

PAISAJES EXTREMOS Y LEGISLACIÓN APLICABLE

EXTREME LANDSCAPES AND APPLICABLE LEGISLATION

Juan Claudio Morel¹

RESUMEN: Denominamos “extremo” a aquel tipo de paisaje que, reconociendo la existencia de elementos bióticos, abióticos y antrópicos, se caracteriza especialmente porque uno de estos elementos predomina en una altísima proporción sobre los otros. Es en este preciso punto que proponemos la expresión de paisajes extremos, a los que están caracterizados por un entorno que hace mucho más difícil las condiciones de la vida en la Tierra para el ser humano, respecto del promedio de los lugares habitables y habitados. En este contexto, solamente tres paisajes extremos nos interesan analizar de una enumeración que naturalmente no pretende ser exhaustiva: alta montaña, desierto y oasis. Todos estos paisajes tienen en común haber merecido atención por parte del Derecho, con diferente intensidad en su regulación y ordenación acorde las necesidades de cada caso, los dos primeros por sus condiciones extremas de vida y el último por constituir una isla de vida rodeada de un mar de adversidad biológica, lo cual lo asocia definitivamente al desierto.

Palabras clave: desierto; oasis; alta montaña; paisaje extremo; glaciares; tribunal de aguas de valencia; consejo de hombres buenos de Murcia.

ABSTRACT: We denominate “extreme” to that type of landscape that, recognizing the existence of biotic, abiotic and anthropic elements, is especially characterized because one of these elements predominates in a very high proportion over the others. At this point we propose the expression of “extreme landscapes”, which are characterized by an environment that makes life conditions on Earth much more difficult for the human being, with respect to the average of habitable and inhabited places. In this context, only three extreme landscapes we are interested in analyzing from an enumeration that naturally does not pretend to be exhaustive: high mountains, desert and oases. All these landscapes have in common less attention from the Law, with different intensity in their regulation and management according to the needs of each case, high mountains and desert for their extreme living conditions, and oases because it’s an island of life surrounded by a sea of biological adversity, which definitely associates it with the desert.

Keywords: desert; oasis; high mountains; extreme landscape; glaciers; valencia water court; council of good men of Murcia.

¹ Doctor en Derecho por la UAlicante (España). Master en RRIL por la UNICEN (Argentina). Master en Derecho Ambiental UNIAndalucía (España). Posgraduado por la JICA (Japón) y por la UPEACE (Costa Rica). Profesor Titular de Derecho Ambiental en UNICEN (Tandil/Argentina).

1. INTRODUCCIÓN

Falta de equilibrio, es quizás la expresión que mejor define a las tres categorías de paisaje que se estudian en este trabajo, porque alguno de los factores constitutivos domina a los otros, no lo suficiente como para eliminarlos, pero sí como para alterar la sostenibilidad de la vida humana en condiciones naturales no necesariamente tecnificadas. No ha sido una tecnología refinada la que ha mantenido a esquimales y tuaregs en tales inhóspitos lugares de vida que no sólo son extremos por la agudización de las dificultades para la vida sino por la extremidad de sus condiciones: desde la ausencia de calor a la sobreabundancia.

Esa falta de equilibrio natural se ha traducido, paradójicamente en la misma consecuencia para la regulación jurídica que toma al desierto, la alta montaña o el oasis en una atención por parte del Derecho que es esporádica, vacilante y llena de vacíos o lagunas que deben ser cubiertos cuando no por la creatividad del jurista. En ese punto es imprescindible la visión amplia del jus-ambientalista que lleva ventaja al jurista convencional acostumbrado a un derecho que siempre está disponible y de suyo fácil de dilucidar.

De eso tratan las siguientes páginas, de paisajes poco convencionales, que pasarían desapercibidos si no fuera por la mirada del experto o del economista si el mismo encierra riqueza no convencional, antes que la belleza contemplativa. Por esa razón el análisis jurídico que ofrecemos es poco común, es desequilibrado en sus alcances normativos y es histórico en su propuesta de solución de conflictos. Es lo más parecido a una integración normativa posible en diferentes lugares de la Tierra, justamente porque esa es la primera impresión que devuelve la geografía y quizás por eso el Derecho no tiene tanta inclinación a caracterizar estos lugares.

2. DESIERTO

No imaginamos a un lugar definido por la nada como integrante de nuestro género, sin embargo, hay belleza en la “aparente” nada que es apreciada como paisaje.

La primera imagen que viene a nuestra memoria cuando escuchamos esta palabra es la de un sitio... “*despoblado, solo, inhabitado*”²... como la Antártida o la Tundra rusa con escasa presencia humana y la hibernación de animales adaptados por la naturaleza en millones de años para la vida en el lugar. También es dable concebir al desierto como... “*territorio arenoso o pedregoso, que por falta casi total de lluvias carece de vegetación o la tiene muy escasa*”³... En este último caso, estamos frente a la idea que tiene alguien que habla en español de lo que un desierto es, y por lo tanto, surge en ambos casos la idea de “paisaje extremo” porque esa naturaleza inhóspita dificulta la instalación de relaciones culturales con el mismo, y de alguna manera explica la escasa presencia de actividades humanas que dejen su huella.

Para los geógrafos, se trata de una superficie terrestre, deshabitada o casi totalmente, con precipitaciones bajas que no superan una media de 200 milímetros. Como ecosistema, recibiendo pocas precipitaciones tiene pocas manifestaciones de vida animal, aunque varía

2 DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Del lat. *desertus*). 1. adj. Despoblado, solo, inhabitado. 2. adj. Dicho de una subasta, de un concurso o de un certamen: Que no ha tenido adjudicatario o ganador. 3. m. Lugar despoblado. 4. m. Territorio arenoso o pedregoso, que por la falta casi total de lluvias carece de vegetación o la tiene muy escasa. Asequible en el link:

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=desierto

3 IBÍDEM, 4ª acepción, en la que se advierte un paso más en la precisión del concepto, refiriendo en este caso a los lugares que quienes acufian el idioma español conocen para identificarlo con palabras.

esta apreciación acorde al tipo de desierto que se trate. En algunos casos, la vegetación se adapta a la poca humedad y la vida animal tiene actividad sólo durante el día administrando mejor no sólo sus energías sino también la humedad. Paradójicamente, los diferentes tipos de desierto constituyen una tercera parte del suelo del Planeta⁴ y pueden ofrecernos paisajes de belleza singular.

2.1. Desierto y naturaleza, características generales de este paisaje

Estos paisajes, normalmente comparten algunas notas, tales como la ausencia de vegetación, escasa presencia de fauna, arena, dunas que manifiestan procesos eólicos que algo tienen que decir en la formación y caracterización de estos grandes escenarios. Muchos de ellos se explican por su carácter mediterráneo que los ubica lejos del mar y la falta del carácter bondadoso de sus vientos húmedos. Esto último no lleva a concluir que solamente el carácter árido tipifica a un desierto, porque los dos polos reciben precipitaciones anuales comparables a algunas zonas desérticas, pero nuestra cultura las percibe como desiertos. En consecuencia, para la aridez es preciso un bajo nivel de precipitaciones, pero completado con un fenómeno denominado *evapo-transpiración*, definida como mixtura de: pérdida de humedad por evaporación de agua del suelo y, disminución de agua como vapor, a través de los procesos vitales de los vegetales.

El potencial de evapotranspiración es, por lo tanto, la cantidad de agua que se evapora en una región dada. Un paradigma de este proceso es el que se da en Tucson, en los Estados Unidos, con precipitaciones aproximadamente por 300 mm anuales, pero pierde por evapotranspiración 2.500 mm en el mismo período. En el Polo Norte, existen tasas sustancialmente menores por eso es que, aun recibiendo precipitaciones inferiores a 200 mm anuales distan mucho de la definición básica de un desierto: un lugar donde la evaporación supera el total de la precipitación pluviométrica.

Esto es lo que explica que existan distintos tipos de desiertos, los fríos pueden estar cubiertos de nieve, reciben pocas precipitaciones que terminan congeladas quedando como hielo o nieve casi sólida. Éstas son las notas de la Tundra que presenta además temperaturas inferiores a cero grado, con escasa vegetación creciendo en verano porque la congelación del resto del año impide la vida y la presencia de las diferentes formas que la vegetación ofrece a la fisonomía del paisaje y a la vida.

Ahora bien, toda esta descripción no debe llevar a la conclusión de un carácter irreversible para todos los desiertos. Hay autores que postulan su reversibilidad⁵, apoyados en casos reales tales como el “Campo de Dalías”, a la disposición de la economía y de la técnica en poco tiempo ofrece contaminación visual por los invernaderos que ahora anida. En esta idea, es posible que un ecosistema en proceso de desertificación reciba una carga antrópica que supere sus límites...”*si se llega al final del proceso, el ecosistema deja de funcionar para aquello que de él se pretendía obtener. Esto no significa que esté muerto o perdido, sino que espera que se le pidan objetivos menos exigentes para poder funcionar a un nivel más bajo, que se le dediquen especiales atenciones, que incluso pueden llevarle a un*

4 Desiertos cálidos como: Victoria (Australia), Sáhara, Kalahari, Namib, Ogaden, (Africa), Gobi Kara Kum, Takla Makán, Rub al Jalí, (Asia), Sonora, Mojave, Atacama, Sechura (América), entre otros.

5 AGUILÓ BONNIN, Josep. Erosión y Desertificación. *Ciudad y Territorio*, Volumen III, nº 105, otoño de 1995. Ed Ministerio de Obras Públicas Transporte y Medio Ambiente, 1995, p.616.

nivel más alto"⁶... que es el caso del Valle de Delía. Por ello una amenaza de desertificación puede tener solución, pero requiere mucha inversión para recuperarla con tiempo, o su abandono para que la naturaleza haga su trabajo, los que no siempre coinciden con los tiempos de los procesos económicos nacionales y menos con los de las fortunas personales.

2.2. Desierto y cultura

Nuestra cultura, reconoce la noción "desierto" desde los primeros tiempos, tanto como dedicamos alguna página a expresiones tales como "paraíso terrenal", o "jardín" que presentan el correlato del desierto desde el punto de vista geográfico, este contrapunto es operativo para explicar nociones religiosas y morales por quienes escribieron en la Biblia. Es reiterado apreciar que tanto el jardín está reservado al hombre que adora a Dios, su pérdida conlleva para el hombre el conocimiento de un lugar que observa carencias en todo lo que abunda el anterior. Uno es signo de vida y encuentro con Dios, el otro de muerte y encuentro con la maldad representada por el Demonio.

*La aparición de la palabra "desierto" en el Viejo y Antiguo Testamento es tan reiterada y utilizada que sólo nos ocuparemos de unos pocos ejemplos para testimoniar y respaldar esta afirmación que impulsa ubicuidad cultural a la expresión "desierto".- Solamente en la partida del pueblo Judío desde Egipto, cuenta Abraham que..."entonces nos volvimos y partimos hacia el desierto, rumbo al mar Rojo, como Jehová me había dicho; y rodeamos por muchos días la región montañosa de Seír..." hasta Jesús cuando es tentado..." Jesús lleno del Espíritu Santo, volvió de las orillas del Jordán y se dejó guiar por el Espíritu Santo a través del desierto, donde estuvo cuarenta días y fue tentado"*⁷...

