



## Consejo de Redacción

JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ

*Presidente*

*Fiscal*

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

*Vicepresidente*

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado*

AMALIA IRABURU ALLEGUE

*Secretaria*

*Editora Jefe*

MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ

*Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo*

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

*Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado*

FERNANDO BIURRUN ABAD

*Director de Publicaciones. Abogado*

FRANCESC DE PAULA CAMINAL BADÍA

*Abogado*

FAUSTINO CORDÓN MORENO

*Catedrático de Derecho Procesal. Abogado*

EUGENIO GAY MONTALVO

*Magistrado del Tribunal Constitucional*

JUAN MARTÍN QUERALT

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado*

LUIS MARTÍN REBOLLO

*Catedrático de Derecho Administrativo*

JULIO MUERZA ESPARZA

*Catedrático de Derecho Procesal*

GONZALO QUINTERO OLIVARES

*Catedrático de Derecho Penal*

ENRIQUE RUBIO TORRANO

*Catedrático de Derecho Civil*

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

EUGENIO SIMÓN ACOSTA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado*

GESTIÓN DEL AGUA Y DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA

Actas de la Conferencia Internacional de Gestión del Agua en  
Países Federales, Zaragoza 9-11 de julio de 2008



ANTONIO EMBID IRUJO  
Director

MARIO KÖLLING  
Coordinador

# GESTIÓN DEL AGUA Y DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA

Actas de la Conferencia Internacional de  
Gestión del Agua en Países Federales, Zaragoza  
9-11 de julio de 2008

ARANZADI



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2009

© Antonio Embid Irujo - 2009  
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 - Pamplona

Depósito Legal: NA ...

ISBN: 978-84-8355-961-1

*Printed in Spain. Impreso en España.*

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

# Sumario

Página

PRÓLOGO .....  
INTRODUCCIÓN .....

## INFORMES NACIONALES (1) EXPERIENCIAS DE FEDERACIONES NO EUROPEAS

### I

#### LA SITUACIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: DEFERENCIA HACIA LOS ESTADOS; SUPREMACÍA FEDERAL

I. Introducción .....  
1. Federalismo en Estados Unidos .....  
2. El agua en Estados Unidos .....  
    A) Principales cuencas .....  
    B) Aguas subterráneas .....  
    C) Abastecimiento de agua .....  
    D) Consumo de agua .....  
    E) Población .....  
3. Tendencias e incertidumbres .....  
    A) Crecimiento .....  
    B) Demandas de corrientes .....  
    C) Cambio climático .....  
    D) Generación de energía .....  
    E) Derechos de aguas de los indios .....  
    F) Inversión pública en retroceso .....  
II. Estructura del sistema federal respecto al control del agua en Estados  
    Unidos .....  
    1. Supremacía federal .....  
    2. Variaciones en las leyes estatales .....  
III. Regímenes jurídicos estatales para el agua .....

- 1. Resumen del sistema ribereño .....
  - A) Historia .....
  - B) Derechos de aguas modernos en estados ribereños .....
    - a) Funcionamiento de los sistemas de permisos .....
    - b) Reglamentos de aguas subterráneas en estados ribereños ...
- 2. Resumen del sistema de apropiación anterior .....
  - A) Historia .....
  - B) Derechos de aguas modernos en el Oeste .....
    - a) Funcionamiento de los sistemas de permisos .....
    - b) Consideraciones de interés público .....
    - c) Reglamentación de aguas subterráneas en los estados occidentales .....
- IV. La función federal en la asignación y el uso del agua .....
  - 1. La potestad de dar prioridad .....
  - 2. Tipos de conflictos con leyes estatales .....
    - A) Construcción de proyectos federales de aguas .....
    - B) Licencias federales de proyectos hidroeléctricos .....
    - C) Leyes medioambientales federales .....
- V. Derechos de aguas reservados de tribus indias y Gobierno federal .....
  - 1. Historia .....
  - 2. Naturaleza y alcance de los derechos reservados de los indios .....
  - 3. Derechos de aguas reservados para terrenos federales .....
  - 4. Cuantificación de los derechos de aguas reservados indios y federales .....
- VI. Derechos de aguas interestatales .....
  - 1. Litigios interestatales .....
  - 2. Pactos .....
  - 3. Asignación legislativa .....
  - 4. Restricciones estatales a la exportación de agua .....
- VII. Tratados internacionales .....
  - 1. México .....
  - 2. Canadá .....
  - 3. Supremacía de los tratados sobre la ley estatal de aguas .....
- VIII. Conclusión .....
- IX. Bibliografía .....

II

**GESTIÓN DEL AGUA EN UN ESTADO FEDERAL: LA EXPERIENCIA CANADIENSE**

- I. Introducción .....



1. Generalidades .....	
2. Reservas de agua dulce en Canadá .....	
II. El contexto constitucional de la gestión del agua en Canadá .....	
III. Desafíos que plantea el predominio provincial en la gestión de los recursos hídricos .....	
1. Gestión de la Cuenca Mackenzie .....	
2. Exportaciones de agua .....	
IV. Retos políticos y opciones emergentes .....	
V. Conclusión .....	
VI. Bibliografía .....	

### III

#### DERECHO DE AGUAS EN LA FEDERACIÓN AUSTRALIANA: EL PASO HACIA EL CENTRALISMO

I. Introducción .....	
1. Informe transversal nacional sobre datos hidrológicos en Australia .....	
2. Estructura constitucional de Australia en relación con el agua .....	
3. Revisión judicial de las decisiones de la Commonwealth .....	
II. Leyes sobre gestión de aguas entre 1788 y 2007 .....	
1. Cinco períodos .....	
2. Primer período: Leyes coloniales .....	
A) Precolonización .....	
B) Derecho consuetudinario: Derechos ribereños .....	
C) Intervención colonial amparada por la ley .....	
3. Segundo período: Federalismo fiscal .....	
A) Reglamentación .....	
B) Artículo 100 .....	
C) Artículo 96 .....	
4. Tercer período: «Poder de tratados» .....	
A) Poder de tratados .....	
B) Título nativo .....	
C) Gran Cuenca Artesiana .....	
5. Cuarto período: Consejo de Gobiernos Australianos (CoGA) .....	
A) Reformas del CoGA .....	
a) CoGA I: Primeras reformas .....	
b) Acuerdo de la Cuenca Murray Darling .....	
c) Plan Nacional de Actuación sobre Salinidad y Drenaje .....	
d) Implantación y coordinación de políticas dentro de los Gobiernos de los Estados .....	

e) CoGA 2: La Iniciativa Nacional del Agua 2004 .....

B) Resoluciones estatales sobre las reformas desde 1994 hasta la actualidad .....

a) Leyes Estatales .....

b) Resoluciones clave a escala estatal .....

C) Otros avances .....

6. Quinto período: La Ley de Aguas o «Water Act» .....

III. Resumen y conclusiones .....

IV. Bibliografía .....

**INFORMES NACIONALES (2)**

**EXPERIENCIAS DE FEDERACIONES DE AMÉRICA LATINA**

**IV**

**GESTIÓN DEL AGUA EN BRASIL**

I. Introducción .....

II. Disponibilidad y demanda hídrica .....

III. Política y sistema nacional de gerencia de recursos hídricos .....

IV. Implementación del SINGREH .....

V. Estudio de un caso: cuenca hidrográfica del río Paraíba do Sul .....

1. Organización de la cuenca: gestión compartida .....

2. Construyendo el pacto de gestión: CEIVAP, ANA y Estados .....

3. Implementación de los instrumentos de gestión .....

4. Agencia del Agua de la Cuenca del Paraíba do Sul .....

VI. Consideraciones finales .....

VII. Bibliografía .....

**V**

**LA SITUACIÓN EN MÉXICO**

I. Introducción .....

II. Información general de México .....

III. Información del sector hídrico en México .....

1. Disponibilidad natural media de agua .....

2. Usos del Agua .....

3. Contraste regional entre desarrollo y disponibilidad de agua .....

4. Incongruencias de la distribución y administración del agua .....

IV. Manejo del agua en México .....

1. Marco legal .....

2. Marco Institucional .....	
3. Manejo del Agua hasta 2004 .....	
V. Reforma a la Ley de Aguas Nacionales (LAN) .....	
VI. Fortalezas y debilidades de la nueva LAN .....	
VII. Conclusiones .....	
VIII. Bibliografía .....	
IX. Referencias documentales .....	

## VI

### LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

I. Introducción .....	
1. Datos Hidrológicos de Argentina .....	
A) Territorio .....	
B) Población .....	
C) Clima .....	
D) Precipitaciones .....	
E) Sistemas Hidrográficos. Principales Cuencas .....	
F) Aguas Subterráneas. Importancia .....	
G) Dotaciones medias en abastecimientos .....	
H) Distribución porcentual en los distintos usos .....	
2. Introducción general .....	
II. La gestión del agua en países federales. La situación en Argentina .....	
1. Régimen Federal Argentino .....	
2. Las Aguas y el Régimen Federal. Distribución de competencias .....	
3. La reforma Constitucional de 1.994. Efecto sobre la Gestión del Agua .....	
A) Leyes 25.675 y 25.688 de Presupuestos Mínimos. Conflictos de Gestión Nación-Provincia en materia de Aguas .....	
a) Ley núm. 25.675 .....	
b) Ley núm. 25.688 .....	
4. Competencia para delimitar el dominio público. Efecto sobre el régimen de aguas y su gestión .....	
5. La Gestión en Ríos Interprovinciales .....	
A) Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Santa Fé .....	
B) Provincia de La Pampa c/Provincia de Mendoza s/Acc. Posesoría. Expte. 195-L .....	
C) Administración de Parques Nacionales c/Provincia de Neuquén s/Sumario. A-105-XXXV .....	
6. La Gestión del uso hidroeléctrico en los ríos Interprovinciales .....	

A) El Conflicto en el río Atuel .....	
B) El denominado «Caso Chaco» .....	
7. La Gestión del uso en el Mar Argentino .....	
8. La Gestión para evitar los efectos dañosos del agua .....	
9. La Gestión de la calidad del agua y la extracción de petróleo .....	
10. La Gestión para el trasvase de Cuencas .....	
11. Gestión en materia Penal de Aguas .....	
12. La participación de los usuarios en la Gestión del Agua. ....	
13. La Gestión del agua en la investigación pura y aplicada. Formación de Recursos Humanos .....	
III. Conclusiones .....	
IV. Bibliografía .....	

**INFORMES NACIONALES (3)**  
**EXPERIENCIAS DE PAÍSES EUROPEOS**

**VII**

**LA SITUACIÓN EN ITALIA**

I. Introducción .....	
1. Gestión de los recursos hídricos: preámbulo .....	
2. Datos en materia de recursos hídricos .....	
II. Marco constitucional, normativo y organizativo .....	
1. Distribución de la potestad legislativa entre el Estado y las Regiones (y Provincias Autónomas) .....	
2. Evolución normativa: reforma del derecho medioambiental y recur- sos hídricos .....	
3. Aspectos organizativos: entidades territoriales y otros organismos ...	
III. Gestión de los recursos hídricos .....	
1. Titularidad del recurso: el agua como bien de dominio público ....	
2. Cuestiones de planificación: planificación de la demarcación hidro- gráfica y planificaciones sectoriales .....	
3. Explotación de recursos y sistema de concesiones hídricas .....	
4. Instrumentos de protección cualitativa y cuantitativa de los recursos hídricos .....	
5. Servicios hídricos y Servicio Hídrico Integrado .....	
6. Los costes del agua .....	
IV. Conclusión .....	
V. Bibliografía .....	
VI. Relación Documental .....	

## VIII

**INFORME DE ESPAÑA**

- I. Introducción general .....
- II. El reparto competencial en España sobre agua y obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La situación derivada de las reformas estatutarias de 2006-2008 .....
- 1. Las competencias sobre aguas. Concepto y extensión de las competencias «exclusivas» de las CCAA sobre aguas de sus propias cuencas .....
- 2. Las competencias sobre obras hidráulicas .....
- 3. La cesión de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir a Andalucía y de la parte castellano-leonesa de la cuenca del Duero a Castilla-León .....
- A) El caso de la cesión de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir a Andalucía .....
- B) La cesión de la parte castellano-leonesa de la cuenca del Duero a Castilla-León .....
- 4. La emisión por las CCAA de informes en procedimientos administrativos en los que debe decidir el Estado .....
- III. El concepto de cuenca hidrográfica y su papel en España .....
- IV. La problemática de las transferencias de recursos hídricos entre distintos ámbitos territoriales de planificación hidrológica de cuenca. Su presencia en los Estatutos de Autonomía reformados .....
- 1. Las transferencias de recursos hídricos entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca .....
- 2. Las transferencias de recursos hídricos en los nuevos Estatutos de Autonomía .....
- V. La Directiva Marco de Aguas de 2000 y los principios que de ella se derivan sobre la administración de las cuencas hidrográficas .....
- VI. Notas conclusivas .....
- VII. Bibliografía .....

## IX

**GESTIÓN DEL AGUA EN ESTADOS CON UNA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL FEDERAL: LA SITUACIÓN EN ALEMANIA**

- I. Introducción general .....
- 1. Estructura geográfica .....
- 2. Precipitaciones .....
- 3. Balance hídrico, disponibilidad y aprovechamiento del agua .....
- 4. Resultados del análisis en 2004 según la Directiva Marco del Agua UE (DMA) .....

II. Estructura constitucional de la República Federal de Alemania .....	
1. Principios generales del «Bundesstaat» alemán .....	
2. Asignación federal de competencias para gestión de recursos hídricos .....	
A) Los reglamentos constitucionales anteriores .....	
B) Los reglamentos constitucionales actuales .....	
III. Gestión del agua dentro de las demarcaciones hidrográficas en Alemania .....	
1. Situación inicial y problemas por resolver .....	
2. Requisitos de la Directiva Marco del Agua de la UE con respecto a «acuerdos administrativos apropiados» dentro de las demarcaciones hidrográficas .....	
3. Las demarcaciones hidrográficas según la legislación alemana .....	
4. Consideraciones de interés y cuestiones de jurisprudencia .....	
IV. Conclusión .....	
V. Bibliografía .....	

#### **INFORMES NACIONALES (4)**

#### **EXPERIENCIAS DE PAÍSES EN VÍA DE DESARROLLO**

#### **X**

#### **GESTIÓN DEL AGUA EN PAÍSES FEDERALES: INDIA**

I. Introducción .....	
1. Comentarios generales .....	
2. Antecedentes constitucionales .....	
3. Hidrología en India .....	
4. El agua según la Constitución .....	
II. Administración y organización del agua en India .....	
1. Organizaciones relacionadas con el agua dentro del gobierno de la unión .....	
2. Organizaciones relacionadas con el agua a nivel de Gobierno de los Estados .....	
3. Organizaciones relacionadas con el agua a niveles subestatales .....	
A) Segundo nivel de federalismo indio .....	
B) Tercer nivel de federalismo indio .....	
C) Cuarto nivel de federalismo indio .....	
III. Algunas cuestiones sobre gestión del agua en India .....	
IV. Reparto del agua y controversias interestatales .....	
V. Conclusión .....	

VI. Bibliografía .....	
------------------------	--

XI

**GESTIÓN DEL AGUA EN PAÍSES FEDERALES Y SEMEJANTES A LOS FEDERALES:  
PERSPECTIVAS DE NIGERIA**

I. Introducción .....	
1. Recursos hídricos en Nigeria .....	
2. Riego y presas .....	
3. Estructura constitucional .....	
4. La leyenda .....	
II. Principales características de la gestión de los recursos hídricos en Nigeria .....	
1. Base de datos incompleta .....	
2. Responsabilidad fragmentada .....	
3. Marco institucional débil .....	
A) Autoridades para el Desarrollo de Cuencas Hidrográficas (ADCH) .....	
B) Instituto Nacional de Recursos Hídricos (INRH) .....	
4. Respuesta a las catástrofes naturales .....	
III. Marco jurídico .....	
1. Derecho consuetudinario .....	
2. Promulgación de leyes .....	
3. Leyes federales .....	
4. Leyes estatales .....	
5. Nivel de gobierno local .....	
IV. Administración de las leyes sobre el agua .....	
1. Cuestiones jurídicas .....	
A) Legitimación legal .....	
B) Marco de asignación .....	
C) Acuerdos institucionales .....	
a) Consideraciones políticas .....	
b) Consideraciones socioeconómicas .....	
c) Verificación del cumplimiento .....	
V. Evaluación de las leyes vigentes .....	
VI. Principales cuestiones y desafíos .....	
1. Necesidad de un nuevo enfoque para aprobar leyes sobre aguas ....	
2. Inexistencia de un marco político .....	
3. Reglamentación .....	
4. Participación de la comunidad y del sector privado .....	

5.	Contaminación .....
6.	Degradación medioambiental .....
VII.	Conclusiones y recomendaciones .....
1.	Preámbulo .....
2.	Recomendaciones .....
	A) Creación de una Comisión Nacional del Agua .....
	B) Marco regulatorio justo .....
3.	Conclusión .....
VIII.	Bibliografía .....

## XII

### LAS REFORMAS INSTITUCIONALES EN SUDÁFRICA

I.	Introducción general .....
II.	Motores de las reformas hidrológicas .....
III.	Las relaciones gubernamentales .....
1.	Tipos de relaciones gubernamentales .....
2.	Mecanismos y estrategias actuales de cooperación .....
	A) Cooperación a nivel político/de gestión .....
	B) El reto del MINMEC .....
	C) Foros intergubernamentales .....
	a) Foro (nacional) intergubernamental .....
	b) Foro provincial intergubernamental .....
	D) El Consejo de coordinación presidencial .....
	E) Cooperación a nivel de planificación y desarrollo .....
3.	Los actuales acuerdos institucionales .....
IV.	Políticas oficiales relacionadas con el agua y los recursos relacionados ..
V.	El marco organizativo de la gestión de recursos hídricos .....
1.	El Tribunal Nacional del Agua .....
2.	Instituciones para el desarrollo de infraestructuras .....
3.	Instituciones de gestión internacional de recursos hídricos .....
4.	La Comisión nacional de investigación sobre el agua (WRC) .....
5.	El Departamento de Asuntos Hídricos y Bosques .....
6.	Zonas de gestión de recursos hídricos (de NWRS) .....
7.	Organismos de Gestión de Cuencas (CMA) .....
8.	Otras instituciones de gestión de recursos hídricos .....
VI.	Bibliografía .....



## XIII

**MARCO POLÍTICO Y JURÍDICO PARA LA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS EN ETIOPÍA**

I. Introducción .....	
II. Estructura administrativa federal de Etiopía .....	
III. Fundamento jurídico para gestión de recursos hídricos .....	
1. La Constitución .....	
2. Política Federal para la Gestión de los Recursos Hídricos .....	
IV. Marco jurídico .....	
1. Proclamación sobre la Gestión de los Recursos Hídricos en Etiopía .....	
2. Reglamento para la Gestión de los Recursos Hídricos en Etiopía ...	
V. Creación de Organizaciones de cuencas hidrográficas .....	
1. Proclamación sobre Consejos y Autoridades de Cuencas Hidrográficas .....	
2. Reglamento para la Creación del Alto Consejo y Autoridad de la Cuenca Hidrográfica del Abbay (Nilo Azul) .....	
VI. Conclusiones .....	
VII. Bibliografía .....	

**EL SIGNIFICADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL DERECHO COMUNITARIO**

## XIV

**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA POLÍTICA MEDIOAMBIENTAL Y DE AGUAS EN LA UNIÓN EUROPEA**

I. Introducción. El marco general de la política medioambiental en la Unión Europea .....	
1. Las primeras Iniciativas Comunitarias. Los programas de Acción Medioambiental .....	
2. El Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht .....	
3. El Tratado de Ámsterdam y el concepto de desarrollo sostenible ...	
4. Las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza .....	
5. La fallida Constitución para Europa y el Tratado de Lisboa en relación con la protección medioambiental .....	
II. La evolución de la política de aguas comunitaria hasta la elaboración de la Directiva Marco .....	
III. La Directiva Marco de Aguas .....	
1. Un enfoque global y ecológico de los recursos hídricos .....	

2.	Un planteamiento combinado contra la contaminación del agua ...
3.	La participación de los ciudadanos .....
4.	La aplicación del principio «quien contamina, paga» .....
IV.	La transposición del ordenamiento comunitario sobre aguas en España .....
V.	Conclusiones .....
VI.	Bibliografía .....

XV

**LA COORDINACIÓN DE PLANES DE CUENCAS TRANSFRONTERIZAS**

I.	Introducción .....
II.	El nuevo cosmopolitanismo de Ulrich Beck .....
III.	La Directiva Marco del Agua .....
IV.	El concepto de efectividad de costes en los programas de medidas .....
V.	Implicaciones para ríos que cruzan fronteras .....
VI.	Conclusiones .....
VII.	Bibliografía .....

