus palabras coincidir con muchas de las conclusiones ya aportadas antes, si bien cabe dejar constancia de alguna de sus reflexiones más interesantes.

Por un lado, tras expresar que el CCom de 1885 procedió a unificar normas procesales y sustantivas (citando como ejemplos los arts. 580 CCom –relativo a la prelación

de créditos en la venta judicial de un buque para el pago de acreedores— o el art. 584 CCom —relativo a la posibilidad de embargar y vender judicialmente los buques afectos a la responsabilidad de los créditos del art. 580—), hizo hincapié en la necesidad de que la PALGN recoja normas procesales.

Por otro lado, y respecto al art. 2.2, sobre el modo de interpretar las normas de la PALGN, expresó que el mismo es de difícil comprensión y que debe aclararse que los Convenios internacionales primarían sobre una posible futura LGN.

Ponencia 7^a: *D. Rafael Illescas, “Los contratos de utilización del buque”*

Tal y como el título de su ponencia indica, el Prof. Illescas se encargó de analizar el Tít. IV de la PALGN, relativo a los contratos de utilización del buque, y en especial, por ser el que más cuestiones plantea, aludió al contrato de fletamento. No obstante, y señalando de entrada que la PALGN había sido ideada para dar una cobertura simultánea al derecho privado y al Derecho Administrativo, también realizó alguna consideración general sobre las disposiciones generales del Tít. Preliminar, concretamente, y como ya habían hecho otros ponentes, se refirió al art. 2, relativo al sistema de fuentes y a la interpretación de las normas de la PALGN.

I. Del sistema de fuentes previsto en el art. 2.1 dijo que el mismo no era ni necesario, pues a su modo de ver ya está claro el sistema de fuentes en derecho privado (el del CCom y CC), ni acertado, ya que coloca en el orden de las fuentes en segundo lugar a los usos marítimos, sin especificar que éstos son los de comercio, lo que puede parecer, siendo un error, que excluye a los usos de comercio.

Así las cosas, el ponente abogó por reproducir el sistema de fuentes del CCom con la única discusión posible de si es el sistema del art. 2 CCom (comercio en general) o el del art. 50 CCom (contratos), pareciendo que no puede ser este último porque éste no recoge los usos marítimos y éstos tienen en el Derecho Marítimo un indudable valor.

Del asunto de la interpretación de las normas de la PALGN inspiradas en Tratados internacionales en vigor en España, que con arreglo al art. 2.2 deberá hacerse teniendo en cuenta su origen y la conveniencia de promover la uniformidad, apuntó que el mismo viene del acervo común en conexión con las Reglas de Hamburgo. Además, dijo que el origen de las normas internacionales del cual habla este precepto debe ser fruto del compromiso global y no local.

II. Con respecto al tema objeto de la ponencia en particular, los contratos de utilización del buque, el ponente comenzó por afirmar que el Tít. IV, que regula los mismos, es sistemáticamente muy adecuado y ordenado, conteniendo (expresó literalmente) “normas de apreciable valor” (como p. ej. la del art. 276, que establece que en los casos en que se contrate la disponibilidad —utilización— de un buque para fines distintos del transporte, se aplicarán las disposiciones reguladoras del fletamento referidas a la puesta a disposición y empleo del buque, así como al flete, en tanto en cuanto sean compatibles con la finalidad del contrato celebrado).

Tras una somera referencia a los contratos de arrendamiento del buque (Cap. I, arts. 254 a 268) y pasaje (Cap. III, arts. 342 a 365), los cuales a su juicio no suscitan mayores complicaciones, y sin olvidar el de remolque (Cap. IV, arts. 366 a 371), se centró en el contrato de fletamento (Cap. II, arts. 269 a 341).

El ponente destacó como nota introductoria que detrás de la regulación del contrato de fletamento en la PALGN se aprecia un esmero en introducir la disciplina contemporánea. A continuación, desmenuzó su análisis del contrato de fletamento en la PALGN en cuatro puntos, deteniéndose sobre todo en el primero:

1°. En cuanto a la concepción del transporte marítimo como fletamento o viceversa, en la PALGN se revela como una “ecuación lógica” que el fletamento es igual al transporte marítimo, lo cual, apostilló el ponente, se desglosa en los arts. 269, 270, 271, 274 y 275: a) El art. 269 define el fletamento como el transporte marítimo de mercancías, esto es, el contrato por medio del cual se obliga al porteador, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino; b) El art. 270.1 permite concertar el fletamento por tiempo o por viaje cuando se refiera a todo o a parte de la cabida del buque, de modo que por aquél (fletamento por tiempo) el porteador se compromete a realizar todos los viajes que el fletador vaya ordenando durante el periodo pactado (dentro de los límites acordados), mientras que por éste (fletamento por viaje) el porteador se compromete a realizar uno o varios viajes determinados; c) El art. 271 identifica el transporte en régimen de conocimiento con el fletamento que se refiere a mercancías determinadas por su peso, medida o clase, caso en que las condiciones del contrato pueden hacerse figurar en el conocimiento de embarque u otro documento distinto de una póliza de fletamento; d) El art. 274 establece que en los contratos de volumen (referidos al transporte de un conjunto de mercancías en varios buques o en varios viajes) se aplican las disposiciones referentes al fletamento por viaje a cada uno de los pactados, salvo pacto diverso entre las partes; y e) El art. 275 vuelve a identificar el transporte marítimo de mercancías con el fletamento al establecer que si el contrato de transporte comprende la utilización de medios de transporte distintos del marítimo (transporte multimodal), las normas concernientes al contrato de fletamento de este Cap. II sólo se aplicarán a la fase marítima del transporte, regulándose las demás fases por la normativa específica que les corresponda.

En torno a todo esto, por una parte el ponente criticó que se haya intentado “colocar” todo el transporte marítimo en el seno del fletamento; por otra parte, señaló que los aludidos arts. 270, 271 y 274 contienen (de acuerdo a su redacción, ya referida) tres criterios definitorios que contribuyen a caracterizar el fletamento: el primero en términos contractuales, el segundo en términos del Derecho de los títulos-valores, y el tercero en términos del tráfico; deberá hacerse un esfuerzo por armonizar los mismos.

Asimismo, se refirió en este primer punto al art. 289, relativo al deber u obligación de custodia, defendiendo que este deber debería constar en la definición del contrato; este precepto establece que el porteador será responsable por la pérdida o daños que sufran las mercancías como consecuencia de la infracción del deber de custodia de acuerdo con la Sec. 7ª (relativa a la responsabilidad del porteador por pérdida, daños o retraso –arts. 329 a 340–).

2°. En cuanto a la formación, documentación del contrato, es importante para el ponente la mención del art. 313.3, que con relación a la firma del conocimiento de embarque establece que este conocimiento podrá también emitirse electrónicamente, siempre que las partes hayan acordado previamente las reglas sobre su emisión y circulación.

Aquí llama la atención que a diferencia de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, aquí si se exige el acuerdo previo entre las partes para la emisión electrónica del conocimiento.

3°. En cuanto a las obligaciones de las partes, el ponente no entró a estudiar exhaustivamente los arts. 277 a 294, sobre las obligaciones del porteador, y los arts. 295 a 304, sobre los deberes del fletador; sin embargo, sí quiso criticar el art. 278.2.

Este art. 278.2 sólo prevé una obligación de navegabilidad inicial, cuando ésta debería ser permanente (como en el transporte de pasajeros), al establecer que el estado de navegabilidad deberá existir en el momento de emprender el viaje, o cada uno de los viajes que incluya el contrato.

En otro orden de cosas y en cuanto a las obligaciones de las partes, el ponente resaltó que la PALGN había olvidado en su regulación tratar problemas tan trascendentales hoy en día como el del terrorismo o el de la congestión de los puertos.

4°. En cuanto al régimen de responsabilidad del porteador, caballo de batalla de la regulación del contrato de fletamento, el ponente aludió a la regulación del mismo en los arts. 329 a 340; entre ellos destaca el art. 333.1, el cual establece un régimen general de responsabilidad del porteador fundado en la culpa presunta (salvo para el caso de incendio, conforme al art. 333.2), que pone sobre dicho transportista la carga de probar que la pérdida, daño o retraso se debió a causas fortuitas o que para evitar sus efectos, el porteador o sus auxiliares, dependientes o independientes, adoptaron todas las medidas razonablemente exigibles como criterios exoneradores de responsabilidad.