También aparece este paisaje en San Lucas (42.4,42), cuando describe a Jesús, recorriendo..."Galilea predicando, siendo ya de día, salió y se fue a un lugar *desierto*, y las multitudes le buscaban. Acudieron a él y le detenían para que no se apartara de ellos. Pero él les dijo: "*Me es necesario anunciar el evangelio del reino de Dios a otras ciudades también, porque para esto he sido enviado.*" E iba predicando por las sinagogas de Galilea" ...o cuando describe el famoso pasaje de la multiplicación de los peces en donde se muestra uno de los milagros cargado de mayor simbolismo de todos los que hizo Jesús porque lo hablaba a quienes venían del desierto y nada tenían para comer, debían saciar también su hambre real ..." *Él les dijo: —Dadles vosotros de comer. Pero ellos dijeron: —No tenemos más que cinco panes y dos pescados, a no ser que vayamos nosotros y compremos comida para todo este pueblo. Porque eran como cinco mil hombres. Entonces dijo a sus discípulos: —Haced que se sienten en grupos de unos cincuenta cada uno. Y así lo hicieron, haciendo que todos se sentaran*". O la parábola de la oveja perdida, una que ha sido una fuerte inspiración para la educación de los jóvenes en toda la cultura occidental y que sin duda la trasciende ..." ¿quien, de vosotros, si tiene cien ovejas, y pierde una de ellas, no deja las noventa y nueve en el desierto y va tras la que se ha perdido, hasta hallarla? *Y al hallarla, la pone sobre sus hombros gozoso, y cuando llega a casa reúne a sus amigos y vecinos, y les dice: "Gozaos conmigo, porque he hallado mi oveja que se había perdido*". Finalmente es ilustrativo destacar a Juan el Bautista, uno que predicaba en el Desierto..." ¿Qué dices en cuanto a ti mismo? Dijo: —Yo soy la voz de uno que proclama en el *desierto: "Enderezad el camino del Señor" como dijo el*

6 AGUILÓ BONNIN, Josep. Erosión y Desertificación. *Ciudad y Territorio*, Volumen III, nº 105, otoño de 1995. Ed Ministerio de Obras Públicas Transporte y Medio Ambiente, 1995, p.617.

7 DEUTERONOMIO 5.2,1.

profeta Isaías. Y los que habían sido enviados eran de los fariseos. Le preguntaron y le dijeron: —¿Entonces, por qué bautizas, si tú no eres el Cristo, ni Elías, ni el profeta? Juan les respondió diciendo: —Yo bautizo en agua, pero pronto vendrá uno que bautizará con el Espíritu Santo” ...

Se, ve entre estos pocos ejemplos de decenas o más de un centenar que nos muestra la Biblia, que justamente tienen escena en un desierto. Interpretando la importancia de este libro en nuestra civilización puede deducirse fácilmente la profunda carga emocional que representa este determinado tipo de paisaje en nuestra vida común por la pluralidad de mensajes que envía a nuestra vida diaria. En determinados pasajes de la Biblia, el desierto es un lugar de castigo y en otros puede resultar un lugar de adversidad a vencer, brindando la idea de que toda prueba puede ser vencida por un espíritu fuerte, con fe. Por esta razón ha sido un tema recurrente en el arte religioso, según hemos destacado.

2.3. La desertificación. Conferencia de Nairobi.

Hoy día, se agregan a estas razones, otras de tipo práctico porque avanzar sobre el desierto implica productividad alimenticia en un mundo que día a día incrementa la capacidad de carga sobre el mismo. Más habitantes requieren más alimentos y el desierto se presenta como una barrera a doblegar en este principal cometido humano, porque el desierto no sólo sigue presente en determinados parajes, sino que además avanza sobre algunas áreas fértiles. Fuera de las razones que no es el caso estudiar en este punto, es preciso destacar someramente que es un tema que merece la preocupación de la Organización de las Naciones Unidas, quien ya en 1977 celebró en Nairobi la “*Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desertificación*” que justamente es donde nace este neologismo: “desertificación” como un objetivo para conjurar sus efectos. Se elaboró un documento de 73 páginas que incluía 20 recomendaciones con una propuesta de aplicar 6 proyectos internacionales con afectación a 29 naciones consistiendo en la creación de zonas verdes en determinados lugares del Sahara, la utilización de recursos acuíferos en el Nordeste del africano y la Península Arábiga, racionalización de la explotación pecuaria y pastos en la región sudano-saheliana, control de proceso de desertificación en el Sur de la Argentina y Sud-Este asiático, todo ello con un costo de doscientos mil millones de dólares. Naturalmente estos fondos no estuvieron disponibles.

En 1994 las Naciones Unidas proclamaron el día 17 de junio como el día mundial de la lucha contra la desertificación y la sequía en conmemoración de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación el 17 de junio de 1994 que es el primer y único marco legalmente vinculante a escala internacional que ha sido creado para hacer frente al problema de la desertificación. La Convención se fundamenta en los principios de participación, colaboración y descentralización, y ha sido suscrito por 192 países en un extenso y minucioso articulado no solo definen 17 nuevos términos sino que establecen objetivos que desde el punto de vista de su redacción son claros, tales como los dispuestos en el artículo 2º... “*El objetivo de la presente Convención es luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, mediante la adopción de medidas eficaces en todos los niveles, apoyadas por acuerdos de cooperación y asociación internacionales, en el marco de un enfoque integrado acorde con el Programa 21, para contribuir al logro del desarrollo sostenible en las zonas afectadas*”... Se establecen principios magros en inserción jus-ambiental y quizás un tanto reiterativos y presentes en todo crédito internacional como condición de su otorgamiento, tales como los que surgen del artículo 3º: la participación de la población y de las comunidades locales, solidaridad y asociación y la cooperación

y la coordinación a nivel subregional, regional e internacional, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de los países en desarrollo afectados.- El anexo III está dedicado a Sud América y el IV y V se refieren a Europa.

También existen iniciativas individuales a nivel Estado-Nación, por ejemplo, la reforestación progresiva del área afectada, escogiendo diferentes especies, según el caso, ganando terreno sobre las áreas afectadas y ganando también en humedad con la acumulación de hojas que con el correr de los años forman un nuevo limen sobre la superficie ganada. En la Argentina hay un caso paradigmático con el Municipio de Villa Gesell en la Provincia de Buenos Aires, sobre el Atlántico, iniciado individualmente por un pionero alemán que ha cambiado el paisaje en un grado tal que de una zona similar al Sahara se ha convertido en una extraordinaria zona turística cuyo sello son los pinares y el mar en una labor iniciada por el hombre en los 30' del Siglo pasado y continuada por la Naturaleza que ha respondido a los estímulos avanzando sobre los médanos de manera ineludible hasta nuestros días.- Otros proyectos conocidos son los del científico israelí León Brening denominado "proyecto lluvia" (hbr: Geshem) que busca crear lluvia por medio de la acción humana, otros que exceden el marco de esta introducción.

3. OASIS

Uno de los paisajes que podemos hallar en un desierto es el *oasis*⁸, tienen una importancia tal que ameritan su consideración, importan el verdadero quiebre de la desolación, de la nada que importa en el camino de la vida humana el desierto. Es el agua y la comida en medio de un lugar que se caracteriza por la falta de elementos vitales para el hombre. En estos lugares excepcionalmente se detectan pequeños asentamientos habitados, como los del paradigmático Sahara. La fertilidad de estos lugares suele dar la posibilidad de dar cultivos a sus habitantes para abastecer a viajeros y aún hoy a las caravanas.

Los oasis más conocidos de la antigüedad, que forjaron su nombre son los del antiguo Egipto. Operaban como sitios de provisiones y solaz para las grandes caravanas de beduinos comerciantes del interior de África, que conocían tres oasis principales: "El Rhargeh" ("El grande), "El Bahryeh" ("El Pequeño") y el de Siwa (Amón). Pero había muchos más que estos que estaban en las rutas de los viajeros.

La función del oasis - *como paisaje de vida insertado en la hostilidad del desierto* - para el desarrollo de la vida humana, ha sido *pêndant* para expandir a la humanidad por una de las franjas más hostiles a ella: la franja desértica que va desde la Mongolia, pasando por la antigua Persia y Babilonia hasta Norte africano y la Hispania mediterránea. En este curso, hay hombres que han pasado por este camino para formar otras culturas en las tierras en las que se instalaron. También hay masas humanas que aprendiendo del Desierto viven en él, de manera nómada generando una verdadera cultura, diferencial, que sólo puede tener realidad en éste hábitat, ligado a instantes de vida perdidos entre la nada: los oasis: lugares para el descanso y la carga de energías en miras a otra larga y difícil travesía asociadas al comercio y la aventura. No es casual que los oasis, invariablemente estuvieran situados como postas de las rutas comerciales, fueran lugares de paso obligado por las caravanas y sede de fructíferas relaciones comerciales y descanso de la riqueza que generaron el nacimiento de

⁸ Según el Diccionario de la Real Academia Española, XXII Edición, la palabra oasis proviene del griego ὄασις *oasis*, tomado del egipcio *uḥ3t*, en demótico *uḥi* y en copto *uaḥe*. Con dos acepciones que nos interesan: 1. m. Sitio con vegetación y a veces con manantiales, que se encuentra aislado en los desiertos arenosos de África y Asia. 2. m. Tregua, descanso, refugio en las penalidades o contratiempos de la vida.

ciudades prósperas como Walata y Gadames en las actuales Libia y Mauritania en donde la existencia de agua es lo que marca la diferencia entre desierto y oasis porque es la definición equidistante entre vida sedentaria y nómada, entre la agricultura, riego, trabajo y acopio de alimentos con el andar eterno, cíclico y sin patria.

Entre todas estas ciudades nacidas a la frescura de los oasis, hay una que nos interesa señalar por su vigencia en la actualidad y por su carácter vecino a Alicante: Elche o Elx en idioma valenciano, ambas insertadas en las rutas de las caravanas comerciales de la antigüedad. Ésta última ha sido inscrita en los registros de la UNESCO en la Lista de Patrimonio Mundial Natural y Cultural poniendo relieve a la importancia histórica y natural de este Palmeral que se remonta a los tiempos de *Al Andalus*, cuando todavía el Cid no había luchado en Valencia, ni inspirado al poeta, ni los Reyes Católicos habían iniciado la unidad que ha llegado a nuestros días con el nombre de España.

3.1. Legislación de España

Pese a la importancia de los oasis en ciertas regiones de España, con suelos áridos, no hay una regulación estatal sobre la materia, para su ordenación y protección. Lo propio con la legislación autonómica, que no incluye en su legislación sectorial disposiciones tutelares sobre el tema. Como excepción algunos municipios caso de Elche tienen disposiciones alusivas. No obstante, la historia del Derecho español nos ha hecho llegar a nuestros días dos ejemplos testimoniales que son guía de la humanidad en uno de los aspectos centrales de los oasis que es la regulación sobre el bien escaso más importante de un oasis: el agua.

Con esta idea, exponemos sucintamente dos ejemplos de protección de un oasis a través de su savia principal⁹ que son los más famosos. La aridez del lugar y la existencia del riego por medio de un río dan el contexto de protección con un marco de avanzada para la época y con la aplicación del sentido común en una dirección que es atemporal para la solución de los conflictos humanos que pueden poner en peligro el paisaje y el ambiente, agotando el recurso hasta volverlo desierto.

3.1.1. El Tribunal de Aguas de Valencia.

3.1.1.1. Antecedentes.

Lo importante del oasis de Elche es la transferencia cultural que llega a Occidente por intermedio de los pueblos árabes antecesores, y por la expansión que hacen de esta cultura los españoles colonizadores de la América, al haber encontrado desiertos y oasis en ella hace 500 años. Una transferencia que incluye definitivamente una cultura sobre el agua y la administración de un recurso escaso como lo es el ejemplo del Tribunal de aguas de Valencia, que en ocasión del desarrollo de una de las asignaturas para aprobar seminarios de doctorado con la tutela del Dr. Germán Valencia Martín, la cohorte 2004 -a la cual pertenece este presentante- tuvo la ocasión de presenciar una de sus sesiones.