XVI

**LA GESTIÓN DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA DEL DANUBIO EN EL CONTEXTO DE LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA DE LA UE**

I.	Introducción. El Danubio: río europeo de importancia internacional ...
II.	De la reglamentación sobre el curso del agua a la reglamentación sobre la cuenca .....
1.	Reconocimiento jurídico de esta evolución .....
2.	La Directiva Marco 2000/60/CE y la gestión integrada de agua .....
A)	La demarcación como unidad clave de gestión .....
B)	La autoridad administrativa perteneciente a la demarcación ...
C)	El plan de gestión de la demarcación hidrográfica .....
D)	Fecha límite para elaborar el primer plan de gestión .....
III.	El régimen especial del Danubio .....
1.	La evolución del régimen jurídico internacional del Danubio .....
2.	Cooperación bilateral .....
3.	La importancia del derecho de la UE .....
4.	El régimen jurídico de la gestión del río Danubio .....
5.	La gestión de las aguas del río Danubio en el contexto de la DMA .....
IV.	Conclusiones .....
V.	Bibliografía .....

## PROBLEMAS DE LA PRÁCTICA DEL FEDERALISMO

### XVII

#### DESCENTRALIZACIÓN DE SERVICIOS DE AGUA, EFICIENCIA Y ACUERDOS DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN INTERNACIONAL

I. Introducción .....	
II. Factores económicos que inciden sobre el agua y sus servicios .....	
1. Políticas Macroeconómicas Generales y Sustentabilidad del Sector .	
2. Prioridad del Sector en las Políticas Públicas Presupuestarias. Sistemas de Subsidios .....	
3. Economías de Escala y Ámbito, su Relación con Eficiencia y Equidad .....	
4. La Escala de Corrupción .....	
5. La Regulación .....	
III. Decentralización y Acuerdos Internacionales de Inversión .....	
1. Acuerdos de Inversión y Aguas .....	
2. Problemas de los Acuerdos de Inversión .....	
A) Facultades locales .....	
B) Expropiación .....	
C) Trato Justo y Equitativo .....	
D) La ignorancia de conceptos regulatorios importantes .....	
E) Problemas asociados al procedimiento .....	
IV. Conclusiones .....	
V. Bibliografía .....	

### XVIII

#### ACUERDOS SOBRE RECURSOS HÍDRICOS ENTRE ESTADOS Y PROVINCIAS DE PAÍSES FEDERALES: UNA VISIÓN COMPARATIVA

I. Introducción .....	
II. Análisis comparativo de acuerdos interestatales .....	
1. Control de cantidad y asignación de las aguas .....	
2. Calidad del agua .....	
3. Gestión de cuencas hidrográficas .....	
4. Participación pública .....	
5. Aguas subterráneas .....	
6. Resumen de características comunes de los Acuerdos interestatales sobre aguas .....	
A) Función federal .....	
B) Instituciones de gestión .....	

C) Programas de supervisión .....  
D) Resolución de disputas .....  
E) Duración .....  
III. Conclusiones .....  
IV. Bibliografía .....  
V. Lista de Acuerdos analizados .....

## EL PAPEL DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA

### XIX

#### LA CUENCA HIDROGRÁFICA EN LA CONVENCIÓN SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN, DE 21 DE MAYO DE 1997

I. Introducción .....  
II. El lugar de la Convención de Nueva York en el Derecho de los cursos  
de agua internacionales .....  
1. La contribución de la Convención de Nueva York a la identificación  
de principios generales del Derecho de los cursos de agua interna-  
cionales .....  
2. La Convención de Nueva York como Acuerdo-marco .....  
III. El reconocimiento de la cuenca hidrográfica internacional en el origen  
de la Convención de Nueva York .....  
1. El recurso al concepto de cuenca en textos anteriores a la Conven-  
ción .....  
2. El planteamiento de la cuenca hidrográfica internacional como base  
adecuada para los trabajos de la CDI: primeras reacciones .....  
IV. La exclusión de la cuenca hidrográfica en la Convención de Nueva York  
en favor de otros conceptos menos exigentes .....  
1. La polarización de posiciones respecto a la cuenca desde una pers-  
pectiva geográfica .....  
2. El recurso a la noción de sistema y la vuelta a la de curso de agua  
internacional .....  
V. Consecuencias de la opción por el concepto curso de agua internacio-  
nal .....  
1. La cercanía del concepto curso de agua recogido en la Convención  
con el de cuenca hidrográfica .....  
2. El uso del concepto de cuenca hidrográfica internacional y de otros  
más amplios tras la Convención de Nueva York .....  
VI. Conclusiones .....  
VII. Bibliografía .....  
VIII. Relación documental .....

## XX

**«LAS AGUAS MARÍTIMAS Y LA GESTIÓN DE LAS CUENCAS HIDROGRÁFICAS EN  
LOS PAÍSES DESCENTRALIZADOS POLÍTICAMENTE»**

I. Introducción .....	
II. El Derecho de aguas en la legislación interna de los Estados ribereños de la Cuenca del Plata .....	
1. La cláusula ambiental en las Constituciones de los Estados ribereños de la Cuenca del Plata .....	
2. El derecho de aguas en la legislación interna .....	
A) Argentina .....	
B) Bolivia .....	
C) Brasil .....	
D) Paraguay .....	
E) Uruguay .....	
III. El Derecho de aguas en la legislación internacional vinculante a los Estados ribereños de la Cuenca del Plata .....	
1. Acuerdos multilaterales referidos a los recursos hídricos .....	
2. MERCOSUR ambiental .....	
3. Otros acuerdos ambientales .....	
4. Acciones relevantes en materia de manejo costero .....	
IV. Conclusiones preliminares acerca de la existencia de un <i>corpus iuris aquarum ambientalis</i> y su conexidad con la protección del medio marino .....	
1. Situación ambiental del Río de la Plata y su Frente Marítimo .....	
2. Contexto jurídico favorable/desfavorable .....	
V. Conclusiones y recomendaciones finales .....	
1. Estrategia óptima o de máxima .....	
2. Estrategia imperfecta o de mínima .....	
VI. Bibliografía .....	
VII. Referencias documentales .....	
VIII. Anexo .....	



## *Prólogo*

1. Una de las múltiples actividades desarrolladas durante la celebración de la Exposición Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible (Zaragoza, del 14 de junio al 14 de septiembre de 2008), fue la «Conferencia Internacional sobre gestión del agua en países federales y semejantes a los federales» que tuvo lugar durante los días 9-11 de julio en el Palacio de La Aljafería, sede de las Cortes de Aragón. La Conferencia, que tuve el honor de dirigir, fue organizada por la Expo Zaragoza 2008 S.A., la Fundación Giménez Abad de las Cortes de Aragón y el Foro de las Federaciones (con sede en Canadá) y desde mi interesado –confesémoslo– punto de vista, constituyó un gran éxito tanto por la calidad de las ponencias presentadas por personas muy relevantes en el panorama mundial de la gestión del agua, como por la índole de las discusiones que, con fundamento en las mismas, se desarrollaron. Debo indicar que hay personas con responsabilidad directa en dicho éxito que tienen que ser citadas necesariamente aquí por puras razones de justicia.

Así, por la Expo Zaragoza 2008 S.A. hay que comenzar refiriéndose a su presidente, D. Roque Gistau, que apoyó decididamente y desde el primer momento que se planteó la idea de la Conferencia internacional, su celebración. Y con él a Eduardo Mestre, responsable de la Tribuna del Agua, y Eva Zuazua su eficazísima gestora directa. Por parte de las Cortes de Aragón a su Presidente, Francisco Pina, amigo y compañero en el Parlamento territorial desde la Primera Legislatura (1983-1987) en que me correspondió presidirlo y en la que él desempeñaba las funciones de Secretario Primero; Francisco Pina ha desarrollado una carrera política brillante en el seno de las Cortes de Aragón que ha llegado a presidir en las dos últimas legislaturas (2003 hasta la actualidad). Y por la Fundación Giménez Abad es imprescindible mencionar a su Secretario José Tudela que ejerció de perfecto tutelador de la Conferencia y fue huésped amabilísimo en el entorno tan singular del Palacio de La Aljafería. Igualmente debo resaltar especialmente el papel animador de George Anderson, Presidente del Foro de las Federaciones, que colaboró singularmente y con gran entusiasmo en el impulso a los trabajos organizativos de la Conferencia. Y una atención especial debe dirigirse en esta mención a Mario Kölling, que desempeñó las labores de coordinación técnica de la Conferencia con una eficacia, rigor y bonhomía que sigue asombrándome cuando ya han pasado varios meses desde que se declaró clausurada y que ha prolongado su labor ocupándose de diversas tareas técnicas en la edición de este libro.

Las ponencias presentadas han sido posteriormente, en algunos casos, objeto de modificación y perfeccionamiento para su publicación en este libro. El conjunto de las mismas me sugiere algunas reflexiones que plasmo a continuación.

2. Llamo la atención, en primer lugar, de que he hablado y voy a escribir en estas páginas de «reflexiones», no de «conclusiones». Difícilmente podrían ante una materia tan poliédrica como la tratada en este libro, establecerse conclusiones entendidas como deducciones enteramente lógicas a partir del conocimiento de una determinada realidad y generalizables para todas las situaciones examinadas y aun para otras que se les asemejaran. Es posible que esas conclusiones válidas y generalizables pudieran establecerse a partir de ponencias de contenido puramente dogmático, teórico, que no atendiera para nada a la correspondencia entre teoría y realidad ni tratara de investigar, siquiera, el sentido de ésta, pero una de las premisas de esta Conferencia Internacional fue, precisamente, la contraria: describir tanto en los informes nacionales como en las distintas ponencias transversales la presentación dogmática de la situación (a partir de los datos constitucionales y de las premisas teóricas de la gestión) pero también la realidad vivida. Ello induce, por tanto, a la prudencia en las deducciones, a la reserva ante el intento de sentar generalizaciones (o, más bien, generalidades) y, finalmente, a concluir en el valor de la mera exposición de ideas, a modo de reflexiones, suscitada por un intento de conocimiento de la gestión del agua en el conjunto de los países que se estructuran bajo el prisma de la descentralización política que es uno de los logros de esta Conferencia Internacional y que, en mi conocimiento, nunca había sido intentado con anterioridad con la ambición que ha presidido la configuración del programa, fruto consecuente de su inserción en una Exposición Internacional en la que no han existido obstáculos para intentar comprender el estado de la gestión del agua en el mundo y, en su caso, animar a corregir las disfunciones que pudieran percibirse.

3. Hay que observar que la Conferencia se desarrolló en 2008, en un determinado momento y contexto en relación al aprovechamiento y protección de los recursos hídricos en el mundo, contexto marcado por una situación de evidente crisis. Así, debe constatarse cómo en muchas ponencias se hace referencia a la fuerte presión existente sobre la utilización de los recursos hídricos que tiene lugar en la actualidad y ello porque a los usos tradicionales (abastecimiento, regadío, hidroelectricidad...) multiplicados en intensidad geométrica por el crecimiento de la población y las consiguientes necesidades aumentadas de alimento y de energía, se unen variantes que combinan algunos de ellos: por ejemplo la necesidad de agua para regar los cultivos bioenergéticos. En este ejemplo concreto en nada elegido al azar, no nos encontramos ante una pura producción agrícola ni tampoco, *prima facie*, podríamos hablar de actividad de producción de energía sino, más bien, de un conjunto de las dos cosas que, reunidas, marca uno de los signos actuales de la utilización del agua en el mundo y que aunque desde la perspectiva de la energía puede juzgarse de forma bien positiva, no puede dejar de reconocerse que consti-



tuye una nueva forma de presión sobre la utilización de los recursos hídricos, siempre en situación límite.

Una de las consecuencias de ello es la exacerbación de la conflictividad que en el ámbito del agua suele existir entre los particulares, entre éstos y los poderes públicos, pero también entre los Estados federados entre sí y de algunos de éstos con la Federación (o, en general, entre los poderes descentralizados políticamente). Es en este marco en el que crece y se desarrolla de distintas formas en el ámbito del agua la conflictividad siempre latente en el plano de los principios entre las distintas partes del Estado en los Estados que se estructuran bajo el principio de la descentralización política. De eso se advertirán distintos ejemplos en el libro y solo puedo llamar la atención, en este pórtico del mismo, de la situación fáctica en la que se desarrollaron los debates de la Conferencia Internacional.

4. Uno de los presupuestos de todos los informes presentados es la narración del reparto competencial sobre el agua y las obras hidráulicas (cuando puede distinguirse entre las dos materias). Ello exige contemplar lo que dice la Constitución de cada país sobre el agua (o sobre los recursos hídricos, o sobre las obras hidráulicas) cuando existe decisión constitucional, obviamente, lo que no siempre sucede en todos los ejemplos examinados en este libro. En todo caso hay que advertir que una observación correcta y completa de la situación, exige saber también cuál es el reparto competencial constitucionalmente establecido sobre otras materias como ordenación del territorio, urbanismo, agricultura, industria, sanidad, medio ambiente, espacios naturales protegidos y otras más en donde el agua representa un papel auxiliar importante, a veces casi decisivo.

Como podrá advertir el lector de las distintas ponencias, no siempre los principios de reparto competencial sobre el conjunto de las materias indicadas responde a los mismos criterios que el reparto sobre el agua. Ello quiere decir, entre otras cosas, que la posibilidad de conflicto «cruzado» se acrecienta ante la falta de presupuestos comunes de reparto.

5. Ciñéndonos solamente al agua, no se observa un único modelo de reparto competencial o de gestión del agua en los países federales o de estructura semejante a los federales, pero sí que pueden detectarse problemas comunes, o situaciones de hecho semejantes, frente a los que se reacciona intentando fórmulas relativamente parecidas.

En general se parte en la mayor parte de las ocasiones de una distribución de competencias entre el poder central y el poder de los estados federados, pues no suele existir una atribución o concentración global de competencias sobre la gestión de los recursos hídricos solo a una parte sino que en función del cumplimiento de un criterio (que el agua sobrepase, o no, los límites del Estado federado, aguas interestatales, cuencas intercomunitarias u otra terminología) o de otros, tienen lugar unas determinadas conclusiones sobre el reparto competencial.

Aun cuando hay que advertir expresamente que esto no siempre sucede así, pues puede partirse también del principio de la preeminencia de las competencias

de los Estados federados y ser necesario el acuerdo de éstos para la gestión de recursos interestatales, como sucede en las Provincias argentinas, o, al margen de lo que se dice expresamente, buscarse el acuerdo de manera informal. En general cuando se está ante los principios del federalismo en estado puro (con conciencia de la evidente imprecisión que tiene hablar del «federalismo en estado puro», expresión que remite más bien a tratamientos dogmáticos que a observaciones prácticas generalizables), la consecuencia suele ser esa preeminencia de los Estados federados sobre la Federación.

6. Los datos proporcionados confirman por otra parte una cierta tendencia a la supremacía de la Federación o del Poder central (supremacía federal de que habla la ponencia de Getches) en la gestión de los recursos hídricos pues mayoritariamente suele confiársele la gestión de los ríos o de las aguas o de las cuencas –la terminología, y sus consecuencias, no siempre es uniforme– que superan los límites de los Estados federados. En ocasiones, los incentivos económicos de que dispone la Federación pueden ser muy poderosos a la hora de la afirmación de esa supremacía federal (Australia). No obstante se dan supuestos (Canadá) en los que el Poder federal suele ser respetuoso de las competencias de las Provincias y actuar solo cuando se da fracaso o inacción de éstas.

Dado el tamaño de los Estados federados y, en relación a los mismos, de las aguas o de las cuencas (según), en la mayor parte de los casos, las cuencas o las aguas a gestionar superan los límites de los Estados (como se informa expresamente en los informes relativos a España, Etiopía o India). En otros supuestos, el gran tamaño de los Estados federados es muy importante a la hora de sentar sus poderes en la gestión de las aguas (Australia, Estados Unidos, Canadá) además de lo que pueda derivarse de la tradición constitucional y de los principios puros del federalismo a los que antes me refería.

También pueden aparecer organismos centrales que suman a sus competencias, la de ejecutar o contribuir a formar una política nacional de recursos hídricos (ejemplo de la Agencia Nacional de Aguas en Brasil, en el informe de Benedito Braga).

7. No parece deseable, en todo caso, que a partir de un esquema dado de reparto competencial, el ejercicio de las competencias se realice por separado y sin relaciones entre los poderes públicos que tienen las competencias. Muchos de los autores de este libro insisten en la idea de cooperación que debe darse en la realidad, nunca de separación global en el ejercicio de las competencias (por ejemplo en el informe de Eiman Karar relativo a Sudáfrica).

De forma correspondiente con esa premisa, en la ponencia de Stefano Burchi se proporcionan múltiples ejemplos de acuerdos interestatales relativos a la situación en Australia, Estados Unidos, Argentina, Canadá.

La situación de Brasil presenta también variados ejemplos de esos acuerdos, con una tipología de los mismos dividida en «convenio de integración», «convenio de cooperación» y «contrato de gestión» (ponencia de Benedito Braga). En el

fondo, todas ellas presentan distintas maneras con las que la Federación ayuda a los Estados federados que no poseen las estructuras materiales y personales suficientes para ejercitar sus competencias.

8. Los organismos de gestión de las aguas en los distintos países estudiados son de muy diferentes formas y estilos desde el punto de vista jurídico. Aparecen, así, órganos gestores que son a modo de ministerios u otros órganos sin personalidad jurídica propia, organismos independientes dotados de gran autonomía orgánica y funcional (la Agencia Nacional de Aguas en Brasil), organismos administrativos con personalidad jurídica (Confederaciones Hidrográficas en España)... Dentro del mismo país pueden encontrarse órganos de cooperación con distintas denominaciones (Comités de cuenca o Comisiones, como sucede en Argentina) y con poderes que solo provienen de los convenios que los han creado específicamente.

Las ponencias presentadas no son determinantes en cuanto a la cuestión de la participación de la sociedad (del «público», de los usuarios o ciudadanos) en los organismos constituidos para la gestión del agua, si bien existen ejemplos específicos en que sí se hace referencia a ello (por ejemplo la ponencia relativa a la situación brasileña con la mención a los Comités de cuenca hidrográfica instaurados desde una Ley de 1997 y que cuentan con esa participación social).

9. En todo caso la situación no puede describirse de una forma tan simple como la que se lleva realizada hasta ahora. Hay que introducir entre los criterios manejados una nueva variable: el dato ambiental y la promulgación de normas y su ejecución en función de ese carácter ambiental.

La observación de la situación que se ha descrito permite concluir en que en muchos lugares, dado un determinado estado del reparto competencial, éste se puede desequilibrar hacia una parte –la Federación– en función de la cláusula ambiental y de la inmisión de la Federación promulgando normas con la legitimación en el medio ambiente.

A ello contribuye, además, la facilidad con que los Tribunales Constitucionales legitiman las intervenciones ambientales estatales en caso de conflicto. Un título horizontal, presente en todos los escenarios (como expresa la ponencia de Lugaresi para la situación italiana).

Eso es paradigmático en los Estados Unidos de Norteamérica. Y existen diversos ejemplos en ese país con textos federales tan significativos como la Ley de especies amenazadas, la Ley de ríos salvajes y escénicos o la Ley del agua limpia (menciones específicas a todo ello en la ponencia de David Getches) si bien debe tenerse en cuenta cómo la ejecución de esta legislación ambiental puede estar conferida a los Estados.

La situación en España es semejante a todo lo que se está indicando pues el art. 149.1.23 CE sirve para fundamentar la capacidad del Estado de promulgar normativa básica en materia medio ambiental siendo que a las Comunidades Autónomas les corresponde su desarrollo y ejecución.

No se puede, en todo caso, generalizar la situación presuponiendo que en todos los países la introducción de lo ambiental vaya a tener los mismos resultados; también habrá que ver cuál es el reparto competencial existente en relación al medio ambiente en el caso concreto y cómo se haya hecho uso del mismo en la práctica, con la posibilidad de que la Federación haya superado en su actuación los límites constitucionales estrictos. Por ejemplo, en el informe relativo a la situación en Argentina se afirma por parte del profesor Mathus que la Federación ha superado en la práctica los límites que la expresión constitucional «presupuestos mínimos» (semejante a la legislación básica en España) marca para la emanación normativa en materia relativa a la gestión del agua, estando la cuestión sometida en la actualidad al juicio de la Corte Suprema.

