

# Fair Play

REVISTA DE FILOSOFÍA, ÉTICA Y DERECHO DEL DEPORTE  
[www.upf.edu/revistafairplay](http://www.upf.edu/revistafairplay)

## Metodología para un Derecho Deportivo de la montaña.

**Adolfo J. Sánchez Hidalgo.**

Universidad de Córdoba.

Citar este artículo como: Adolfo J. Sánchez (2019): Metodología para un Derecho Deportivo de la montaña, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 14, p. 25-52

FECHA DE RECEPCIÓN: 10 Noviembre de 2018  
FECHA DE ACEPTACIÓN: 17 de Diciembre 2018

# Metodología para un Derecho Deportivo de la montañaRafael

Adolfo J. Sánchez Hidalg

Universidad de Córdoba

## Abstract

The mountain isn't the mystical and lonely space that offers to the men a runaway from the daily nature of the social cohabitation. Now the mountain is an open space to the middle man, progressively it is leisure and sports place that needs one regulation of his use and social living. This work proposes a methodology for the construction of the called Mountain Law from the heterogenic prospective of the rules of Law according to the typology of rules signed in the recent Communicational Theory of Law. Well them, it not be neglected the ethical dimension, that is the set of goods and values of the mountain and his appropriate legal protection to ensure the integrity and the future of her.

**Key Words:** Legal rules, Mountain Law, will, possession, reason.

## Resumen

La montaña ha dejado de ser el espacio místico y solitario que ofrece al hombre una vía de escape a la cotidianidad del convivir en sociedad. La montaña es ahora un espacio abierto al hombre medio, es cada vez más un lugar de recreo y práctica deportiva que necesita de una ordenación de su explotación y vivencia social. Esta comunicación propone una metodología para la construcción del llamado Derecho de la Montaña, desde una perspectiva heterogénea de las normas jurídicas acorde con la tipología de normas señaladas en la reciente Teoría Comunicacional del Derecho. Ahora bien, no debe descuidarse la dimensión ética, es decir el conjunto de bienes y valores que tan atractivas han hecho a las montañas y su adecuada protección jurídica para garantizar la integridad y el futuro de las mismas.

**Palabras Clave:** Norma jurídica, Derecho de la Montaña, voluntad, dominio, razón

“Hemos decidido ir a la luna. Elegimos ir a la luna en esta década y hacer lo demás, no porque sean metas fáciles, sino porque son difíciles, porque ese desafío servirá para organizar y medir lo mejor de nuestras energías y habilidades, porque ese desafío es un desafío que estamos dispuestos a aceptar, uno que no queremos posponer, y uno que intentaremos ganar, al igual que los otros”.

John Fitzgerald Kennedy, *Discurso en la Universidad de Rice*, Houston, Texas, el 12 septiembre 1962.

## 1. Introducción

La montaña ha sido siempre objeto de fascinación y misterio para el hombre, no en vano la montaña ocupa un lugar de honor en las idiosincrasias de las diferentes civilizaciones que han poblado el planeta, así como en el conjunto de la literatura fantástica y de aventuras. La montaña ha sido, al menos hasta ahora, una realidad trascendente en un sentido místico, religioso y filosófico; el poeta, el profeta y el sabio coronaban las sierras en busca de la soledad, el contacto íntimo con el infinito o el horizonte altivo que ofrecen las cumbres (Pérez de Tudela, 2011, 127). Como si de una pulsión atávica se tratase, la historia del hombre y sus creencias aparecen ligadas a las rudas y abruptos salientes de las montañas que le rodean: el Olimpo, el Sinaí, Ararat, Aconcagua, el Monte Calvario, el Himalaya, el Everest, Sierra Nevada, entre otros.

Esta sierra granadina, cuyas colinas invitaba a recorrer ascéticamente San Juan de la Cruz como medio para el ejercicio de la oración y la vivencia mística de la fe. Allá en las gélidas alturas, el hombre podía escuchar mejor el propio latido y buscar la infinitud del espíritu. Sierra Nevada y Juan de la Cruz, el Sinaí y Moises, el Olimpo y Hesiodo, el Monte de las Tentaciones y Jesús, el Kailásh hogar de Sivá, el Shangri-La oculto en el Tíbet para Hilton, etc. La montaña era el espacio de iluminación espiritual, la atracción de lo inalcanzable o el hogar de los dioses y bestias legendarias. Siguiendo la triada histórica del genial napolitano Giambattista Vico (1978, 250-280), esa fascinación religiosa que despertaban las montañas coincidiría con su llamada edad de los dioses y su conocimiento sólo podía ser objeto de revelación para algunos elegidos, prohibido para el hombre común (Vico, 1978, 250-253).

A la edad de los dioses, le sigue en la filosofía histórica de Vico la edad de los héroes. El conocimiento ya no será el misterio revelado, sino la verdad conquistada. El hombre que supera su debilidad para alzarse victorioso sobre sus semejantes y tomar lo inasequible, porque las grandes hazañas y lo fuera de lo común son la esencia de la heroicidad (Vico, 1978, 272-274). Esta edad viquiana la podemos vislumbrar en la valentía y memoria de los primeros grandes exploradores: Herzog y Lachenal, Buhl, Tenzing y Hillary, Lacedelli y Compagnoni, etc, (Muñoz Gutiérrez, 2011, 64). En la cumbre se alza el explorador, vencedor de la fatiga y el miedo. La lucha contra las propias limitaciones, contra los obstáculos y

dificultades, que constituye la esencia de la práctica deportiva, se revela excelente en la montaña; pero, a diferencia del ideal caballeresco “ser el mejor entre iguales” (Anzalone & Sánchez Hidalgo, 2016, 17), aquí en las alturas la victoria es elevarse sobre sí mismo, superarse y coronar lo inalcanzable: el heroísmo. Así como Píndaro cantaba a los atletas victoriosos, Rilke o Nietzsche cantan a estos héroes con elegías cargadas de poesía (Pérez de Tudela, 2008, 169).