El Tribunal de las Aguas de Valencia, es un órgano jurisdiccional, con sede en Valencia, con amplia competencia para juzgar y hacer cumplir lo juzgado en todos los conflictos que se produzcan entre las Comunidades de Regantes de las diferentes acequias de la huerta

⁹ Dejamos otros ejemplos fuera del estudio como el Juez de Aguas de Orihuela, que se rige por las ordenanzas aprobadas por la Reina Regente, María Cristina de Borbón por Real Orden de 31 de agosto de 1836, que sustituyen las anteriores aprobadas por Felipe IV por Real Cédula de 24 de febrero de 1625, redactadas por el visitador Jerónimo Mingot.

de Valencia, entre estas y los regantes y cualquier otro usuario del agua, y, en general, para conocer sobre cualquier litigio derivado de la utilización del agua.

El Rey Jaime I de Aragón en los Privilegios de 1239 y 1250 da a los acequeros de la vega de Valencia prerrogativas que constituyen la primera fuente de Derecho del Tribunal, que ratifica la conformidad de la nueva Corona cristiana con el sistema de regadío que venía de la época musulmana y las formas jurídicas pensadas para los eventuales conflictos que dieron origen al Tribunal. Las primeras referencias aparecen en el Califato de Córdoba, con los gobiernos de Abderraman II y Al-Hakem II, con dos costumbres que llegan hasta hoy día. La primera de ellas se relaciona con la característica tan singular que tiene el lugar de sesión del Tribunal: la puerta de la Catedral, otrora mezquita, lo cual se explica porque los infieles no podían ingresar a la Iglesia y como los hortelanos seguían siendo musulmanes el Tribunal comenzó a sesionar en la puerta de la Iglesia.

La segunda tiene vinculación con el día de funcionamiento del Tribunal que es solamente por los jueves que corresponde al sábado del calendario musulmán y comenzando exactamente al mediodía teniendo en cuenta que cuando el sol está en su cénit es el momento de cambio de día para los musulmanes. Antiguamente el Presidente del Tribunal concedía la palabra señalando con su pie izquierdo, como en la actualidad lo hacen los doctores de la ley musulmana.

Desde tiempos del Cid, este Tribunal ha “dado a cada uno lo suyo” ininterrumpidamente, pese a las presiones para traspasar competencias a otros organismos del Estado, por apreciar su funcionamiento como excepcional violando el principio de las constituciones liberales de Juez Natural. No obstante, la confianza que los hortelanos han mantenido en su Tribunal y la seguridad jurídica que inspiran sus decisiones, ha hecho que el tiempo simule no haber pasado y mantenga en la actualidad sus privilegios, jurisdicción y por supuesto su competencia en materia de aguas gozando de una autoridad moral y jurídica de esas que solo otorga el silencio de una sentencia justa, concebida como último ladrillo de una forma de administrar justicia informada por el proceso judicial de hoy: con audiencia, bilateralidad, contradicción, oralidad y publicidad.

3.1.1.2. Orden público español

Pese al carácter peculiar de un Tribunal, es importante destacar su inordinación al Orden Público español a través de sus fuentes:

1. Art. 125 de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, en el que se establece que los ciudadanos participaran en la Administración de Justicia en Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

2. Art. 38 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que establece que a la “Generalitat Valenciana” corresponde coadyuvar en la organización del Tribunal de las Aguas de Valencia.

3. Art. 19.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde, expresamente, se menciona el Tribunal dándole el carácter de tradicional y poniéndolo a la misma altura del resto de los tribunales en dicha ley regulados.

4. Decreto de 5 de Abril de 1.932 (II República Española), por el cual se confirman los privilegios y autonomía de jurisdicción del Tribunal de las Aguas de Valencia, decreto que ha sido declarado vigente por numerosas sentencias de la Audiencia de Valencia.

5. Privilegios a que se refiere el Decreto de 5 de abril de 1932, dictados por Don Jaime I, en diciembre de 1239 por el que donaba a sus habitantes todas las acequias de la huerta -excepto una, la de Montcada, que se la reservaba para él. Y Privilegio de 13 de febrero

de 1250 por el que el mismo rey concedía a los directores de las acequias, entre otras, las facultades de imponer y ejecutar las penas.

6. Las fuentes de Derecho más eficaces y usuales por y ante el Tribunal son las Ordenanzas de las Comunidades de Regantes, escritas en castellano y valenciano otras, con unos trescientos años desde su sanción sin que fueran modificadas conteniendo normas de derecho fonal tanto como procesal tales como jurisdicción y competencia, capacidad para denunciar y ser denunciado, legitimación, renuncia, desistimientos, etc. y sobre todo, la obligación que tienen sus respectivos síndicos de asistir todos los jueves del año a la lonja de los *Apóstoles de la Plaza de la Seo* para formar el Tribunal de la Aguas.

3.1.1.3. *Funcionamiento del Tribunal*

Este Tribunal administra justicia en un verdadero sistema de riego, que como tal requiere de agua para el desarrollo de la actividad de horticultor. El riego considerado se efectúa a partir del Río Turia, del cual nacen ocho acequias-madre: Quart, Benacher-Faitanar, Mislata, Favara y Rovella, a la derecha, y Tormos, Mestalla y Rascaña, a la izquierda. Es importante destacar que referimos a acequias denominadas “madre” porque con otras más pequeñas forman lo que se denomina “Comunidad de Regantes”, y sus integrantes son propietarios de esta agua que corre por la acequia que obedecen leyes cuyo cumplimiento estricto depende de una Junta Administradora que se renueva cada dos o tres años. El jefe de ésta o Síndico es elegido por los miembros de la comunidad. Tiene que ser horticultor de sus tierras, cuya extensión debe ser suficiente para poder vivir de ellas, y con fama de “hombre honrado” que es todo lo que se precisa para el desempeño del cargo que importa asumir el poder ejecutivo de la acequia y, por ende, el carácter de miembro del Tribunal. Los demás miembros de la Junta de Gobierno de la acequia, Vocales Electos, todos horticultores, también son votados por los regantes de los tramos diferentes que tiene cada acequia. El monopolio de la fuerza es ejercido por funcionarios denominados “Guardas”, que asumen la tarea de vigilar y hacer cumplir el efectivo cumplimiento de turnos y tandas de riego e informar los incumplimientos a estos detalles.

Antiguamente, no había embalse sobre el Río Turia y la solución para evitar que en momentos de sequía el primero en la lista se quedara con el agua de los demás hortelanos de aguas abajo, era repartir el agua equitativamente utilizando las denominadas “filas”. Ésta voz árabe (*fil - lah*) que significa parte de un todo era el indicador para que el agua se reparta en 138 partes iguales o filas para cada acequia. Cuando el cauce del río es caudaloso se dice que las filas son gruesas y si el cauce es más reducido se dice que las filas son delgadas.

Los actores en la Jurisdicción del Tribunal de Aguas¹⁰ son personas de existencia física y jurídica, funcionarios de cada Comunidad de Regantes con sus Síndicos, los hortelanos, arrendatarios, medieros y concesionarios industriales del agua por la erección de edificios en terrenos de las Comunidades de Regantes. Como todo Tribunal, tiene un doble funcionamiento, el judicial propiamente dicho y el Administrativo con la misma integración personal en una etapa y otra, excepto el Secretario y el Abogado que llamativamente no actúan en lo judicial salvo que lo hagan como representantes de personas jurídicas, porque representación de personas físicas solo de admite excepcionalmente. El Tribunal propiamente dicho tiene una integración de ocho jueces designados por cada una de las ocho acequias (Comunidades de Regantes)¹¹ por lo que también son Síndicos,

10 GINER BORA, Vicente. *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Valencia: Generalitat Valenciana, 1995, p.76.

11 De la orilla izquierda del viejo cauce del río Turia, Rascaña, Mestalla y Tormos; de la orilla derecha, Rovella, Favara, Quart, Benacher y Eaitanar y Mislata (fueron siete hasta que la acequia de Benage - Faitanar se desgajó de la de Quart).

por esa razón cuando actúan en el Tribunal lo hacen como jueces y cuando actúan administrativamente lo hacen como Síndicos de las respectivas acequias. Este cargo es remunerado simbólicamente, y es el propio Tribunal el que elige y remueve su Presidente y a los Auxiliares y subalternos como “los Guardas” de las Acequias por su relevante papel en el proceso que pueden iniciar con simple denuncia dirigida al Síndico de la acequia objeto quien realizará una breve instrucción y en el momento del juicio representa un papel muy semejante al del Ministerio Público en un proceso penal. Si la infracción ha producido un daño a una Comunidad se eleva la denuncia ante el Tribunal oralmente y su palabra hace plena fe y por lo tanto no tienen que ser probados sus dichos. Tiene derecho a sueldo que pagan las Comunidades y a una participación en las multas. Los “veedores”, nombrados también por las Comunidades, son inspectores de la distribución de las aguas, así como de la conservación de las obras. En el proceso tiene un papel de especial interés porque son los peritos encargados de las visuras o reconocimiento ocular para valorar el daño y los perjuicios causados. Estas “visuras” se practican en el corto periodo instructorio, y liquidan las sentencias. Los “atandadores” son los encargados de la distribución normal de las aguas entre los comuneros y concesionarios; el “atandarse” o “pedir tandeo” significa pedir al “atandador” una hora determinada para proceder al riego; una vez acordado, nadie en aquel brazal de la acequia puede tomar aguas más que el “atandado”, Son nombrados por las Comunidades y reciben de ellos sus honorarios.

El Tribunal designa a un “alguacil” que obedece y ejecuta órdenes del Presidente, y abre la sesión de los jueves llamando a viva voz a los denunciados por orden de acequias. Este alguacil oficia de notificador cuando fracasan las dos primeras citaciones efectuadas por los Guardas apercibiendo de sesionar en rebeldía del renuente.

El Secretario del Tribunal que no presencia el Juicio es quien protocoliza las sentencias motivadas sucintamente con datos generales de los hechos, datos del pleito y la decisión. El Agente Ejecutivo del Tribunal es un funcionario y solo interviene cuando las sentencias no se cumplen voluntariamente y hay que iniciar la “vía de apremio. El Abogado-Asesor del Tribunal no asiste a los juicios y su labor es puramente administrativa. Las denuncias versan sobre hurtos de agua en tiempos de escasez (fuera de toda connotación correccional o criminal); rotura de canales, alteración de turnos de regadío, falta de mantenimiento o suciedad en acequias que demora el escurrimiento de las aguas, regar sin turno, etc..., pudiendo ser sometidos a proceso empleados, síndicos y hasta cualquier persona ajena a este subsistema si lo ha dañado.