10. Las últimas palabras utilizadas en el punto anterior sirven para traer a este lugar el elemento de la conflictividad que parece permanente en la observación de las relaciones entre los poderes de los Estados descentralizados políticamente, en general, y también en relación a la gestión del agua. Se observa en todos los informes presentados que la práctica del reparto competencial sobre los recursos hídricos da lugar a una gran litigiosidad. Es frecuentísimo acudir a los Tribunales, normalmente hasta a los supremos Tribunales existentes en cada país con la denominación de Tribunal Constitucional o semejante.

Esta litigiosidad se puede observar en distintos frentes: tanto entre la Federación y los Estados federados como también entre las compañías prestadoras de servicios públicos y los Estados federados. La ponencia de Miguel Solanes, con el ejemplo de Argentina, es muy curiosa en este ámbito, presentándose en ella conflictos que, en el fondo, están relacionados con cuestiones de reparto competencial y que ofrecen un aspecto muy propio de la situación en distintos países latinoamericanos: los acuerdos de inversión internacional suscritos por los Estados (la Federación) y el efecto que provocan sobre las competencias y gestión de los servicios por parte de las Provincias (en el caso de Argentina) o los entes locales que tienen la competencia para ello. Se trata, en el fondo, de una manera de afección a las competencias de las partes descentralizadas del Gobierno del Estado a partir de las competencias que en materia de inversión internacional tiene la Federación, perspectiva que no debe olvidarse nunca sobre todo desde la óptica de comprender mejor el funcionamiento real de la situación en los países que se estructuran bajo formas de descentralización política.

11. Las ponencias presentadas permiten, en ocasiones, advertir el surgimiento de jurisdicciones especializadas, como sucede en la India con la Ley de controversias hídricas interestatales que crea los Tribunales de controversias hídricas interestatales.

Cuestión común en todos los supuestos es la de los fuertes retrasos en la aparición de las sentencias, aparición que suele tener lugar muchos años después de iniciarse los pleitos. Y son también elementos recurrentes en las consideraciones las resistencias de los Estados a la ejecución de dichas sentencias (igualmente se

proporcionan ejemplos en el informe del profesor Hooja relativo a la situación en la India). En general no es buena la consideración que se realiza en las ponencias sobre el papel de los Tribunales en las cuestiones de aguas en el funcionamiento de los Estados descentralizados políticamente.

12. En todo caso hay una reflexión de corte más general que hacer: es posible que hasta desde el punto de vista ambiental, el nivel estatal se quede pequeño en relación a los problemas con los que se enfrenta el mundo actualmente.

Esto en el ámbito del agua es fácilmente advertible si se tiene en cuenta que las grandes cuencas hidrográficas son internacionales y abarcan a muchísimos Estados. Los ejemplos de las cuencas del Danubio, Rhin, Mekong... son muy representativos de lo que se dice. Igualmente existen grandes cuencas hidrográficas que abarcan el territorio de menos Estados (o a veces de solo uno), como sucede en el caso de la cuenca del Paraná-Plata, Amazonas, Missisipi, Ural, Don, Amarillo...

Esto que se indica en este punto se hace pensando, sobre todo, en los problemas actuales que plantea el cambio climático y la consiguiente afección y situación de crisis sobre los recursos hídricos. ¿Qué pueden hacer los Estados en el ámbito de la gestión de las aguas –esté esta gestión dividida o no– ante problemas que les trascienden y superan tan claramente?

Esto es objeto de profundo tratamiento en la ponencia que presenta Alberto Garrido: los límites de la acción estatal frente a los problemas ambientales globales. Surge allí la Directiva marco de aguas de 2000 como un ejemplo de cosmopolitización acudiendo al concepto del conocido sociólogo Ulrich Beck.

El resultado sería la necesidad de incrementar las respuestas globales a problemas muy semejantes. En el plano del derecho esa respuesta estaría constituida por los tratados internacionales, o la acción de organizaciones internacionales que se desarrollaría específicamente en el plano de la gestión de los recursos hídricos compartidos.

13. Pero alguna nueva reflexión puede hacerse también en relación a todo esto. Y ésta viene formada por la constatación de que, en general, las respuestas normativas de los Estados en materia de medio ambiente suelen ser meras transcripciones o copias de tratados internacionales cuando no, sin más, la aplicación de éstos. En la Europa organizada políticamente, eso tiene lugar mediante la mera aplicación de lo que dicen los Reglamentos comunitarios o la transposición al derecho interno de las Directivas comunitarias.

Luego de manera bastante generalizada, la respuesta a la problemática ambiental y de gestión planteada, aun formalmente procediendo de un Estado, es muestra de una política más global.

Esto creo que es evidente en materias tales como la contaminación del aire (el comercio de derechos de emisión de gases de efectos invernadero, instaurado a partir del Protocolo de Kyoto), la gestión de los residuos (en lo relativo al traslado o al comercio sobre los mismos), la información ambiental o el acceso a los tribuna-

les (unificado a partir del convenio de Aarhus), la protección de aves o de los de espacios naturales protegidos (con las Directivas aves de 1979 y natura 2000).

Los Estados innovan poco en esto y, además, normalmente las Federaciones no ejecutan esa legislación sino que lo hacen los Estados federados.

14. Si todo lo anterior es cierto, otra reflexión que podría hacerse en este lugar es que cualquier profundización en el carácter ambiental del agua (que es la dirección que señala la evolución del derecho de aguas desde hace al menos veinte años en casi todos los países del mundo), arrastrará muy probablemente en el caso de los Estados descentralizados políticamente una nueva centralización, un aporte de competencias hacia la Federación o el Estado central, al menos en el plano de lo normativo (cuestión distinta sería la de la ejecución de lo normado), dada la necesidad de promulgar normas desde el punto de vista de la consideración ambiental del agua y la posesión de ese título medioambiental regularmente por parte del Estado central.

Y esos Estados promulgan normas que son válidas tanto para las aguas que gestionan ellos como para las que gestionan los Estados federados en el caso de los Estados estructurados bajo el prisma de la descentralización política.

15. En la situación ya descrita debe introducirse ahora la cuestión de las cuencas hidrográficas y observar si ello lleva consigo algunas dificultades o particularizaciones sobre lo que ya se ha ido estableciendo poco a poco en estas páginas.

Es evidente que el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad o medida para la gestión de las aguas incluidas en la misma puede aplicarse igual a los Estados centralizados que a los descentralizados políticamente.

En general puede advertirse la dificultad en la realidad de compatibilizar la gestión del agua según las cuencas hidrográficas y el poder político descentralizado. (Eso aparece expresamente en las ponencias de Imeru Tamrat y de Miguel Mathus, pero igualmente en otras ponencias es otro de los presupuestos implícitos en su configuración).

16. Es fácilmente advertible la generalidad de la proclamación en conferencias internacionales y en documentos relevantes de que las aguas se gestionen según las divisiones hidrográficas naturales que serían las cuencas hidrográficas y no según las divisiones políticas de quienes ejercerían competencias sobre ellas, si bien ello es menos evidente en los Tratados internacionales o en instrumentos que de alguna forma puedan gozar de vinculatoriedad jurídica con la excepción de la Directiva marco de aguas de 2000 en el plano de la Europa comunitaria (ponencia de Carmen Tirado).

17. La cuestión que trato ahora presenta un primer problema en cuanto al concepto de cuenca hidrográfica que no es unívoco, ni mucho menos.

Una situación particularmente compleja es la que se describe en la ponencia relativa a Brasil donde se advierte la coexistencia en una misma cuenca hidrográ-

fica, de ríos administrados por los Estados y por la Unión. En palabras de Braga: «La autonomía de los Estados lleva a situaciones como la que se verifica en la cuenca del río Paraíba do Sul, donde el Comité de Cuenca decidió sobre el cobro del uso del agua, el CNRH aprobó el importe, la Unión implementó el cobro en ríos de su ámbito y algunos Estados aún no han implementado el cobro en ríos de su ámbito. Esta asimetría supone un riesgo para el sistema».

Lo que sucede, en la realidad, es que se utilizan criterios muy distintos para definir las cuencas hidrográficas. En ocasiones se habla en algunos países de cuencas para lo que en otros (singularmente en la Europa comunitaria) no serían más que subcuencas (según la definición de la propia Directiva marco de aguas de 2000). La necesidad de que una cuenca hidrográfica suponga un cauce principal que desemboca en el mar (concepto de la Directiva comunitaria 2000/60/CE) no siempre está presente en las legislaciones que se examinan como se advierte bien claramente en la ponencia relativa al gigante Brasil.

Todo ello induce a una cierta prudencia y a huir de cualquier tipo de dogmatismo en estas cuestiones. El primer criterio aconsejable es el del conocimiento de la situación específica de cada país, sus formas peculiares de gestión y las razones –tanto de índole constitucional como de tradición o práctica administrativa– que hayan conducido a un determinado resultado. A partir de ello, pueden establecerse las reflexiones apropiadas que difícilmente podrán ser generalizables según lo examinado en este libro.

Será fácil apreciar para el lector del libro que ahora se prologa, que al hablar de cuenca hidrográfica no siempre se está hablando por todas las legislaciones de lo mismo. Ello determina que la mera aplicación mecánica del tan deseable principio de gestión de las aguas según las cuencas hidrográficas, no siempre nos presenta soluciones homogéneas, puesto que la realidad sobre la que operan tampoco lo es.

18. Si se profundiza un poco más en la cuestión, se advierten dos enemigos de la gobernación del agua por cuencas hidrográficas, al margen de las mismas dificultades que existan para la fijación uniforme del concepto:

a) *La soberanía territorial en el plano del derecho internacional* (de ahí el rechazo a la utilización de la expresión «cuenca hidrográfica» en la Convención de Naciones Unidas de Nueva York de 1997, como se advierte lúcidamente en la ponencia del profesor Salinas y Convención que, por otra parte, no ha conseguido todavía el número suficiente de ratificaciones como para poder entrar en vigor).

b) *Los poderes de los Estados federados en el plano interno de los Estados descentralizados políticamente.*

La consecuencia es que podría decirse que, en general y todavía, estamos en un estado muy «primario» de las cuestiones en cuanto al gobierno efectivo del agua a través de las cuencas hidrográficas. Se habla, así, de forma generalizada de

la administración del agua según las cuencas hidrográficas pero su implementación generalizada es más que dudosa (*vid.* la ponencia de Tamrat sobre el particular).

19. Eso solo se empieza a superar en determinados contextos. Por ejemplo, con el derecho comunitario y la Directiva 2000/60/CE. En ella aparece un determinado concepto de cuenca hidrográfica y las consecuencias que dicho concepto tiene para la gestión de las aguas. El efecto directo y el mandato de supremacía del derecho comunitario ocasionan que 27 países europeos, nada menos, deban adecuar su gestión al principio de la cuenca hidrográfica dentro de los que hay países con estructuras descentralizadas políticamente (Alemania, España) y otros no (Francia). Incluso eso se lleva al plano de las relaciones intercomunitarias e internacionales. El principio de gestión de las aguas por cuencas se aplica a todos ellos.

En todo caso el informe de España pone de manifiesto cómo la gestión por cuencas hidrográficas y su unidad, puede entrar en conflicto con los poderes de las unidades políticas descentralizadas (Comunidades Autónomas) tal y como ponen de manifiesto los Estatutos de Autonomía reformados de Andalucía (en cuanto a la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir, cedida a la Comunidad de Andalucía a partir del 1 de enero de 2009) y de Castilla-León (en cuanto a la parte castellano-leonesa de la cuenca del Duero, aún no cedida efectivamente). Dejando al margen la discusión de tipo constitucional entablada ante el Tribunal Constitucional (sobre la que se proporcionan algunas informaciones y valoraciones previas en la ponencia), sólo la planificación hidrológica con las características propias que tiene en el Derecho español (de competencia del Estado y con naturaleza jurídica de norma) permite el cumplimiento del principio de gestión del agua según cuencas hidrográficas sometidas enteramente a la misma planificación, bien que con dos gestores (el correspondiente a la Comunidad Autónoma que recibe la gestión de la práctica totalidad de la cuenca en los ejemplos andaluz y castellano-leonés mencionados, y el Estado que gestiona los restos, escasos, de la cuenca no transferida).

20. Entro, ahora, en otro orden de consideraciones, menos sistemático, sugerido por las múltiples cuestiones que aparecen en los informes o en las ponencias y también por las intervenciones habidas en los múltiples espacios de diálogo que se sucedieron a lo largo de los tres días en los que discurrió la Conferencia Internacional.

En ese orden de cuestiones me parece procedente comenzar razonando sobre lo que considero una suerte de obstáculo conceptual para acabar de comprender el ordenamiento jurídico a considerar: la gestión integrada de recursos hídricos (GIRH). La gestión integrada de recursos hídricos es una de las expresiones más manidas desde hace años en todo debate que se precie sobre la gestión del agua llegando a constituir un slogan que todo el mundo menciona pero que, en mi opinión, no está bien definido con la consecuencia de que no se sabe muy bien lo que se quiere significar con él en la realidad.



En muchos autores la GIRH se traduce en una suerte de expresión de deseo o voluntad de atribución universal al mismo órgano o entidad de todo lo relativo a la gestión del agua, del suelo y de los recursos naturales interrelacionados. La finalidad de tal concepto y su expresión práctica sería la de maximizar equitativamente el bienestar económico y social sin comprometer la sostenibilidad del ecosistema (ponencia de Carlos Díaz).

Entendida la GIRH de esta forma, probablemente estaríamos ante uno más de los dogmatismos con que muchas veces tiene lugar una pretendida aproximación conceptual y seudocientífica a la gestión de las aguas pero que nada tiene que ver con la realidad, ni con la presente ni con la que puede conseguirse en el mejor desarrollo de los posibles. Cuestión distinta es que se ponga el acento no en atribuciones orgánicas indefectibles, sino en procesos de coordinación y diálogo entre los distintos sujetos públicos actores del sistema que puedan posibilitar el mejor de los resultados posibles en la gestión de las respectivas atribuciones (como se pone de manifiesto en la ponencia citada). La gestión integral de recursos hídricos como camino, como proceso, como método, no, en modo alguno, como un resultado orgánico que presupondría la existencia de una suerte de gigante administrativo al que se le atribuirían toda clase de competencias mediante las cuales, de forma directa o indirecta, se estuviera rozando lo relativo al agua y a las obras hidráulicas.

Solo de esta forma será posible trabajar con conceptos aprehensibles y facilitadores de la comprensión de la realidad de las cosas. En otro caso, el resultado final a partir de premisas tan genéricas y dogmáticas, será el permanente estado de insatisfacción y consiguiente crítica hacia un ordenamiento jurídico y una praxis que nunca responderá a las exigencias de conceptos tan alejados de cualquier realidad posible.

21. Otra cuestión que resalta sobremanera de las ponencias que siguen es la del valor de disponer de una Ley general o global de aguas. Esto es muy importante y puede ser apreciado, singularmente, desde países como España que disfrutan de una Ley en tal sentido desde 1866 (1879), y que han conseguido desde 1985 que esa Ley, además, responda en bastante medida a las exigencias sociales y goce de una adaptabilidad relativamente permanente a las exigencias, tan cambiantes, de la gestión del agua en la actualidad, frente a la estabilidad y escaso dinamismo social que caracterizó al período de vigencia de la Ley decimonónica antes nombrada.

En algunos países de los examinados en este libro es la misma Constitución la que llama a la existencia de una Ley de aguas, como sucede y se estudia en el caso de Sudáfrica con la ponencia de Eiman Karar. Esa es una situación, no obstante, prácticamente testimonial. Hay, por otra parte, bastantes países del mundo que todavía no disponen de una Ley de aguas, o de una Ley adaptada a las exigencias actuales del país y de la dinámica propia de la gestión y conservación del recurso hídrico. Tampoco las leyes de aguas hechas «por encargo» para algunos países del Tercer Mundo, en el marco de políticas de cooperación o de actuación de elemen-

tos financieros internacionales, se han manifestado útiles a los efectos de presidir una adecuada gestión de las aguas por su falta de adaptación a las premisas hidrográficas, culturales y políticas del país correspondiente.

22. Resalta también del libro que ahora se prologa la complejidad de la gestión del agua, tanto en los países descentralizados políticamente como en los unitarios si bien en el caso de los países descentralizados políticamente, la cuestión se acentúa más que notablemente pues a la misma complejidad de las estructuras federales, se suma la que aporta la exigencia de la gestión del agua, nada simple por lo que llevamos ya recorrido en estas páginas.

En los Estados federales que son, además, países en vías de desarrollo, todo lo anterior en cuanto a la complejidad se acrecienta y hace muchas veces dudar de la aplicabilidad real de los principios. Efectivamente en estos casos las estructuras administrativas de gestión del agua adolecen de registros fiables, de personal especializado, de medios económicos suficientes todo lo cuál incrementa los riesgos de caer en la pura ineficacia. Las exigencias que actualmente plantea el cambio climático y sus efectos sobre los recursos hídricos, por ejemplo, llevan consigo de forma exponencial la necesidad de disponer de buena información previa, extensible a lo largo de muchos años, para comenzar a tener un cierto grado de garantía en la adopción de decisiones adecuadas. Los informes de la situación de Etiopía o de Nigeria son bien representativos de cuanto estoy indicando en este momento.

En particular en el informe de Nigeria se hace mención a que la política de gestión del agua no es precisamente barata, sino que precisa de una fuerte financiación. Esa misma necesidad de fuerte financiación se pone de manifiesto en la ponencia de Solanes en relación a la implantación de los servicios de agua potable y saneamiento. Allí se dice textualmente que «el suministro de agua potable y en especial los servicios de alcantarillado y tratamiento de aguas servidas requieren más inversión de capital que otros servicios de utilidad pública: casi 25 veces los ingresos anuales». Ello determina, entre otras condiciones, la existencia de monopolios naturales (con la «captura» en muchas ocasiones de los servicios por los sectores de interés).

23. Del conjunto de las ponencias presentadas pueden extraerse problemas y dificultades sin cuento, pero también destila en algún momento una sensación de cierto optimismo. Las razones para el optimismo estriban en que en el ámbito de la gestión del agua se comparten por los interesados (gestores, científicos, usuarios relevantes, grupos organizados de ciudadanos) determinados principios que se juzgan de validez general y a través de los cuáles es posible estructurar políticas comunes, sobre todo en relación a la gestión de las cuencas compartidas. Ello es lo que expresa Griselda Capaldo con su expresión de *Corpus Iuris Aquarum Ambientalis* y que aplica a la gestión en común que podrían hacer en relación a la cuenca del Paraná-Planta los países que forman parte de la misma, como Bolivia, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Eso le hace concluir en que habría mucho camino preparado como para llegar a tratados internacionales más perfectos.

En todo caso hay que notar como contrapunto a ese optimismo y dentro de la línea del sano pragmatismo, el régimen *ad hoc* que normalmente se construye en los Tratados internacionales para la gestión de cada río internacional (ponencia del profesor Salinas).

Otra cuestión que resalta y que mueve al optimismo dentro de esa mención a los valores comunes y compartidos, es que el volumen de conocimiento que hoy se tiene sobre las cuestiones del agua es muy abundante y que ello sucede en prácticamente todos los países, incluso en los menos desarrollados porque aun en éstos el juicio debe establecerse de una forma relativa, en comparación con el grado de conocimiento que se tenía en esos lugares solo unos pocos años atrás.

Singularmente en Europa la «caracterización» de las aguas con una metodología común y que viene marcada, como tantas cosas, por la Directiva marco de aguas de 2000, es un paso importantísimo para cualquier sistema de gestión (así lo pone de manifiesto Garrido en su ponencia).

24. En todo caso, la observación de distintas ponencias permite concluir en la existencia de paradojas evidentes en relación al agua. Así, en la ponencia de Garrido se destaca a partir de una observación empírica cómo en las cuencas fragmentadas en su gestión (fragmentadas por la existencia de un trasvase que une dos cuencas distintas) se alcanzan fácilmente acuerdos que impliquen transferencias económicas (pone el ejemplo del pago de la compensación en el trasvase Tajo-Segura que se abona desde la cuenca del Segura a la cuenca del Tajo) entre las distintas partes de la cuenca. Y ello porque suele estar identificado el que debe pagar, un poder público que represente a los usuarios de aguas abajo (los que van a realizar el aprovechamiento de las aguas), pues las limitaciones las habrán tenido los usuarios de aguas arriba.

Los mercados de agua, sin embargo, funcionan mejor dentro de la propia cuenca considerada al modo tradicional pues a los Estados federados (en los países descentralizados políticamente) no les gusta que salga agua de la cuenca bajo el régimen jurídico de un contrato de compra-venta (es el caso de Castilla-La Mancha y la resistencia mostrada por esta Comunidad a la venta por la Comunidad de Regantes de Estremera al Sindicato Central de Regantes del trasvase Tajo-Segura que ha tenido lugar a partir de 2005 y en el contexto de una amplia sequía).

Por eso se destaca en esta ponencia que entre los Estados federados los intercambios de agua entre los distintos territorios de la Federación son escasos.