Además, indicó el ponente, desaparecen las faltas náuticas como criterio de exoneración de responsabilidad, pues expresa la EM es un residuo ya insostenible de una ordenación histórica superada y progresivamente abusiva, en la medida en que los riesgos del transporte marítimo se han ido aproximando definitivamente a los del transporte en general.

Para terminar sobre este régimen de responsabilidad del porteador, señaló el ponente que en la medida en que el mismo está basado en las Reglas de Hamburgo no supone una verdadera modernización; asimismo, en la medida en que el mismo hace gravitar el riesgo sobre el porteador conllevará que los porteadores quieran evitar la aplicación de este régimen. En este sentido, expresó que la Comisión de las UN para el Derecho Mercantil Internacional está trabajando acelerada, eficiente y lealmente para la superación de las Reglas de Hamburgo.

Ponencia 8ª: *D. Manuel Carlier, "Condicionantes internacionales y modelos comparados y estado del cumplimiento de la normativa europea e internacional"*

Esta ponencia sirvió para introducir la mesa redonda que tuvo lugar justo después de la intervención de Carlier. No obstante, amén de aludir a aspectos que lógicamente están en directa relación con el tema en cuestión que titula la ponencia, el ponente aprovechó fundamentalmente para dejar constancia de las luces y sombras que al parecer de la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE en adelante) esta PALGN presenta, y ello por razón su condición de Director General de dicha Asociación. Asimismo, propuso soluciones para todas las deficiencias detectadas en la nueva normativa.

I. Aportó algunos datos sobre ANAVE, destacando que agrupa a 54 empresas navieras españolas, las cuales controlan unos 300 buques mercantes, suponiendo más del 95% del sector naviero español.

II. Entrando ya a analizar su intervención, señaló que los objetivos de ANAVE en relación con la PALGN son no sólo defender los legítimos intereses de las empresas navieras, sino también contribuir a crear un marco jurídico español sobre el transporte marítimo que sea: a) Seguro y claro; b) Que refleje la realidad práctica actual; y c) Que sea concordante tanto con otra legislación nacional como con los Convenios internacionales generalmente aceptados por los principales Estados marítimos.

Apuntó que la necesidad de la Propuesta es incontestable, pues nuestro marco jurídico, que tiene normas de más de 100 años, en general resulta disperso y además es ajeno a figuras habituales del sector marítimo que convendría regular. En consecuencia, un ejercicio de consolidación, revisión y actualización de nuestra normativa marítima podría tener efectos positivos.

Por el contrario, en nombre de ANAVE el ponente abogó por no llevar a cabo una reforma en profundidad, tal y como se produce con esta Propuesta, la cual que sería muy amplia y exhaustiva y por su magnitud nada fácil de materializar; en este sentido, afirmó que esta Propuesta reformaría profundamente la casi totalidad del Derecho Marítimo privado vigente (esto es, el estatuto jurídico del buque, registro y matriculación; los sujetos de la navegación; los contratos de utilización del buque y auxiliares; los accidentes y el seguro marítimo; aspectos laborales; y el régimen de responsabilidad) amén de normas administrativas contenidas sobre todo en la LPEMM.

Al hilo de los objetivos de ANAVE en relación con la Propuesta antes referidos pero de un modo más concreto, el ponente expuso tres objetivos prioritarios para ANAVE que a su modo de ver no parece que la actual Propuesta vaya a poder alcanzar; estos objetivos son: 1º. Lograr la homogeneidad con el Derecho Marítimo internacional adoptado con generalidad por los países marítimos de la UE y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE en adelante); 2º. Garantizar la seguridad jurídica, a través del perfecto engarce entre las normas españolas, europeas y Convenios internacionales hoy vigentes, tanto de derecho público como privado; y 3º. Dotar a la Propuesta de pragmatismo, en cuanto debe reflejar la

realidad práctica actual del transporte marítimo y tener en cuenta las consecuencias económicas y de todo orden que puedan derivarse de las modificaciones introducidas.

Respecto a estos tres objetivos, el ponente expresó que los mismos no reciben suficiente prioridad en la Propuesta. De hecho, por un lado se anteponen criterios teóricos o académicos, pero distanciados de la realidad de la práctica marítima diaria y de la normativa vigente en los principales países marítimos; por otro lado, al haberse terminado la Propuesta hace ya tres años, en numerosos aspectos ya sería necesario revisarla para reflejar modificaciones de normas nacionales o comunitarias o de Convenios internacionales.

III. En cuanto a la parte nuclear de su intervención, el ponente se refirió a cuatro áreas del Derecho Marítimo cuyo tratamiento en la PALGN preocupa a ANAVE en especial:

1^a. Sobre las materias cubiertas por Convenios internacionales, ANAVE coincide con el preámbulo de la Propuesta en la necesidad de conseguir el alineamiento con el Derecho Marítimo Uniforme (haciéndose necesario aquí tener en cuenta el carácter intrínsecamente internacional del negocio marítimo), sosteniendo además que la causa de la reforma no debería ser la antigüedad de una norma *per se* sino su posible “inadecuación a las condiciones modificadas del tráfico marítimo”. A mayor abundamiento, ese Derecho Marítimo Uniforme para ANAVE es el conjunto de los Convenios internacionales aceptados con más generalidad en nuestro entorno político y económico (UE y OCDE), por lo que prosigue ANAVE el alineamiento pretendido con el mismo no se produce en la medida en que la Propuesta propone la incorporación de algún Convenio que no goza de ninguna aceptación, como las Reglas de Hamburgo (1978), que sólo regulan el 5% del comercio marítimo.

En cuanto a la incorporación de Convenios internacionales, la Propuesta incorpora partes (que no textos no completos) de numerosos Convenios internacionales, por lo que ANAVE propone, por el contrario: de un lado, insertar en el texto legal cláusulas de llamada o remisión directa al texto de los Convenios internacionales; de otro lado, aplicarlos tanto a los supuestos internacionales como a los nacionales.

En mayor profundidad, ANAVE enumera como ventajas de la remisión directa a los Convenios: a) El respeto, por una parte, de la terminología empleada con cada Convenio para evitar confusiones, duplicidades y desajustes interpretativos, y por otra parte, el respeto del equilibrio normativo interno de cada Convenio, sin quitar ni añadir cláusulas que lo desvirtúen (p. ej. el CPM de 1993); b) El alcance de una mayor seguridad jurídica; c) Que no se vulnera la jerarquía normativa; d) Que se facilita la actualización permanente; y e) Que se reduce notablemente la extensión de la Ley, que podría limitarse a regular el concepto de naviero, los contratos de utilización del buque, el seguro marítimo, el capitán y resto de la dotación, algunas cuestiones administrativas no reguladas y pocos aspectos más.

2^a. Sobre el concepto de naviero, tema ya abordado por el Prof. Beltrán, ANAVE propone desde otra perspectiva cambiar las alusiones al naviero en la Propuesta por alusiones al armador, de forma que se preserve el concepto de naviero del art. 9 LPEMM. Veamos cómo llega ANAVE a esta conclusión:

El art. 9 LPEMM, indica ANAVE, contiene un concepto muy amplio de naviero, equivalente a “comerciante marítimo” o persona que utiliza un buque mercante con

finalidad mercantil, el cual por un lado es perfectamente coherente con la doctrina mercantil y por otro lado constituye la base de una serie de medidas de apoyo estatal al transporte marítimo aprobadas por la Comisión Europea (en cuanto a las bonificaciones del Registro Especial de Canarias, impuesto en función del tonelaje y avales estatales a la inversión en buques).

Por su parte, el art. 213 de la Propuesta recoge un concepto legal de naviero basado en el concepto de posesión y, por tanto, mucho más restrictivo que la definición actualmente vigente.

El problema por un lado es que la Propuesta no deroga el art. 9 LPEMM, dando lugar a la inseguridad jurídica; por otro lado, si prevalece el concepto de naviero del art. 213 ello acarrearía graves consecuencias al inutilizar los mecanismos de apoyo antes indicados y reputar como naviero a quien posee un buque de pesca o de recreo.

En este contexto, ANAVE acude para solucionar este desaguisado al art. 217 de la Propuesta, el cual pese a que lleva por título “Responsabilidad del naviero”, en realidad pretende identificar a la persona que asume la “gestión náutica” del buque, es decir, su mantenimiento en condiciones de navegabilidad y la contratación de su capitán y resto de dotación, para atribuirle a esa persona las responsabilidades que pudieran derivarse y, en particular, de los actos u omisiones del capitán y de la dotación que ella misma ha contratado. A esa figura, expresa ANAVE, tanto en el transporte marítimo como en la pesca y marina deportiva, se le llama armador (*vid.* la Ley de Transporte Marítimo de 1949, la Ley de Salvamento de 1962, convenios colectivos, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo...).