Cuando mueren los dioses y los héroes se olvidan, deviene la edad de los hombres y su vulgaridad, ahora el hombre medio profana los espacios prohibidos y ridiculiza farsariamente las hazañas heroicas (Vico, 1978, 279). La montaña ha dejado de ser el espacio sagrado o la aventura de lo desconocido y, en cambio, se nos aparece como un espacio de ocio y recreo. El hombre común ha tomado la montaña, porque sus laderas, colinas y hondonadas son espacios perfectos para la escalada amateur, el esquí, el parapente, puenting, rafting y otros deportes de “aventura”. Si la montaña se ha convertido en un espacio de convivencia social apto para todos, es el momento de que este espacio sea sometido al derecho humano, entendido vulgarmente como el conjunto de reglas que ordenan este convivir.

La revelación o la voluntad triunfante no serán más las fuentes de la justicia de las alturas, en adelante la razón geométrica del hombre común está llamada a domeñar los entresijos y recovecos de las sierras. Sirviéndonos de la teoría de Schmitt (Medina Morales, 1996, 333-336), los primeros exploradores realizaron el acto jurídicamente originario de la toma de la tierra (nemein); corresponde ahora a los hombres ultimar la construcción jurídica, mediante el reparto (teilen) y la explotación (weiden). Ha llegado el momento para un Derecho de la Montaña (Pérez de Tudela, 2005, 81-126).

¿Cómo ha de construirse este Derecho? Es la pregunta que intentaré responder en el escrito. En esta labor de construcción normativa, se sabrá disculpar que abandone la retórica filosófica y recurra a la sistematización y el conceptualismo dogmático propio de la Teoría del Derecho. Sólo así podrá recrearse jurídicamente la vida de las montañas. Como escribía Carnelluti, el legislador intenta encerrar en los moldes de su legislación el dinamismo y vitalismo propio de la facticidad; aunque, bien es conocido, la vida siempre encuentra el modo de escapar de la norma (Carnelluti, 1948, 49).

Este estudio trata, como indica el título, de un esbozo metodológico, por lo que no se intenta responder a todos los interrogantes y desafíos que jurídicamente pueden plantear las actividades de montaña, muchos de ellos señalados por el profesor Jiménez Soto (2015). El objetivo es más humilde, se trata de ofrecer unas líneas estratégicas para la elaboración de un auténtico cuerpo de normas jurídicas aptas para la regulación de los deportes en la montaña. En este sentido, comenzaremos por analizar los diversos tipos de normas jurídicas y la necesidad de ir llenándolas de contenido con la realidad fáctica de las diferentes prácticas deportivas de aventura. Esto constituirá la dimensión formal del llamado Derecho de la Montaña. Seguidamente, abordaremos la dimensión cultural o material de las actividades de montaña, es decir, el conjunto de valores o bienes éticos implicados en este tipo de prácticas humanas y cuáles son los peligros que los amenazan. Finalmente, Deberá responderse a la pregunta que, seguramente, se harán en soledad algunos nostálgicos del alpinismo heroico: ¿es el derecho una amenaza para la auténtica vida de la montaña? ¿Debe la montaña resistirse a la acción uniformizante del derecho humano? ¿Existe verdadera aventura dentro de las lindes que dibujan las normas?

## ***2. La teoría heterogénea de las normas jurídicas y el Derecho de la Montaña.***

Afortunadamente, hace décadas que la ciencia jurídica ha dado cuenta del error del monismo normativo de la escuela positivista y su concepción homogénea de norma jurídica (Hart, 1968). La meditada obra del profesor Robles (última ed. 2015) *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, en su volumen I divide las diferentes clases de normas jurídicas en dos grandes tipos: normas directas de la acción y normas indirectas de la acción.

Las normas directas de la acción son aquellas que están referidas propiamente a la acción, la crean jurídicamente hablando – también podríamos decir que la generan convencionalmente –, estableciendo su procedimiento de realización, la carga deóntica propia de la acción y los poderes que asisten a los actores. De este modo, distingue Robles entre normas procedimentales, deónticas y potestativas (Robles, 2015, 230-242). Las primeras establecen genéricamente el procedimiento en que consiste toda acción (Robles, 2015, 231), las normas deónticas configuran los diversos deberes jurídicos (Robles, 2015, 240-241) y,

finalmente, las potestativas dibujan el círculo de acciones posibles para los sujetos, esto es, sus poderes y facultades (Robles, 2015, 237).

Las normas indirectas de la acción no están dirigidas inmediatamente a regular la acción, sino más bien a establecer las condiciones necesarias para la existencia de la acción en el mundo del derecho (Robles, 2015, 219). Robles, también las denomina normas ónticas, porque se dirigen a regular la existencia, el ser (ontos) de la acción (Robles, 2015, 221). Este autor, señala que existen diferentes clases de normas ónticas, como son: las referidas a los sujetos, al tiempo, espacio y al sistema de fuentes (Robles, 2015, 219-220).

Las normas que establecen las condiciones que ha de reunir un determinado sujeto para ser considerado actor jurídico, serían normas ónticas; al igual que aquellas otras que establecen las condiciones temporales y espaciales para la existencia de la acción; o ,también, el conjunto de normas que establecen el sistema de fuentes para regular una determinada actividad.

De acuerdo con este esquema formal dibujado por Robles en su obra, si deseamos construir un Derecho de la Montaña lo primero que deberá realizarse es una categorización de las diferentes actividades que serán objeto de atención por parte de este Derecho y, seguidamente, sus propiedades y condiciones de existencia. Lógicamente, como no se tratará de una única actividad, sino de un amplio abanico de actividades, cada una de ellas exigirá de un cuerpo propio de normas directas e indirectas de la acción.