25. Una perspectiva distinta y creo absolutamente necesaria en una Conferencia con el tema que tiene ésta es la que aporta Solanes en su ponencia de la que antes ya he destacado la constatación de cómo a través de los acuerdos de inversión que suscribe la Federación (el poder central) se afecta a los poderes de los entes descentralizados políticamente. Afirma ahora, y creo que demuestra, que la corrupción en el ámbito del agua se acrecienta en los sistemas descentralizados políticamente. Obviamente esto es una cuestión de observación empírica: «la evi-

dencia empírica es que ni la estatización ni la privatización han liberado al sector de la corrupción».

Por ello afirma que la corrupción disminuye en una gestión centralizada y pone el ejemplo del manejo centralizado de los subsidios para pobres en Chile.

La corrupción se encuentra también en las renegociaciones de los contratos de prestación de servicios públicos. Para él existe un patrón de conducta en todas las privatizaciones: hacer ofertas con tarifas bajas para luego renegociar sin competencia por quien ha resultado adjudicatario del contrato.

26. Es en ese contexto donde en esta misma ponencia se concluye en que el contenido de los acuerdos de inversión sirve fundamentalmente para la protección de los inversores internacionales, no para la protección de los intereses públicos. El ejemplo que trae para demostrar esta premisa es el de la aplicación de instrumentos de derecho internacional a cuestiones puramente locales; por ejemplo la intervención con arreglo a arbitrajes privados a cuestiones en las que está presente el interés público.

Afirma que la práctica demuestra que los árbitros protegen el interés de los inversores pues «cuestiones tales como el interés público de los países, derechos humanos y el ambiente están más allá de la misma». Y ello porque «en las materias mencionadas las prácticas y la jurisprudencia de los países miran a la estabilidad de largo plazo de la estructura social, y el equilibrio de intereses, mientras que la tarea de los tribunales arbitrales es proteger los intereses del inversor, en el pleito del caso». Eso también presenta una evidente veste desde la perspectiva propia de la Conferencia Internacional pues, por ejemplo, «el listado de casos en los cuales Argentina es demandada en tribunales arbitrales incluye una serie de provincias, y la descentralización de servicios no ha impedido que el recurso al tribunal arbitral externo, sin agotar las instancias locales, prospere».

La corrupción en el ámbito del agua está también presente en otras de las ponencias presentadas. De singular interés me parece resaltar aquí el llamado Programa de descontaminación de cuencas hidrográficas que aparece en la ponencia brasileña, y que consiste en que la subvención a los municipios para la construcción de plantas de tratamiento de aguas residuales se paga solamente cuando la planta está en funcionamiento y equivale al 50% de los gastos de explotación.

27. Concluyo este ya largo prefacio llamando la atención sobre la oportunidad de este libro y la lectura paciente de las muchas páginas y diversas perspectivas que lo componen para lo cuál, espero, haya podido ser un incentivo eficaz las páginas que hasta ahora he escrito a modo de introducción. Creo que a nadie dejará indiferente la plural y diversa orientación que lleva consigo el texto escrito y en el mismo hay material, información y suministro de aportes bibliográficos y documentales para poder emprender, a partir del mismo y apoyándose en su información y puntos de partida, otras muchas investigaciones.

28. Me parece necesario mencionar, finalmente, a otras personas que aun sin presentar ponencia desarrollaron un papel relevante durante la Conferencia Internacional ejerciendo, por ejemplo, el papel de Presidente en distintas mesas y teniendo, al hilo del ejercicio de tal magistratura, oportunas intervenciones que en muchos casos se situaban en el plano de la brillantez. Recuerdo, así, al profesor Ramaswamy R. Iyer, ex Secretario para recursos hídricos del Gobierno de la India, a Christian Racconto, Vicegobernador y Presidente del Senado de la Provincia de Mendoza (República Argentina), a Guillermo Carmona (Consejero de Medio Ambiente del Gobierno de Mendoza), a José Luis Alonso (Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro), a Patricio Carpio (asesor del Presidente de la Asamblea Constituyente de Ecuador) y a Dominique Alhéritière (Presidente de la Asociación Internacional de Derecho de Aguas).

En Zaragoza (España) a 2 de enero de 2009

ANTONIO EMBID IRUJO



## *Introducción*

En los momentos actuales la forma de organizar la gestión del agua ha cobrado una importancia fundamental. La gobernanza es un concepto con el que se expresa lo que deben ser buenas prácticas adecuadas para una gestión eficaz, en la que la participación de los ciudadanos tiene un valor singular. En ese contexto, la articulación de la gestión del agua en torno a las cuencas hidrográficas es una directriz avalada por los teóricos y reconocida en múltiples declaraciones internacionales y también en la legislación de bastantes Estados.

La gestión del agua en los países estructurados políticamente de una forma descentralizada tiene unas características especiales en tanto en cuanto en ellos se deben combinar los principios normales del federalismo o regionalismo (poderosas competencias sobre el territorio y el agua de los Estados, Provincias, Regiones, Länder, Comunidades Autónomas) con las exigencias derivadas del necesario papel que deben tener las cuencas hidrográficas.

Es por ello que se presenta esta publicación en la que se persiguen distintos objetivos. Por un lado el conocimiento de cómo tiene lugar la gestión del agua en distintos países descentralizados políticamente. Así y, entre otros, se presentarán informes sobre la situación en Canadá, Estados Unidos de América, Méjico, Brasil, Argentina, España, Alemania, Italia, India, Etiopía, Nigeria etc... Igualmente se prestará una atención especial al juego de la cuenca hidrográfica en estos y en otros lugares y se presentará el derecho comunitario de aguas como ejemplo de planteamientos sobre la gestión del agua de una validez casi universal innegable.

Todo ello permitirá la formulación de conclusiones con las que podrá cooperarse a la redacción, en el futuro, de modificaciones legales o formulación de nuevas leyes en los distintos países de estructura descentralizada políticamente o que quieran acceder a la misma previas las oportunas modificaciones constitucionales. En todo caso es de esperar una mejora en el conocimiento científico de la realidad de la gestión del agua en múltiples países.

GEORGE ANDERSON

*Presidente Foro de las Federaciones*

ANTONIO EMBID

*Catedrático de Derecho Administrativo*

*Universidad de Zaragoza*





Informes Nacionales (1)  
Experiencias de federaciones no europeas



# La situación en Estados Unidos de América: Deferencia hacia los Estados; Supremacía Federal

DAVID H. GETCHES<sup>1</sup>

**Resumen:** Hace más de dos siglos, el sistema federal en Estados Unidos estaba fundamentado constitucionalmente en el principio de que los estados poseen todas las facultades no delegadas por ellos al gobierno nacional. Sin embargo, la Constitución confiere al Congreso poderes como la promulgación de leyes para regular el comercio y la autoridad para que el Presidente negocie tratados. El Tribunal Supremo ha interpretado estos poderes ampliamente, y en general respeta las leyes federales reguladoras que afectan al agua. Si las leyes estatales entran en conflicto con la capacidad del gobierno federal para ejecutar las leyes y políticas promulgadas en el ejercicio de estos poderes, las leyes estatales son sustituidas. En consecuencia, las leyes estatales de asignación de aguas se subordinan generalmente a leyes federales de gran alcance sobre navegación, pesca, fauna y flora, protección medioambiental así como defensa nacional.

**Palabras clave:** Federalismo; Prioridad; Supremacía; Derechos de aguas; Apropiación anterior; Derechos ribereños.

## Relación de Acrónimos.

FERC	Federal Energy Regulatory Comisión
LNPMA	Ley Nacional de Políticas Medioambientales
LAL	Ley de Aguas Limpias
ESA	Ley de Especies Amenazadas
PIA	acres prácticamente irrigable
MAP	acre-pies
CWA	Clean Water Act

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. FEDERALISMO EN ESTADOS UNIDOS

El sistema federal en Estados Unidos comenzó hace 230 años con una confede-

1. Decano y Profesor Raphael J. Moses de Derecho de Recursos Naturales Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado Boulder. EE.UU.

ración de 13 antiguas colonias situadas en la costa este de Norteamérica. Las colonias, ocupadas por inmigrantes de varios países europeos, llevaban mucho tiempo bajo el control de Inglaterra. Durante la Guerra Revolucionaria, éstas declararon su independencia y adoptaron los artículos de la Confederación. Pronto se demostró que la asociación poco firme entre los miembros de la Confederación era inadecuada, por lo que los estados celebraron una convención constitucional y aprobaron la actual Constitución de los Estados Unidos, que fue ratificada por el último de los 13 estados en 1790. Los estados confirieron poderes limitados al gobierno nacional, y retuvieron para sí todos los poderes de gobierno restantes.

Tras la fundación de los Estados Unidos, su territorio se extendió rápidamente hacia el oeste como resultado de las adquisiciones y cesiones de tierras sobre todo por parte de Francia y México. Todo el continente norteamericano al sur de Canadá y al norte de México estaba incluido en los estados de Estados Unidos en 1912. Alaska y Hawai eran territorios no contiguos que adquirieron más tarde la categoría de estado.

Debido a las condiciones geográficas y climáticas altamente variables del continente, los estados tenían necesidades de agua distintas y desarrollaron diversos tipos de leyes hídricas. La función del gobierno federal en materia de aguas fue insignificante durante muchos años. Al principio, el Congreso trataba los ríos como avenidas para el comercio. Más adelante, el gobierno federal ejerció control sobre el agua en terrenos públicos. Se aprobaron estatutos que parecían encomendar a la autoridad del estado la asignación del agua en función de sus leyes individuales, incluso las aguas en terrenos públicos. No obstante, el Tribunal Supremo decidió más tarde que el gobierno federal reservaba implícitamente suficiente agua para satisfacer las necesidades de las reservas indias y otras reservas federales de tierra y que esta agua no estaba sometida a las leyes estatales. La construcción de embalses con financiación o autorización federal también se llevaba a cabo en gran medida sin necesidad de respetar la legislación estatal. Y en la década de 1970 se promulgaron leyes medioambientales que, en algunos casos, tuvieron un impacto significativo sobre la capacidad de desarrollar y hacer valer derechos sobre aguas reconocidos en la legislación estatal. Todos estos conflictos federoestatales generaron litigios que pusieron a prueba la legitimidad del control federal del agua que no respeta las leyes estatales. Sin embargo, los tribunales rara vez han estimado que la actuación federal fuera ilícita de acuerdo con los principios del federalismo expresados en la Constitución.

## **2. EL AGUA EN ESTADOS UNIDOS**

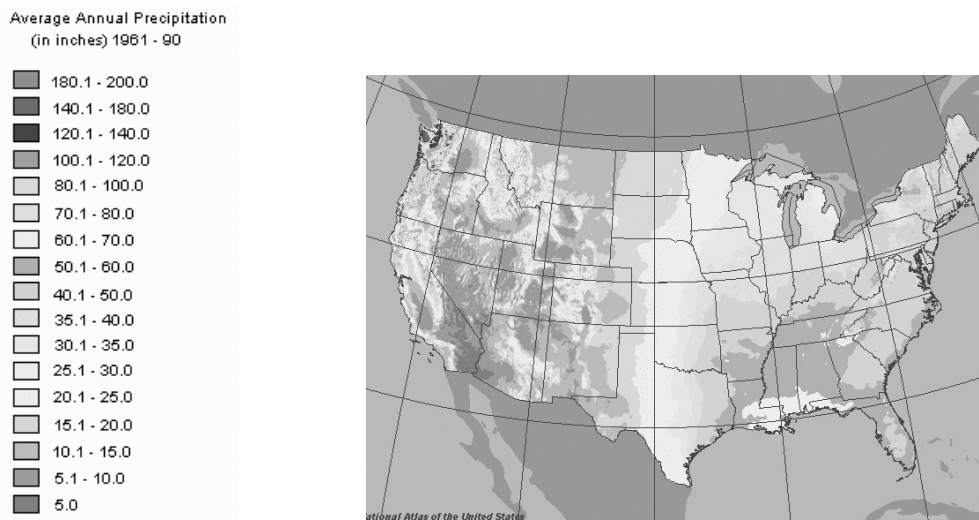
### **A) Principales cuencas**

Estados Unidos ocupa un territorio vasto entre el Océano Atlántico y el Océano Pacífico. Los 50 estados incluyen 48 estados contiguos en Norteamérica central más Hawai en el Pacífico central y Alaska muy al norte, entre Canadá y Rusia. Los diecisiete

estados de la mitad occidental de la nación son en gran parte semiáridos; la mayoría registran precipitaciones medias anuales inferiores a las 20 pulgadas al año. Dos estados del Noroeste (Washington y Oregón) son excepciones y reciben abundantes precipitaciones. Los estados orientales reciben de media más de 40 pulgadas de lluvia al año. Véase mapa con patrones de precipitaciones, Figura 1.

Figura 1: Patrones de precipitaciones

Fuente: Atlas Nacional de EE.UU. Natural Resources Conservation Service



Estados Unidos posee alrededor de 3,5 millones de millas de ríos; 25 ríos tienen más de 600 millas de longitud. Las principales cuencas fluviales del área continental de Estados Unidos que desembocan en un océano son: Columbia, Sacramento-San Joaquin, Río Grande, Pecos, Colorado, Mississippi, Brazos, Susquehanna, Chatahoochee y Connecticut.

## B) Aguas subterráneas

Los acuíferos proporcionan casi un cuarto del abastecimiento total de agua en Estados Unidos, más de 90 millones de acre-pies (MAP) al año. Los 17 estados occidentales bombearon 58 MAP de esta cantidad y utilizaron el 79% para agricultura de regadío. En el resto del país, cerca del 67% se aprovecha para fines agrícolas. La dependencia del agua subterránea varía considerablemente entre estados; todas las zonas utilizan cierta cantidad de agua subterránea, pero dos tercios de toda el agua subterránea bombeada se concentra en sólo ocho estados. Un solo acuífero, el Ogallala, ubicado en las llanuras centrales de EE.UU., ocupa porciones de seis estados y suministra agua para el 20% de la agricultura de regadío y el 30%

de toda el agua bombeada en la nación. El acuífero de Ogallala ha sufrido un proceso de agotamiento considerable en los últimos años. Véase Figura 2)<sup>2</sup>.

Figura 2: Mapa con el Acuífero de Ogallala



### C) Abastecimiento de agua

Considerado en conjunto, Estados Unidos tiene suministros de agua abundantes. Existe un promedio anual de 4.800 MAP de agua renovable disponible. Se estima que otros 68.000 MAP se encuentran almacenados en lagos y acuíferos. Alrededor de 380 MAP se retiran anualmente, y solamente 100 MAP se consumen efectivamente (esto es, no disponibles para reutilización). El problema fundamental del abastecimiento de agua en Estados Unidos, al igual que en casi todo el mundo, es que la distribución natural geográfica y temporal no se ajusta a los patrones de la demanda. El consumo ocupa una proporción del suministro mucho mayor en las zonas más secas del país. La Oficina Estadounidense de Reclamación ha identificado 25 «puntos calientes» en el oeste de Estados Unidos donde los suministros de agua existentes no son adecuados para las personas, la agricultura o el medio ambiente, y donde se predice que habrá condiciones de crisis de abastecimiento de agua en 2025.

En el pasado, el gobierno estadounidense financió la construcción de embalses y otras instalaciones para abordar los problemas de suministro de agua. Se llevaron a cabo grandes proyectos hidráulicos, a menudo a petición de los estados, para

2. GURU; HORN (2000).

transportar agua desde orígenes alejados hasta las zonas de demanda, y se construyeron embalses donde almacenar agua y aliviar el impacto de las fluctuaciones estacionales en la disponibilidad natural de suministros de agua. En la actualidad hay casi 860 MAP de agua almacenados en las 800 principales presas. Ya no es posible construir grandes presas en muchas zonas porque las mejores ubicaciones para embalses se están utilizando, los valores ecológicos entran en conflicto con proyectos de obras que destruyen el medio ambiente y la financiación pública es más difícil en una era marcada por las limitaciones fiscales.

Históricamente, las inversiones federales en instalaciones de abastecimiento de agua han subvencionado en la práctica usos agrícolas en primer lugar y usos municipales en segundo lugar. Más adelante fueron proyectos «polivalentes», diseñados para satisfacer necesidades recreativas, de pesca y de fauna y flora, facilitar el control de las inundaciones, y demás fines. En la actualidad, considerando que el mayor crecimiento de la demanda se centra en los usos municipales e industriales, la inversión federal ha desaparecido prácticamente y las instalaciones federales existentes están siendo examinadas para determinar cómo pueden gestionarse para optimizar estos usos. Cada vez más, los problemas de abastecimiento de agua son abordados por gobiernos locales y distritos especiales, que recurren necesariamente a métodos tales como la reasignación de suministros existentes, el consumo más eficiente y el mejor manejo de las infraestructuras disponibles.

#### **D) Consumo de agua**

En general, el consumo de agua en Estados Unidos alcanzó el máximo en 1980, descendió en las décadas siguientes y desde entonces ha repuntado ligeramente. El descenso y el incremento moderado en comparación con el crecimiento de la población se atribuyen a las mejores tecnologías de riego, los costes energéticos más elevados para bombear el agua subterránea y el uso más eficiente del agua por la mayor educación pública y las técnicas industriales mejoradas. El consumo de agua que requiere bombeo descenderá probablemente como respuesta al fuerte incremento de los costes energéticos en 2008.

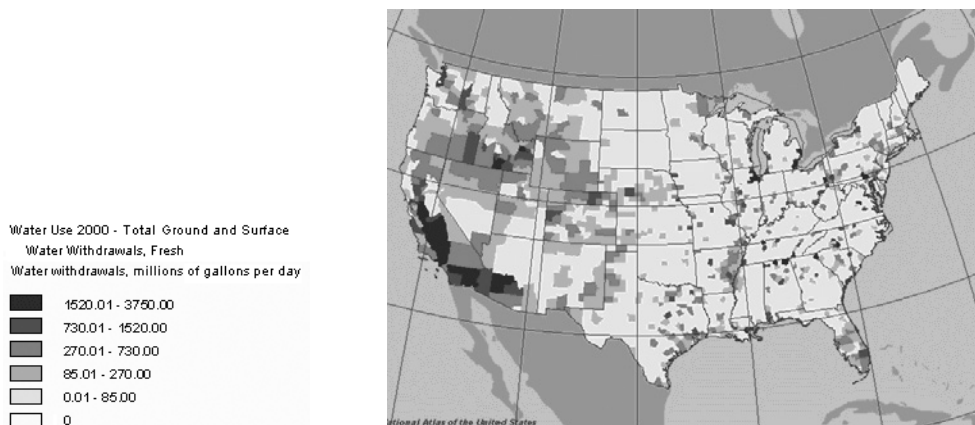
El único sector en que la demanda ha crecido constantemente es el abastecimiento público de agua. Con todo, la demanda per capita no ha repuntado tan rápido como la población. El número de acres regados en el árido Oeste ha descendido y la cantidad de agua utilizada por acre también es menor. En el Este más húmedo, la superficie dedicada a regadío va en alza. (Véase Figura 3)<sup>3</sup>.

---

3. ATLAS NACIONAL DE EE.UU.

Fuente: U.S. Geological Survey

Figura 3: Uso del Agua en 2000



A medida que la parte occidental de Estados Unidos se urbanice, la demanda de municipal de abastecimiento de agua continuará ampliándose. Esto presagia un agravamiento de las tensiones con los usos agrícolas establecidos y, como consecuencia de las transferencias de aguas de las explotaciones agrícolas a las ciudades, una reducción mayor en el uso de agua para riego.

Hay un ámbito de demanda no cuantificada para usos de corrientes. Históricamente, las instalaciones hidroeléctricas han demandado caudales suficientes de agua. En la actualidad, el mayor crecimiento de la demanda de flujos de corrientes es para servicios a ecosistemas, estética y usos recreativos. Las leyes estatales se han ampliado para proteger estos usos y las leyes federales favorecen también la protección medioambiental.

### E) Población

Las poblaciones de los estados difieren notablemente, desde California con 36,5 millones a Wyoming con 523.000 habitantes. El hecho más destacable en torno a la demanda de agua es que la región de Estados Unidos con un crecimiento más rápido es el Oeste semiárido. La población aumenta más deprisa en varias ciudades del Suroeste y el Oeste montañoso, donde más escasea el agua. Los patrones de crecimiento poblacional de los últimos treinta años se mantendrán probablemente al menos otros treinta años. Sin embargo, la demanda de agua no aumentará al mismo ritmo. Está previsto que en 2040 los desembalses crecerán un 7-9%, con un pronóstico de crecimiento poblacional del 41%.