Por consiguiente, la propuesta de ANAVE es de un lado preservar el amplio concepto de naviero del Art. 9 LPEMM y sus aplicaciones en el campo fiscal y financiero, y de otro lado recuperar para el campo jurídico el concepto de armador en el sentido con el que ya se utiliza con toda generalidad en el ámbito mercantil y laboral, o sea, persona responsable de la gestión náutica de un buque de cualquier tipo (mercante, deportivo o de pesca) y, en particular, de la actuación de la dotación del buque. En consecuencia, y como se decía al principio, habría que sustituir para ello en toda la PALGN la palabra naviero por la de armador, lo cual no modificaría en absoluto el contenido doctrinal de la propia PALGN (responsabilidades inherentes).

En definitiva, serían navieros, de acuerdo con el art. 9 LPEMM, aquellos que explotan económicamente los buques mercantes, sean o no sus armadores; y serían armadores, a tenor del art. 213 de la Propuesta, los poseedores de los buques de cualquier tipo (no sólo mercantes, sino también pesqueros y deportivos). De esta forma, la condición de armador y naviero recaerían sobre la misma persona cuando ésta fuera la poseedora de un buque cuyo destino es ser explotado económicamente.

3ª. Sobre la responsabilidad del porteador, en la línea del Prof. Illescas, y partiendo de la referencia a la EM (que expresa que en la Propuesta se opta por un régimen de responsabilidad inspirado en las Reglas de Hamburgo de 1978), ANAVE señaló: de una parte, que en realidad la Propuesta va más allá, al prever un sistema de presunción de culpa del porteador, salvo prueba doble a su cargo (de causas fortuitas y de que adoptó todas las medidas razonablemente exigibles para evitar sus efectos); de otra parte, apuntó que la alusión a las Reglas de Hamburgo refleja una clara inconsis-

tencia con el principio de adhesión al Derecho Marítimo Uniforme antes citado en cuanto ningún país marítimo “importante” ha ratificado las Reglas de Hamburgo.

Por ello, ANAVE se opone a la aplicación de este régimen, por su inconsistencia con el Derecho Marítimo Uniforme. Así, el ponente recordó que de los 25 miembros de la UE, sólo 4, de los cuales 3 no tienen costa (Austria, República Checa y Eslovaquia), y Hungría, han ratificado las Reglas de Hamburgo, lo que supone que únicamente el 5% del comercio marítimo mundial se regula por las Reglas de Hamburgo, frente al 95%, que aplica las Reglas de La Haya / Visby.

4ª. Sobre los contratos de utilización del buque, e igualmente sin olvidar las ideas aportadas en torno al fletamento por el Prof. Illescas, ANAVE criticó la regulación que del contrato de fletamento se hace en los arts. 269 y ss. de la Propuesta, en cuanto por un lado sólo se contempla el fletamento como un “contrato de transporte de mercancías”, cuando la realidad actual de este concepto es mucho más amplia y rica, incluyendo el fletamento de buques de pasaje, de pesca, deportivos y para usos comerciales muy diversos; por otro lado, criticó la regulación porque toda la normativa sobre el contrato de fletamento se entremezclaría con el transporte marítimo bajo conocimiento de embarque (mezclando los conceptos de fletante y de porteador).

De esta suerte, ANAVE, que trabaja en esta dirección, defiende que la regulación de los contratos de utilización del buque se haga de tal forma que refleje la práctica mercantil actual, y que se distinga el fletamento por tiempo como un contrato con entidad propia y la figura del fletante como no porteador.

4ª Mesa Redonda: *D. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, D. Tomás Fernández Quirós y D. Fernando Jiménez Valderrama, “Condicionantes internacionales y modelos comparados y estado del cumplimiento de la normativa europea e internacional”*

En esta mesa redonda, estos tres ponentes estudiaron el mismo tema que el Director General de ANAVE Carlier si bien desde diversos puntos de vista o con relación a cuestiones distintas.

El *Prof. Sánchez Rodríguez*, en su calidad de reputado internacionalista, centró su intervención en arrojar una serie de críticas relativas al articulado PALGN en lo que a la rama jurídica del Derecho Internacional Público respecta.

En primer lugar, y en cuanto a la estructura de la PALGN, apuntó que la Propuesta precisa de una reestructuración interna en aras de ser compatible con el Derecho español en vigor. En este sentido, se refirió a los básicos errores conceptuales que algunos preceptos presentan:

1º. Sobre el valor de los Tratados internacionales, el art. 2.2, tan polémico según va quedando claramente reflejado en esta crónica, vuelve de nuevo a ser mencionado por el ponente en la medida en que el mismo deviene contrario a la CE y al Derecho español en vigor.

Efectivamente, el mismo habla de tener presentes los Tratados internacionales a los efectos de interpretar las normas de la propia PALGN que se inspiren en dichos textos internacionales, cuando del art. 96.1 CE se deduce (y así lo han hecho la doctrina y el TS) sin duda que la eficacia de los Tratados internacionales no puede reducirse a ser tenidos en cuenta para la interpretación de las normas internas, sino que una vez que han sido válidamente celebrados y publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, siendo por tanto directamente aplicables (sucediendo también conforme al propio art. 96.1 que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional).

Únicamente el art. 10.2 CE establece expresamente que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la propia CE reconoce deberán interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales y acuerdos internacionales (y con la Declaración Universal de Derechos Humanos) sobre las mismas materias ratificados por España.

En mayor detalle, como es evidente, y de acuerdo con el art. 94.1 e) CE, los Tratados o Convenios que supongan la modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución, previamente habrán sido autorizados por las Cortes Generales, quedando claro que por la vía de esta autorización España ha prestado su consentimiento para obligarse por medio de esos Tratados o Convenios.

2°. Sobre el tratamiento que la PALGN dispensa a los buques de guerra, el art. 8.1, relativo a la navegación de buques de Estado y guerra, establece que las disposiciones de la PALGN no se aplicarán a los buques y embarcaciones de Estado, incluidos los de guerra (que son, de acuerdo con el art. 8.3, los buques de Estado adscritos a las fuerzas armadas, que lleven los signos exteriores distintivos de su nacionalidad y que se encuentren bajo el mando de un oficial militar, cuyo nombre esté inscrito en el escalafón de oficiales o en un documento equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina militar), salvo que en ella se establezca otra cosa.

Decir que la PALGN no sería aplicable a los buques de guerra es un error en cuanto que cuando un buque de este tipo que navega por el mar territorial o las aguas interiores está sometido a las leyes y reglamentos del Derecho español, siendo por consiguiente la PALGN aplicable.

3°. Sobre la entrada en puertos españoles de buques extranjeros, el art. 13.1, que alude a la entrada en puerto, establece que todos los buques podrán entrar en los puertos españoles abiertos a la navegación marítima nacional e internacional, con sujeción en todo caso a las prescripciones contenidas en la Ley y a las demás de la legislación portuaria, de seguridad, de aduanas, de inmigración y de policía.

Debe deducirse del mismo una libertad no de navegación, sino de acceso.

En segundo lugar, el ponente destacó el hecho de que la PALGN parece quedarse anclada en la Conferencia sobre Derecho del Mar de la ONU de 1958 en Ginebra (la cual cabe recordar basándose en los proyectos de artículos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU adoptó cuatro Convenciones: a) Sobre mar terri-

torial y zona contigua; b) Sobre alta mar; c) Sobre plataforma continental; y d) Sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar) y desconocer la UNCLOS.

En tercer lugar, el ponente quiso mencionar tres preceptos y opinar sobre los mismos:

1º. El art. 32, que reza que sin perjuicio de las restricciones y requisitos establecidos en la presente Ley y de lo que proceda conforme a la legislación de aduanas, sanidad e inmigración, todos los buques podrán navegar libremente por las zonas españolas de navegación, bien sea para atravesarlas en paso lateral o bien para entrar o salir de los puertos o terminales del litoral nacional.

De este art. 32 dijo el ponente que no parece cierto que el mismo establezca la libertad de navegación.

2º. El art. 35.2, que sobresale por prohibir la navegación en inmersión para los submarinos extranjeros en las aguas interiores y el mar territorial.

3º. El art. 83.4, que merece una especial atención al establecer que cuando la administración competente decida adoptar las medidas coercitivas que resultaren necesarias y fueren proporcionales para impedir que el buque infractor se substraiga a las obligaciones, sanciones y responsabilidades que procedan (art. 83.3), entonces podrá recabarse la colaboración de los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado, quienes actuarán, conforme a lo previsto en su legislación reguladora, incluido, en su caso, el uso de las armas.