### ***2.1. Las diversas actividades del Derecho de Montaña.***

En este primer momento, es necesario delimitar el conjunto de actividades que deben ser objeto de atención jurídica. Delimitar debe entenderse en el sentido de tipificar y asignar un nombre a un conjunto heterogéneo de acciones, lo que en gran medida viene dado de antemano por la práctica deportiva. Pues, en el suceder de los últimos años han ido surgiendo diferentes prácticas, que progresivamente han ido perfilando sus rasgos y características de un modo natural, esto es, por la reiteración del uso y la convicción de sus practicantes. En consecuencia, la norma no se inventa ex nihilo este conjunto de actividades, sino que categoriza jurídicamente una actividad, que ya se encontraba dibujada por su reglamentación

deportiva. Más precisamente, podemos afirmar que la práctica social preexiste a la norma, de modo que ésta no hace sino recrear jurídicamente aquella (Pérez Luño, 2004, 42).

Un catálogo enunciativo de este tipo de actividades, a título de ejemplo, se puede encontrar en la Ley 5/2016 de 19 de julio del Deporte de Andalucía, que en su Anexo I se recoge como “deportes de riesgo”: los deportes de invierno; espeleología; alpinismo; escalada en roca; escalada en hielo; recorridos por barrancos, cañones y desfiladeros; raquetas de nieve; esquí de travesía; y piragüismo en sus modalidades de aguas bravas y rafting. La legislación andaluza las unifica en razón de su peligrosidad, nuestro criterio para un Derecho de la Montaña debería ser, en cambio, el espacio en el que este conjunto de acciones tienen lugar. El logos de su juridicidad, el principio de ordenación, será que este tipo de actividades tienen lugar en el marco geográfico de la montaña. No obstante, la peligrosidad o el riesgo inherente a su práctica será una cualidad no indiferente al efecto de su categorización normativa; pero será siempre una cualidad de la actividad y no la condición para la misma.

Si se quiere utilizar un concepto amplio de acción objeto de este Derecho, podríamos afirmar que se trata de toda actividad deportiva que tenga lugar en la montaña. Claro que una definición tan genérica, necesita definir jurídicamente qué debe entenderse por “actividad deportiva” y por “montaña”. Una vez más, estas respuestas vienen ya dadas al legislador, pues, en el primer supuesto, las instituciones oficiales y la doctrina han establecido reiteradamente qué es una actividad deportiva; y, en el segundo supuesto, la geografía (*natura rerum*) se impone al genio legislativo, que sólo mediante ficciones podrá salvar esta imposición (Henkel, 1968, 486). De modo enunciativo, se puede entender por actividad deportiva, de acuerdo con el Consejo Internacional para la Educación Física y el Deporte: “toda actividad física con carácter de juego que adopte la forma de lucha consigo mismo o con los demás o constituya una confrontación con los elementos naturales” (Gamero Casado, 2012, 57).

## ***2.2. Normas, procedimientos, conductas y poderes.***

Siguiendo la orientación de la Teoría Comunicacional del Derecho, la acción es una realidad hermenéutica que puede ser definida como el conjunto de movimientos físicos y psíquicos dotados de una unidad de significado (Robles, 2015, 274). Es decir, que lo que

permite diferenciar unas acciones de otras es el sentido que se le atribuye a ese conjunto de movimientos, en nuestro caso, este “significado unitario” los encontramos en las normas procedimentales, las cuales establecen el conjunto de pasos necesarios para la existencia jurídica de la acción (Albert Márquez, 2017, 66). Pero, además, este conjunto de pasos ha de tener un porqué jurídico y ésta es la función que cumplen las normas deónticas: establecer los deberes de conducta, dotando así de contenido ético-jurídico a los procedimientos. En consecuencia, son las normas las que nos permiten diferenciar actividad profesional y conducta profesional: actividad profesional será toda aquella acción realizada en el ejercicio de un oficio y conducta profesional será la acción realizada en el cumplimiento de un deber profesional. La actividad profesional puede ser acertada o equivocada, lícita o ilícita, oportuna o inoportuna; pero la conducta profesional será siempre la debida de acuerdo con el mandato señalado en la norma. Claro que la norma ha de dotar al sujeto de los poderes o prerrogativas necesarias para el cumplimiento de su deber de conducta (Robles, 2015, 307-311).

Trasladando esta reflexión a nuestro esquema, el Derecho de la Montaña no sólo deberá señalar mediante normas procedimentales las diferentes actividades pertenecientes a su ámbito de aplicación, sino también las conductas pertinentes en cada tipo de actividad. Las normas han de señalar cuáles son los deberes de actuar, es decir, establecer el conjunto de normas deónticas que permitan dotar de sentido jurídico a ese grupo de actividades que integran el derecho montañés. ¿Cómo determinar la conducta exigible? ¿De qué forma se procede al establecimiento de este conjunto de deberes de conducta? Estas preguntas exceden del ámbito formal en el que nos hallamos y exigen acudir al terreno de la ética material de los valores. Por el momento, basta con señalar que el Derecho Deportivo de la Montaña no sólo debe ocuparse de señalar las diferentes actividades deportivas, sino también las diversas conductas deportivas; más precisamente, las acciones que se esperan y se van a exigir a los participantes en estas prácticas.