### 3. TENDENCIAS E INCERTIDUMBRES

Varias dudas inciden en la situación futura de la demanda y la oferta en Estados Unidos, en gran parte debido a las tendencias continuadas. Cada una de estas

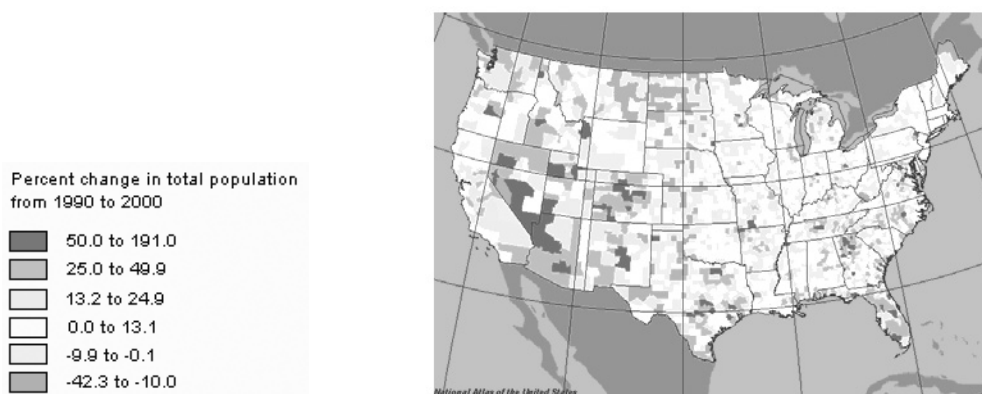


incertidumbres tiene probabilidades de provocar y exacerbar las tensiones existentes entre los gobiernos estatal y federal en sus respectivos intentos por proporcionar, distribuir y gestionar el agua.

### A) Crecimiento

La tendencia más inexorable es el crecimiento sostenido económico y poblacional. El mayor impacto en cuanto a consumo de agua procede de los usos urbanos, y en muchas partes de Estados Unidos el crecimiento de la población se concentra en los núcleos urbanos. Recientemente, el consumo más eficiente del agua ha permitido que la actividad económica y la población crezcan sin un incremento acorde en la demanda de agua. Aún así, el mayor valor económico del agua para consumo humano e industrial en áreas urbanas implica que el agua se está tomando de los usos agrícolas para desplazarla a las ciudades. (Véase mapa con crecimiento de la población, Figura 4.)<sup>4</sup>.

Figura 4: Crecimiento de la población entre 1990 y 2000



### B) Demandas de corrientes

Cabe suponer que el respaldo político y público en favor de la protección medioambiental mantendrá o incrementará las exigencias de que el agua permanezca en los cursos de agua y beneficie la pesca, la flora y la fauna y garantice otros «servicios», tales como la calidad del agua y las actividades recreativas que dependen del caudal de agua.

### C) Cambio climático

El calentamiento global conlleva cambios drásticos en el abastecimiento de agua y también cambios en la demanda. Se exacerban los efectos de las sequías cíclicas y los períodos secos se producen con más frecuencia y son más acusados.

4. Ebda.

Los patrones de precipitaciones están cambiando y cuestionan la efectividad de las infraestructuras actuales. Por ejemplo, las instalaciones de almacenamiento de agua existentes, diseñadas para capturar las escorrentías del deshielo, no son válidas para las precipitaciones estacionales rápidas tardías.

#### **D) Generación de energía**

La generación de energía continúa aumentando y crea nuevas demandas de agua. Las demandas tradicionales asociadas con la energía incluyen el agua necesaria para la producción de carbón, petróleo y gas, y para la refrigeración de las centrales eléctricas. Ahora, con la demanda floreciente de biocombustibles, las predicciones de demandas de agua para riego constantes o en descenso se cuestionan de algún modo debido a la producción creciente de maíz y otros cultivos para transformación en etanol.

#### **E) Derechos de aguas de los indios**

Las tribus indias han reclamado legalmente grandes cantidades de agua en el oeste de Estados Unidos. Muchas de estas reclamaciones no se han resuelto, poniendo en tela de juicio la seguridad de los derechos de aguas no indios reclamados en virtud de la ley estatal. Si las tribus tienen éxito en sus reivindicaciones de derechos en el futuro, esto afectará a los usos del agua existentes así como los usos futuros por la población no india.

#### **F) Inversión pública en retroceso**

La oposición política a la tributación y el gasto público ha provocado recortes importantes de las inversiones en proyectos hidráulicos durante los últimos treinta años. Como señalábamos antes, la financiación federal de proyectos hidráulicos ha desaparecido casi por completo. También falta financiación para mantenimiento y reparación de instalaciones existentes. Los sistemas municipales de tratamiento y suministro de aguas están en mal estado. Miles de presas son inseguras y muchos embalses no son apropiados para el almacenamiento de agua con patrones climáticos cambiantes. Todas estas condiciones dificultarán la cobertura de la demanda de agua en el futuro y agravarán las incertidumbres.

## **II. ESTRUCTURA DEL SISTEMA FEDERAL RESPECTO AL CONTROL DEL AGUA EN ESTADOS UNIDOS**

En Estados Unidos, el gobierno federal encomienda en general a los estados la asignación del agua y la regulación de sus usos. No obstante, si las asignaciones o los usos estatales del agua permitidos en virtud de los derechos de aguas del Estado entran en conflicto con las leyes federales, éstos son sustituidos porque la legislación federal prevalece. Existe una tensión constante entre leyes estatales de aguas y leyes federales que amenazan con interferir en la autonomía estatal. Los estados se resisten

en ocasiones a la superioridad de la legislación federal, pero más frecuentemente, estas disputas implican a proveedores de agua, que se resisten a una norma que impediría o limitaría el aprovechamiento del agua. En la práctica, los cuestionamientos de la existencia de un poder federal o la intención del Congreso de prevalecer sobre la legislación estatal rara vez se imponen en los tribunales.

### 1. SUPREMACÍA FEDERAL

La Constitución de Estados Unidos establece que «las Leyes de Estados Unidos... constituirán la Ley suprema del país...» Esta «Cláusula de supremacía» tiene como objetivo permitir que cualquier ley federal cuyo propósito se viera frustrado por la aplicación de una ley estatal sustituya o impida la aplicación de la ley estatal.

### 2. VARIACIONES EN LAS LEYES ESTATALES

Las leyes de aguas varían considerablemente entre los 50 estados, aunque básicamente se agrupan en dos categorías. En los estados orientales, donde los cursos de agua son más abundantes y el clima es más húmedo, los principios «riberños» han guiado el desarrollo de las leyes estatales. Estos principios reconocían que, en virtud de su ubicación, los terratenientes situados junto a un curso de agua poseían el derecho a utilizar el agua y la tierra contigua al curso de agua, y las demás personas que no poseían tierras que bordeaban con un arroyo o un lago carecían de derechos sobre el agua. En el Oeste más árido, los derechos se otorgaban atendiendo a la doctrina de «apropiación anterior» (*Prior appropriation*). Este sistema otorgaba derechos de uso del agua basándose en el momento y la intensidad de usos de agua por una persona, independientemente de dónde se hacía uso del agua o de quién poseía los terrenos por donde discurría el curso de agua.

Actualmente, los estados han adoptado sistemas de permisos que autorizan a los organismos estatales la asignación de derechos de aguas y el control de su utilización. La relevancia de las tradiciones de riberaneidad o apropiación anterior alude a las asignaciones iniciales que se efectuaron antes de crearse los sistemas de permisos y a algunas normas que regulan los procesos de concesión de permisos.

## III. REGÍMENES JURÍDICOS ESTATALES PARA EL AGUA

### 1. RESUMEN DEL SISTEMA RIBERÑO

#### A) Historia

Los académicos discrepan sobre el origen de la doctrina ribereña. Algunos piensan que es producto de la ley civil; otros sostienen que radica en el derecho consuetudinario inglés. Los elementos de la doctrina tienen precedentes constatados en Francia e Inglaterra, pero en esencia se trata de una doctrina americana.

Hasta principios del siglo XVIII, la mayoría de causas sobre aguas implicaban derechos de navegación y pesca. La llegada de la Revolución Industrial y el consiguiente aumento del número de molinos de agua generaron la necesidad de contar con principios jurídicos uniformes que pudieran aplicarse en las cada vez más numerosas disputas sobre el agua relacionadas con el acceso al caudal del curso de agua. La respuesta legal fue el desarrollo de la doctrina ribereña.

El principio fundamental de la doctrina ribereña es que el propietario de un terreno situado junto a un río o lago adquiere determinados derechos de uso del agua. Los otros propietarios (los «no ribereños») no tenían derechos de aguas. Al principio, el derecho se extendía a todo el curso natural del río, pero esta situación otorgaba potencialmente a los terratenientes el derecho a monopolizar todo el sistema. Desde las primeras causas, los tribunales afirmaron que cada terrateniente contiguo al curso de agua podía hacer solamente un «uso razonable» del agua situada en sus propiedades y que ese uso no debía interferir con los usos razonables de otros ribereños.

Veintinueve estados cuentan con sistemas arraigados en la doctrina ribereña. Otros diez tienen sistemas basados en alguna combinación de doctrina ribereña y apropiación anterior. Hoy en día, los sistemas estatutarios han sustituido en gran medida la pura riberaneidad en casi todas las jurisdicciones, aunque los tribunales y organismos aplican elementos de la doctrina para conceder y hacer valer algunos derechos.

## **B) Derechos de aguas modernos en estados ribereños**

Si bien algunos tribunales continúan empleando el lenguaje de «caudal natural», todos los estados ribereños han adoptado alguna modalidad de la doctrina del uso razonable. Casi todos ellos poseen regímenes de permisos estatutarios.

### *a) Funcionamiento de los sistemas de permisos*

El crecimiento de la población y el desarrollo del país han provocado que la mayoría de los estados ribereños adoptaran sistemas de permisos estatutarios para parte o para la totalidad de los usos del agua. Muchos de los estados que no poseen sistemas de permisos están revisando actualmente sus leyes y probablemente acabarán aprobando algún tipo de reglamento. El primer derecho estatutario y consuetudinario que definía el uso razonable se reflejaba en los sistemas de permisos. Además, las disputas pertenecientes al derecho consuetudinario entre individuos pueden resolverse por referencia a los principios ribereños, por lo que estos principios aún conservan su relevancia.

Los estatutos de permisos requieren habitualmente que cualquier persona que quiera desviar o apropiarse de agua consiga primero permiso de un organismo administrativo del estado. Este organismo puede ser responsable de la asignación y de la calidad de las aguas. Sólo unos cuantos estados ribereños requieren permisos a los pequeños usuarios domésticos. Muchos estados eximen a arroyos, estan-

ques en granjas y otros usos con una menor influencia sobre los flujos de corrientes y los suministros que otros necesitan. Otros estados eximen a los usuarios a gran escala, p.ej. las centrales eléctricas de vapor. Incluso el riego agrícola está exento del requisito de solicitar permisos en dos estados.

Los funcionarios administrativos encargados de conceder los permisos deben escoger entre usuarios en competencia; deciden la cantidad que se puede desviar y fijan las condiciones y estipulaciones. Además, pueden determinar cuánta agua debe permanecer en un curso en un determinado momento, a fin de proporcionar los flujos de corrientes mínimos necesarios para preservar la pesca, flora y fauna y otros fines públicos. En los sistemas de permisos estatutarios, los organismos administrativos y no los tribunales resuelven generalmente los conflictos que surgen.

La legislación sobre permisos establece criterios básicos que la entidad emisora de los permisos debe considerar. Estos criterios aluden al tipo de curso de agua, los impactos probables de la desviación y del uso (tanto negativos como beneficiosos) y los efectos sobre el público. Algunos estados fijan factores detallados que han de tenerse en cuenta. Arkansas, Iowa, Maryland y Minnesota tienen estatutos que establecen prioridades para la asignación de los recursos hídricos cuando no hay suficiente agua para todos los solicitantes; los usos domésticos tienen preponderancia. Ningún estado concede prioridad a un solicitante basándose únicamente en la antigüedad de uso del solicitante sino que la mayoría considera determinante el uso establecido.

Casi la mitad de los estados conceden permisos perpetuos. En los otros, el permiso se concede por un plazo fijo que oscila entre los tres y los 50 años. La renovación de permisos fijos no es automática.

Un permiso es específico respecto a ubicación, volumen y proporción de la desviación y localización y naturaleza del uso permitido. Algunos estatutos de permisos permiten utilizar el agua de terrenos no ribereños y de la cuenca que generalmente quedaría restringida por la doctrina ribereña pura. Algunos estados cobran a los usuarios del agua un precio fijo por obtener un permiso o cobran un precio por la cantidad de agua utilizada, pagadero a un determinado organismo.

*b) Reglamentos de aguas subterráneas en estados ribereños*

Un terrateniente ribereño que cree que los pozos de un vecino están influyendo en el uso de la masa de agua superficial debe demostrar que las aguas están interconectadas para establecer una responsabilidad civil. Puede ser necesario el testimonio de ingenieros. En muchos estados, existe la presunción de que el agua situada bajo la tierra es agua subterránea y por tanto no está sujeta a los principios de aguas superficiales (ribereños). A veces los tribunales no aplican la presunción si los pozos están muy próximos a cursos de agua superficiales.

## 2. RESUMEN DEL SISTEMA DE APROPIACIÓN ANTERIOR

### A) Historia

La apropiación anterior comenzó como un sistema sencillo mediante el cual los usuarios privados obtenían un derecho de agua reconocido por el estado simplemente desviándola del arroyo y destinándola a un «uso beneficioso». Al principio, no era necesario pedir permiso sin sólo «apropiarse» del agua. El derecho sobre el agua conseguido de este modo autorizaba a los usuarios a continuar tomando la cantidad total de agua que desviaron en un principio. Perdían el derecho si no la seguían utilizando («*use it or lose it*», «utilízala o la pierdes»). Cuando no había suficiente agua en el arroyo, no se pedía a los usuarios que la compartieran. Aquellos usuarios que poseían los derechos más antiguos estaban autorizados a ejercer todos sus derechos hasta que se agotara el agua y entonces se retiraba el agua a los titulares de derechos de menor antigüedad («*first in time, first in right*», «a mayor antigüedad, mayores derechos») Cuando una persona conseguía un derecho de aguas, generalmente podía transferirlo a otros siempre y cuando la cesión no afectara al ejercicio de los derechos sobre el agua de otra persona. Los derechos de aguas se consideran una forma de propiedad y pueden ser transferidos aparte de las tierras a las que originariamente servían.

### B) Derechos de aguas modernos en el Oeste

Algunas de las primeras causas en que los tribunales reconocieron la doctrina de apropiación anterior guardaban relación con transferencias a distancia, incluso a otras cuencas de drenaje. Véase *Coffin v Left Hand Ditch Co*<sup>5</sup>. La doctrina ribereña que se aplicaba en muchos estados del Este que fueron creados antes de que el Oeste fuera poblado no habría permitido desviaciones entre cuencas de haberse aplicado estrictamente. Los tribunales del Oeste decidieron que no seguirían la tradición ribereña y emularon las costumbres de los primeros mineros, que rezaban: «*first in time, first in right*» (primero en llegar, primero en derecho) tanto para el agua como para los minerales, y no restringía el movimiento de agua desde una cuenca hacia donde se necesitara. En el Oeste árido había pocos cursos de agua y los caudales fluctuaban considerablemente, de manera que la ley se diseñó para dar cabida a las necesidades de quienes llegaban primero y daban usos económicos al agua. En consecuencia, los jueces de las causas más importantes rechazaron los principios ribereños y abrazaron la doctrina de apropiación anterior aludiendo que se adaptaba más a la geografía y el clima de la región.

En la actualidad, los derechos de aguas en la mayoría de estados occidentales todavía se rigen por los principios básicos de la doctrina de apropiación anterior, pero las normas han sido codificadas y ampliadas en estatutos. Además, los derechos son asignados y gestionados por organismos y funcionarios estatales que guardan registros, aplican derechos abriendo y cerrando compuertas de cabecera y

---

5. Colorado, 1882.

presas, y toman decisiones en aplicación de los criterios estatutarios. Muchos estados requieren una conclusión de un organismo o un funcionario estatal en el sentido de que un nuevo derecho de agua o un cambio o transferencia de uso de un derecho de aguas se ajuste «al interés público» o «al bienestar público.» El requisito de que el agua no se derroche fue una extensión lógica de la doctrina del uso beneficioso. Como el agua se considera un recurso público, el requisito del interés público es también un medio para garantizar que un uso particular sea «beneficioso» para la sociedad.

*a) Funcionamiento de los sistemas de permisos*

La distribución del agua en el Oeste, al igual que en el Este, se rige por estatutos que autorizan a los funcionarios estatales a conceder permisos para que entidades privadas o públicas utilicen el agua si cumplen una serie de condiciones. Cada estado tiene su propio sistema para establecer derechos de aguas, aprobar cambios en el uso que se hace de los derechos de aguas y administrar los usos del agua autorizados para asegurarse de que esos usos son coherentes con las condiciones de los permisos. No obstante, el derecho jurisprudencial anterior en ambas regiones continúa guiando la interpretación de estos estatutos.

Un usuario de agua o un letrado cuyo cliente quiere obtener un derecho de aguas para un uso determinado acude en primer lugar a un organismo administrativo que exige la cumplimentación y presentación de un formulario de solicitud. Este organismo estudia la solicitud, remite una notificación a los titulares actuales de los derechos de aguas y da la oportunidad a los otros para presentar objeciones. Para decidir si aprueba la solicitud, el organismo aplica las normas y reglamentos estipulados en los estatutos o promulgados administrativamente según los estatutos a fin de decidir cuánta agua podrá utilizar el solicitante. Las normas requieren habitualmente determinaciones de que haya suficiente agua disponible, de que los derechos existentes no se vulneren y de que el uso propuesto sea beneficioso y no contrario al interés público.

Voces críticas han empezado a cuestionar los principios de apropiación anterior, dado que las condiciones y los valores sociales están cambiando. Por ejemplo, según las leyes de apropiación anterior, no se pueden compartir las escaseces en años secos. Los titulares de los derechos más antiguos tienen autoridad para aprovechar sus derechos en todo su alcance independientemente de la importancia social comparativamente mayor, la productividad o la eficiencia de los nuevos usuarios. Así pues, los derechos antiguos sobrevivirán mientras los usos se mantengan; sólo se extinguirán si no se aprovechan. Algunos estados, pocos, han empezado a imponer criterios modernos de uso más eficiente de los antiguos derechos.

*b) Consideraciones de interés público*

La consideración más importante en los sistemas de permisos estatales modernos es que un uso del agua nuevo o modificado esté en línea con el interés público.

La mayoría de estados reconoce legalmente un marcado interés público del agua. En general, el agua se considera un recurso de dominio común para todos los ciudadanos hasta que se establecen derechos privados sobre ella. Por lo tanto, las leyes estatales estipulan a menudo que la distribución de agua debe ser coherente con el «interés público» o el «bienestar público». En la práctica, los estados rara vez deniegan nuevos usos o cesiones de derechos existentes para proteger el interés público, sino que imponen condiciones adicionales para la apropiación o la cesión.

Pocas leyes estatales señalan claramente qué factores deben considerarse como propios del «interés público». Por ejemplo, en Idaho, la legislación estatal exige que el director del Departamento de Recursos Hídricos de Idaho determine si un uso de agua propuesto entra en conflicto con el «interés público local» pero el estatuto no define esta norma<sup>6</sup>. En consecuencia, el Tribunal Supremo de Idaho ha interpretado el estatuto con referencia a otras leyes de Idaho y leyes de otros estados que mencionan o definen el interés público<sup>7</sup>. Desde esa resolución, el Director de Recursos Hídricos ha convocado audiencias para tomar decisiones que aseguren «el mayor beneficio posible de las aguas públicas] para el público». Los ciudadanos afectados pueden presentar pruebas sobre asuntos tales como funciones estéticas, de ocio, pesca y ecosistemas que resultarán afectadas por la resolución sobre aguas propuesta. El organismo considera no sólo los beneficios para el solicitante sino además los efectos económicos, usos alternativos, caudales mínimos, aguas residuales y conservación.

Los estados aplican a veces requisitos de interés público al revisar cambios de uso o cesiones de derechos de aguas diferentes de los que imponen en las nuevas apropiaciones. El Tribunal Supremo de Utah, sin embargo, mantuvo la aplicación de los mismos criterios a los cambios de uso que se aplicaban a nuevas apropiaciones<sup>8</sup>. En Nevada, un estatuto requiere que el estado deniegue una solicitud de transferencia de aguas que resultaría en un perjuicio del interés público<sup>9</sup>. Wyoming, uno de los pocos estados con un proceso especial para evaluar las transferencias, considera las pérdidas económicas potenciales para la comunidad frente a los beneficios de la transferencia y la disponibilidad de otras fuentes de agua<sup>10</sup>. California, a través del Consejo Estatal para el Control de los Recursos Hídricos, revisa las transferencias propuestas para determinar si causarían un efecto poco razonable sobre la economía en la zona de origen y en la pesca, la flora y fauna u otros usos del agua<sup>11</sup>.