Ante incomparecencia, se les juzga en ausencia y eventualmente se los querrela civilmente utilizando como instrumento público que genera título ejecutivo la sentencia del Tribunal de las Aguas.¹²

3.1.2. El consejo de Hombres Buenos de Murcia

3.1.2.1. Antecedentes

En esta misma historia de gestión de recursos hídricos sería injusto obviar una mención al “Consejo de Hombres Buenos de Murcia” que tuvo origen en la misma época y en similares circunstancias para regular el riego de la Huerta de Murcia que ocupa hoy los términos municipales de esa ciudad y de Beniel, Alcantarilla y Satomera en una franja de unos 25 kilómetros de largo por aproximadamente unos 8 Km. de ancho.- El

12 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*. Valencia: Artes Gráficas Soler S.A., 1972, p.27.

riego aprovechando el cauce del Río Segura hizo que los emprendedores de todo tiempo generasen un verdadero oasis en donde la agricultura, y la generación de energía no estuvo ausente prosperando y modificando el paisaje de la región y generando una abundancia de recursos que rápidamente trajo como consecuencias colaterales conflictos entre los usuarios que competían por un bien escaso como el agua e hizo surgir un Consejo de Hombres Buenos que repartió equitativamente y satisfaciendo justamente las distintas posiciones asumidas por cada parte en pugna utilizando un Derecho Consuetudinario elaborado en la etapa musulmana por personas honestas y conocedoras de la materia por pertenecer a la estructura del saber en conflicto, y respetadas en la comunidad. Llegado el cristianismo tras la conquista de Alfonso X en 1245, estas normas se escribirían y actualizarían a la nueva mentalidad que ahora gobernaba, pero siempre teniendo en mente una justa distribución del recurso con instancia final imparcial que reduciría las disputas a una faz de monopolización de la fuerza en aras de la comunidad antes que en el interés egoísta.¹³

3.1.2.2. Orden público español y jurisprudencia

La Materia Legis de la normativa de Murcia versaba sobre el sistema de riego, el mantenimiento de la infraestructura: canales, acequias, compuertas, y la justa distribución del fluido que corría por las mismas con intervención de los denominados “alcaldes de las aguas” también denominados como “Prefectos de la nona que evidenciaban el interés de aquel Estado medieval en la cuestión dado que alrededor del agua gira el desarrollo de cualquier civilización, y desde luego la murciana no era la excepción. No fue extraño que desde entonces se fuera consolidando una serie de regulaciones efectuadas por las Instituciones locales conformando un verdadero Derecho Agrario conformado por los hortelanos que regaban sus tierras, instituciones intermedias (Junta de Hortelanos o Junta Conservadora) y el Rey que más tarde el Ayuntamiento de Murcia termina por conformar en 1849 las Ordenanzas de la Huerta. Este códex que compilara el derecho consuetudinario local modificó la Junta Conservadora y le dio el nombre de “*Consejo de Hombres Buenos*”, con lo que se volvía a la denominación que había tenido la institución en la época musulmana, pero tardó en ser aplicado por falta de consenso hasta que en el último tercio de siglo es complementada con Ordenanzas comunales y así se termina de dar fisonomía a la legislación rural de la región de Murcia siendo aplicables recién hacia 1890.¹⁴ Debiendo destacarse que si bien existe una confusa cohabitación de Ordenanzas locales con una norma de la dimensión de una Orden Real las Instituciones funcionaron para darle a cada uno lo suyo. Actualmente las Ordenanzas de 1849 siguen vigentes aunque con algunas modificaciones para adaptarlas a la Ley 29/1985 de Aguas y el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura el 1 de febrero de 1991 aprobó la conciliación de la vieja legislación como las Ordenanzas y Costumbres de la Huerta de Murcia a la ley de 1985, y el 23 de marzo de 1992, se aprobaba el reglamento presentado por la Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia, por el que se respetaban los usos y costumbres centenarios, en materia de regadío, de la huerta de Murcia y el “Consejo de Hombres Buenos” como Tribunal Consuetudinario en la Ley Orgánica 13/1999 de 14 de mayo se modifica el Reglamento del Consejo de Hombres

13 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*. Valencia: Artes Gráficas Soler S.A., 1972, p.39.

14 DIAZ CASSOU, Pedro. *Ordenanzas y costumbres de la Huerta de Murcia*, con las Ordenanzas de 1849 y las de 1888. Madrid: Ed Maxtor, 2005, p.97.

Buenos vigente en la actualidad.¹⁵ En éste nuevo cuerpo normativo se reconoce legalmente, el carácter de Tribunal Consuetudinario y Tradicional del “Consejo de Hombres Buenos de Murcia, agregando el último párrafo al artículo 19 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (BOE 15 de mayo de 1999 (N^o 116) reconociendo autonomía histórica respecto del Tribunal de las Aguas de Valencia dado que los Tribunales consuetudinarios están reconocidos en la Constitución Española de 1978, en su artículo 125 por el cual se asegura al ciudadano español la acción popular y el acceso a la Justicia ante dichos Tribunales. En la esfera del Derecho Autonómico, el Estatuto Murciano establece que prestará especial atención al Derecho consuetudinario de la Región.

Con estos antecedentes jurídicos la reciente sentencia del Tribunal Constitucional reconoce en el 2004 que *“el Consejo es un órgano de naturaleza jurisdiccional que, como tal, ejerce verdadera jurisdicción, bien que limitada al círculo de las competencias que la Legislación de Aguas y las Ordenanzas de la huerta de Murcia le atribuyen”*.

3.1.2.3 Plan General de Elche

La primera norma tutelar del oasis de Elche fue el Decreto de 8 de marzo de 1933 que protegía a través de la tutela establecida a las palmeras, declarando de interés social la conservación de los huertos de palmeras de Elche con el Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio como Autoridad de Aplicación con un Patronato que ejecutaba las medidas tutelares creado por Orden de 28 de marzo de 1942 y reestructurado por Orden de 26 de febrero de 1973. En el aspecto cultural, por Decreto de 31 de julio de 1941, se constituía, bajo la dependencia del Ministerio de Educación Nacional, el Patronato para la Protección de los Jardines Artísticos, y por Decreto de 27 de julio de 1943 era declarado jardín artístico el *palmeral de las inmediaciones de Elche, incluido el llamado Jardín-Huerto del Cura*, poniéndolo

15 Ordenanzas y Costumbres de la Huerta de Murcia, Murcia, 1994, pp. 75-76 Art. 27. *El Consejo de Hombres Buenos se compondrá: De un Presidente, que será el presidente de la Comunidad General de Regantes y de la Comisión Representativa de Hacendados, o uno de los componentes de la Comisión Representativa en el que Presidente delegue, y con CINCO Procuradores-Vocales-Titulares y Cinco Procuradores Vocales-Suplentes. Dos Procuradores Vocales-Titulares serán de los Heredamientos de la Acequia Mayor de ALJUFÍA; Dos Procuradores Vocales-Titulares serán de los Heredamientos de la Acequia Mayor de BARRERAS; y Un Procurador Vocal-Titular, de la Comunidad de Regantes de CHURRA LA NUEVA; igualmente, habrá Dos Procuradores Vocales-Suplentes de los Heredamientos de las Acequias Mayores de ALJUFIA y BARRERAS, y Un Procurador Vocal-Suplente de la Comunidad de Regantes de CHURRA LA NUEVA. Actuará de Secretario, el que sea General de la Comunidad y de la Comisión Representativa. Art. 28. Los Vocales-Titulares y Vocales-Suplentes del Consejo de Hombres Buenos, serán elegidos por sorteo, en los correspondientes Juntamentos de las Acequias Mayores de ALJUFIA y BARRERAS, así como de la Comunidad de Regantes de la Acequia de CHURRA LA NUEVA, en el mes de diciembre de cada año, renovándose todos los meses; no pudiendo ejercer este cargo, los que lo hayan desempeñado una vez al año. Art. 29. Para evitar que por cualquier circunstancia o motivo deje de constituirse el Consejo en los días de audiencia, se nombrarán en Juntamento General, treinta Procuradores de esta Huerta, los cuales, quedarán en una urna cerrada, cuya llave tendrá el Presidente del Consejo. Si 48 horas antes del señalado para la audiencia hubiese comunicado alguno o algunos de los Procuradores para constituir el Consejo el no poder asistir, se sacará de la urna el nombre o nombres que sean precisos para completar el que se requiera, avisando a los que les haya cabido la suerte, a formar parte de él, como Suplente, para aquel solo acto. Los Suplentes podrán serlo, tantas veces cuantas les toque por la suerte. Art. 30. El cargo de Vocal del Consejo de Hombres Buenos es obligatorio y gratuito. Art. 31. Las Resoluciones del Consejo de Hombres Buenos, sólo son revisables, dentro del plazo de un mes, en reposición, ante el propio Consejo, como requisito previo al recurso contencioso-administrativo. Art. 32. Los procedimientos del Consejo de Hombres Buenos, serán públicos y verbales. Art. 33. El hacendado de la Comunidad General que no efectúe el pago de repartos, multas y cualesquiera otro que les fuera reglamentariamente impuesto, satisfará un recargo del diez por ciento cada mes que dejó de transcurrir sin realizarlo. Una vez pasados tres meses sin verificar dicho pago y su recargo, se le podrá prohibir el uso del agua, hasta tanto no lo satisfaga. Para el devengo total de dicho recargo bastará una fracción del tiempo cualquiera, dentro del mes a que corresponda la morosidad. En todos los casos, la Comunidad General podrá ejecutar contra el moroso, los derechos que le competen, siendo de cuenta del mismo los gastos que se originen, todo ello, sin perjuicio a acudir a la Vía de Apremio, prevista en el Reglamento General de Recaudación. Art. 34. Por cada denuncia que se presente al Consejo de Hombres Buenos, el denunciante deberá satisfacer la cantidad de 3.000 pesetas (TRES MIL), cuyo importe se incrementará cada año, con arreglo al índice de precios al consumo; y se ingresará en los fondos de la Comunidad General. De esta obligación, estarán exentos los Sres. Procuradores de los distintos heredamientos.*

bajo la tutela del Estado, ejercida por el Ministerio de educación nacional, al amparo de la Ley del tesoro artístico y del Decreto de 31 de julio de 1941. Desde lo urbanístico ya había antecedentes en 1951 cuando se aprobaron unas ordenanzas municipales adicionales que se incluyeron en el plan general de ordenación urbana de Elche de 1962 y, posteriormente, en aplicación de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se redactó un plan especial de ordenación de los huertos de palmeras que fue aprobado por orden de 11 de octubre de 1972 y recogido en la revisión del plan de 1973.¹⁶

Con la Ley 1/1986 (BOE 11/06/1986 N° 139) de la Generalitat Valenciana y su reglamentación¹⁷ se dictó una norma de clara orientación paisajística y que siguió la metodología actual para los paisajes protegidos. La misma tuvo por objeto... *“la protección y el fomento de la palmera datilera (phoenix dactilífera), de Elche y su término municipal, así como de las áreas y entornos donde se ubica, mediante la regulación de su uso, destino y aprovechamiento, con el fin de garantizar la continuidad histórica de los valores naturales y culturales que representan y la promoción de su cultivo (Art 1º) para caer dentro de los límites de la protección el área en cuestión debía ser calificada como...” huertos de palmeras, según el procedimiento establecido en la misma, por su interés histórico-cultural...o... “grupos de palmeras o palmeras diseminadas que, sin constituir huerto, sean calificadas, por el procedimiento que en la misma se establece, como de interés histórico-cultural” Pero esta protección no tenía vocación de eternidad porque el último párrafo del artículo 2º destaca que estas calificaciones... “podrán dejarse, en todo o en parte, sin efecto cuando hayan desaparecido las circunstancias de hecho que las determinaron en su día”...*

Esta normativa sufrió críticas por su carácter insular, no tratamiento de transporte de especies o descubrimiento de hechos atentatorios del objeto, pero descubiertos fuera de la comarca.¹⁸

La segunda normativa en grado de importancia para este tema es el denominado “Plan General de Elche”, el cual establece algunas normas tutelares para el oasis artificial en el que está asentada la ciudad. No se hace mención a la palabra “oasis”, pero es un hecho que se protege la integridad del mismo con ciertas disposiciones que terminan redundando en la sostenibilidad de su paisaje.¹⁹

Particularmente el artículo 52 protege las palmeras, estableciendo que será preceptiva su plantación antes de finalizar cualquier obra de edificación en la fachada de cada parcela. Y el artículo 59 establece que la edificación

debe respetar en cualquier caso la estructura tradicional del huerto existente, sustituyendo los ejemplares enfermos y reponiendo los desaparecidos. Asimismo, cualquier solicitud de licencia de obras en esta Clave deberá someterse a la Ley de Tutela del Palmeral de Elche y su Reglamento y ser informada previamente a su concesión por el órgano correspondiente del Patronato del Palmeral de Elche.