Toda vez, que se ha decidido acerca de cuáles son los deberes de conducta exigibles en este tipo de prácticas, llega la ocasión de establecer el conjunto de atributos, facultades o poderes que hagan posible el cumplimiento del deber. Esta es la función que cumplen las normas potestativas en la medida en que otorgan las facultades y poderes necesarios para que los sujetos se desenvuelvan en el cumplimiento de sus deberes de conducta. También, podría

afirmarse que estas normas potestativas dibujarán el círculo de acciones posibles o lícitas en el marco del cumplimiento de un determinado deber de conducta.

El legislador (entendido en sentido amplio, como la autoridad responsable de crear la norma) no se encuentra ante la situación de dar una respuesta de la nada. Casi con toda seguridad, la iniciativa privada ya habrá desarrollado ampliamente el conjunto de normas directas de la acción, estableciendo las diferentes actividades deportivas, sus deberes y el círculo de poderes y atributos que asisten a los participantes (Medina Morales, 2017, 31). En gran medida el Derecho de la Montaña ya aparecerá perfilado en la práctica, lo que el legislador debe hacer es aprender del lenguaje de la experiencia y descubrir la regla jurídica (Vallet de Goytisolo, 2002, 25-28). Es más, la misma observación de la realidad mostrará aquellos puntos oscuros o interrogantes, que merecen una respuesta impositiva en forma de norma. Nos encontramos ante la eterna tensión entre la lógica iusprivatista e iuspublicista, porque habrá aspectos de la vivencia social de la montaña resueltos suficientemente por la iniciativa de los particulares y otros que necesitan del imperio del Estado (u otra organización intersubjetiva) para su ordenación (Anzalone, 2017, 57); pero ésta es la naturaleza del Derecho del Deporte: un derecho anfibia, ya que se mueve por igual en el campo del derecho privado o en los dominios del derecho público (Medina Morales, 2017, 36).

### ***2.3. Vertebración óptica del Derecho de la Montaña.***

Establecidas la congruencia de actividades que serán objeto de atención para el Derecho de la Montaña, señalados el conjunto de deberes de conducta inherente a cada una de estas actividades y otorgados los poderes y facultades que asisten a los sujetos de este derecho de las alturas; aún es necesario individualizar el conjunto de circunstancias o condiciones que permitirán la vertebración jurídica de estas actividades, esto es, las llamadas normas ópticas encargadas de definir los sujetos de la acción, las circunstancias espacio-temporales y el sistema de fuentes normativas. Especialmente, en materia de actividades de montaña será oportuno delimitar la diversa regulación sectorial. Como ejemplo de esta buena práctica, debe destacarse a L'Associazione Italiana Guide Ambientali Italiane Escursionistiche que ha compendiado este conjunto de normas para el caso italiano.

Las normas ónticas de naturaleza subjetiva determinarán quiénes merecen la consideración de sujetos jurídicos a efectos de este Derecho de la Montaña, que no tienen por qué ser sólo personas físicas, también, se pueden incluir como sujetos a las personas jurídicas, menores de edad, incapacitados, asociaciones voluntarias, etc. En pocas palabras, lo que hacen esta clase de normas es señalar quiénes son sujetos pasivos de este Derecho y qué condiciones han de reunir para serlo. Tomando como ejemplo el Esquí de Competición y su Reglamento, podemos afirmar que sujetos de este deporte lo son los competidores federados, equipos, el personal de dirección y control de la competición, el personal de organización y el jurado de la competición. Este mismo Reglamento (arts. 2-4) establece las condiciones necesarias para la consideración de sujetos jurídicos, por ejemplo, los deportistas han de estar federados y debidamente inscritos en la competición, divididos según sexo y edad; los equipos deben tener una composición mínima y máxima, podrán ser de un solo sexo o mixtos; el Presidente y demás miembros del equipo de control son aquellos sujetos nombrados por el Comité de Árbitros de Competición adscrito al Comité de Esquí de Montaña y de Competición de la Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada; el personal de organización son aquellos sujetos contratados debidamente al efecto por la Federación; y, finalmente, el Jurado de Competición son los sujetos señalados en el Reglamento en virtud de su cargo (Presidente del Comité, director de la prueba, Delegado de la Federación y representante de los deportistas). Una mera observación del reglamento nos da la idea de la cantidad de sujetos diversos que merecen atención y el modo en que se delimita la condición de sujeto mediante el cumplimiento de ciertos requisitos. Bien, ésta es la función de la norma óntica subjetiva.

Las normas ónticas espacio-temporales establecen, como revela su denominación, el tiempo y espacio en el que tiene lugar la acción jurídica, más allá de estas condiciones espacio-temporales no existe acción. Siendo así, la reglamentación de cada tipo de actividad deberá señalar cuáles son las circunstancias espacio-temporales en las que tendrá lugar estas prácticas deportivas, por ejemplo, señalando la exigencia de unas mínimas condiciones del terreno para su práctica, el terreno en el que se permite la práctica y las zonas excluidas, el tiempo de duración, etc. Como ejemplo de esta vertebración espacial puede citarse la Ley 3/2017 de Regulación de los Senderos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que en su

artículo 4, b) establece que: “son senderos de uso deportivo aquellos que sean señalizados, homologados y autorizados atendiendo al procedimiento que se regule mediante decreto, a los efectos de la práctica deportiva y, por tanto, se constituyan en una instalación deportiva no convencional”. A su vez, esta Ley ha sido desarrollada por el Decreto 67/2018 regulador de los senderos de uso deportivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que delega la responsabilidad pública de la Administración autonómica en la Federación Andaluza de Montañismo para homologar y garantizar las condiciones de uso de los senderos deportivos de la Comunidad (art. 6.1). En todo caso, debe señalarse, especialmente en este ámbito, que aquello que ocurre fuera de estas coordenadas escapa de la regulación del derecho deportivo y exigirá una respuesta conforme al derecho común (Medina Morales, 2016, 451).