Aunque cada estado en el Oeste salvo Colorado aplica algún tipo de proceso para revisar el interés público en las resoluciones sobre aguas, todos ellos podrían mejorar la forma en que hacen valer estas leyes. La mayoría de los estados carecen

---

6. ESTATUTOS DE IDAHO, apartado 42-203A.

7. TRIBUNAL SUPREMO DE IDAHO (1985), *Shokal v Duna*.

8. TRIBUNAL SUPREMO DE UTAH (1989), *Bonham v Morgan*.

9. ESTATUTOS REVISADOS DE NEVADA, artículo 533.370 (3).

10. ESTATUTOS DE WYOMING Anotados, artículo 41-4-503.

11. CÓDIGO HÍDRICO DE CALIFORNIA, artículo 109.



de normas claras para definir el interés público que intentan proteger y muchos de los intereses sociales, económicos y ecológicos afectados por la distribución, transferencia y uso del agua no están incluidos en las consideraciones de los organismos estatales. Si los elementos que constituyen el interés público se articularan de manera exhaustiva, los funcionarios del gobierno podrían utilizarlos como orientación en las políticas estatales para así resolver conflictos entre intereses en competencia y entender mejor las soluciones de compromiso inherentes a cualquier decisión sobre aguas. Una planificación hídrica completa es otra forma de articular los elementos del interés público así como las políticas estatales relacionadas.

Los procedimientos utilizados por los estados para emitir permisos también se podrían mejorar. A menudo implican solamente al solicitante y a otros titulares de derechos de aguas y excluyen a ciudadanos que sufren los impactos económicos, medioambientales y sociales del uso y el desarrollo de las aguas. En algunos casos, los tribunales han sostenido que la decisión de un estado de permitir el uso privado de los recursos públicos puede declararse nula cuando los derechos de aguas se asignan o se transfieren sin una revisión pública suficiente del interés público<sup>12</sup>. La «doctrina del dominio público» (*public trust doctrine*) reconoce que el agua es fundamentalmente un recurso público y que el estado no debería permitir que derechos de aguas privados perjudicaran el interés público sobre el agua. Tal y como la aplican estos tribunales, la doctrina permite que un juzgado reexamine los derechos de aguas establecidos a fin de garantizar que los valores medioambientales no resulten destruidos sin considerar previamente los impactos. La doctrina tiene sus orígenes en los principios del derecho civil y consuetudinario, que reconocen los derechos continuados públicos a utilizar las aguas navegables y los derechos de propiedad estatales sobre los lechos de las aguas navegables.

Las cuestiones de interés público se abordan también de manera indirecta mediante leyes que crean planes estatales para proteger los flujos de corrientes. Muchas de estas leyes permiten que los organismos estatales adquieran derechos para que el agua continúe fluyendo en los cauces. Los estados se apropian de los derechos de aguas para mantener los niveles de caudal o bien se reservan de la apropiación la cantidad de agua necesaria para mantener los caudales deseados. En la actualidad, sólo Arizona y Alaska permiten a individuos y organizaciones privadas apropiarse de aguas para flujos de corrientes. En el resto de estados, únicamente un organismo estatal puede ser titular de ese derecho. En algunos estados, grupos privados han formado «consorcios de aguas» para financiar compras de derechos de aguas de mayor antigüedad; estos derechos deben ser transferidos al organismo estatal autorizado para mantener derechos de flujos de corrientes a menos que el estado permita que entidades privadas sean titulares de esos derechos.

---

12. TRIBUNAL SUPREMO DE CALIFORNIA (1983), *National Audubon Society v Superior Court*; TRIBUNAL SUPREMO DE HAWAI (2000), *In re Water Use Permit Applications*.

*c) Reglamentación de aguas subterráneas en los estados occidentales*

Los sistemas estatales para distribución y regulación de usos de aguas subterráneas son similares en los estados ribereños orientales y en los estados occidentales con apropiación anterior. Excepto cuando un manantial de agua subterránea está conectado hidrológicamente a un sistema de cursos de agua, el efecto práctico de la aplicación de principios de apropiación anterior no produce generalmente resultados socialmente deseables. El reconocimiento de la naturaleza especial de las aguas subterráneas ha llevado a muchos estados a la conclusión de que debería gestionarse como un recurso común y administrarse según normas que respeten una serie de consideraciones públicas y privadas. Los derechos pueden ser definidos por un organismo estatal para optimizar el uso de los recursos disponibles a lo largo del tiempo. Además, los gestores de aguas han empezado a incorporar principios de «gestión conjuntiva» integrando planes de desarrollo de aguas superficiales en los planes de gestión de aguas subterráneas.

En las situaciones en que la fuente de las aguas subterráneas es en realidad un flujo de corriente subsuperficial, algunos estados administran el bombeo junto con la desviación de aguas superficiales. En Colorado ha habido una completa integración de administración de derechos de aguas subterráneas y superficiales que están conectados. El estado ha señalado siempre que todas las aguas subterráneas son supuestamente tributarias de un curso de agua natural. Sin esa integración, los derechos de los usuarios de aguas de cursos superficiales no se pueden proteger.

Con todo, la doctrina de apropiación anterior no es tan apropiada para la asignación de aguas subterráneas cuando un acuífero está confinado o tiene solamente una conexión remota con el agua en un arroyo o río. En un acuífero «no tributario» como éste, aplicar la norma de apropiación anterior para proteger los derechos del usuario más antiguo de cualquier interferencia por un bombeador de agua subterránea posterior podría limitar el uso a un único bombeador —el primero—. Esto se debe a que casi cualquier extracción de agua subterránea afecta potencialmente al nivel de agua en el acuífero y bien podría afectar a cualquier otro bombeador. En consecuencia, muchos estados permiten alguna interferencia de usuarios nuevos con bombeadores existentes. La norma aplicada para determinar cuánta interferencia se permite es la limitación familiar de la «razonabilidad».

Existen sistemas de permisos elaborados en muchos estados que posibilitan una utilización óptima de los acuíferos. Éstas son las consideraciones típicas de los organismos que conceden los permisos: el uso que se hará del agua, los efectos sobre los usuarios actuales de aguas subterráneas en la zona, el efecto de la retirada de agua subterránea adicional sobre los suministros futuros de la zona, la reposición natural probable en el futuro, futuras demandas de aguas subterráneas, y los efectos para la salud y mejores intereses del público.

## IV. LA FUNCIÓN FEDERAL EN LA ASIGNACIÓN Y EL USO DEL AGUA

### 1. LA POTESTAD DE DAR PRIORIDAD

Como se indica en la Parte II, las aguas situadas dentro de las fronteras del estado, incluso en terrenos públicos, son gestionadas y distribuidas de acuerdo con las leyes estatales y locales en ausencia del ejercicio de un derecho de prioridad del Congreso. El Congreso puede y de hecho aprueba leyes que tienen preferencia sobre las leyes estatales. Para ello, el Congreso debe tener alguna facultad expresa para legislar en una temática particular y debe haber una manifestación de intenciones del Congreso para impedir el funcionamiento de una ley estatal. Si se cuestiona la autoridad federal para dar prioridad sobre una ley estatal, la primera pregunta que debe hacer un tribunal es si la Constitución de Estados Unidos incluye una concesión de poder para legislar un asunto concreto. Esto es así porque la Constitución se pensó como una delegación de poderes limitados de los estados al gobierno federal. Además, la Décima Enmienda a la Constitución, aprobada poco después de la propia Constitución, afirmaba que los poderes no delegados en el gobierno nacional estaban reservados a los estados.

En la práctica, no ha sido difícil para los tribunales encontrar poderes legislativos federales. Han reconocido la autoridad federal para abordar cuestiones de recursos hídricos atendiendo a una serie de potestades: la facultad de regular el comercio (y su subsidiaria, el poder de navegación), la facultad del Congreso de disponer de los terrenos públicos, la facultad del gobierno federal para redactar tratados, e incluso la facultad del Congreso de tributar y gastar para fomentar el bienestar general. En un caso, se invocó el poder de defensa para defender la construcción por el gobierno federal de una presa hidroeléctrica que proporcionaría electricidad a las fábricas de munición<sup>13</sup>. Así pues, cuando se pregunta si la ley de aguas de un estado ha sido sustituida, la pregunta raramente es si existe potestad, sino si el Congreso tenía la intención de ejercer su poder para desplazar la ley estatal. Determinar la intención del Congreso requiere un examen del lenguaje estatutario y en ocasiones, cuando la legislación no es clara, los tribunales analizan la historia legislativa.

### 2. TIPOS DE CONFLICTOS CON LEYES ESTATALES

Estados Unidos puede regular el uso del agua para fines legislativos federales. En *United States v Rio Grande Dam & Irrigation Co.*<sup>14</sup>, el Tribunal Supremo sostuvo el derecho del gobierno a impedir el ejercicio de los derechos de aguas creados por los estados con el fin de aplicar una legislación federal que proteja la capacidad de navegación de los cursos de agua, y afirmó que se trataba de un ejercicio de autoridad reguladora y no de una toma (o expropiación) que exigiera al gobierno

---

13. TRIBUNAL SUPREMO (1936), *Ashwander v Tennessee Valley Authority*.

14. TRIBUNAL SUPREMO (1899), *United States v Rio Grande Dam & Irrigation Co.*

el pago de una indemnización. El Congreso también puede autorizar a los funcionarios federales a distribuir agua de un proyecto federal sin tener en cuenta las prioridades de derechos de aguas establecidas en las leyes estatales<sup>15</sup>. La única pregunta para un tribunal es si el Congreso tenía la intención de invalidar o dar prioridad sobre la ley estatal.

### **A) Construcción de proyectos federales de aguas**

El gobierno federal intentó alentar los asentamientos en el Oeste promulgando leyes como la *Homestead Act*, que daba tierras gratis o a bajo coste a los colonos. El objetivo del Congreso al permitir el asentamiento en terrenos públicos por parte de agricultores familiares autosuficientes fue frustrado por el fraude y los abusos. Los especuladores ricos (p.ej., intereses sobre ferrocarriles y madera de leña) lograron añadir grandes terrenos públicos a su propiedad y control, consiguiendo beneficios extravagantes. Gran parte de la tierra pública en el Oeste era demasiado árida para aprovecharse sin riego, y los colonos individuales rara vez disponían del capital necesario para construir presas y obras de desviación. Esto propició el apoyo político por una mayor preponderancia federal a la hora de financiar y construir proyectos de regadío.

En 1902, el Congreso aprobó la *Reclamation Act*, que creaba la Oficina de Reclamación en el Ministerio del Interior para administrar un programa de construcción de embalses y obras de regadío. La finalidad expresa de esta Ley era proporcionar agua para riego, pero se pensaba como parte de una política nacional para distribuir terrenos públicos sin impulsar la especulación sobre las tierras relacionada con anteriores programas públicos de tierras y sin permitir monopolios sobre la tierra. La intención clara del Congreso era promover el crecimiento y el bienestar de pequeñas explotaciones familiares en el Oeste. La legislación posterior complementó las finalidades de los proyectos de reclamación incluyendo usos hidroeléctricos, industriales y municipales. Se dispusieron beneficios de recreo, protección de la pesca, flora y fauna, control de inundaciones y navegación de acuerdo con las disposiciones que establecen determinados proyectos de reclamación. Algunas leyes autorizaban proyectos concretos. Por ejemplo, la Ley del Proyecto del Cañón Boulder<sup>16</sup>, aprobada en 1929, disponía la construcción de presas (incluyendo la Presa de Hoover) en el Río Colorado como parte de un plan de desarrollo integral.

Un proyecto hidráulico federal de aguas puede suponer la destrucción de un derecho de aguas creado por el estado obstruyendo el flujo de un curso de agua y alterando por lo demás la asignación estatal de las aguas. El gobierno debe pagar una indemnización al titular de los derechos de aguas a menos que el propósito del proyecto sea la navegación, en cuyo caso los tribunales afirman que no existe derecho de indemnización. En *United States v Gerlach Live Stock Co.*<sup>17</sup>, los granjeros del Valle Central de California regaban sus pastos con el rebose estacional del

15. Véase TRIBUNAL SUPREMO (1963), *Arizona v California*.

16. *Boulder Canyon Project Act* (43 U.S.C.A. artículo 617).

17. TRIBUNAL SUPREMO (1950), *United States v Gerlach Live Stock Co.*

Río Sacramento. Como parte del enorme Proyecto del Valle Central, el gobierno construyó la Presa Friant, que eliminaba las avenidas estacionales, privando así del rebose a los terratenientes aguas abajo. El gobierno determinó que la pérdida no era indemnizable, porque el Congreso había autorizado el Proyecto del Valle Central para el control de la navegación. El Tribunal afirmó que el proyecto era un proyecto de reclamación creado bajo legislación promulgada en virtud del poder del Congreso para gastar dinero por el bienestar general, y no era un proyecto de navegación, a pesar de una declaración general del Congreso de que todo el proyecto estaba destinado a mejorar la navegación. Como la *Reclamation Act* de 1902 expresaba la intención de que el gobierno federal se ajustara a la ley estatal al adquirir propiedades para esos proyectos, se aceptó que los derechos de aguas tomados eran indemnizables.

Los proyectos de reclamación federales pueden entrar en conflicto con gran variedad de leyes de aguas estatales. La *Reclamation Act* de 1902 incluye disposiciones que parecen precisar el cumplimiento federal de las leyes estatales. El apartado 8 dispone que la Ley no deben interpretarse como una injerencia en las leyes estatales «relativas al control, apropiación, uso o distribución del agua destinada a riego..., y el Secretario de Interior, al aplicar las disposiciones de esta Ley, procederá de conformidad con estas leyes...» Pese a su lenguaje poco claro, la disposición no permite que la ley estatal anule disposiciones específicas en conflicto de la ley de reclamación o de la legislación que autoriza un determinado proyecto.

En *California v United States* el Tribunal anunció que el agua del proyecto federal debía ser distribuida por Estados Unidos de acuerdo con las leyes estatales salvo cuando las leyes estatales estuvieran en conflicto directo con una disposición de la ley de reclamación federal<sup>18</sup>. El Tribunal desaprobó declaraciones en sus resoluciones anteriores que afirmaban que los estados no podían imponer condiciones sobre el suministro de aguas, pero no anuló una resolución referente a que el artículo 8 no exigía al Secretario el cumplimiento de las leyes estatales cuando entraran en conflicto con el artículo 9 (c) de la Ley de Reclamación que daba preferencia a los usos de riego.

## **B) Licencias federales de proyectos hidroeléctricos**

Las instalaciones hidroeléctricas pueden alterar el hábitat de los peces y los patrones migratorios. Por ejemplo, las capturas de salmón en el Río Columbia son actualmente del 8% respecto a las cifras hace 100 años. La principal causa de la destrucción de la pesca anádroma ha sido la construcción de instalaciones hidroeléctricas en los principales ríos. Estas instalaciones obstruyen la migración aguas arriba para desove, alteran las temperaturas del agua y modifican la composición química del agua, poniendo en peligro las especies de peces que migran.

Según la Ley Federal de Electricidad (*Federal Power Act*) de 1920, la Comisión Federal de Regulación de la Energía (*Federal Energy Regulatory Comisión, FERC*) debe

---

18. TRIBUNAL SUPREMO (1978), *California v United State.s*

emitir licencias de instalaciones hidroeléctricas privadas que afectan a aguas navegables, terrenos públicos o reservas federales. La Ley Federal de Electricidad de 1920 estableció una política nacional exhaustiva para el desarrollo de la generación de electricidad (energía hidroeléctrica) y la FERC debe declarar que el proyecto propuesto es «el que más se ajusta a un plan exhaustivo» para desarrollo de aguas, navegación, energía hidroeléctrica, «y para otros usos públicos beneficiosos, incluyendo fines recreativos» [16 U.S.C.A. artículo 803 (a)]. Las enmiendas de 1986 a la Ley solicitaban expresamente a la FERC que considerara los efectos de los proyectos sobre la pesca, la flora y la fauna.

Aunque un proyecto aprobado cause un conflicto con un derecho estatal de aguas, el proyecto federal podría proceder tal y como estaba previsto. Si bien los conflictos aluden generalmente a leyes de uso de aguas, a veces otras leyes estatales para la protección del hábitat pesquero y el medio ambiente también pueden ser sustituidas por la licencia federal de un proyecto. Por ejemplo, las grandes presas federales obstruyen a menudo el desove de los peces anádromos (p.ej. salmón) y su migración en los ríos más importantes de los estados en el Noroeste (p.ej. Oregon y Washington).

La Ley Federal de Electricidad (*Federal Power Act*) tiene dos disposiciones que parecen proteger la ley estatal de los abusos federales. El apartado 9 (b) requiere que los solicitantes de licencias presenten pruebas satisfactorias de cumplimiento de las leyes estatales relativas al desarrollo hidroeléctrico. El apartado 27 de la Ley señala:

Nada de lo incluido en este apartado debe ser interpretado como una influencia o intento de influencia ni como una injerencia en las leyes de los respectivos estados con referencia al control, apropiación, uso o distribución del agua para riego o para usos municipales y diversos, o en cualquier derecho otorgado en las mismas.

Ambos apartados parecen conservar la legislación estatal, pero la interpretación judicial ha limitado su efectividad. En *First Iowa Hydro-Electric Coop. v Federal Power Commusion*<sup>19</sup>, el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que cuando parecía imposible el cumplimiento de los requisitos para permisos estatales y federales, someter el proyecto a las leyes estatales frustraría el propósito de la Ley de conseguir una panificación integral a escala nacional. El Tribunal señaló que el artículo 9 (b) era meramente informativo; si la Comisión se mostraba satisfecha con el grado de cumplimiento con las leyes estatales, su resolución sería vinculante y no sería necesario conseguir un permiso estatal.

La norma *First Iowa* fue ampliada en *California v FERC*<sup>20</sup>. California intentó imponer requisitos de caudal mínimo en un proyecto hidroeléctrico más altos que los índices marcados en la licencia de la FERC. A diferencia de *First Iowa*, donde la cuestión era si un estado podía efectivamente detener un proyecto, aquí la cuestión era si un estado podía determinar las condiciones en que el proyecto podía

19. TRIBUNAL SUPREMO (1946), *First Iowa Hydro-Electric Coop. v Federal Power Commusion*.

20. TRIBUNAL SUPREMO (1990), *California v FERC*.

aprovechar el agua. El Tribunal Supremo resolvió que el artículo 27 no añadía nada al requisito del artículo 9 (b) de cumplimiento con las leyes estatales tal y como se interpretaba en *First Iowa*. El Tribunal también planteó una distinción en su interpretación contraria de una disposición casi idéntica al artículo 27 en *California v United States*<sup>21</sup> citado más arriba, que permitía condiciones impuestas por el estado sobre un permiso de uso de agua para un proyecto federal de la Oficina de Reclamación. El Tribunal afirmó que la Ley Federal de Electricidad «preveía una función de supervisión federal considerablemente más amplia y más activa en el desarrollo [*privado*] de la energía hidroeléctrica que la Ley de Reclamación» al financiar y construir importantes proyectos hídricos *federales*. Así pues, el artículo 27 es una disposición general que no puede anular el principio de prioridad de las disposiciones específicas o el propósito global de la Ley Federal de Electricidad.

Sin embargo, cuando un estatuto del Congreso delega la responsabilidad de la protección medioambiental en un estado, la autoridad exclusiva de la FERC puede verse limitada. La Ley de Aguas Limpias (*Clean Water Act*, CWA), artículo 401, 33 U.S.C.A. artículo 1341, requiere que antes de conceder cualquier tipo de permiso o licencia federal, el organismo debe obtener una certificación de que las normas de calidad del agua estatales no se vulnerarán con la actividad permitida. El Tribunal Supremo ha defendido la imposición estatal de unos requisitos mínimos de caudal que se consideraban necesarios para satisfacer las normas de calidad del agua estatales como condición para la certificación de una licencia de la FERC<sup>22</sup>.

### C) Leyes medioambientales federales

Se dio paso a una nueva era de preocupaciones medioambientales en los últimos veinticinco años del siglo XX. Los estados respondieron con lentitud pero el Congreso de los Estados Unidos actuó en respuesta a los valores populares. Las leyes medioambientales federales protegen ahora la calidad de las aguas, los humedales y las especies amenazadas directa o indirectamente. Estas leyes pueden afectar a la asignación, desarrollo, uso y transferencia de los derechos de aguas. Por ejemplo, si se precisan permisos federales para construir instalaciones necesarias para implantar derechos de aguas estatales, la autoridad que emite los permisos puede insistir en que el proyecto se modifique para reducir los impactos ambientales o para que se apliquen medidas mitigadoras.