El Prof. Sánchez Rodríguez tildó a este art. 83.4 de “perla negra”, pues frente a la Convención antes referida de 1982, el mismo contempla el uso de las armas.

El *abogado maritimista Fernández Quirós* dedicó su intervención esencialmente a hablar sobre la trascendencia que tienen los Convenios internacionales en el Derecho Marítimo, teniendo como telón de fondo la necesidad de trabajar para conseguir en el plano internacional un Derecho Marítimo Uniforme. Así pues, y como se va a ver, coincide en cierta manera el contenido de esta ponencia con parte de la de Carlier, por lo que ambas pueden complementarse.

A modo de introducción, el ponente señaló que la nota definitoria del negocio marítimo es su carácter internacional, por lo que se hace preciso buscar la uniformidad del mismo en cuanto esta dimensión internacional. En este contexto, hay que tener presente que se elaboran y adoptan un gran número de Convenios internacionales que en determinados casos tienen una gran difusión, como es el caso de los ya citados en esta crónica UNCLOS, SOLAS, MARPOL o CLC (Convenio de la Organización Marítima Internacional –OMI en adelante– de 1992, que es un Protocolo de enmienda al Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969).

Al hilo de esto, apuntó el ponente que hay una serie de circunstancias que afectan al objetivo de uniformidad, a saber: a) La normativa interna ajena al fenómeno armonizador (caso de los Estados Unidos); b) Los distintos sistemas de incorporación de los textos internacionales (a través de leyes internas con los riesgos de desviación; en España mediante la ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado); c) Las lagunas que tienen los propios Convenios, remitiéndose a ley interna; y d) Las limitaciones relativas al ámbito de aplicación (sólo a supuestos internacionales) o reservas previstas.

A continuación aludió a los accidentes marítimos, aportando unas ideas en torno a esta materia. Así, dijo que: a) Es habitual un “frenesí” legislativo tras un accidente marítimo; b) Que existe una tendencia cada vez mayor a buscar respuestas fuera del ámbito de la OMI, teniendo en este sentido la UE un papel preponderante; y c) Que la aplicación fiel de los vigentes Convenios internacionales en esta materia suscita dudas (siendo el accidente del Prestige un vivo ejemplo de este fenómeno).

En tercer lugar, y volviendo al asunto del Derecho Marítimo Uniforme, se refirió a cómo la PALGN enfoca este objetivo.

En la PALGN hay un objetivo declarado de seguir “orientaciones más modernas y sólidas del Derecho Marítimo uniforme”, al tiempo que se observa una intención de recoger la influencia de los procesos codificadores seguidos en otros países y se reconoce pretender haber seguido Convenios internacionales vigentes en España, otros que aún no han sido ratificados por España y modificaciones aún no vigentes de Convenios ratificados por España.

Sin embargo, expresó el ponente, estos objetivos se han traducido en la PALGN en una reproducción parcial de Convenios, vigentes o no, y en desviaciones respecto de determinados Convenios. En este punto, él propuso realizar en la futura Ley una remisión genérica a los Convenios suscritos por España, limitando únicamente la regulación a los supuestos de remisión a la ley interna previstos en los Convenios.

Objeto de especial crítica para el ponente en relación con este tema es el caso de la incorporación de las Reglas de Hamburgo en la PALGN, en cuanto las mismas gozan en la actualidad, como ya apuntaba Carlier, de poca difusión internacional y han sido incorporadas a sus respectivos ordenamientos por países sin peso marítimo específico; asimismo, se daría pie a la dualidad normativa (supuestos nacionales e internacionales).

Para finalizar su intervención, el abogado Fernández Quirós igualmente quiso criticar, por una parte, disposiciones de la PALGN en materia de privilegios marítimos por apartarse del CPM de 1993 (con relación de un lado al ámbito de aplicación y con relación de otro lado al llamado “privilegio” sobre la flota –art. 184.3–).

Por otra parte, criticó la definición que de sujetos responsables se hace en materia de contaminación marítima, en la que el art. 452 identifica al naviero o titular del uso o explotación del artefacto naval en el momento de producirse el hecho generador de la contaminación como el que estará obligado a indemnizar los daños por contaminación, sin perjuicio de su derecho de repetición contra las personas culpables de aquel hecho.

Tras una breve referencia al tema objeto de debate en esta mesa redonda, el *abogado Jiménez Valderrama* optó por dedicar su intervención a hablar concretamente sobre las responsabilidades legales de las Autoridades portuarias y de las capitanías marítimas en materia de lucha contra la contaminación del medio marino. A tal efecto, dividió su exposición en tres bloques:

1º. Sobre las responsabilidades de la Capitanía marítima, señaló que las Capitanías marítimas, como órganos periféricos de la Administración marítima, tienen a su cargo: a) El control del tráfico marítimo en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción (art. 88.3 a) LPEMM); b) Las funciones

relativas a la navegación, seguridad marítima, salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina (arts. 88.3 g); 6 a), b), c), d), e), f), h); 74.1, 2, 3, 4; 86.1, 2 LPEMM); c) La ordenación y ejecución de las inspecciones y controles técnicos, de seguridad y prevención de la contaminación de todos los buques (art. 86.5 LPEMM); y d) El ejercicio de la potestad sancionadora (art. 86.11 LPEMM).

2°. Sobre las responsabilidades de la Autoridad portuaria, apuntó que a éstas les corresponde: a) La gestión de los puertos de su competencia (art. 23 LPEMM); b) La prestación de servicios portuarios generales y autorización y control de los servicios portuarios básicos para que se desarrollen en condiciones óptimas de eficacia, economía, productividad y seguridad, sin perjuicio de competencias de otras autoridades (art. 36 LPEMM); c) La prestación en la zona de puerto de los servicios generales de: a') la ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, tanto marítimo como terrestre (art. 58.2 a) LREPS); b') la vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones (art. 58.2 d) LREPS); c') la limpieza de las zonas comunes de tierra y agua (no se incluyen en este servicio la limpieza de muelles y explanadas como consecuencia de las operaciones de depósito y manipulación de mercancías ni las de los derrames y vertidos marinos contaminantes competencia de la Administración marítima. –art. 58.2 f) LREPS–); y d') la prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre Protección Civil, mercancías peligrosas y demás normativa aplicable, en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación. (art. 58.2 g) LREPS).

Además, recordó que las Autoridades portuarias: a) Deberán coordinar la actuación de los distintos órganos de la Administración que ejercen sus actividades en el ámbito del puerto para el ejercicio de sus competencias (art. 37.1 c) LPEMM); b) Tienen como función el control en el ámbito portuario del cumplimiento de la normativa sobre manipulación de mercancías peligrosas, prevención de riesgos laborales, sistemas de seguridad y contra incendios sin perjuicio de las competencias que están atribuidas a otras autoridades (art. 37 j) LPEMM); y c) Tienen como ámbito territorial de competencias el comprendido en la zona de servicios del puerto y espacios afectados al servicio de señalización marítima (art. 38 LPEMM).

3°. Sobre las responsabilidades compartidas, el ponente expresó que las Autoridades a cargo de puertos marítimos en los que se manipulen hidrocarburos a granel o se suministren combustibles a los buques deberán confeccionar un Plan Interior de Contingencias por Contaminación Marina Accidental del Puerto (PICCMA en adelante), de acuerdo con los arts. 1 y 2 del antes citado RD 253/2004, el cual deberá ser aprobado por la Autoridad portuaria correspondiente previo informe de la Capitanía marítima. (art. 3 RD 253/2004).

De este PICCMA, entre otras cosas, cabe resaltar: a) Que deberá integrar protocolos de actuación para hacer frente a esta clase de emergencias coordinando las actuaciones de los distintos organismos con competencias en la materia y que dispongan de los medios humanos y materiales necesarios para atenderlas adecuadamente; b) El art. 87.1 LPEMM, el cual, partiendo de que la lucha contra la contaminación del medio

marino es un servicio público que se prestará por la Administración del Estado así como por las restantes Administraciones Públicas competentes, y de acuerdo con el principio de coordinación instrumentado a través de los planes y programas correspondientes, establece que estos planes contemplarán de forma integrada las actuaciones de cada Administración, así como los medios para desarrollarlas con independencia de su titularidad, de su adscripción funcional o de su localización territorial; c) Que el PICCMA del puerto debe contemplar la asignación de funciones y mecanismos de comunicación precisos para mantener un nivel adecuado de coordinación con planes de contingencias de ámbito superior (planes territoriales, nacionales e internacionales) y deberá tener en cuenta la necesaria vinculación con otros Planes de Atención de Emergencias que tengan ingerencia en el ámbito portuario, como pueden ser, entre otros, los Planes de Protección Civil, Protección de las Instalaciones Portuarias del ámbito PBIP, Planes de Emergencia y riesgos laborales, etc., atendiendo a un criterio de Seguridad Integral en el Puerto.