En último lugar, debemos referirnos a las normas ópticas encargadas de señalar el sistema de fuentes normativas, que se ocupan de una determinada acción. Se trata de normas que recuerdan cuál es el contexto normativo en el que se inserta una determinada actividad. El derecho de la montaña debería contribuir, exigencia imperiosa, a clarificar el conjunto de normas y directivas referidas a todas las actividades deportivas de montaña. En este sentido, encontraremos normas federativas (regionales, nacionales e internacionales), normas municipales, autonómicas, estatales, comunitarias. Sin perjuicio, de la amplia variedad de normas de derecho público referidas al uso de los espacios naturales, su calificación, explotación, delitos contra el medioambiente, etc. Una normativa a la que no hemos prestado atención, porque tan sólo nos ocupan las normas referidas a la práctica deportiva.

El establecimiento de este conjunto de reglas ópticas sobre los sujetos, las condiciones espacio-temporales y el sistema normativo, no han de ser observadas meramente como convenciones técnico-formales. Estas normas responden – en mayor o menor medida – a juicios de valor acerca de la buena práctica deportiva, porque el establecimiento de unos criterios u otros contribuye con mayor o menor fortuna a garantizarla. Es decir, incluso estas normas de naturaleza formal, responden al impulso ético de ordenar la convivencia bajo unas condiciones mínima de previsibilidad, seguridad y justicia (Robles, 2009, 25-48). En consecuencia, difícilmente podríamos concluir la justicia de una actividad deportiva en la que los sujetos no estuvieran delimitados (con unos mínimos criterios de responsabilidad y

justicia), fuesen esclarecidas las circunstancias físicas (espacio-temporales) en las que la práctica deportiva tiene lugar y fuesen conocidas las normas que dirigen esta práctica.

La pregunta que nos asalta en este punto es la siguiente: ¿todas las actividades de montaña cumplen con estas previsiones? ¿Existe una regulación completa de todas ellas? A la solución de estas lagunas debe contribuir el Derecho de la Montaña

### ***3. La tensión entre heroísmo y razón: aventura y derecho.***

Escrito para la eternidad nos lego Aristóteles (1970, 2-3): “el hombre es por naturaleza un animal social” y aquél “que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios”. No obstante, la racionalidad abrumadora de esta afirmación contrasta con el impulso, irracional e individualista, de obtener una experiencia absolutamente íntima; encontrar una revelación, una vivencia que nos eleve y distinga del resto de nuestros congéneres; o, simplemente, una pulsión huidiza y evasiva consecuencia del “estar ahí” con los demás. En cualquier caso, una potencia emotiva, escasamente juiciosa, que lleva a algunos hombres a amar la dificultad, alejarse de la comodidad de las convenciones y buscar un refugio donde gozar de la propia espiritualidad (Pérez de Tudela, 2004, 34-36). La montaña siempre ha sido el hogar para todos estos (des)aventurados, el espacio donde estas fuerzas íntimas afloran en todo su esplendor, allí donde el espíritu sólo percibe el suave tacto del silencio; pero, aún cuando, la montaña en la literatura ha sido ese lugar de evasión, lo cierto es que la sociedad nunca abandonará al hombre y, hasta en los casos más límites, la comunidad está presente en la forma de lenguaje, de conciencia ética, de normas aprehendidas, del recuerdo que nos empuja a huir o la imagen del retorno soñado.

No es casualidad que la montaña haya sido durante siglos el territorio de los ascetas y profetas, porque la vivencia personalísima del yo, sin los demás, abre el camino al espíritu, transitando de la oración a la experiencia mística o la iluminación (Nietzsche, 1965, III, 263). En cambio, para los grandes alpinistas legendarios que coronaron las principales cimas del planeta, la montaña es el anhelo de la dificultad, lo nunca antes alcanzado, la experiencia absolutamente digna por su imposibilidad, el triunfo de la voluntad humana sobre las

inclemencias abruptas de la naturaleza (Nietzsche, 1967, 351). La gran diferencia entre el místico y el alpinista es que el religioso se busca a sí mismo o a Dios en la montaña; pero el alpinista busca la cima, ansia la cumbre. Ahora bien, sea la soledad iluminadora o la ética del sufrimiento, debemos reconocer que la experiencia vital de la montaña se nos ofrece literariamente como la antítesis de la vida en ciudad, por ello, no debe extrañarnos que el Derecho (una realidad propiamente ciudadana) sea visto como una amenaza para la experiencia auténtica e incommunicable de los paisajes de monte.

Precisamente, esta visión de la montaña enfrentada a la vida en ciudad (podríamos decir esta tensión entre soledad y comunidad, entre dificultad y comodidad) es la que durante décadas ha estado detrás de la doctrina de la libre asunción del riesgo, con la clara intención de mantener el Derecho al margen de las actividades de montaña. La montaña es un terreno indómito, abrupto, no apto para el hombre común; en virtud de esta peligrosidad, quien se adentra en él asume la posibilidad del accidente y la previsión del daño (Romeral Hernández, J., 2016). Nada tiene el Derecho que ofrecer aquí, la montaña es un espacio de aventura. No hay normas, como tampoco la previsibilidad y la rutina de la existencia ciudadana. La montaña es el espacio donde la firmeza de voluntad y el espíritu de superación se erigen como virtudes cardinales.

En la misma definición de la palabra “aventura” se encuentran los sustantivos “incierto” y “riesgo”, aunque sé que no es el momento de perderse en reflexiones etimológicas; no obstante, qué hay de incierto en el camino explorado y en la cumbre coronada. Las montañas del planeta ya han sido dominadas por la voluntad humana, nada en ellas queda de “incierto”; sólo permanece el “riesgo” de andar tras las huellas de los grandes aventureros. Pensaba Marx que la historia se repite primero como tragedia y, después, como farsa (Marx, 2003, 10). No muy diferente es lo que ocurre ahora con los quijotes de las actividades de montaña. Éstos, en su deseo de emular las narraciones y crónicas que han hecho volar su imaginación, corren hacia las colinas en busca de una experiencia que transforme su confortable existencia; pero no siempre son conscientes de los riesgos que les aguardan.