Las protecciones medioambientales más rigurosas son federales y por ello surgen preocupaciones sobre federalismo cuando entran en conflicto con o restringen los usos del agua conforme a los derechos estatales de aguas. Con todo, la Constitución convierte en suprema la ley federal y los precedentes jurídicos que permiten la prioridad sobre las leyes estatales en proyectos federales de desarrollo hidráulico que requieren invalidar leyes estatales se pueden aplicar a programas de protección

---

21. TRIBUNAL SUPREMO (1978), *California v United States*.

22. TRIBUNAL SUPREMO (1994), *Public Utility District No. 1 of Jefferson County v Washington Department of Ecology*.

medioambiental que chocan con las leyes estatales sobre aguas. El motivo principal por el que el Congreso aprobó estas leyes nacionales amplias fue que los estados no tenían voluntad de actuar, y a veces competían por ubicar empresas dentro de sus fronteras ofreciendo a cambio una regulación laxa. Así pues, el Congreso estaba ejerciendo su poder sobre el comercio interestatal cuando aprobó estas leyes.

*a) Leyes que raramente afectan a los derechos estatales sobre aguas*

La Ley Nacional de Políticas Medioambientales (LNPMA) de 1969 (*National Environmental Policy Act*) [42 U.S.C.A. artículos 4321-4370, 4321 (2) (a) (1)] requiere la evaluación de los posibles impactos ambientales de «actuaciones federales importantes» propuestas. Por ello, la LNPMA se aplica a las propuestas que requieren una aprobación o licencia federal o que utilizarán agua de un proyecto federal de aguas si se producirá un significativo impacto ambiental. Los organismos federales deben celebrar vistas para permitir el proceso de participación pública y preparar un documento conocido como la «declaración de impacto ambiental» antes de que esos proyectos consigan una aprobación o licencia [42 U.S.C.A. artículo 4332 (2) (c)]. Algunos estados occidentales, incluyendo California y Washington, han adoptado sus propias leyes con requisitos similares de evaluación medioambiental para proyectos permitidos o patrocinados por el estado. Las leyes estatales o federales que requieren una evaluación de los impactos ambientales son mecanismos importantes para evaluar los efectos del desarrollo y la transferencia de aguas. La LNPMA es básicamente un requisito procesal y no obliga a que la resolución definitiva sea medioambientalmente benigna. Sólo requiere que el organismo presente información completa y adecuada antes de tomar su decisión. En consecuencia, la LNPMA no interferirá directamente con el ejercicio de los derechos estatales de aguas.

La calidad del agua está protegida por la Ley de Aguas Limpias (LAL) (33 U.S.C.A. artículos 1271-1387). Aunque es una ley federal, la LAL es administrada por la mayoría de estados. Según la LAL, cualquier persona que desee efectuar un vertido «puntual» de contaminantes (p.ej., una descarga desde una canalización o acequia) en las aguas de Estados Unidos debe contar con un permiso que limite la cantidad de contaminantes particulares de acuerdo con las normas establecidas por el gobierno federal [33 U.S.C.A. artículo 1362 (14)]. El permiso debe requerir además suficientes limitaciones sobre vertidos para proteger la calidad global del curso de agua que recibe las aguas residuales. Las normas de calidad del agua son fijadas por los estados y son concretas para cursos de agua particulares. El plan de permisos conforme con la LAL ha regulado efectivamente las industrias y las plantas municipales de tratamiento de aguas residuales que vierten residuos en ríos y lagos.

La LAL no aborda las mermas en la calidad del agua provocadas por vertidos que no eran descargas puntuales. No obstante, cuando un arroyo se agota, especialmente por un trasvase entre cuencas que no tiene caudal de retorno a la cuenca de origen, la calidad del agua desciende porque cualquier residuo añadido natural-



mente o por los humanos al río está más concentrado. Sin embargo, no hay controles formales de agotamientos de agua atendiendo a la aplicación actual de la LAL y por ello no existen conflictos directos con el ejercicio de los derechos de aguas.

La Ley de Ríos Salvajes y Escénicos (*Wild and Scenic Rivers Act*) se promulgó para preservar en condiciones de caudal libre ciertos ríos que poseían valores «escénicos, recreativos, geológicos, de pesca y vida salvaje, históricos o culturales especiales». El Congreso puede designar ríos y los estados pueden recomendar la inclusión de ríos en el sistema de Ríos Salvajes y Escénicos pendiente de la aprobación del Ministro de Interior. La Ley dispone el estudio de los ríos por parte del Ministro de Interior (o el Ministro de Agricultura si afecta a bosques nacionales), quien remite recomendaciones estatales y federales al Congreso.

Cientos de ríos han sido incluidos en el sistema o están bajo estudio, pero las disposiciones de la ley no limitan directamente el uso del agua conforme a las leyes estatales de aguas. La Ley sí prohíbe a la Comisión Federal para la Regulación de la Energía dar licencias a proyectos de aguas «en o que afectan directamente a» los ríos incluidos en el sistema y dispone una protección provisional de los ríos en fase de estudio para su inclusión prohibiendo temporalmente las licencias de proyectos en esos ríos. Hasta este punto, el uso del agua según los derechos estatales de aguas podría inhibirse. b) Leyes que pueden afectar sustancialmente a los derechos estatales de aguas

Un programa especial según el artículo 404 de la LAL regula el «dragado y llenado» de «aguas navegables» y es administrado por el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de Estados Unidos. El programa tiene un antecedente en una ley anterior aprobada para garantizar que el uso de los ríos para el comercio no se impidiera mediante obstrucciones. Promulgada en la década de 1970, la LAL amplió la definición de aguas navegables para incluir todas las «aguas de Estados Unidos». El Cuerpo de Ingenieros promulgó entonces reglamentos que requerían permisos de «dragado y llenado» incluso en humedales, que eran aguas de Estados Unidos y que por tanto eran aguas navegables dentro del alcance del poder del Congreso según este estatuto. El Tribunal Supremo defendió la autoridad del Congreso para ampliar el alcance de la legislación federal de este modo<sup>23</sup>.

El Tribunal Supremo ha limitado la aplicación de esta ley para incluir solamente «los flujos de masas de agua relativamente permanentes o continuos» y solamente aquellos humedales con una conexión superficial continua con esas aguas<sup>24</sup>. Sin embargo, las actividades incluidas son algo más que las operaciones tradicionales de dragado y llenado realizadas para hacer más profundos los canales de navegación e incluir los proyectos necesarios para desarrollar y utilizar el agua sujeta a derechos estatales de aguas. Los depósitos de «material de relleno» incluyen cualquier construcción en un curso de agua o humedal. En consecuencia, el estatuto abarca proyectos de agua, presas y estructuras de desviación y puede afec-

---

23. SUPREME COURT (1985), *United States v Riverside Bayview Homes Inc.*

24. TRIBUNAL SUPREMO (2006), *Rapanos v United status.*

tar considerablemente (y limitar) el uso del agua según los derechos sobre aguas creados por el estado.

En cuanto una actividad se incluye dentro del artículo 404, el Cuerpo debe considerar «todos los factores relevantes» antes de dar permiso al proyecto. No parece haber otro estatuto medioambiental que posea una cobertura tan extensa y confiera facultades discrecionales de largo alcance a los funcionarios federales. Los reglamentos de las agencias incluyen como factores que debe considerar el Cuerpo a la hora de denegar o conceder un permiso aspectos económicos y culturales, necesidades energéticas y de abastecimiento de agua, necesidades y bienestar de las personas y una serie de factores medioambientales, los tipos de consideraciones que cabría esperar en las competencias de una agencia estatal de aguas. Cuando el Cuerpo ha concedido un permiso, éste puede ser revisado y vetado por la LPA (*Environmental Policies Act, Ley de Políticas Medioambientales*). En realidad, la LPA puede vetar un permiso para la construcción de una nueva presa o embalse basándose únicamente en posibles efectos ambientales adversos, sin considerar la necesidad de la comunidad de agua adicional<sup>25</sup>.

El apartado 404 incorpora además todo el abanico de leyes medioambientales federales exigiendo la imposición de condiciones para permisos con el fin de asegurar el cumplimiento de estas leyes. Los proyectos privados pueden «federalizarse» de este modo, porque dependen de un permiso según el artículo 404. Como el Cuerpo debe respetar la Ley de Coordinación de Pesca, Flora y Fauna, Ley de Especies Amenazadas, Ley de Ríos Salvajes y Escénicos, Ley de Gestión de Zonas Costeras, Ley Nacional de Políticas Medioambientales y otras normas que regulan las actividades federales, el alcance de estas leyes se extiende a todos los proyectos que precisan permisos según el artículo 404.

La Ley de Especies Amenazadas (*Endangered Species Act, ESA*) (16 U.S.C.A. arts. 1531-1543) es otro estatuto federal que puede afectar a las propuestas de derivar, desarrollar o transferir agua. La ESA prohíbe absolutamente cualquier actuación del gobierno federal que pudiera poner en peligro la existencia continuada de una especie amenazada. Los organismos federales que valoran actividades que podrían tener este impacto deben respetar lo dispuesto en el artículo 7 de la ESA, a saber, consultar al Servicio Estadounidense de Pesca, Flora y Fauna. Si, en opinión de ese organismo, la actuación podría poner en peligro la especie amenazada, dicha actuación no podrá proseguir a menos que existe una alternativa razonable y prudente que no cause esa amenaza.

La ESA es extremadamente poderosa porque casi cualquier proyecto de aguas importante, no sólo aquellos que emprende directamente el gobierno federal, requiere algún tipo de aprobación federal (como indica p.ej. el artículo 404 de la LAL), o recibe financiación federal. Así pues, la ESA ha demostrado ser una barrera formidable al desarrollo hídrico que podría resultar destructivo para el hábitat de la pesca, la flora o la fauna donde se encuentran las especies amenazadas. A decir verdad,

---

25. James City County v E.P.A. (4<sup>o</sup> Circuito, 1993).

puede que ésta sea la Ley más significativa que afecta a los nuevos avances hídricos en Estados Unidos. Protege a cualquier especie afectada en su lugar de origen, la zona de importación y la zona donde hay canalizaciones u otras instalaciones.

La Ley de Especies Amenazadas (ESA) es, desde luego, una de las leyes medioambientales de mayor alcance presentadas en el artículo 404. El Apartado 7 de la ESA, que en general prohíbe actuaciones federales que podrían poner en peligro la existencia continuada de cualquier especie amenazada, fue apelado para denegar un permiso según el artículo 404 para la Presa Tellico porque esta presa afectaría al hábitat crítico de un pequeño pez, el Percina tanasi<sup>26</sup>. La causa del Percina tanasi generó tanta polémica que la Ley fue enmendada por el Congreso para crear un proceso que eximiera a determinadas actuaciones de organismos de los requisitos de la Ley de Especies Amenazadas cuando un comité de alto nivel determine que: (1) no existen alternativas razonables y prudentes a la actuación del organismo, (2) los beneficios de la actuación superan claramente los beneficios de las actuaciones en línea con la conservación de la especie amenazada, y (3) la actuación tiene relevancia regional o nacional.

No obstante, a menos que utilice el proceso de exención elaborado, el Cuerpo de Ingenieros debe garantizar la protección de la especie amenazada cuando conceda los permisos según el artículo 404. Por ejemplo, un tribunal ha defendido una condición de permiso que requiere desembalses de agua almacenada en una presa propuesta según los derechos sobre aguas de Colorado. Esto privará a los titulares de derechos de aguas del uso de sus derechos para proteger el hábitat esencial de la grulla americana aguas abajo en Nebraska. Las grullas se consideraban una especie amenazada según la ley federal. El tribunal determinó que a los titulares de derechos estatales de aguas se les puede prohibir el ejercicio de sus derechos si su uso interfiere con la Ley de Especies Amenazadas<sup>27</sup>. En *United States v Glenn-Colusa Irrigation District*<sup>28</sup>, el tribunal prohibió a un polígono de regadío el uso de una rejilla de peces en un canal de desviación porque la rejilla dañaba al salmón amenazado de extinción durante el punto álgido de la estación migratoria.

Como se indica más arriba, el artículo 404 forma parte de una gran ley de calidad de las aguas que, en otras circunstancias raramente es invocada de manera que interfiera con el uso de los derechos de aguas creados por el estado. La preocupación por el efecto potencial de la LAL sobre los usos de agua provocó la inclusión de términos que aseguraban que los derechos de aguas no se iban a pasar por alto. La Enmienda Wallop, artículo 101 (g), es una declaración política del Congreso respecto a que la LAL no debe ser interpretada de forma que abroge, anule o afecte negativamente a la autoridad del estado sobre la asignación del agua o los derechos de los estados al agua (p.ej., en pactos interestatales). Sin embargo, el principal propósito de la enmienda no era prohibir «medidas legítimas de calidad de las aguas» que afectaran a los derechos individuales de aguas sólo «incidental-

26. TRIBUNAL SUPREMO (1978), *Tennessee Valley Auth. v Hill*.

27. *Riverside Irrigation District v Andrews* (10<sup>o</sup> Circuito, 1985).

28. *United States v Glenn-Colusa Irrigation District* (E.D., California 1992),

mente»<sup>29</sup>, el tribunal afirmó que, cuando fuera necesario, la aplicación del artículo 404 podría resultar en una restricción total de las disminuciones y de los usos consuntivos de agua permitidos por las leyes de aguas estatales. El Tribunal Supremo de Washington ha declarado que la Enmienda Wallop es únicamente una «declaración política» que no prohíbe a los reglamentos de calidad de aguas la obstaculización de los derechos de aguas existentes<sup>30</sup>.

Otro apartado de la ESA, artículo 9, prohíbe actuaciones que «se apropien de» o «pongan en peligro» una especie amenazada. Estos términos se interpretan ampliamente para incluir incluso daños a los hábitats de las especies amenazadas. A diferencia del artículo 7, que es específico de las actuaciones de organismos federales, el artículo 9 se amplía a actuaciones privadas. El apartado raramente se ha aplicado al desarrollo o los usos de aguas privadas. Con todo, en un caso excepcional, un polígono de regadío mató varios salmones amenazados mientras manejaba una instalación de derivación con bombas. Un tribunal prohibió las actividades del polígono de regadío, impidiéndole «apropiarse de» la especie amenazada<sup>31</sup>.

La Ley de Coordinación de Pesca, Flora y Fauna, 16 [*Fish and Wildlife Coordination Act*, U.S.C.A. artículos 661-666 c)] exige una «consideración equitativa» para la conservación de la vida salvaje en los programas de desarrollo de recursos hídricos. Resulta extremadamente difícil en la práctica conferir significado al requisito de paridad entre los valores de los múltiples propósitos de los proyectos hídricos, por un lado, y los valores de la pesca, la flora y la fauna por el otro lado. Para ayudar a garantizar la protección de los intereses estatales en la pesca, la flora y la fauna, la Ley también requiere coordinación entre el organismo que emprende o autoriza un proyecto, el Servicio Estadounidense de Pesca, Flora y Fauna, y entidades estatales relevantes de pesca, flora y fauna antes de realizar un proyecto.

Aunque no se trata específicamente de un estatuto medioambiental, la Ley de Planificación y Conservación de Energía Eléctrica en el Noroeste Pacífico (*Pacific Northwest Electric Power Planning and Conservation Act*, 16 U.S.C.A. artículo 839) es una ley exhaustiva para asignar suministros y mitigar los impactos de la energía hidroeléctrica producida federalmente. Esta Ley contiene requisitos significativos para conservar y restaurar recursos de peces anádromos en el noroeste del Pacífico, la región con la pesca más afectada por los impactos de las instalaciones hidroeléctricas. Atendiendo a esta Ley, un consejo regional elabora un plan de protección, mitigación y mejora de la pesca, flora y fauna. Además, los gestores de las instalaciones eléctricas federales deben procurar un «tratamiento equitativo» de la pesca, flora y fauna, garantizando que sus operaciones no subordinen la protección de la

---

29. véase *National Wildlife Federation v Gorsuch* (D.C.Circuit, 1982). Con todo, en *Riverside Irrigation Dist. v Andrews* (10º Circuito, 1985).

30. *Public Utility District No. 1 of Pend Oreille County v Washington Department of Ecology* (Washington, 2002).

31. *Apelaciones de California* (1992), *Department of Fish and Game v Anderson-Cottonwood Irrigation District*.

pesca, flora y fauna a otros objetivos del proyecto. Los planes del Consejo deben «tenerse en cuenta en cada fase relevante» de los trámites FERC<sup>32</sup>.

Cuando las tribus indias tienen derechos de pesca por tratado sobre un río con el gobierno federal, es posible apelar esos derechos para evitar proyectos de desarrollo hídrico que perjudiquen la pesca, flora y fauna. La interferencia en los caudales de los ríos por desviación, incautación o contaminación de las aguas que dañan el hábitat de los peces puede reducir la capacidad de las tribus para disfrutar de la parte de pesca que les corresponde en virtud de sus tratados. Si el gobierno federal es responsable de estas actuaciones (directamente o por licencias), se le podrían reclamar daños y perjuicios por vulnerar obligaciones de tratados federales. Asimismo, los estados están obligados a considerar los efectos de los proyectos controlados o autorizados por el estado sobre los derechos de tratados con los indios.

## **V. DERECHOS DE AGUAS RESERVADOS DE TRIBUS INDIAS Y GOBIERNO FEDERAL**

### **1. HISTORIA**

El Tribunal Supremo de Estados Unidos elaboró principios especiales de derechos indios de aguas que reflejaban no sólo un intento por hacer justicia para los pueblos nativos o garantizar la supervivencia de sus culturas sino también por ampliar las políticas nacionales. En el siglo XIX, la política federal intentaba confinar a los indios en sus reservas, para que los colonos pudieran ocupar las tierras cedidas por las tribus. Abrir el Oeste al asentamiento seguro por no indios y darles títulos sobre las tierras que no estaban empañadas por las reclamaciones de los indios requería el confinamiento de los indios en reservas y la anulación de sus derechos de propiedad sobre otras tierras que habían disfrutado en el pasado. Esto se consiguió generalmente con tratados, luego con acuerdos aprobados por el Congreso y en algunos casos por la legislación unilateral del Congreso. Para evitar que los indios abandonaran las reservas, el Ejército tuvo que proteger las reservas de las invasiones por no indios y permitir que los indios encontraran un modo de subsistencia en las reservas. El plan sólo funcionaría si las personas que formaban la tribu y que dependían de la caza y la pesca en amplias zonas geográficas tuvieran un medio alternativo de subsistencia disponible dentro de las reservas. El plan «civilizador» en muchos casos era convertir a los indios, dedicados antes a la caza y la pesca, en granjeros, y el riego era una necesidad para conseguir el éxito de la agricultura en el Oeste semiárido.

Cuando el gobierno empezó a ayudar a los indios con el riego, gran parte del agua necesaria había sido reclamada por los colonos vecinos. Los colonos consiguieron tierras del gobierno federal que los indios habían ocupado antes de haber

32. Véase *National Wildlife Federation v Federal Energy Regulatory Commission* (9<sup>o</sup> Circuito, 1986)

sido confinados a las reservas. Sus reclamaciones de agua para estas tierras se basaban en la doctrina de apropiación anterior que estaba legalmente consolidada en la legislación estatal. Como decíamos antes, el gobierno de Estados Unidos fomentó la apropiación de aguas de tierras públicas según la ley estatal sobre aguas, pero esto generó conflictos entre los regantes indios y los regantes no indios por el uso del agua escasa.

Una resolución del Tribunal Supremo de Estados Unidos otorgó a los indios derechos de aguas superiores a los de los no indios. Esta resolución centenaria causó el resentimiento de los estados y de los no indios. La «doctrina de los derechos reservados» fue anunciada en la causa de *Winters v United States*<sup>33</sup> y garantizaba a las tribus el derecho a utilizar toda el agua que necesitaran para satisfacer los requisitos por los que se habían establecido las reservas. El Tribunal reconoció la intención del gobierno de «civilizar» a los indios convirtiéndolos en granjeros y dividiendo las tierras tribales de propiedad comunal. El plan del gobierno implicaba la división de las tierras de las reservas en terrenos individuales, asignando las tierras a los jefes de las familias indias para su cultivo, y la apertura del resto de la tierra fuera de las reservas para los colonos no indios. Sin suficiente agua de riego para uso de los indios en la reserva, este plan fracasaría. Si la política de asignación de tierras no tenía éxito, los terrenos que deseaban los colonos, los denominados «excedentes de tierra», no estarían disponibles para los colonos blancos.