Ponencia 9^a: *D. José Carlos Fernández Rozas, “El Derecho Internacional Privado de la Navegación Marítima”*

I. Antes de referirse a cuestiones más concretas relacionadas con el tema objeto de su Ponencia y desde un punto de vista general, El Prof. Fernández calificó el tema del Derecho Internacional Privado de la Navegación Marítima como un tema esotérico *per se*, en tanto en cuanto al no parecer que el Derecho Internacional Privado (con sus propias características como rama jurídica) deba tener mucha influencia en el Derecho Marítimo, no se hace sencillo hablar de un Derecho Internacional Privado de la Navegación Marítima.

A mayor abundamiento, el ponente afirmó que al pluralismo (en relación con la teoría de los “vasos comunicantes”) que es propio del Derecho Internacional Privado y que lo configura como algo coyuntural (teniendo aquí presentes dos circunstancias que concurren con relación al mismo, como son una diversidad de legislaciones y una diversidad de jurisdicciones), se contrapone a la unificación a la que pretende llegar el Derecho Marítimo.

En definitiva, en esta consideración inicial el ponente aboga por hacer intervenir al Derecho Internacional Privado en el Derecho Marítimo sólo cuando sea imprescindible.

Por otra parte en esta introducción, y en lo que al Derecho Internacional Privado estrictamente se refiere, el ponente, en base a la nota del pluralismo que es congénita a esta rama jurídica, manifestó oponerse a la potencial creación de una Ley general que regule el Derecho Internacional Privado. Asimismo, se remitió expresamente para profundizar en torno a estas reflexiones a una obra: Álvarez Rubio, J. J., *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2000.

II. Profundizando más sobre el tema objeto de la ponencia, y con relación a las técnicas de reglamentación en el Derecho Internacional Privado, se refirió a las normas de

conflictos de leyes, diciendo que en el Derecho Marítimo hay pocas normas de conflicto.

Con relación a la pretendida unificación del Derecho Marítimo aludida en la introducción, expresó el ponente que el Derecho Marítimo también refleja otro “pluralismo”, como es el que se deriva de la pluralidad o “magma” de regímenes convencionales que no tienen base estatal, y que explica que la reglamentación en Derecho Marítimo sea paraestatal sobre todo (como confirma la jurisprudencia) y que la unificación jurídica todavía no se haya conseguido (no siendo fácil que una única ley pueda integrar todo este “magma” convencional).

En esta línea, dijo que lograr una integración de todos los Convenios se hace muy difícil en la medida en que concurren dos circunstancias: por un lado, la “acomodación de los intereses de los Estados”; por otro, el hecho de que muchos Estados hacen reservas, originándose la diversidad legislativa. No obstante, esto podría paliarse a través de una cláusula universal *erga omnes* que disponga que la aceptación del Convenio por parte del Estado en cuestión implica que el derecho interno se ve reemplazado, posibilitando así verdaderamente la unificación legislativa.

Siguiendo con los Convenios, el ponente resumió en tres (aunque mencionó algún otro) los principales problemas que en los mismos suelen darse: a) En cuanto al ámbito material, que a veces el título no responde al contenido y no se sabe exactamente cuál es éste; b) En cuanto al ámbito territorial, que en ocasiones no es fácil saber si un Estado determinado es parte del Convenio o si siendo parte ha hecho reservas; y c) En cuanto a la delimitación temporal, que puede no resultar fácil saber desde cuándo se aplica el Convenio, esto es, desde su entrada en vigor o con carácter retroactivo. En este marco, y para dar respuesta a estos problemas, se refirió al Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados como el instrumento necesario para intentar dar soluciones a los Convenios que carecen en ciertos aspectos de una solución clara.

Después hizo alusión a algún problema propio del Derecho Internacional Privado de la Navegación marítima. En este sentido, habló sobre la discordancia entre los sistemas de arbitraje de unos países y otros, de forma que por ejemplo en el modelo francés o español el juez ejerce sólo una función auxiliar al entrar en el proceso de anulación tras la emisión del laudo por los árbitros, mientras que en el modelo inglés, a través de las medidas antiproceso (*antisuit injunctions* siguiendo la terminología anglosajona), el juez puede paralizar el proceso.

III. Para terminar su intervención, el ponente se refirió a la PALGN en concreto, de la cual dijo que en lo que concierne al modo de incorporación de los Convenios y con relación a los sectores específicos del Derecho Marítimo debería adoptar soluciones concretas (elegir entre la copia del Convenio, la incorporación por preferencia...) y no genéricas, máxime cuando además las materias del Derecho Marítimo regidas por los Convenios internacionales son muy heterogéneas (afectando al derecho público y privado), siendo los Convenios en general de muy difícil superposición.

Asimismo, destacó que el Derecho Marítimo “goza de buena salud” sin la ayuda del Derecho Internacional Privado, el cual debe constituirse como un ordenamiento

residual que incida única y exclusivamente en el Derecho Marítimo con el fin de perfeccionarlo.

Ponencia 10^a: *D^a. Isabel Martínez Jiménez, “Accidentes de la navegación y responsabilidad civil por contaminación”*

La Prof. Martínez se encargó de analizar a fondo el Tít. VI de la PALGN, relativo a los accidentes de la navegación, examinando al efecto sus cinco Capítulos, relativos por el orden del primero hasta el quinto a: el abordaje, la avería gruesa, el salvamento, los bienes naufragados o hundidos y la responsabilidad civil por contaminación.

I. Del Abordaje (Cap. I, arts. 397 a 406), cabe decir que:

1°. En cuanto al ámbito de aplicación de las normas sobre abordaje, el art. 404 establece que las normas de este Cap. I se aplicarán en todo caso a la responsabilidad por daños derivados de abordaje, con independencia de que tal responsabilidad se exija en un procedimiento judicial civil o penal, o en un expediente administrativo (404.1), si bien no se aplicarán a las relaciones entre las partes vinculadas por un contrato de fletamento, pasaje o trabajo, que se regirán por sus normas específicas (404.2).

La ponente aludió aquí al problema de la coexistencia de la PALGN con el Convenio de abordaje de Ginebra en 1910.

2°. Sobre el concepto de abordaje, el mismo se configura sobre dos elementos que se recogen en el art. 397.1, a saber: a) El choque o colisión entre buques, embarcaciones o artefactos (no por tanto del buque con objetos fijos como pueden ser rocas, puentes...); y b) La producción de daños en las cosas o personas embarcadas como consecuencia de dicho choque o colisión.

3°. El sujeto responsable en el abordaje es el naviero del buque que produce el abordaje (ténganse aquí en cuenta las presunciones que establece el art. 213 sobre quién es naviero y recuérdense los apuntes del Prof. Beltrán y de Carlier al respecto).

4°. Del fundamento de la responsabilidad en el abordaje, con arreglo al art. 398.1 y 2, el mismo es la culpa del propio naviero del buque que origina el abordaje, la cual deberá ser probada, al igual que la relación de causalidad, por el perjudicado que le reclame la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (por el otro buque y por las cosas y personas, a bordo de los buques así como los causados fuera de ellos).

Así pues, como señaló la ponente, se rechazan las presunciones de culpa del naviero, dependiendo el nacimiento de su obligación de indemnizar de la prueba a cargo del perjudicado de la relación de causalidad entre el abordaje y el daño producido y de la concurrencia de culpa en la persona del naviero. De la misma manera, el Convenio de abordaje de 1910 citado parte de un principio de culpa probada, excluyendo en su art. 6 expresamente las presunciones legales de culpa en cuanto a la responsabilidad del abordaje.

5°. Del asunto de la culpa común o compartida, se ocupan los arts. 399, 400 y 401.

Especialmente destaca el art. 400.1, en cuanto el mismo establece entre ambos navieros un régimen de responsabilidad solidaria en los casos de abordaje por culpa com-

partida con respecto a los daños sufridos por terceros, sean personales o materiales, sucediendo, según completa el art. 400.2, que el naviero que haya abonado una indemnización en virtud de dicha solidaridad gozará del derecho de regreso contra el otro naviero en proporción al grado de culpa de su buque.