16 Preámbulo de la Ley 1/1986, de 9 de mayo, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula la tutela del palmeral de Elche.

17 Decreto 131/2003, de 11 de julio, por el que se establece un Plan de protección integral fitosanitario para los palmerales de relevancia histórica, económica, social y cultural de la Comunidad Valenciana, considera como palmerales relevantes el “Palmeral de Elche”, el “Palmeral de Orihuela” y el “Palmeral de Alicante”, “así como aquellos otros palmerales que así sean reconocidos mediante Orden de la Conselleria de Agricultura, Pesca y Alimentación”

18 MEDINA CORRECHER, Eduardo. Aproximación teleológica a la legislación protectora del palmeral de Elche. En: Nuestro suelo no urbanizable, una nueva década. *Cuadernos de Urbanismo*, nº3, Universidad de Alicante. Master en Urbanismo. Alicante, 1991, p.47.

19 PLAN GENERAL DE ELCHE 1998. *Plan General de Elche 1998*. Aprobado por Resolución del Conceller de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de 25 de mayo de 1998.

El cuidado del paisaje de palmeras llega también al ámbito urbano estableciendo condiciones estéticas en la edificación de viviendas (Art 70) con determinación de colores de contraste al verde de la palmera, se prohíben los sótanos o semisótanos o cualquier otra construcción que pueda afectar el enraizamiento de estas plantas y por lo tanto afectar su vida, debiendo respetar cada vivienda nueva la estructura del huerto pre-existente (Art 71). Similar temperamento se seguirá en edificación para el uso de almacenes agrícolas y forestales (Art 72).

3.2 Legislación de Argentina

La Argentina, como todo país americano de herencia cultural española, comparte muchas de las instituciones de la Madre Patria, y así como bajaron del barco las primeras semillas de trigo y los primeros caballos, o el Fuero Juzgo, las Partidas o la Real Audiencia, también bajaron instituciones como las de los Jueces de Agua que hicieron sincretismo con instituciones americanas adoptando sus bondades a las locales. En la Argentina, es una institución que está perdiendo muchas notas españolas al volcar su procedimiento informal y gratuito a uno ejercido por funcionarios públicos, pero aún muchas características se mantienen y continúa siendo un eficaz órgano de resolución de conflictos entre otras tareas a cargo.

3.2.1 Antecedentes de los Jueces de Agua en la Argentina

Habíamos advertido que la institución española del Juez de Aguas llegó a América²⁰ de la mano de los españoles y con ellos también a la Argentina. En los Andes del Noreste argentino, el cargo era ejercido por una persona que por consenso popular era designado temporalmente, sin ningún tipo de paga, como Juez de Aguas, actualmente reemplazado por empleados provinciales²¹ Era un personaje relevante en el manejo del riego artificial en explotaciones agrícolas de subsistencia –en especial del Altiplano y Quebrada de Humahuaca– en la provincia de Jujuy, Argentina que trabajaba en la justa distribución del agua como bien escaso, en un contexto territorial deprimido, y con sistemas milenarios de irrigación, inestabilidad jurídica en la tenencia de la tierra y minifundios improductivos. Uno de los últimos jueces de aguas, elegido por consenso popular, que desempeñó este cargo –ad honorem– durante más de veinte años era Valentín Cunchila, fallecido en 1970, en Juella, en la Quebrada de Humahuaca.²²

3.2.2 El Juez de Aguas en la Provincia de Chubut

En la Provincia del Chubut el caso testimonial que nos ofrece es en la regulación de un río²³, al cual se sujetan todas las derivaciones de agua naturales o artificiales del Río Senguer, destinadas para riego, existentes a la fecha, y aquellas que con el mismo fin pudieran crearse en el futuro, en el área del Valle de Sarmiento.

La Novedad de esta ley es que crea un Juez de Aguas, siguiendo superficialmente el ejemplo de la legislación española en estudio pero en este caso con una designación administrativa que es ubicada por la ley en cabeza de una Autoridad de Aplicación desempeñada por el Ministro del rubro, también fijara el canon de riego, turnos de riego,

20 CANELÓN PÉREZ, Jesús Eduardo. El Juez de Aguas, una forma tradicional de organización de los trabajadores agrícolas para la distribución del agua de riego. *Fermentum. Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, mayo-agosto 2005, vol. 15, número 043 Universidad de los Andes Mérida, Venezuela, 2005, p.153.

21 PELISSERO, Norberto; FORGIONE, Claudia; PELEGRÌN, Maricel. *El agua hace su camino*, Juez de Aguas y sistemas de riego en los Andes del Noroeste argentino. Editor responsable: Raúl Lavalle. Series Huasamayo, 2007, p.98.

22 PELISSERO, Norberto; FORGIONE, Claudia; PELEGRÌN, Maricel. *El agua hace su camino*, Juez de Aguas y sistemas de riego en los Andes del Noroeste argentino. Editor responsable: Raúl Lavalle. Series Huasamayo, 2007, p.27.

limpieza y mantenimiento de cauces y canales, exceptuados los canales existentes o a construir en cada predio particular, para su riego (Art 3.a) y fijará multas por contravenciones.

Todos los regantes están obligados a permitir el paso de agua por sus terrenos en favor de otros, sin perjuicio de los derechos que les acuerde el Código Civil. Esta obligación se extiende a permitir el paso de aquella persona favorecida con la servidumbre, cuando las necesidades de riego lo exijan (Art 4.a). Los dueños arrendatarios u ocupantes con título legítimo de la tierra, son directamente responsables de las sustracciones de agua alteraciones de cursos y canales, maniobras de compuertas, remoción de terraplenes y todo otro desperfecto ocasionado al sistema, sin perjuicio de ejercer sus derechos contra terceros que hubieran actuado dolosamente. Todo reclamo originado en el sistema de riego deberá formularse ante la Autoridad de Riego, para lo cual el regante deberá estar al día con sus aportes al sistema, así como tener canales y acequias en buen estado de conservación (Art 4.d).

Las concesiones serán a título oneroso, por tres años, renovables, abonando un canon de riego por año y por hectárea, fijado por la Autoridad de Riego para el mantenimiento del sistema que también fija las contravenciones.

3.2.3 Ordenamiento de los Oasis en la Provincia de Mendoza

En la Provincia de Mendoza, su Ley de Ordenamiento Territorial²⁴, dispone una sección normativa para la categoría de oasis. Se trata del artículo 14 que trata de la clasificación y gestión del territorio y que claramente define al territorio objeto como

constituido por los oasis y las zonas no irrigadas, por la montaña y la planicie, que serán clasificados según su estado y aptitud ecológica, por la situación que han generado diferentes asentamientos y actividades, legitimadas luego por las disposiciones de las autoridades públicas. En éstos deberán desarrollar medidas de ordenamiento, prevención e intervención especiales, adecuados a las características propias de cada una.

En tal sentido se lo clasifican en:

a) Oasis: Se entiende por tal todo ámbito territorial que cuenta con derecho de agua de diferente categoría y tipo a partir de la sistematización hídrica, tanto de aprovechamientos superficiales, subsuperficiales, subterráneos u otras fuentes, para diversos usos, dentro del cual se encuentran las áreas urbanas, rurales, complementarias.

b) Zonas no irrigadas; aquellas que no poseen concesiones de agua otorgadas por ley para proveer recursos para riego artificial de origen superficial, subsuperficial, subterráneo, reúsos y otras fuentes. Considera: Áreas Rurales, de aprovechamiento extractivo, energético y uso estratégico de recursos y áreas naturales.

4. ALTA MONTAÑA

4.1 Antecedentes

Desde fines del siglo XIX, el paisaje de montaña en Occidente ha evolucionado en forma vertiginosa, humanizando sus contornos de una manera que Aníbal, el cartaginés, jamás hubiera imaginado. Ello se debe a varios factores, pero desde luego las nuevas dimensiones

23 LEY XVII-Nº 40 (Antes Ley 3446). Artículo 1º. - La presente Ley tiene por objeto el ordenamiento y regulación del agua de riego del Río Senguer en el Valle de Sarmiento.

24 Ley 8051 de Ordenamiento Territorial de la Provincia de Mendoza. B.O.Mendoza del 22/05/2009.

de la economía, el cambio de los gustos para el disfrute de los tiempos de ocio y con ello la aparición de la denominada industria del turismo tienen algo que explicar. Un paisaje tan abrumador y aparentemente imposible de abrazar para la civilización humana, no obstante, las apariencias, ha sido doblegado por nuestra cultura que ha logrado incorporar estas grandes extensiones de belleza blanca en su forma de vida. La apreciación estética de estos paisajes ha cambiado hábitos y modos productivos milenarios, los cuales no precisan una explicación muy detallada porque forman parte de la vida de todos: el esquí hoy es un deporte olímpico, motor de una gran industria con muchas facetas, no sólo deportiva y su indumentaria, sino fundamentalmente turística y todos los gremios que moviliza esta actividad tan dinámica.

Se puede afirmar que el cambio del paisaje de alta montaña es uno de los principales indicadores del cambio de nuestra forma de vida y de nuestra economía. A medida que crecieron sectores con mejores salarios, ocio aplicado al paseo, el crecimiento de servicios para atender las vacaciones y el dibujo de una escala económica alrededor de la industria del esquí, fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial²⁵, el escenario de esta industria fue apropiado, y modificado para hacerlo funcional a la nueva actividad que sin bueyes, tractores o gavillas cambiaba el campo de la montaña para siempre. Ahora, sillas colgantes, funiculares, cable carril y excursionistas darían la nueva dinámica a este entorno que año tras año incrementa su demanda de paisaje para la construcción de gigantescas pistas de esquí con presupuestos millonarios justificando una actividad muy lucrativa que parece no detenerse en su consumo de paisaje, porque es inconcebible sin ella. Este consumo de paisaje incluye no solo vista sino también contenido, es decir vida salvaje y vegetal, vida que debe migrar - *si puede* - si tiene nuevos escenarios donde establecerse para continuar la especie.

La importancia de esta actividad ha creado la necesidad de diseñar nuevas herramientas de gestión, más precisas, más inclinadas a la protección del paisaje como la "evaluación del impacto visual" a fin de anticiparse y medir los cambios en los contornos del paisaje en la ejecución de un proyecto que normalmente tiene dimensiones estratégicas y contempla no sólo planificación y ordenación sino también normas de gestión ambiental y de calidad que tienen que integrar el territorio no sólo para los turistas y las máquinas registradoras sino también para los habitantes de estos macro lugares que sin ordenamiento pierden su hábitat junto a las especies animales y vegetales referidas en el párrafo anterior.-

4.2 Derecho Internacional

No hay hasta el presente una Convenio Internacional sobre Glaciares, pese a la vulnerabilidad que demuestran²⁶ y la importancia de ser grandes reservorios de un elemento vital para la humanidad como lo es el agua dulce. Solamente algunos Convenios de Cambio Climático hacen referencia a sus características de manera colateral, pero sin ser el centro de sus textos.

No obstante, sí hay referencias a esta temática en algunos casos de manera tangencial, colateral o secundaria por referencia a otros recursos naturales o problemas climáticos. Son citables en este caso:

1- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático que indica en el Preámbulo, el carácter vulnerable de los ecosistemas de montaña al cambio climático, lo cual refiere a los glaciares:

25 LASANTA, Teodoro; VICENTE SERRANO, Sergio. Evolución del paisaje en la montaña submediterránea durante la segunda mitad del siglo XX: un caso de estudio en la cuenca del Jubera (La Rioja). *Zubía Monográfico, Revista de ciencias*, nº 13, Madrid, 2001, p.193.