Ha llegado el momento de la edad de los hombres para las actividades montaña, que ya no será ese “otro espacio” enfrentado a la ciudad; sino, todo lo contrario, ahora es la ciudad

y sus gentes las que toman la montaña para ocio y esparcimiento, como si de un oasis de endorfinas y adrenalina se tratase. En consecuencia, la idea de un espacio indómito e incivilizado, un cultivo para la aventura, ya no se sostiene y exige una nueva forma de aproximación ética y jurídica para enriquecer su experiencia. Es necesario civilizar la montaña y esto se consigue de la mejor manera sometiendo las prácticas de montaña al mundo del Derecho. La racionalidad de las normas se impone al imperio de la voluntad y a la imprevisibilidad de la aventura, en adelante, la realidad dinámica y vitalista de la montaña debe ser sometida al orden estático del Derecho. Las normas jurídicas dibujarán una imagen de la montaña similar a las naturalezas muertas que cuelgan en las paredes de los museos.

Esta imagen deberá reflejar el conjunto de riesgos y peligros que acechan en la montaña, así como las precauciones y prevenciones aptas para sortearlos, garantizando la seguridad y salud de los individuos. Sólo si son conocidos estos riesgos, pueden ser libremente asumidos y será responsabilidad de todos los sujetos jurídicos del Derecho de Montaña garantizar que haya una suficiente formación e información (Romeral Hernández, J., 2016). Los profesionales de actividades de montaña deberán estar debidamente formados en los peligros que este medio natural encierra, sus vicisitudes e inclemencias, los instrumentos idóneos para cada práctica deportiva, los medios de prevención de riesgos y las precauciones y cautelas necesarias en este clima hostil. En suma, los conocimientos propios de quien tiene una experiencia auténtica y veraz de la montaña, para que, de este modo, pueda trasladarlos a aquellos otros sujetos que acuden a las sierras, ignorantes de los riesgos que les aguardan. A los deportistas profesionales de montaña se les presume esta suerte de conocimientos y, en rigor, puede afirmarse que existe una libre asunción del riesgo; pero, no ocurre lo mismo con las escuelas infantiles, amateurs, turistas y alumnos de escuelas de esquí, escalada, etc. En estos casos, los tutores, entrenadores y profesionales deben tener una especial diligencia, porque pueden llegar a ser responsables de los daños y lesiones producidas por una mala, errada o insuficiente información. Categorías estrictamente jurídicas como la responsabilidad objetiva, culpa in vigilando, *lex artis*, diligencia debida, responsabilidad patrimonial de la Administración, omisión del deber de socorro y todas las otras referidas a dirimir culpas y responsabilidades han llegado a la montaña y trazarán los límites de la aventura.

A partir de ahora debemos ser razonables, es decir, tendremos el orden que nos dan las normas (Bobbio, 1960, 69). El Derecho de la Montaña habrá de tomar posición acerca de los diferentes sujetos que han tomado dominio de las colinas y atribuirles un régimen de responsabilidad propio. Serán señalados los sujetos que, en virtud de su situación de garantes, (por sus conocimientos, experiencia, ocupación profesional, etc) serán responsables objetivos de los daños sufridos o causados por las personas a su cargo. Deberán establecerse las acciones humanas que son contrarias a las conductas exigibles (dolosos o imprudentes). Jurisprudencialmente se desarrollará el contenido de conceptos flexibles como el de diligencia debida en el contexto de las actividades de montaña. Se dilucidarán los límites de la responsabilidad por daños de productos defectuosos. Las normas relativas a la práctica de cada actividad deportiva deberán fijar las reglas de conducta, las precauciones que la experiencia ha enseñado, los sistemas de prevención de riesgos, las acciones no reglamentarias y las fronteras entre las faltas, las sanciones jurídico deportivas y las sanciones administrativas o legales. Las normas ordenarán las condiciones del terreno y los medios de conservación para garantizar un buen uso y disfrute de las instalaciones. Las sentencias de los tribunales decretarán los límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el estado de conservación de las instalaciones de su propiedad; así como la responsabilidad por daños de las empresas u organizaciones encargadas de la conservación de las instalaciones deportivas de montaña (véase la STS 812/2009 sobre responsabilidad por daños a los ciclistas participantes en una carrera de montaña). En definitiva, El Derecho debe establecer los cauces y linderos de las actividades deportivas de montaña, para que la peligrosidad inherente a las mismas sea, en la medida de lo posible, previsible y racionalizada (Diez Picazo, 1973, 168).

#### ***4. El Derecho y su relación axiológica con la convivencia humana.***

La montaña es una realidad geográfica (pura facticidad natural), no sabe nada del tiempo; es el hombre el único ser que tiene conciencia de su temporalidad e historia, capaz de concebir su existencia como un ser en un tiempo y a lo largo del tiempo. Como si fuese un espectador en este proceso, el teórico debe desprenderse del ayer y del hoy en aras del futuro, en un esfuerzo constante dirigido hacia su meta: la verdad (Kaufmann, 2000, 42). Claro que no hay más verdad que la de estar siempre en el camino y el ensueño de alcanzarla es,

justamente, el anticipo de su naturaleza huidiza, fugaz y transitoria. Por ello, el jurista ha de ser prudente, consciente de la dimensión histórica en la que le ha tocado vivir y vislumbrar razonablemente los bienes o valores que subyacen en la convivencia humana (Henkel, 1968, 404).