Señaló como particularidad de este precepto 400.1 la ponente que el mismo se aparta del Convenio de 1910 en cuanto que si bien éste prevé el régimen de la responsabilidad solidaria para los daños personales sufridos por terceros, por contra establece el de la responsabilidad mancomunada para los daños materiales sufridos por terceros.

Por su parte, el art. 399 habla del abordaje por culpa compartida en general, sin aludir a terceros, estableciendo que en caso de abordaje causado por culpa compartida por ambos buques, la responsabilidad de sus respectivos navieros se graduará en proporción al grado de culpa atribuido a cada buque (399.1); cuando no pueda establecerse el grado de culpa debido a las circunstancias de hecho, o cuando las faltas cometidas resulten equivalentes, la responsabilidad se atribuirá a ambos navieros a partes iguales (399.2).

Finalmente, el art. 401 recoge las excepciones oponibles en caso de solidaridad, de modo que el naviero demandado en los supuestos de culpa compartida podrá oponer válidamente frente a los terceros las excepciones que correspondieran al otro naviero, especialmente las derivadas del título contractual que pudiera existir entre ellos o las aplicables por limitación de responsabilidad.

Para la ponente debería decirse en este artículo que en esta posible oposición de las excepciones del otro naviero se tendrá en cuenta el grado de culpa.

6°. En el caso de abordaje fortuito y abordaje por causa desconocida, conforme al art. 402, cada perjudicado soportará el daño sufrido.

En opinión de la ponente no parece admisible que la causa desconocida deba ser soportada por la víctima.

7°. En lo relativo a la posible exigencia de requisitos formales para poder exigir la indemnización, el art. 403.1 establece que esta exigencia no está subordinada al cumplimiento de ningún requisito formal, sin perjuicio claro de la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión; no obstante, establece el 403.2, las partes implicadas en un abordaje deberán facilitarse recíprocamente la inspección de los daños sufridos.

Este art. 403.1 supone una novedad frente a la regulación de este punto en el CCom, pues el art. 835 CCom exigía para ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios la presentación dentro de las 24 horas de protesta o declaración ante la autoridad competente (del punto en que tuviere lugar el abordaje, o la del primer puerto de arribada del buque, si ocurre en España) o ante el Cónsul de España (si ocurre en el extranjero).

8°. En lo que respecta a la prescripción del derecho para exigir la indemnización, éste prescribirá conforme al art. 406 a los dos años del acaecimiento, coincidiendo con el art. 953 CCom.

Por otra parte, el mismo precepto establece que el derecho de regreso entre navieros solidariamente responsables prescribe al año de haberse abonado efectivamente la indemnización al perjudicado.

II. De las averías gruesas (Cap. II, arts. 407 a 416), cabe decir que:

1°. La regulación de esta materia en la PALGN se justifica en que las reglas del CCom resultan “muertas” y en que las Reglas de York Amberes sobre avería gruesa de 1924, modificadas en 1950, no contienen una regulación adecuada en lo que concierne a la justificación y liquidación de la avería gruesa.

Frente al CCom y estas Reglas, la PALGN si contiene una regulación más detallada en algunos aspectos si bien ni prescinde ni se remite a las citadas Reglas.

2°. La ordenación con relación a los aspectos regulados de la avería gruesa es asistemática.

3°. En cuanto al concepto, traducido en los requisitos del acto de la avería gruesa, del art. 407 se infiere que son: a) Que el acto sea intencionado y razonable; b) Que ese acto cause un daño o gasto extraordinario; y c) Que ese acto tenga lugar en relación con los bienes comprometidos en un viaje marítimo en situación de peligro (aunque según el art. 411 se excluye la causación culpable de la situación de peligro, esto es, que si la situación de peligro que justifica el acto de avería gruesa se debe a la culpa de alguna de las partes interesadas en el viaje todos los daños y gastos causados serán a cargo del culpable, y no habrá lugar a contribución de las partes inocentes); y d) Que el acto esté destinado a la salvación común de esos bienes.

La ponente hizo algunos apuntes en torno a este precepto 407: por un lado, de los daños y gastos extraordinarios dijo que éstos no deberán ser los de la normal ejecución del contrato de transporte; por otro lado, de la situación de peligro en que deben encontrarse los bienes comprometidos critica que no se aclare si debe ser un peligro objetivo e inminente.

4°. Respecto a la contribución de la avería gruesa: a) El art. 408 formula el principio de que los daños o gastos ocasionados en acto de avería gruesa serán soportados por los titulares de los intereses en riesgo en el momento de la avería, en proporción y con el límite del valor salvado de cada uno de ellos; b) El art. 409 establece que el deber de contribución a la avería gruesa no está subordinado al cumplimiento de ningún requisito formal a bordo, por lo que se da una ausencia de formalidades en este punto, si bien ello será sin perjuicio de lo dispuesto en la propia PALGN en cuanto a las obligaciones del capitán acerca del Diario de Navegación; c) El art. 414, en cuanto a las garantías de la contribución, establece un derecho de retención a favor del naviero, a bordo o en tierra, de las mercancías transportadas en tanto los interesados en ellas no constituyan garantía suficiente del cumplimiento de su obligación de contribuir; y d) El art. 415 se refiere a la prescripción del derecho para exigir la contribución a la avería gruesa, el cual prescribe al año de terminar el viaje en el que ésta tuvo lugar, entendiéndose que para cada partida de mercancías termina en el momento de su descarga definitiva (este plazo se interrumpe por el comienzo de un procedimiento, privado o judicial, para su liquidación).

Con relación a estos preceptos relativos a la contribución de la avería gruesa, la ponente destacó que el principio del art. 408 supone una obligación de carácter legal y *propter rem*, siendo los titulares de los intereses en riesgo, a pesar de que la PALGN no lo aclara, el propietario del buque pero seguramente también el naviero o el consignatario en el conocimiento de embarque.

5°. Sobre la liquidación de la avería, se permite el acuerdo entre los interesados (liquidación privada), en defecto del cual se procederá a la liquidación judicial de la avería, de acuerdo con los trámites previstos en las normas procesales de los arts. 580 a 590.

Esto se traduce fundamentalmente en que el art. 580 permite a cualquiera de los interesados en un viaje marítimo, en ausencia de liquidación privada, dirigirse al juez solicitando que se tramite el expediente de liquidación de avería gruesa que se regula en los arts. 581 a 589, siguiéndose conforme al art. 590 las normas vigentes sobre jurisdicción voluntaria en todo lo que no esté previsto por los mencionados artículos.

III. Del salvamento marítimo (Cap. III, arts. 417 a 436) destaca para empezar, en cuanto a su ámbito de aplicación, que pueden surgir problemas cuando entre en vigor en España el Convenio internacional sobre Salvamento Marítimo de Londres de 1989.

Por otra parte, se hace interesante distinguir entre las normas de la PALGN que no generan especialidad frente a las del Convenio de 1989 y las que implican especialidades del régimen de la PALGN. Así, entre las primeras, aplicadas del Convenio “tal cual”, mencionó las de los arts. 420 a 427 y las de los arts. 429 a 432; entre las segundas estarían las de los arts:

1°. Art. 417, relativo al concepto de salvamento, que establece que se considera salvamento todo acto emprendido para auxiliar o asistir a un buque, embarcación o artefacto naval, o para salvaguardar o recuperar cualesquiera otros bienes que se encuentren en peligro en cualesquiera aguas navegables, con excepción de las continentales interiores (417.1).

El Convenio de 1989 no excluía la práctica del salvamento en las aguas continentales interiores.

Se completa la regulación del concepto de salvamento marítimo con el art. 417.2, que establece que no se considerará salvamento la asistencia prestada a bienes fijados de manera permanente e intencional a la costa; y con el art. 417.3, que establece que el hallazgo y recuperación inmediata de bienes abandonados en las aguas o sus costas se considerará como salvamento, salvo que sean producto del mismo mar o de las aguas navegables.

2°. Art. 418, que destaca por establecer la aplicación del régimen interno (normas sobre salvamento) al salvamento prestado a los buques de guerra y otros de Estado según se definen en el art. 8.

3°. Art. 419 (relativo al salvamento ordenado o supervisado por la autoridad pública y 428 (relativo al reparto del premio por salvamento entre el naviero y la dotación, siendo conforme al 428.1 y salvo pacto en contrario de un tercio para aquél y de dos tercios para ésta), como normas de la PALGN que permiten integrar las remisiones del Convenio de 1989 al derecho interno.