Reconociendo además que los países de baja altitud y otros países insulares pequeños, los países con zonas costeras bajas, zonas áridas y semiáridas, o zonas expuestas a inundaciones, sequía y desertificación, y los países en desarrollo con ecosistemas montañosos frágiles son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático.

2- La Agenda XXI, en su capítulo 18, indica la necesidad de entender y cuantificar la amenaza del impacto del cambio climático sobre los recursos de agua dulce y facilitar la implementación de contra-medidas efectivas.

3- Todos los Convenios Internacionales que hemos estudiado en el Capítulo 2 de la presente que hacen referencia a paisajes excepcionales, en tanto y en cuanto protegen al paisaje, también protegen los glaciares por constituir belleza excepcional.

4- La Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines distintos de la Navegación²⁷ es importante por la definición que brinda de curso de agua como... "*sistema de aguas de superficie y subterráneas alguna de cuyas partes se encuentra en Estados distintos que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen hacia una desembocadura común*"... El ámbito de aplicación es el curso de agua internacional, que como vimos dos renglones arriba es un concepto más limitado que el de cuenca hidrográfica o de drenaje²⁸ y por esta razón la convención sería aplicable a los glaciares solo si están ubicados en el nacimiento de un río y reconociendo el concepto de cuenca, a la vista de la función de un glaciar dentro de una cuenca hidrográfica, por tener éste último un carácter más abarcativo.²⁹

5-El Tratado Antártico de 1959 y su Protocolo del cual Argentina es parte, protege los glaciares de muchas maneras, por ejemplo, prohibiendo toda medida de carácter militar (Art. 1) y explosión nuclear en la Antártida y eliminación de desechos radiactivos (Art. 5, 1).

Los Estados miembro se comprometen a la protección global del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados. A su vez, mediante el Protocolo designan a la Antártida como *reserva natural*, consagrada a la paz y a la ciencia. El artículo 3º, de "Principios ambientales" establece que... "*la protección del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados, así como del valor intrínseco de la Antártida, incluyendo sus valores de vida silvestre y estéticos y su valor como área para la realización de investigaciones científicas, en especial las esenciales para la comprensión del medio ambiente global, deberán ser consideraciones fundamentales para la planificación y realización de todas las actividades que se desarrollen en el área del Tratado Antártico*"....

Éstos parecen ser a primera vista los ejemplos menos arriesgados en la Conservación de los glaciares por parte del Derecho Internacional a falta de una Convención específica, que ponen en evidencia además la importancia de las Convenciones del Paisaje para tutelar objeto que a primera vista no llevan su mirada como lo es el contenido de la vista misma, su soporte material.

26 IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006.

27 UN Doc. A/51/869, 1997

28 IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006, p.7.

29 IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006.

4.3 Derecho Europeo

La Unión Europea no asumió un compromiso directo en la temática, y utiliza como herramienta el principio de subsidiaridad en donde se canalizan recursos indirectamente a la montaña con presupuesto asignado a conservación de la biodiversidad biológica³⁰ a través del Convenio pertinente y la Convención Alpina de 1991 que vincula a los países alpinos: Alemania, Austria, Eslovenia, Francia, Italia, Liechtenstein y Suiza. Pero el Consejo de Europa en 1995 hizo un importante aporte con la elaboración del Proyecto de Convenio Marco sobre Regiones de Montaña aprobado por Recomendación del Congreso de Autoridades Locales y Regionales de Europa, órgano consultivo del Consejo de Europa y la Asamblea Parlamentaria.³¹ En abril de 2003, el Comité de Desarrollo Duradero del Consejo de Europa aprobó, finalmente la Carta Europea de Montaña.³² En 2004 se celebró el Congreso Mundial de la Naturaleza³³, sobre la Alianza para las Montañas del Mediterráneo que exhorta a las diversas instituciones de los Estados signatarios a fomentar y conservar la diversidad biológica, paisajística y cultural de las montañas mediterráneas.³⁴

En Europa, fuera del Convenio, no obstante, hay otros instrumentos que de manera oblicua protegen al glaciar:

1- La *Convención Alpina* protege los Alpes y sus funciones ecológicas, económicas, culturales y recreativas. La convención, no hace referencia específica a los glaciares pero refiere a la protección de todos los ecosistemas de montaña, por lo que entendemos debe considerarse incluidos los ecosistemas glaciares.³⁵

2- La *Convención de los Cárpatos* también se refiere a la conservación de los ecosistemas de montaña. En su preámbulo resalta la importancia ecológica, cultural y socioeconómica de las regiones de montaña, y recuerda cómo estos valores impulsaron a la Asamblea General de Naciones Unidas a declarar el año 2002 como el Año Internacional de las Montañas.³⁶

3- El *Convenio Europeo sobre el Paisaje* que hemos estudiado en el Capítulo 3º protege el paisaje en su sentido más amplio y por lo tanto protege a estos maravillosos paisajes que son los glaciares y más aún si hacen a la identidad de la población del lugar.

4.4 Legislación española

Por esta razón, la normativa para examinar sobre Alta Montaña tiene una visión de tipo integral en donde el paisaje es un elemento más entre los que merecen protección y ordenación. En este sentido, no es de extrañar que la Constitución de España en su artículo 130.2 prevea dispensar... "un tratamiento especial a las zonas de alta montaña" ... en otras palabras, manda

30 Recordemos que la Agenda XXI en 1992, en su capítulo 13 "Ecosistemas Frágiles: desarrollo sostenible de las zonas de Alta Montaña aborda esta temática. El artículo 13.1 define las montañas como "una fuente importante de agua, energía y diversidad biológica. Además, son fuente de recursos vitales como minerales, productos forestales y agrícolas y medios de esparcimiento". El artículo 13.14 en su inciso b) establece la necesidad de promover "actividades de generación de ingresos tales como la pesca y el turismo equilibrados y la minería inocua para el medio ambiente, y el mejoramiento de la infraestructura y los servicios sociales, sobre todo para proteger los medios de vida de las comunidades locales y las poblaciones indígenas."

31 Recommendation 75, Estrasburgo, mayo 2000.

32 Recommendation CG (10) 9 del Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa.

33 UICN, Bangkok, 17-25 de noviembre de 2004.

34 ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Georgina. *Informe para el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino*. Madrid, 2008. Texto disponible en: http://www.mma.es/secciones/biodiversidad/desarrollo_rural_paisaje/paisaje_rural/pdf/Situacion_montanas.pdf.

35 Adoptada en Salzburgo el 7 de noviembre de 1991. Texto disponible en: <http://www.conventionalpine.org>.

36 IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006, p.7.

a regular por ley lo que el mercado venía regulando con la lógica de las inversiones. El Estado español desarrolló un rol protagónico, que al principio cuestionado luego fue salvado por la jurisprudencia. Ello porque, recién llegada la Democracia, se aprobó la ley 25/1982 de 30 de junio de agricultura de montaña, recurrida por varias Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional que desestimó el Recurso presentado contra el Estado.³⁷

Siguiendo este mandato, en Cataluña se sancionó la Ley 2/1983 de 9 de marzo, de Alta Montaña, con la finalidad confesada en su elevación de reconocer determinadas áreas con un grado de desarrollo desbalanceado respecto de la pujante Cataluña lo suficientemente significativa como para ocupar el veinte por ciento de la superficie de esta Comunidad Autónoma pero con una población que entonces no pasaba del dos por ciento y con una economía disminuida y dedicada sólo a ganadería/agricultura y con condiciones de vida agravadas por el duro clima y la falta de un correlato de infraestructura para amenizar sus efectos. La consecuencia que se advertía era la migración de esas poblaciones rurales buscando condiciones de vida suavizadas por el desarrollo y los avances tecnológicos muy evidentes en la ciudad y sobre todo en Barcelona, ante decisiones presupuestarias permisivas que obviaban que la Alta Montaña tienen...*"potencial de producción...como los ganaderos, los forestales y los turísticos"*...sino que cumplen...*"funciones de interés colectivo, entre las que pueden destacarse la ganadería, la agricultura, el suministro de agua y la producción de energía eléctrica, la protección contra la erosión del suelo y la regulación de avenidas torrenciales. Son también reservas naturales de interés ecológico que contribuyen al equilibrio biológico y aportan un patrimonio cultural de interés antropológico"*...Por eso el artículo uno entre los objetivos de la ley destaca la necesidad de establecer un nuevo régimen jurídico específico para desarrollar recursos económicos...*"valorar las funciones que la montaña cumple en beneficio del resto de la sociedad y, al mismo tiempo, proteger el patrimonio natural, histórico, cultural y artístico de los pueblos y comunidades de montaña, y, en consecuencia, hacer compatible el desarrollo turístico, deportivo, recreativo y económico con la preservación del paisaje, el medio ambiente y los ecosistemas de montaña"*...

El artículo dos define las comarcas de montaña como...*"territorios homogéneos con unidad territorial, económica y social que estén o puedan estar organizados como áreas socio-económicas funcionales y que, al mismo tiempo, se caracterizan por poseer altitud"*... pendiente y clima limitador de la actividad económica, recursos escasos, especialmente agua, nieve, pastos, bosques y espacios naturales y con baja densidad de población en relación con el valor medio de Cataluña.³⁸ El artículo tres agrega precisión, aclarando que son zonas de montaña los territorios configurados por uno o más términos municipales, no situados en comarcas de montaña, que reúnan alguna de las siguientes condiciones, superficie de 65% en cotas superiores a 800 metros, pendiente media superior al 20% y el 60% situado en cotas superiores a 700 metros. La ley, entre sus disposiciones crea también un Plan Comarcal de Montaña como instrumento básico para el desarrollo y aplicación de la política de montaña, duran cinco años y contienen un estudio socio-económico y de desarrollo, programas de la comarca y la explicitación de las posibilidades de desarrollo de los diversos sectores económicos, sociales y de servicios, expresados en forma de objetivos concretados en el tiempo y en la estrategia de actuación, programas de actuación, con indicación de las

37 Se admitió que el artículo 5 a) de esta ley relativo a las declaraciones de las zonas de agricultura de montaña en toda España y los programas de ordenación y promoción de recursos agrarios era una norma de coordinación que no vulneraba las competencias de las autonomías. El Recurso contra el Real Decreto 2164/1984 de 31 octubre por el que se regula la acción común para el desarrollo integral de las zonas de agricultura de la agricultura de montaña y otras zonas equiparables, también fue desestimado. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (BOE nº 74 de 27/03/1991). Sentencia 45/1991, de 28 de febrero, del Pleno del Tribunal Constitucional, en los conflictos positivos de competencia 299/1985, 313/ 1985, 318/ 1985 (acumulados).

38 Según el artículo 2, se consideran comarcas de montaña, a los efectos de la presente Ley, las siguientes comarcas: l'Alt Urgell, la Cerdanya, el Pallars Jussà, el Pallars Sobirà, el Ripollès, la Vall d'Arán, el Berguedà, el Solsonès i la Garrotxa, en la integridad de su territorio.

acciones, plazos e inversiones.

La Ley 42/ 2007 de 13 de diciembre³⁹, establece el nuevo⁴⁰ régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, establecido en el artículo 45.2 de la Constitución española. Esta ley define la expresión montaña⁴¹, y la ubica dentro de un contexto de protección en el artículo 20⁴², para obrar en el territorio como un nexo entre las diferentes fisonomías del mismo.