¿Cómo identificar estos bienes o valores en el contexto que nos ocupa? ¿Cuáles son las categorías éticas-axiológicas desde las que construir este Derecho de Montaña? Esta es una pregunta eterna de la Filosofía del Derecho y, aún más en el último siglo y medio, en ningún caso, pretendo ofrecer una respuesta definitiva. Mi posición al respecto es tomada de la de Henkel (1968, 401), esta es, hay que rechazar tanto el objetivismo como el subjetivismo; en cambio debe asumirse una posición histórica y relacional.

La mutación histórica de la vivencia humana de la montaña la hemos comprobado siguiendo la tónica de las tres edades de Vico. Hemos comprobado la diferente significación axiológica de este espacio natural para el hombre a lo largo de los siglos: del misterio religioso al desafío heroico y de éste a la ordenada convivencia. Cuando afirmamos que los valores (o bienes) son una realidad relacional, se quiere decir que éstos son el resultado de un particular acto de valoración subjetiva, en relación a un objeto concreto, en una situación determinada, dentro de un contexto social y culturalmente variable en el tiempo y el espacio (Henkel, 1968, 404-409). Valorar significa tomar posición o decidir, respecto a una determinada situación conflictiva, en función de las circunstancias objetivas y los fines que se pretenden alcanzar, si son o no lícitos, su aceptación o repulsa social. Lógicamente la decisión, el juicio de valor, será diferente en cada tipo de sujeto, aunque la situación sea idéntica. No es la misma posición la del Legislador, el juez, el deportista, el árbitro, el presidente federativo, etc. La razón de estas diferencias, será que su experiencia y vivencia de la situación es diferente, por lo que los valores en liza serán también diversos; pero, no por ello, enfrentados. Por ejemplo, un descenso de pendiente en una competición de esquí de montaña se trata de una situación ética que será experimentada de forma diversa en función de los sujetos: a) El Legislador vivirá esa situación como un momento de la promoción de la salud y el deporte; b) el juez observará ese descenso como un conflicto jurídico y su juridicidad o antijuridicidad; c) el deportista vivirá este momento de la carrera como un esfuerzo más en su aspiración ética a la victoria; d) el árbitro deberá decidir si las reglas de

competición son respetadas o no; f) el presidente federativo velará de que este particular momento de la competición responde a la organización reglada que la federación garantiza, etc.

El ejemplo pretende mostrar cómo, a pesar de que la situación es la misma, los sujetos implicados, los valores en juego y su significación social son variables. El buen jurista (teórico o práctico) habrá de identificar los distintos valores presentes y gracias a ellos llenar de contenido las diferentes clases de normas jurídicas o su interpretación. El contenido valorativo deviene, de este modo, en un “dato previo” a la norma, que ha de ser tenido en cuenta a efectos de su elaboración por parte de la autoridad competente, o bien, como el necesario componente axiológico y cultural desde el que construir la interpretación de las normas (Henkel, 1968, 419). Toda vez, que estos valores se incorporan al texto o espíritu de las normas jurídicas, van adquiriendo la condición de bienes jurídicos: un valor positivo y no meramente espiritual (Henkel, 1968, 418). A este alumbramiento de los bienes jurídicos, todos los juristas están igualmente llamados; pero sólo serán determinadas autoridades las encargadas de consagrarlos.

## ***5. Conclusiones***

A) Este estudio se ha desarrollado, principalmente, desde la perspectiva de las actividades deportivas de montaña, pero ello no es obstáculo para que los criterios de construcción jurídica que se aportan puedan ser trasladados a otro tipo de actividades de montaña, sean económicas, recreativas o turísticas. A efectos de la construcción jurídica formal del Derecho Deportivo de Montaña, lo importante es determinar las acciones que se enmarcan dentro del mismo y sus condiciones de existencia. Ahora bien, para la determinación material del contenido de estas normas habrá de tenerse presente la dimensión histórica del fenómeno humano en la montaña, la facticidad del mismo y su relevancia cultural. Se asume filosóficamente, la perspectiva tetra-dimensionalista del derecho defendida en nuestro país por Pérez Luño, quien sostiene que el derecho debe observarse como realidad lógica, fáctica, axiológica e histórica (Pérez Luño, 2004, 40). Se propone, así, una estructuración lógico-formal de las normas, que han de ser llenadas de contenido con arreglo a la observación

sociológica, histórica y ética. La corrección de estos diferentes análisis determinará la fortuna de este catálogo de normas.

B) El llamado Derecho Deportivo de Montaña se ha construido progresivamente como un derecho pretoriano en el que la jurisprudencia de los tribunales ha jugado un papel esencial para establecer las situaciones y supuestos en los que la responsabilidad se dirime en el ámbito deportivo o trasciende a los tribunales ordinarios. Lo que se propone es una ordenación completa, sistemática y coherente de este Derecho, que recoja la estructuración jurídica deportiva y se haga eco de los actos de la autoridad pública (legislador nacional, legisladores autonómicos y jueces). Todo ello, en aras a la protección de intereses superiores perfilan u orientan la organización deportiva. De este modo, estaremos en presencia de un auténtico derecho deportivo que no olvida su naturaleza mixta (se ha dicho anfibia) entre el derecho público y privado. Claro está, es necesario ampliar nuestra concepción de sujetos jurídicos, de manera que se integren dentro de este Derecho de la Montaña no sólo los individuos y organizaciones territoriales, sino también las federaciones deportivas, los diferentes equipos deportivos, marcas comerciales, empresas patrocinadoras, deportistas amateurs, espectadores y restantes usuarios de los puertos de montaña.