4°. Art. 420.2, como ejemplo de una norma especial de la PALGN no prevista en el Convenio o que difiere de su contenido, al permitir no sólo al capitán, sino ahora también al naviero del buque, celebrar un contrato de salvamento en nombre del propietario de los bienes que se encuentren a bordo.

IV. De los bienes naufragados o hundidos (Cap. IV, arts. 437 a 450), la ponente se limitó aquí a decir que habría sido mejor que la PALGN hubiera tratado de forma unitaria las remociones (arts. 92 a 100) y el régimen de extracciones (arts. 444 a 450).

V. De la responsabilidad civil por contaminación (Cap. V, arts. 451 a 458), cabe decir que:

1°. Sobre el ámbito de aplicación de la normativa prevista en la PALGN, destaca el art. 451, que establece que los preceptos de este Capítulo V regirán la responsabilidad civil derivada de daños por contaminación sufridos en las costas y zonas españolas de navegación, que proceda de buques, embarcaciones y artefactos, dondequiera que éstos se encuentren.

En todo caso, sobre esto la ponente dijo que la normativa de los Convenios seguirá siendo aplicable cuando éstos estén en vigor, como es el caso del Protocolo hecho en Londres en 1992, por el que se enmendó el Convenio internacional sobre responsabilidad civil derivada de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969.

2°. Respecto al sistema de responsabilidad, cabe citar los preceptos 452, 453 y 454, y en concreto:

El art. 452.1, referido a los sujetos responsables, destaca al establecer que la obligación de indemnizar los daños por contaminación recae sobre el naviero o titular del uso o explotación del artefacto naval en el momento de producirse el hecho generador de la contaminación, sin perjuicio de su derecho de repetición contra las personas culpables de aquel hecho.

Frente al Convenio de Londres de 1992, apuntó la ponente que la PALGN se fija en el naviero y no en el propietario como sujeto responsable, si bien añadió que esto no debería implicar que se cierre la acción contra otros sujetos responsables.

El art. 453.1, relativo al fundamento de la responsabilidad, refleja que ésta será objetiva si bien no absoluta, al establecer que el naviero será responsable de los daños por contaminación por el mero hecho de su producción si bien previendo unas causas de exoneración cuya prueba corresponde al propio naviero.

Las causas de exoneración son cuatro, las tres primeras recogidas en el mismo art. 453.1 y la cuarta en el art. 454: 1ª. Daños causados por una fuerza mayor inevitable; 2ª. Daños causados por la negligencia de cualquier autoridad que sea responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación; 3ª. Daños causados por una acción u omisión intencional de un tercero (a salvo de la responsabilidad que alcance a este último); y 4ª. Prueba por parte del naviero de que los daños por contaminación resultaron, en todo o en parte, de una acción u omisión culpable o dolosa de la persona que los sufrió (quedando en este caso exonerado el naviero de su responsabilidad total o parcialmente según el caso).

3°. En cuanto a los daños indemnizables, el art. 455 establece que éstos alcanzan: por un lado, y según el 455.1, a las pérdidas o daños causados por la contaminación fuera del buque, estando la indemnización por deterioro del medio ambiente, aparte de la pérdida de beneficios experimentada por quienes utilicen o aprovechen las aguas o costas afectadas, limitada al costo de las medidas razonables de restauración

efectivamente tomadas; por otro lado, y conforme al 455.2, al costo de las medidas razonablemente adoptadas por cualquier persona después de ocurrir el siniestro con objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación.

Además, habrá que tener en cuenta que el art. 455 en su párrafo 3º establece aquí la aplicación en todo caso de la limitación de responsabilidad regulada en el Tít.VII de la PALGN.

4º. Por último, destaca la importancia del art. 456.1, el cual establece la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil por daños por contaminación de las costas y aguas navegables, cuyas condiciones y cobertura mínima se determinarán reglamentariamente.

Conclusiones del curso: *la “Declaración de Santander”, pieza angular de una inmediata futura tarea legislativa conducente a una Ley General de la Navegación Marítima*

Como ya anticipaba al comienzo de la misma, la crónica de este curso se culmina con la referencia a la denominada “Declaración de Santander”, la cual sirvió para aglutinar de forma clara y ordenada las conclusiones más sobresalientes extraídas a lo largo del desarrollo de los temas objeto de todas las ponencias y mesas redondas con sus respectivos debates.

Estas conclusiones, que fueron objeto de lectura en el momento previo al acto de clausura del curso por parte de la coordinadora del curso, la Prof. Ana Belén Campuzano, fueron las siguientes:

1ª. Existe una absoluta unanimidad en cuanto a la necesidad de modernizar el Derecho Marítimo español a través de la reforma del hasta ahora existente, haciéndose por ello preciso dotar al Derecho de la Navegación Marítima de una nueva legislación, lo cual se quiere plasmar tanto desde un punto de vista sustancial como formal y sin perjuicio de ulteriores modificaciones en esta PALGN. De esta manera, el objetivo primordial de esta PALGN no es otro que superar el anacronismo que representa la legislación anterior (en especial el Libro III del CCom), dando al mismo tiempo solución a los discordancias con la realidad práctica que de esta desfasada legislación se derivan.

2ª. En esta PALGN se parte de la pretensión de regular de forma conjunta y coordinada aspectos de derecho público y de derecho privado, lo cual podría ser un reflejo de la autonomía del Derecho Marítimo. Sin embargo, y a pesar de este propósito de unificación de normas de derecho público y privado, el análisis de la propia PALGN revela que la misma debe ser objeto de una inevitable supervisión en lo que concierne: por una parte, a las disposiciones generales de su Tít. Preliminar y en especial a su controvertido art. 2, relativo a un dudoso sistema de fuentes del Derecho Marítimo y al confuso modo establecido en aras de interpretar las normas de la PALGN en relación con los Tratados internacionales vigentes en España; por otra parte, a su Tít. I, relativo a la ordenación administrativa de la navegación, resultando aconsejable modificar, entre otras cosas, su propio título y por supuesto aspectos de su contenido (regulación de la Administración marítima, asignación de competencias...).

3ª. En cuanto al grado de modernización que se alcanza a través de esta PALGN, existe una notable certeza de que el mismo es alto aunque no completo, revelándose esta tarea innovadora de forma más general en unas materias y de un modo más detallado en otras.

4ª. En general, y destacando la nítida separación entre ellas, debe potenciarse una mayor coordinación de la legislación marítima con la legislación portuaria.

Por otra parte, y sin ejercicio de esta coordinación, en materia de seguridad, salvamento marítimo, protección del medio ambiente y lucha contra la contaminación, se propone la creación de una Agencia Española de la Seguridad Marítima.

5ª. Hecho tan trágicos como el del Prestige nos sitúan actualmente ante un nuevo concepto de seguridad integral; y este concepto a su vez nos obliga a estar de acuerdo en que dos principios tan fundamentales como son el de la protección de la vida y del medio existente deben inspirar las tendencias reguladoras de la legislación marítima, complementándose con los principios generales de la navegación, el comercio, los usos, el transporte...

6ª. De cara a su conversión en Ley, y como puede adivinarse en base a las conclusiones ya apuntadas, se recomienda la revisión de algunos aspectos de metodología y de sistemática de la PALGN (p. ej. y en particular con relación al estatuto jurídico del buque).

7ª. En lo que concierne a la incidencia del Derecho del Trabajo en el Derecho de la Navegación Marítima, se recomienda crear una relación laboral especial para los trabajadores de dicho medio marino.

Asimismo, se recomienda el impulso y desarrollo del Instituto Social de la Marina.

8ª. En el marco de un mundo globalizado se aconseja también, en la línea del objetivo de la PALGN, una modernización de la contratación marítima, adaptándola a las actuaciones empresariales del sector.

9ª. De nuevo sobre la ordenación administrativa con relación al Derecho Marítimo, y concretamente, se hace conveniente perfeccionar y racionalizar los órganos marítimos a un nivel estatal, autonómico y local, amén de facilitar su necesaria coordinación.

10ª. Es imprescindible que el Derecho Marítimo español se acomode a las orientaciones más modernas y sólidas de un Derecho Marítimo Internacional Uniforme, lo cual podría lograrse a través de la incorporación de los Convenios internacionales aceptados con más generalidad en nuestro entorno político y económico. En este sentido, una fórmula acertada para la consecución de tal fin podría ser la inserción en el texto legal de cláusulas de llamada o de remisión directa al texto de los Convenios internacionales.