4.5 Legislación argentina. Presupuesto mínimo ambiental

El art. 2340 del Código Civil, disponía que son bienes públicos: *los mares territoriales, hasta la distancia que determine la legislación especial (inc. 1); mares interiores (inc. 2); ríos, sus cauces y demás aguas que corran por cauces naturales y “toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general”*⁴³ en idéntica sintonía el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde el 1^a de Agosto de 2015 establece en el artículo 235 una redacción similar pero con mayor precisión.⁴⁴ Uno de los grandes especialistas en Derecho de Aguas de la Argentina, Miguel S. Marienhoff, sostiene que el glaciar es agua y así debe ser considerado a efectos de establecer su régimen jurídico, porque el estado físico en que se presenta el agua de los glaciares, en

nada altera su condición jurídica de curso de agua, tanto más si se tiene en cuenta que el glaciar no es una masa de hielo inmóvil e inmutable, sino, por el contrario, una masa que se renueva y desliza lentamente (...) El glaciar tiene los mismos elementos constitutivos de cualquier otro curso de agua: lecho y agua (congelada); por otra parte, el glaciar, al igual que los ríos, arroyos, etcétera, tiene su curso o corriente, aunque caracterizado por su lentitud. Es necesario, pues, entender el glaciar como una verdadera corriente muy lenta, que se mantiene en los mismos límites por acción de fuerzas opuestas, el aumento por la parte superior y la destrucción por debajo.⁴⁵

39 BOE nº 299 del Viernes 14 de diciembre de 2007 pp. 51275 y ss.

40 Deroga la vieja Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres que, a su vez, en parte procedía de la Ley de 2 de mayo de 1975, de Espacios Naturales Protegidos.

41 Áreas de montaña: territorios continuos y extensos, con altimetría elevada y sostenida respecto a los territorios circundantes, cuyas características físicas causan la aparición de gradientes ecológicos que condicionan la organización de los ecosistemas y afectan a los seres vivos y a las sociedades humanas que en ellas se desarrollan.

42 Artículo 20. *Corredores ecológicos y Áreas de montaña*.: Las Administraciones Públicas preverán, en su planificación ambiental o en los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, mecanismos para lograr la conectividad ecológica del territorio, estableciendo o restableciendo corredores, en particular entre los espacios protegidos Red Natura 2000 y entre aquellos espacios naturales de singular relevancia para la biodiversidad. Para ello se otorgará un papel prioritario a los cursos fluviales, las vías pecuarias, las áreas de montaña y otros elementos del territorio, lineales y continuos, o que actúan como puntos de enlace, con independencia de que tengan la condición de espacios naturales protegidos. Las Administraciones Públicas promoverán unas directrices de conservación de las áreas de montaña que atiendan, como mínimo, a los valores.

43 Cuando dice usos de interés general, creemos que abarca a los glaciares porque satisfacen usos provisión de agua por cambio de estado; reservorio de agua dulce; indicadores del clima actual y pasado; rol en el clima global y en el ciclo hidrológico; uso para fines turísticos (que en la Argentina es muy explotado a veces en forma indiscriminada) y prestación de los denominados “servicios ambientales”. Asimismo, el Artículo 75 inciso 30 pondría en cabeza del Congreso Nacional legislar sobre estos bienes de interés general.

44 Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso.

45 MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. VI, Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas, 3^a ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p.301.

No obstante, hasta la ley de glaciares, la única regulación estatal era la que refería a las Áreas Protegidas, siempre que éstas abarquen a un glaciar.

En la Argentina, una visión integral del paisaje de Alta Montaña como la analizada en las páginas anteriores, permanece todavía ausente. Solamente se ha estudiado lo que podríamos denominar “un solo aspecto” del enfoque integral examinado, que trata solamente de los hielos permanentes de las cumbres de esas Altas Montañas ubicadas en la Cordillera de los Andes con objetivos que tienen relación no sólo en lo referido al Cambio sino referido a proyectos mineros futuros y la conservación del recurso agua.

Es la dirección que lleva la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial (Ley 26639 B.O. 28/10/2010) originada en base a la fusión de dos proyectos de ley uno originado en la Cámara de Diputados, impulsado por el Diputado Miguel Bonasso y el siguiente por el Senador oficialista Miguel Filmus. El primero, con dictamen de mayoría de la “Comisión de Recursos Naturales y Ambiente Humano” de la Cámara, y que es copia textual del Proyecto de la entonces Diputada Marta Maffei que fuera la ley vetada en 2008 por el Poder Ejecutivo después de haber sido aprobada por mayoría absoluta de las dos Cámaras: Diputados y Senadores, con el apoyo de trescientas asambleas socio ambientales, ciento cincuenta asambleas reconocidas ambientalistas y numerosos académicos. El segundo con un texto más controvertido por la opinión pública y sesgado por un enfoque tildado de “minero” por sus detractores porque decía defender la fuente de trabajo minera que llegaría a cientos de miles, números que podríamos apreciar como de exagerado optimismo si verificamos que el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos en Buenos Aires marcó para 2009 un número de

18349 asalariados en el sector de los cuales sólo 6533 en minerales metalíferos. En Chile, la minería factura 8 veces más que en la Argentina y emplea 174125 trabajadores incluyendo contratistas, mientras que en Canadá con facturación similar a Chile se emplean sólo 58.505 trabajadores.⁴⁶

El artículo uno ya ofrecía diferencias porque mientras Proyecto Bonasso exhibe el objeto de preservar los glaciares y el ambiente periglacial como reservas estratégicas de recursos hídricos y proveedores de agua de recarga de cuencas hidrográficas, el Proyecto Filmus agregaba otros objetivos tales como la agricultura, industria (que funge a la minería si se declara la falta de impacto ambiental por la Provincia), cuencas, generación de energía, biodiversidad, información y turismo. Asimismo, afirma la propiedad del Estado Nacional (ya declarada por el Art 2340 inciso 2 del Código Civil de 1871), si bien el artículo 126 de la Constitución Federal declara a los recursos naturales como propiedad de las Provincias. Estas incidencias industriales desaparecieron del texto de la ley.

El artículo dos del Proyecto Bonasso definía al “glaciar” como

toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recrystalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua. Asimismo, se entiende por ambiente periglacial el área de alta montaña con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico.

46 SVAMPA, Maristella; GIRAUD, Marcelo. Tenemos derecho a los glaciares. *Diario Clarín*. Buenos Aires. Edición del 27 de septiembre de 2010, nº 23.262, p.17.

El Proyecto Filmus⁴⁷ eliminaba la definición de “ambiente periglacial”, con lo que reducía el objeto de tutela protegiendo solamente dentro del ambiente periglacial, a los glaciares de escombros, justamente la zona en donde los proyectos mineros van a trabajar y precisar agua en millones de litros hora. Complementa esta norma la del artículo tres que en el Proyecto Bonasso se creaba el Inventario Nacional de Glaciares y geoformas y periglaciares que actúan como reservas hídricas con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo. El Proyecto Filmus hacía pasible de inventario⁴⁸ a los glaciares descubiertos, cubiertos y de escombros que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo. La tesis del Proyecto Bonasso se impuso en la redacción de estas normas consagrando una fórmula de protección integral y exhaustiva. La reglamentación (BORA del 01/03/2011 Decreto (PEN) 207/11), escueta, por cierto, trae algunos detalles adicionales a los artículos 4º y 5º de la ley. En este sentido aclara cuales son los objetivos y fines del Inventario de glaciares:

- 1) Implementar metodologías apropiadas para un mapeo y monitoreo eficiente y detallado de los cuerpos de hielo en las distintas regiones del país;
- 2) Desarrollar recursos humanos para implementar el Inventario y asegurar su continuidad en el tiempo;
- 3) Definir el tipo y nivel de detalle necesario para que la información glaciológica y geociológica obtenida permita un manejo adecuado de las reservas estratégicas de recursos hídricos;
- 4) Organizar la base de datos del Inventario Nacional de Glaciares de manera eficiente y ordenada utilizando un sistema de informática “on line” de almacenamiento, intercambio y publicación de los resultados parciales y/o finales;
- 5) Establecer un sistema integrado de observaciones de “cuerpos de hielo/clima” que permita determinar los principales factores climáticos que afectan la evolución de las reservas de recursos hídricos.
- 6) Sentar las bases que permitan continuar con el monitoreo, análisis e integración de la información referente a los glaciares y crio formas.
- 7) Identificar posibles impactos por la pérdida de las masas de hielo que podría tener sobre el manejo de los recursos hídricos y otras actividades humanas asociadas; y
- 8) Establecer un Programa de Difusión de la información resultante del Inventario Nacional de Glaciares, a través de una política de datos abierta y de libre acceso a la información.⁴⁹

El Inventario Nacional de Glaciares se organizará geográficamente por grandes Regiones que agrupan cuerpos de hielo con características morfológicas y medioambientales relativamente similares, a cuyo fin se incluye la siguiente clasificación:

47 El Proyecto Filmus definía al Art. 2º – Definiciones. los efectos de la presente ley, la protección se extiende, dentro del ambiente glacial, a los glaciares descubiertos y cubiertos; y dentro del ambiente periglacial, a los glaciares de escombros; cuerpos que cumplen uno o más de los servicios ambientales y sociales establecidos en el artículo 1º. Se entiende por: a) Glaciares descubiertos: aquellos cuerpos de hielo perenne expuestos, formados por la recristalización de la nieve, cualquiera sea su forma y dimensión; b) Glaciares cubiertos: aquellos cuerpos de hielo perenne que poseen una cobertura detritica o sedimentaria; c) Glaciares de escombros: aquellos cuerpos de detrito congelado y hielo, cuyo origen está relacionado con los procesos criogénicos asociados con suelo permanentemente congelado y con hielo subterráneo, o con el hielo proveniente de glaciares descubiertos y cubiertos. Son parte constituyente del ambiente glacial y periglacial protegido, además de hielo, material detritico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua.

48 El artículo 5 traía una disidencia más entre ambos Proyectos en lo referido al Inventario de Glaciares porque el de Bonasso lo ponía en cabeza del Estado Nacional y el de Filmus en el de las Provincias.

49 El artículo 5 traía una disidencia más entre ambos Proyectos en lo referido al Inventario de Glaciares porque el de Bonasso lo ponía en cabeza del Estado Nacional y el de Filmus en el de las Provincias.

a) Andes Desérticos, que incluye todo el Noroeste Argentino y el sector norte de la Provincia de San Juan, incorporando la cuenca del Río Jachal;

b) Andes Centrales, que incluye la Región desde la cuenca del Río San Juan hasta la cuenca del Río Colorado.

c) Andes del Norte de la Patagonia, que incluye desde la cuenca del Río Neuquén hasta las Cuencas de los Ríos Simpson, Senguerr y Chico Santa Cruz;

d) Andes del Sur de la Patagonia, que incluye las cuencas del Río Deseado y los Lagos Buenos Aires y Pueyrredón, hasta las cuencas del Río Gallegos y Río Chico.

e) Andes de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur.⁵⁰

Esta es la metodología para una evaluación e inventario oficial de Glaciares.⁵¹

El artículo seis de ambos proyectos regulaba las actividades prohibidas, advirtiéndose una regulación más detallada en el Proyecto Bonasso que prohíbe

las actividades que puedan afectar su condición natural o las funciones señaladas en el artículo 1º, impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance, en particular las siguientes: a) La liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen; b) La construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica; c) La exploración y explotación minera o petrolífera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial saturado en hielo; d) La instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales.