C) No hay lugar para una defensa nostálgica de la montaña como realidad distante de la civilización, en las últimas décadas la montaña se ha convertido en un espacio de convivencia social y, por ello, necesita de una regulación propia, Cuanto más exhaustiva y desarrollada sea esta visión jurídica de la montaña, más apta será para resolver los conflictos que se están planteando y se plantearán en el futuro. En consecuencia, el aforismo “ubi societas ubi ius” se muestra, una vez más, absolutamente vigente. Desde el momento en que la sociedad ha tomado el dominio de la montaña, se impone la necesidad de su regulación jurídica. Un ejemplo paradigmático de esta socialización de la montaña lo podemos encontrar en el reconocimiento expreso del principio de reciprocidad en el disfrute de los refugios de montaña en todos los puertos de montaña de Europa y para cuyo disfrute basta con mostrar la identificación federativa de origen (Convenio sobre los derechos de reciprocidad en el uso de los refugios de montaña, firmado en 1978).

D) La experiencia vital de la montaña, como todo lo humano, es una vivencia axiológica y cultural, que presenta sus particularidades y una naturaleza singular. Estos valores de la

montaña y su experiencia relacional deben ser tenidos en cuenta por el legislador y otras autoridades a la hora de decidir acerca del contenido de sus normas, si no quiere que éstas sean absurdas o inaplicables. El legislador (en sentido amplio) ha de tener presentes estos valores como datos previos a la norma y, de acuerdo con esta orientación axiológica, llenar de contenido su mandato. La observación de la jurisprudencia nos revela que la praxis judicial y forense tiene bien presentes las peculiaridades de la vida en la montaña y sus pronunciamientos dan fe de la flexibilización de los criterios para la determinación de la responsabilidad, en atención a la peligrosidad y riesgo propio de un medio naturalmente hostil. La legislación no puede pretender agotar todos los valores presentes en la vida de montaña, por ello, debe abrirse a la experiencia cultural de otros actores, como pueden ser las federaciones deportivas, asociaciones de deportistas, empresas, etc. Un ejemplo de esta retroalimentación empírica de la práctica legislativa la encontramos, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía y su legislación acerca de los senderos (Ley 3/2017), así como su desarrollo a través del Decreto 67/2018 regulador del uso deportivo de los senderos de montaña. A la luz de esta reglamentación se puede comprobar el intento de conciliar los diferentes usos económicos, turísticos y deportivos de los senderos de montaña, teniendo siempre presente el respeto a la integridad medioambiental.

## ***Bibliografía***

Albert Márquez, J., (2017), “Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Del análisis del lenguaje de los juristas a la Teoría Comunicacional del Derecho en la obra de Gregorio Robles, Medina Morales, D., *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona.

Anzalone, A., (2017), “El fenómeno deportivo entre ética, política y economía”, Jiménez Soto, I, Pérez Serrabona González, F., *Los retos del deporte profesional y profesionalizado en la sociedad actual*, Reus, Madrid.

Anzalone, A, Sánchez Hidalgo, A., (2016), “La areté agonal desde la visión viquiana de la historia”, *Ingenium. Revista de Pensamiento Moderno y Metodología en Historia de las Ideas*, n. 10.

Aristóteles., (1970), *Política*, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid.

- Bobbio, N., (1960), *Teoría dell' Ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Torino.
- Carnelutti, F., (1948), *El arte del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Diez Picazo, L., (1973), *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- Gamero Casado, E., (2012), *Fundamentos de derecho deportivo*, Tecnos, Madrid.
- Hart, H. L. A., (1968), *El concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Henkel, H., (1968), *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid.
- Jiménez Soto, I., (2015), *La configuración jurídica del deporte en el medio natural*, Reus, Madrid.
- Kaufmann, A., (2000), *Derecho, moral e historicidad*, Marcial Pons, Barcelona.
- Marx, K., (2003), *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, Fundación Federico Engels, Madrid.
- Medina Morales, D., (1996), “El pensamiento ordinalista de Schmitt y el origen de la propiedad”, *Estudios sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid.
- Medina Morales, D., (2016), “Ética, ética moderna y ética deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y entretenimiento*, n. 51.
- Medina Morales, D., (2017), “El deporte en la sociedad actual. Reflexiones en cuanto a su ubicación y perspectivas”, Jiménez Soto, I, Pérez Serrabona González, F., *Los retos del deporte profesional y profesionalizado en la sociedad actual*, Reus, Madrid.
- Muñoz Gutiérrez, C., (2011), *Paso a paso. Razones para subir montañas*, Eutelequia, Madrid.
- Nietzsche, F., (1965), *Obras Completas, III, Así habló Zaratustra*, Aguilar, Mexico-Buenos Aires.
- Nietzsche, F., (1967), *Obras Completas, IV, La voluntad de poder*, Aguilar, Mexico-Buenos Aires.
- Pérez de Tudela y Pérez, C., (2011), “Al encuentro con la tierra”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, Vol. 15, n. 1.
- Pérez de Tudela y Pérez, C., (2008), “El alpinismo, las montañas y la filosofía trascendente”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, Vol. 12.
- Pérez de Tudela y Pérez, C., (2005), “Derecho de la Montaña”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, Vol. 9.
- Pérez de Tudela y Pérez, C., (2004), “Las montañas son camino de la reflexión”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, Vol. 8.
- Pérez Luño, A. E., (2004), *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid.

Robles Morchón, G (2009)., *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Minima Trotta, Madrid.

Robles Morchón, G., (2015), *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona.

Romeral Hernández, J., (2016), “Seguridad y salud laboral en el deporte profesional”, revista Aranzadi de derecho del deporte y entretenimiento, n. 52.

Vico, G., (1978), *Ciencia Nueva*, Fondo de Cultura Económica, México.

Vallet de Goytisolo, J., (2002), “Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, n. 1.