Para poner el punto final a esta crónica, y a tenor de lo estudiado, coincido con los ponentes en considerar que si bien esta PALGN tiene muchas luces, presenta asimismo muchas sombras. Por ello, se hace necesario revisar muchos puntos de su regulación a fin de mejorarla y a fin de solucionar muchos de los problemas referidos por los distintos intervinientes.

En este contexto, y no obviando otras conclusiones también muy interesantes aportadas por cada uno de los ponentes en relación con los concretos temas por ellos estudiados, quiero reincidir en la idea de que esta “Declaración de Santander” debe

ser el motor que ponga en marcha los trabajos legislativos encaminados a convertir a esta PALGN en una LGN, corrigiendo las deficiencias de la Propuesta a través de las revisiones y modificaciones oportunas. Efectivamente, ello debe ser así en cuanto las diez conclusiones que en esta Declaración se reflejan recogen el sentir de la mayoría de los intervinientes en lo relativo a la opinión que diversas cuestiones esenciales tratadas en la PALGN les suscitan, al tiempo que dejan al descubierto los puntos más débiles de la nueva regulación propuesta.

Queda por delante un largo camino por recorrer que esperemos nos permita en poco tiempo ver a esta PALGN convertida en Ley.

Iñaki Zurutuza Arigita
Becario de Investigación Predoctoral
del Área de Derecho Mercantil
(Departamento de Derecho Privado)
Universidad Pública de Navarra

Reseña

Programa de Doctorado “La protección jurídica del medio ambiente”

El Programa de Doctorado “La protección jurídica del medio ambiente” se viene impartiendo por profesores de los Departamentos de Derecho Público y Derecho Privado desde el año 2000.

Cursos 2003/2004 y 2004/2005

A) Los cursos de doctorado del Programa que se impartieron en los cursos 2001/2002 y 2002/2003 fueron los siguientes (todos ellos de tres créditos):

- Metodología jurídica (metodología científica) (Dr. D. Gregorio Monreal Cía).
- Aplicaciones informáticas para la investigación jurídica (Dr. D. Alejandro Torres Gutiérrez).
- El Derecho ambiental y la protección jurídica del medio ambiente (Dr. D. José Francisco Alenza García).
- La organización administrativa del medio ambiente (Dr. D. Martín M^a Razquin Lizarraga).
- La Ordenación del territorio y el urbanismo actual (Dr. D. Juan Cruz Alli Aranguren).
- La agricultura sostenible. Desarrollo rural, medio ambiente y Derecho (Dr. D. René Javier Santamaría Arinas).
- El empresario y el medio ambiente (Dr. D. Rafael Lara González).
- Protección penal del medio ambiente (Dra. Dña. Soledad Barber Burusco).
- La responsabilidad penal de los funcionarios públicos (Dra. Dña. Inés Olaizola Nogales).
- Protección jurídica internacional del medio ambiente (Dr. D. José Antonio Corriente Córdoba y Dra. Dña. Patricia Plaza Ventura).
- Problemas jurídico-internacionales de la contaminación transfronteriza (Dr. D. José Antonio Corriente Córdoba y Dra. Dña. Patricia Plaza Ventura).

B) El 17 de julio de 2004 se celebró la prueba de la suficiencia investigadora con un tribunal compuesto por el Prof. Dr. D. Fernando de la Hucha Celador, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Pública de Navarra (que actuó como Presidente); Prof. Dr. D. Juan Igartúa Salaverría, Catedrático de Filosofía del Derecho Universidad del País Vasco; y Prof. Dr. D. José Francisco Alenza García, Prof. Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra (que actuó como vocal-Secretario).

En dicha prueba obtuvieron el Diploma de Estudios Avanzados siete estudiantes (entre paréntesis se indica el área de investigación):

- D. Ignacio Alli Turrillas (Derecho Internacional Público).
- Dña. Berta Álvarez Ciordia (Historia del Derecho).
- D. Gabriel Casajús Gabari (Derecho Administrativo).
- D. José Manuel Olivar de Julián (Derecho Internacional Público).
- Dña. María Rosario Orzanco Garralda (Derecho Administrativo).
- Dña. Montserrat Palma Carazo (Derecho Administrativo).
- D. Eugenio Vicente Vila Sánchez (Filosofía del Derecho).

C) El 21 de junio de 2005 se celebró la prueba de la suficiencia investigadora con un tribunal compuesto por el Prof. Dr. D. Juan Carlos García Sáenz de Albizu, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pública de Navarra (que actuó como Presidente); Prof. Dra. Dña. M^a Carmen Sánchez-Friera, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza; y Prof. Dr. D. José Francisco Alenza García, Prof. Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra (que actuó como vocal-Secretario).

En dicha prueba obtuvieron el Diploma de Estudios Avanzados ocho estudiantes (entre paréntesis se indica el área de investigación):

- Dña. Noelia Inmaculada Cano Martínez (Derecho del Trabajo).
- D. Daniel Lorenzo Romero (Derecho Civil).
- D. Carlos Martín Martínez Bustío (Derecho Procesal).
- D. Pedro José Martínez Recalde (Derecho Administrativo).
- Dña. Patricia Nieto Melgarejo (Derecho Mercantil).
- D. Fernando Puras Gil (Derecho Administrativo).
- Dña. Ana Clara Villanueva Latorre (Derecho Administrativo).
- D. Iñaki Zurutuza Arigita (Derecho Mercantil).

Cursos 2005-2007

A) El Programa vuelve a ofertarse para los cursos 2005-2007 con los siguientes cursos (todos ellos de tres créditos):

Cursos metodológicos

- *Metodología jurídica (metodología científica)*

Dr. D. Gregorio Monreal. Catedrático de Historia del Derecho.

– *Introducción a la metodología para la realización de una Tesis Doctoral en Derecho del Medioambiente.*

Dr. D. Alejandro Torres Gutiérrez. Prof. Titular de Derecho Eclesiástico.

Cursos fundamentales

– *La organización administrativa del medio ambiente.*

Dr. D. Martín M^a Razquin Lizarraga. Prof. Titular de Derecho Administrativo.

– *La Ordenación del territorio y el urbanismo actual.*

Dr. D. Juan Cruz Alli Aranguren. Prof. Titular de Derecho Administrativo.

– *El Estado comunitario. Transformaciones del Estado por su pertenencia a la Unión Europea.*

Dr. D. Alberto Pérez Calvo. Catedrático de Derecho Constitucional.

– *El Derecho ambiental y la protección jurídica del medio ambiente.*

Dr. D. José Francisco Alenza García. Prof. Titular de Derecho Administrativo.

– *Protección penal del medio ambiente.*

Dra. Dña. Soledad Barber Burusco. Prof. de Derecho Penal.

– *La agricultura sostenible. Desarrollo rural, medio ambiente y Derecho.*

Dr. D. René Javier Santamaría Arinas. Prof. de Derecho Administrativo.

– *El empresario y el medio ambiente.*

Dr. D. Rafael Lara González. Prof. Titular de Derecho Mercantil.

– *Protección jurídica internacional del medio ambiente.*

Dr. D. José Antonio Corriente Córdoba. Catedrático de Derecho Internacional Público y Dra. Dña. Patricia Plaza Ventura. Prof. Titular de Derecho Internacional Público.

– *Problemas jurídico-internacionales de la contaminación transfronteriza.*

Dr. D. José Antonio Corriente Córdoba. Catedrático de Derecho Internacional Público y Dra. Dña. Patricia Plaza Ventura. Prof. Titular de Derecho Internacional Público.

Cursos afines

– *Medio ambiente en la empresa y trabajo.*

Dr. D. José Luis Goñi Sein. Catedrático de Derecho del Trabajo.

– *Salubritas y relaciones de vecindad en Roma.*

Dra. Dña. María Cruz Oliver. Prof. Titular de Derecho Romano.

B) Las líneas de investigación ofertadas por los profesores de los Departamentos de Derecho Público y de Derecho Privado para la realización de trabajos de investigación son las siguientes:

- El Derecho ambiental y la protección jurídica de los recursos naturales.
- Derecho Urbanístico.
- Instituciones de Derecho Administrativo.

- Protección penal del medio ambiente.
- La responsabilidad penal de los funcionarios públicos.
- Protección jurídica internacional del medio ambiente.
- Regionalismo europeo.
- La responsabilidad extracontractual del empresario industrial.
- El derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa en la Constitución española de 1978.
- Incidencia de la normativa medioambiental en la protección del riesgo laboral.
- El Derecho Romano y la tendencia a la unificación del Derecho privado europeo.
- Derechos humanos.
- Federalismo y Estado autonómico.
- Regímenes tributarios forales.
- Historia del Derecho.