También se consagró esta redacción con un bien jurídico tutelado de mayor envergadura y por ende con mayor tutela en el texto final de la ley 26.639.-

Quizás la disidencia más seria en la tutela se encuentra en el artículo siete que sometía a todas las actividades proyectadas en este ambiente a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme escala de intervención. El Proyecto Filmus eliminaba la evaluación ambiental estratégica que es el único instrumento que contempla los efectos acumulativos y regionales de los emprendimientos a realizarse coordinando distintos proyectos entre sí, y sus contextos con enfoques puntuales que ignoran que la minería y los glaciares se ríen de las fronteras jurisdiccionales al interior de un Estado. Si bien la Argentina en el momento de este debate carece de legislación federal en materia de Evaluación Ambiental (excepto la del Código de Minería) y menos aún de Evaluación Ambiental Estratégica, tal observación que hacía el Proyecto Bonasso no era menor por la magnitud de los mega proyectos mineros en ciernes: Pascua-Lama y Veladero que forman parte del mismo distrito aurífero, Agua Rica a 34 kms de La Alumbra. Por tal razón, el decreto

50 *Ibidem*. Dentro de estas regiones y cuencas principales, los trabajos de Inventario se focalizarán en las subcuencas hídricas que posean aporte de cuerpos de hielo permanentes. El Inventario Nacional de Glaciares se implementará mediante una estrategia de observación jerárquica de todos los glaciares y crioformas del país, consistente en aplicar TRES (3) sistemas escalonados de estudio o niveles: Nivel 1: Identificación, mapeo y caracterización de los glaciares y geoformas periglaciales que actúan como reservas hídricas en el territorio Nacional. Nivel 2: Estudio de fluctuaciones recientes en las últimas décadas y años, de cuerpos de hielo seleccionados. Nivel 3: Estudios detallados de cuerpos de hielo seleccionados en las distintas Regiones del país.

51 Un grupo de científicos japoneses que junto al Dr. Skvarca y científicos chilenos hicieron varios trabajos en la materia, mencionan 48 grandes glaciares de los Hielos Continentales Patagónicos Sur descriptos por Aniya y una superficie total de 13.000 km² de los Hielos Continentales Patagónicos Sur, incluida la parte argentina, que fue calculada tomando como base un mosaico de imágenes satelitales Landsat de 1986 (consultar el portal del laboratorio de glaciología de la Univ. de Chile). (IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental n° 61, 2006, p.17)

reglamentario en el artículo siete refiere a la “evaluación de impacto ambiental estratégica”⁵² pero solamente la define sin ampliar sus términos, lo cual es necesario por las diferencias que presenta un extremo u otro para su operatividad.⁵³

Un dato curioso en este debate lo agrega el hecho de que será justamente la Asociación Obrera Minera Argentina (AOMA) institución gremial sindical de trabajadores de primer grado y que representa a todos los trabajadores mineros en la Argentina, la que impulsara una medida cautelar contra la ley 26639 para suspender la aplicación de algunos artículos de esta norma... “en tanto crea un estado de intranquilidad e incertidumbre para los actores, que se ven afectados en sus derechos al trabajo y a ejercer industrias lícitas”.⁵⁴ Lo paradójico de esta situación fue que mientras las organizaciones ambientales y partidos políticos que sostenían en sus discursos panoramas de protección como portavoces de sectores populares, contemplaron la manera en que las asociaciones profesionales de trabajadores asociados a Empresas Mineras multinacionales impugnaban una ley de tutela ambiental que pretendía defender el ambiente de los impugnantes integrantes de sectores populares.⁵⁵ El argumento fue proteger la fuente de trabajo, en síntesis, dinero por salud, dinero por ambiente, trabajo por ambiente. Tal planteo fue rechazado por el cívico Tribunal Nacional.⁵⁶

4.6 Experiencia de Brasil y Convención de Bariloche 2007

En Brasil, no obstante adolecer la geografía brasileña de relieves de la altitud comentada, con hielos eternos, es posible encontrar una tendencia de protección a estos paisajes en su jurisprudencia. Helita Barreiro Custodio, notable jurista brasilera, nos recuerda un caso en el que el Tribunal actuante, hizo lugar a una medida cautelar⁵⁷ que suspendía los efectos del Decreto 29.762 de 20/03/89 del Estado de San Pablo que disponía la construcción de la “autopista del sol” recorriendo zona de montaña, todo ello hasta la sentencia. En otro caso⁵⁸ se prohibió la realización de un ejercicio de entrenamiento policial en área de montaña para preservar la fragilidad de su ambiente.⁵⁹

En la Convención de Bariloche⁶⁰, se aborda fomentar y conservar la diversidad biológica, paisajística y cultural en un contexto de protección, aceptando la necesidad de establecer áreas protegidas para la conservación de ecosistemas singulares y frágiles de alta montaña, tales como glaciares, páramos, punas, jalcas y humedales, en el marco de estrategias integradas para la conservación de estos ecosistemas mediante su valoración y su gestión para prevenir su pérdida y degradación por amenazas globales. También se

52 *Ibidem*, Artículo 7.- Se entiende por Evaluación Ambiental Estratégica aquel proceso sistemático de estudio de impactos ambientales de las políticas, planes o programas y de sus alternativas, incluyendo la preparación de un informe escrito y las conclusiones de la evaluación y su uso en los procesos de decisiones públicas.

53 RINALDI, Gustavo. Breves consideraciones sobre la reciente reglamentación de la ley 26639 de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y el ambiente periglaciario. *Revista de Derecho Ambiental*, nº26, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007, p.195.

54 AOMA y otras c/ Estado Nacional s/ Acción de Inconstitucionalidad, Autos 33339. Juzgado Federal de San Juan. Sentencia del 2 de noviembre de 2010.- MICROJURIS. Cita: MJ-JU-M-59113-AR / MJJ59113.

55 RODRÍGUEZ, Leonardo G. Ley 26639 (presupuestos mínimos para la protección de glaciares): el impacto a la minería y su controvertida constitucionalidad. *Revista de Derecho Ambiental*, nº25, enero-marzo 2011, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p.253.

56 CSJN 140/2011. Barrick Exploraciones Argentinas S.A. c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. 04/06/2019.

57 STF, Adin n.73-0-SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 9-8-89, DJ 15-8-89, Ementário 1555-1-STF, p. 9.

58 TJSP, 7º C, Ap. Civ. 246929-1/8, Rel. Des. Albano Nogueira, j 2-9-96.

59 BARREIRO CUSTODIO, Helita. *Direito Ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Ed Millennium, 2005, p.477;677.

60 Segundo Congreso Latinoamericano de Parques Nacionales y otras Áreas Protegidas, Bariloche 30/09/2007.

establece la necesidad de encontrar enfoques ecosistémicos y encontrar nuevos roles a las Áreas Protegidas en las estrategias nacionales de adaptación al cambio climático y articulación de áreas protegidas con paisajes circundantes, identificando a diferentes escalas la vulnerabilidad de las áreas protegidas al cambio climático, estableciendo medidas de mitigación y adaptación, especialmente en ecosistemas críticos como los de alta montaña, humedales y los ecotonos marinos de interfase.

5. CONCLUSIONES

Los paisajes extremos como nueva categoría a explorar en el Derecho del Paisaje o en el Derecho Ambiental, no ha plasmado todavía su presencia en la Academia. No obstante estas tres evidencias enuncian las ventajas de usar este marco teórico que claramente evidencian una clara falta de actuación estatal para el cuidado y protección de estos entornos de difíciles condiciones de vida para el ser humano. Las tres presentaciones: desierto, oasis y alta montaña, justamente sufren la misma ausencia de medidas protectorias, en lo que parece ser un idéntico desinterés por el Estado Moderno de hacer frente con presupuesto y personal la reversión que en algunos casos es posible de estas difíciles condiciones para la vida y la continuidad de un ambiente poco hospitalario para el ser humano. No obstante, la preocupación es muy antigua, y lo evidencia la legislación medieval que acompañamos sobre España que fue importada por la Argentina en la época de la Colonia.

La importancia está dada por el mantenimiento de condiciones de vida, no para el hábitat, porque las condiciones tan extremas hacen difícil la permanencia (en algunos casos). El caso del agua, que tomamos como ejemplo de uno de los tres casos en estudio es la misma que beben las principales ciudades de la Argentina y proviene de la Cordillera de los Andes. No se espera que se desarrolle legislación para crear condiciones de vida en la cima del Aconcagua, pero sí que se cuide el mayor tesoro que reúne su cumbre que es el del agua limpia y pura, aunque no parece haber coincidencia con las autoridades locales y tampoco las mineras. No se puede beber oro, pero es un detalle que se pasa por alto en honor a diez mil millones de dólares anuales de exportación de los cuales un 5% con suerte queda en la Argentina. Parece un mal negocio, pero los oídos son sordos y la regulación sigue en deuda, así como la actuación de la Autoridad de Aplicación.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUILÓ BONNIN, Josep. Erosión y Desertificación. *Ciudad y Territorio*, Volumen III, nº 105, otoño de 1995. Ed Ministerio de Obras Públicas Transporte y Medio Ambiente, 1995.

ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Georgina. Informe para el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. Madrid, 2008. Texto disponible en: http://www.mma.es/secciones/biodiversidad/desarrollo_rural_paisaje/paisaje_rural/pdf/Situacion_montanas.pdf.

BARREIRO CUSTODIO, Helita. *Direito Ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Ed Millennium, 2005.

CANELÓN PÉREZ, Jesús Eduardo. El Juez de Aguas, una forma tradicional de organización de los trabajadores agrícolas para la distribución del agua de riego. *Fermentum. Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, mayo-agosto 2005, vol. 15, número 043 Universidad de los Andes Mérida, Venezuela, 2005, p.153-186.

DEL SOLAR ORDÓÑEZ, Juan José. Ley de Agricultura de Montaña ante el Tribunal Constitucional. *Revista Agricultura y Sociedad*. nº42, 1987, p.203 y ss.

DEUTERONOMIO (5:2:1 - 5:2:25).

DIAZ CASSOU, Pedro. *Ordenanzas y costumbres de la Huerta de Murcia*, con las Ordenanzas de 1849 y las de 1888. Madrid: Ed Maxtor, 2005.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*. Valencia: Artes Gráficas Soler S.A., 1972.

GINER BORA, Vicente. *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Valencia: Generalitat Valenciana, 1995.

IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006.

LASANTA, Teodoro; VICENTE SERRANO, Sergio. Evolución del paisaje en la montaña submediterránea durante la segunda mitad del siglo XX: un caso de estudio en la cuenca del Juberba (La Rioja). Zubía Monográfico, *Revista de ciencias*, nº 13, Madrid, 2001.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. VI, Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas, 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

MEDINA CORRECHER, Eduardo. Aproximación teleológica a la legislación protectora del palmeral de Elche. En: Nuestro suelo no urbanizable, una nueva década. *Cuadernos de Urbanismo*, nº3, Universidad de Alicante. Master en Urbanismo. Alicante 1991.

PLAN GENERAL DE ELCHE 1998. *Plan General de Elche 1998*. Aprobado por Resolución del Conceller de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de 25 de mayo de 1998.

PELISSERO, Norberto; FORGIONE, Claudia; PELEGRÌN, Maricel. *El agua hace su camino*, Juez de Aguas y sistemas de riego en los Andes del Noroeste argentino. Editor responsable: Raúl Lavalle. Series Huasamayo, 2007.

RINALDI, Gustavo. Breves consideraciones sobre la reciente reglamentación de la ley 26639 de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y el ambiente periglacial. *Revista de Derecho Ambiental*, nº26, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007.

RODRÌGUEZ, Leonardo G. Ley 26639 (presupuestos mínimos para la protección de glaciares): el impacto a la minería y su controvertida constitucionalidad. *Revista de Derecho Ambiental*, nº25, enero-marzo 2011, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

SAN LUCAS (4.1 – 4.3).

SVAMPA, Maristella; GIRAUD, Marcelo. Tenemos derecho a los glaciares. *Diario Clarín*. Buenos Aires. Edición del 27 de septiembre de 2010, nº 23.262, p.17.

Recibido em: 20/04/2020

Aprovado em: 14/05/2020

Como citar este artigo (ABNT):

MOREL, Juan Claudio. Paisajes extremos y legislación aplicable. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.13-38, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/11/DIR41-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.