## **2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS DERECHOS RESERVADOS DE LOS INDIOS**

El derecho de aguas reservado reconocido en *Winters* podía ser ejercido en cualquier momento por los indios, incluso si los no indios hubieran utilizado el agua primero y la ley estatal les hubiera otorgado derechos. Esto sorprendió a algunos, porque la ley prevaleciente en el oeste de Estados Unidos era que la primera persona en utilizar el agua siempre tenía el máximo derecho a utilizarla en el futuro (un derecho mejor al de cualquier persona que empezara a utilizar el agua más tarde), y que los derechos de aguas solamente se podían establecer por el uso real.

En teoría, las tribus indias tienen «mejores» derechos de aguas que sus vecinos no indios. Aunque en realidad podrían no haber utilizado el agua (un concepto clave en la ley estatal occidental sobre aguas), la lección de *Winters* es que poseen derechos superiores a los de los no indios y pueden utilizar el agua siempre que lo necesiten en el futuro. Como la mayoría de las reservas se crearon hace más de un siglo, los derechos de aguas acompañantes son en general bastante antiguos y valiosos. Si los indios necesitan agua, todos los usuarios no indios que empezaron a utilizar agua después de la fecha de creación de la reserva deben garantizar que la tribu obtenga toda el agua a la que tenga derecho, suficiente para satisfacer los objetivos de la reserva, antes de que los no indios con menos antigüedad puedan coger agua.

En la práctica, desde 1908 los no indios han podido aprovechar gran parte del

---

33. TRIBUNAL SUPREMO (1908), *Winters v United States*.

agua de los arroyos y ríos compartidos con los indios porque tenían acceso a los recursos financieros necesarios para construir las obras de riego. No obstante, las tribus no disponían de capital para hacer valer sus derechos de aguas y tuvieron que competir con los no indios que construyeron sus economías quedándose con el agua que pertenecía legalmente a los indios de conformidad con la resolución *Winters*. Las tribus de muchas reservas se mantienen aún hoy en estado de pobreza y sus tierras están sin desarrollar en su mayoría.

La política nacional moderna favorece el uso del agua por las tribus. En los últimos 50 años, la política federal hacia las tribus indias ha fomentado la autodefinición y la autosuficiencia económica. Cada vez más, las tribus han presionado para reivindicar sus derechos de aguas teóricamente amplios pero en la práctica bastante infrutilizados. Ni que decir tiene, la plena utilización de estos derechos podría desplazar los usos de los no indios establecidos en la legislación estatal sobre aguas. Sin embargo, los no indios saben que la incertidumbre provocada por los derechos nacientes de las tribus amenaza su seguridad económica y ellos también favorecen a menudo la determinación jurídica de la cantidad de derechos de aguas indios sobre ríos particulares. Sin esa determinación, las inversiones y los valores inmobiliarios pueden ser socavados por la incertidumbre. En consecuencia, varios estados occidentales respaldan los esfuerzos por cuantificar los derechos de aguas de los indios.

### **3. DERECHOS DE AGUAS RESERVADOS PARA TERRENOS FEDERALES**

La doctrina de los derechos reservados de *Winters* se convirtió en la norma esencial de los derechos de aguas de los indios y se aplicó posteriormente para proteger los propios derechos al agua del gobierno federal en tierras federales reservadas para parques, bosques, bases militares y otros usos públicos<sup>34</sup>. Al igual que con las tierras de los indios, la cantidad de agua reservada dependía de los fines para los que se había creado la «reserva» federal.

### **4. CUANTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE AGUAS RESERVADOS INDIOS Y FEDERALES**

En muchos estados se están desarrollando procesos judiciales para decidir las cantidades de agua que pueden quedarse las tribus haciendo valer la doctrina de derechos reservados así como los derechos federales a las tierras propiedad del gobierno. Una ley federal otorga jurisdicción a los tribunales estatales para esas causas. Estos trámites son largos y caros, y en los últimos años los derechos de aguas de varias tribus se han resuelto en acuerdos negociados que se aplican a través de la legislación federal. Este método sigue siendo el procedimiento preferido para cuantificar los derechos de aguas tribales, principalmente porque aporta financiación federal a soluciones que permiten a las tribus ejercer sus derechos de aguas y protege los usos establecidos de los no indios.

---

34. TRIBUNAL SUPREMO (1963), *Arizona v California*.

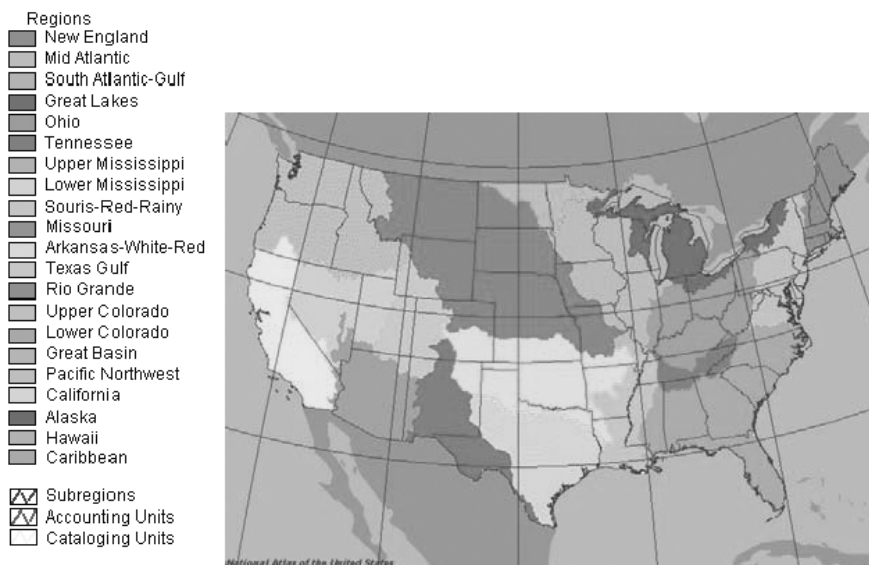
Cuando un tribunal cuantifica derechos reservados de los indios, analiza los fines por los que se creó una reserva. Cuando la finalidad de crear una reserva era permitir que los indios practicaran la agricultura, los tribunales siguen la formulación del Tribunal Supremo en *Arizona v California*, donde se afirma que la cantidad de agua necesaria para fines agrícolas puede calcularse en base a la superficie en acres prácticamente irrigable (PIA) de la reserva. En zonas áridas, la cantidad de agua necesaria para producir cultivos es enorme; al adoptar la fórmula PIA, el Tribunal Supremo abrió el camino para que las tribus reclamaran grandes cantidades de agua. La cantidad de agua necesaria para satisfacer los derechos de Estados Unidos para terrenos federal públicos depende del fin al que se destinarán determinadas tierras federales tales como parques, bases militares, etc.

Las enormes cantidades de derechos de aguas en manos de las tribus indias y del gobierno federal de acuerdo con la doctrina de los derechos reservados entran potencialmente en conflicto con usos del agua de los titulares de derechos de aguas según las leyes estatales. La existencia de derechos de aguas reservados federales e indios crea una excepción importante a la supuesta deferencia del gobierno federal a la legislación estatal sobre aguas.

## VI. DERECHOS DE AGUAS INTERESTATALES

Las fronteras estatales no se corresponden generalmente con las fronteras de las cuencas fluviales o de los acuíferos. (Véase Figura 5)<sup>35</sup>.

Figura 5: Fronteras estatales y cuencas hidrográficas



35. ATLAS NACIONAL DE EE.UU.



En consecuencia, surgen disputas entre usuarios de aguas en diferentes estados y entre los propios estados en torno a cuánta agua de un río puede asignar cada estado a los usuarios dentro de sus fronteras. Estas disputas se han resuelto con litigios interestatales, pactos (acuerdos interestatales), y asignación legislativa. Los intentos de estados independientes por restringir las exportaciones de agua a otros estados se han declarado inconstitucionales.

## 1. LITIGIOS INTERESTATALES

Un estado puede demandar a otro estado para evitar perjudicar a sus ciudadanos con actuaciones privadas en otro estado. Estas causas se han elevado directamente al Tribunal Supremo de Estados Unidos, pero también pueden ser atendidas en tribunales federales de menor rango.

Aunque según la Constitución, el Tribunal Supremo posee la jurisdicción original en las causas donde un estado es una parte litigante, el Tribunal tiene la potestad de decidir no ejercer su jurisdicción. Habitualmente, rechaza atender causas donde no hay un «daño» a un estado aguas abajo reclamándose un uso excesivo aguas arriba. En términos prácticos, esto significa que el tribunal no adjudicará la asignación de derechos de aguas para el desarrollo futuro.

El Tribunal Supremo ha desarrollado la jurisprudencia para resolver disputas por la asignación y la contaminación de ríos interestatales mediante «prorrato equitativo». La doctrina fue presentada en 1907 en *Kansas v Colorado*<sup>36</sup>. Al aplicar la doctrina, el Tribunal no está sometido a las leyes de los estados individuales. Los factores que dan cuenta del prorrato equitativo (y que pueden justificar una desviación de la prioridad estricta) son, entre otros, las condiciones físicas y climáticas, el consumo de agua en varias secciones del río, el carácter y la proporción de los flujos de retorno, el alcance de los usos establecidos y las economías que dependen de esos usos, la disponibilidad de agua almacenada, el efecto práctico del despilfarro de agua en zonas geográficas aguas abajo y el perjuicio a zonas aguas arriba comparado con los beneficios a las zonas aguas abajo si se reducen los usos aguas arriba.

## 2. PACTOS

Los pactos interestatales son acuerdos entre dos o más estados. Por lo general, la formación de pactos abarca tres fases. Primero, el Congreso autoriza la negociación del pacto, generalmente permitiendo un representante federal en las negociaciones. Segundo, el pacto es negociado por los estados. Tercero, el Congreso consiente el pacto.

Los pactos se han utilizado 25 veces para asignar aguas interestatales y alcanzar un acuerdo de «reparto equitativo» que de lo contrario hubiera precisado un fallo

---

36. TRIBUNAL SUPREMO (1907), *Kansas v Colorado*.

del Tribunal Supremo. Una gran virtud de los pactos frente a los fallos es que los pactos pueden tratar cuestiones futuras sobre ríos que no están plenamente utilizados; el Tribunal se ha mostrado reacio a aceptar estas causas. La capacidad de tomar estas determinaciones de antemano es crucial para una planificación hídrica de gran alcance. Los pactos relativos a aguas interestatales se firman por una serie de propósitos aparte de la asignación de aguas, entre ellos almacenamiento, control de inundaciones, control de la contaminación y planificación exhaustiva de cuencas (principalmente por medio de pactos conjuntos federales y estatales).

Algunos pactos, como el Pacto del Río Colorado, hacen poco más que asignar cantidades específicas o porcentajes del caudal de un río a intereses estatales.

Los pactos recientes exigen en general la creación de una entidad administrativa, generalmente denominada «comisión de pactos,» que elabore normas de ejecución de los pactos y recabe información sobre las circunstancias físicas (p.ej. caudal del río) para aplicar después esas normas. Las comisiones de pactos están formadas por miembros designados por los gobernadores de los estados y un miembro federal sin derecho a voto o con sólo un voto de desempate. Los estados dudan en conceder potestades o prerrogativas importantes a una entidad de pactos, pero sin esa comisión no existe ningún mecanismo sencillo para resolver conflictos y ambigüedades.

Los repartos de aguas en base a pactos son vinculantes para los ciudadanos de los estados que firman el pacto, independientemente de que ciudadanos individuales sean parte o no de las negociaciones. En *Hinderlider v La Plata River & Cherry Creek Ditch Co.*<sup>37</sup>, Nuevo México y Colorado acordaron dividir el caudal del Río La Plata equitativamente, de manera que cada estado consiguiera el caudal total del río en días alternativos. El demandante, un apropiador con bastante antigüedad, quería que se prohibiera el régimen de rotación porque vulneraba los derechos establecidos por la ley estatal, pero se denegó el amparo, ya que todos los usuarios de agua están sujetos a las resoluciones del estado sobre cómo cumplir los requisitos del pacto.

### 3. ASIGNACIÓN LEGISLATIVA

El ejemplo concreto de la asignación legislativa de las aguas interestatales afecta al Río Colorado. El Tribunal Supremo en la causa *Arizona v California*<sup>38</sup> declaró que el Congreso, al aprobar la Ley del Proyecto del Cañón Boulder de 1928, intentó dividir las aguas del río entre siete estados de la cuenca hidrográfica inferior del Colorado. Al afirmar esto, el Tribunal reconoció que el Congreso puede actuar cuando los otros mecanismos de reparto de los pactos y la asignación judicial han fracasado, no existen o no se utilizan.

37. TRIBUNAL SUPREMO (1938), *Hinderlider v La Plata River & Cherry Creek Ditch Co.*

38. TRIBUNAL SUPREMO (1963), *Arizona v California*.

Una comisión de pactos acordó en 1922 asignar el caudal anual del Colorado (que se aceptaba como muy superior a los 15 millones de acre-pies) (MAP) más o menos equitativamente entre los estados de la cuenca superior (Colorado, Nuevo México, Utah y Wyoming) y los estados de la cuenca inferior (Arizona, California y Nevada). La ratificación del pacto fue ralentizada por una larga disputa entre Arizona y California por sus respectivas proporciones en los 7,5 MAP asignados a la cuenca inferior. Arizona temía que el pacto solidificaría la reclamación de California de la mayoría del agua y se negó a ratificarlo. Los estados de la cuenca inferior tampoco llegaron a un acuerdo sobre cómo dividir la proporción de río entre los miembros de la cuenca inferior.

El Congreso promulgó la Ley del Proyecto del Cañón Boulder en 1928, autorizando la construcción de la Presa Hoover, el primero de una serie de embalses de almacenamiento en el Río Colorado. La Ley estaba condicionada a la aceptación del pacto por un mínimo de seis de los siete estados. También afirmaba que California debía aceptar la limitación de su aportación a 4,4 MAP más la mitad de los excedentes de la cuenca inferior. La legislación autorizaba además un pacto separado de cuenca inferior que concedía a Arizona 2,8 MAP y a Nevada 300.000 acre-pies. No se negoció un pacto así.

Arizona denunció a los otros estados para un reparto hídrico equitativo aguas abajo del Colorado. Tras un juicio de tres años ante un asesor de los jueces especial, el Tribunal Supremo concluyó que al promulgar la Ley del Proyecto del Cañón Boulder, el Congreso pretendía ejercer su potestad sobre aguas interestatales «asignando» 4,4 MAP a California en la disposición sobre limitación y especificando las proporciones de Arizona y Nevada mediante la autorización de un pacto de cuenca inferior. Además, dijo que el Congreso delegó al Ministro de Interior el poder de contratar con los usuarios el almacenamiento y el suministro de aguas del proyecto. El Tribunal también afirmó que la ley federal controla la distribución tanto intra como interestatal de las aguas del proyecto, sustituyendo la ley estatal de aguas. El Tribunal tuvo que esforzarse por determinar que la potestad federal para asignar agua entre estados existía y se había ejercido. Esto refleja probablemente la preferencia del Tribunal por las asignaciones por el congreso de aguas interestatales frente a asignaciones judiciales que requieren litigios complejos.

#### **4. RESTRICCIONES ESTATALES A LA EXPORTACIÓN DE AGUA**

La Cláusula de Comercio de la Constitución de Estados Unidos, artículo I, apartado 8, cláusula 3, capacita al Congreso para regular el comercio entre los estados. El Tribunal Supremo ha señalado que al conceder poder de comerciar al Congreso, la Constitución prohibía implícitamente a los estados la aprobación de leyes que supondrían una discriminación contra o una carga irrazonable para el comercio interestatal. Esta doctrina intenta satisfacer el propósito constitucional de fomentar el libre comercio y evitar el proteccionismo.

La prohibición contra la injerencia de los estados en el comercio interestatal tiene como fin limitar la autoridad de un estado para impedir las exportaciones de agua a otro estado. En *Sporhase v Nebraska ex rel. Douglas*<sup>39</sup>, el Tribunal Supremo declaró que las aguas subterráneas de Nebraska era un artículo de comercio y que un estatuto de Nebraska que restringiera las exportaciones de agua legales a los estados y que permitiera un privilegio recíproco de exportación a Nebraska era inconstitucional. El hecho de que los estatutos de un estado vulneren la Cláusula de Comercio depende en parte de la naturaleza de los intereses que el estado intenta proteger. Los estados occidentales áridos, donde el agua es un recurso escaso, tienen un marcado interés de conservación. Con todo, el Tribunal defenderá solamente restricciones estatales ecuanímes sobre el comercio interestatal que sean equivalentes a los esfuerzos del estado por conservar los recursos hídricos en el estado. Para que el tribunal determine que no hay ninguna restricción alternativa menos onerosa sobre el comercio que un embargo, un estado tendría que demostrar la existencia de escasez de agua y realizar esfuerzos máximos por abordar el problema mediante medidas de conservación dentro del estado.

## VII. TRATADOS INTERNACIONALES

Estados Unidos ha intentado controlar las aguas de los ríos compartidos con Canadá en el norte y México en el sur. El mantenimiento de la vieja doctrina legal internacional, ahora desacreditada, de «soberanía territorial absoluta» en tales disputas ha generado la necesidad práctica de negociar amigablemente con las naciones vecinas. Actualmente, más doctrinas flexibles de soberanía territorial limitada y reparto equitativo regulan en general la resolución de disputas internacionales sobre agua, habitualmente por medio de tratados.

Estados Unidos es signatario de varios tratados de aguas con Canadá, incluyendo el Tratado de Aguas Fronterizas de 1909, el Tratado Lake of the Woods, el Tratado Saint Lawrence y el Tratado del Río Columbia. Los tratados con México incluyen la Convención sobre Riego de 1906 y el Tratado del Río Colorado de 1944. Cuando el gobierno federal firma un tratado con otra nación, se convierte en la «Ley Suprema del País» según la Constitución; y se anulan las leyes estatales que resultan incompatibles. Así pues, los tratados afectan el modo y el alcance con que se pueden ejercer los derechos definidos por el estado.

### 1. MÉXICO

El Tratado Mexicano de 1944 (Tratado del Río Colorado) fue un esfuerzo por poner fin a años de desacuerdos entre Estados Unidos y México sobre las aguas del Río Colorado. Estados Unidos, como nación aguas arriba, confió inicialmente en la «Doctrina Harmon», basada en una teoría de soberanía territorial absoluta. Las presiones de México por recibir una proporción de agua del río se acrecenta-

---

39. TRIBUNAL SUPREMO (1982), *Sporhase v Nebraska ex rel. Douglas*.

ron, e intensificaron la presión internacional por negociar el tratado. El Pacto del Río Colorado de 1922 entre los siete estados que compartían el río parecía anticipar una futura asignación a México, porque requería que los estados superiores e inferiores de la cuenca contribuyeran igualmente a responder a las obligaciones futuras de aprovisionar agua a México.

El Tratado de México firmado en 1944 asignó a México un caudal anual garantizado de 1,5 millones de acre-pies de agua del Colorado, que se reduciría en caso de sequía grave en Estados Unidos. Se creó la Comisión Internacional de Aguas y Fronteras para administrar el tratado. Las partes concluyeron las negociaciones con prisa, pasando por alto varias ambigüedades complicadas. Sobre todo, el Tratado no mencionaba nada sobre la calidad del agua. Más tarde, el desarrollo aguas arriba en Estados Unidos provocó el incremento de la salinidad del río porque se consumía más agua y se construían más presas y embalses. La menor cantidad de agua en el río también implicaba una mayor evaporación de los embalses de almacenamiento y concentraciones de salinidad más altas. Los regantes agravaron el problema devolviendo aguas con altas concentraciones de sólidos disueltos.

El problema de la salinidad estuvo latente hasta 1961. En ese año, la Zona de Riego de Wellton-Mohawk en Arizona empezó a bombear aguas de drenaje de bajo sus tierras, liberando las aguas salinas al Río Colorado justo al norte de México. México respondió protestando a EE.UU. Estados Unidos y México firmaron una serie de acuerdos provisionales, en función de los cuales Estados Unidos aceptó aplicar medidas de reducción de la salinidad. El acuerdo final, Acta 242 de la Comisión Internacional de Aguas Fronterizas, marcó un umbral superior al incremento de la salinidad en el río por debajo de la Presa Imperial, que representa el último punto desde donde Estados Unidos desvía agua.

El gobierno federal asumió la responsabilidad de cumplir las obligaciones sobre salinidad del Acta 242. El Congreso aportó fondos para construir proyectos federales de reducción de la salinidad, tales como un canal que circunvalaba los flujos de retorno de Wellton-Mohawk, una enorme planta de desalinización y estructuras para interceptar diversas fuentes de sal naturales y provocadas por el hombre. Estos proyectos federales representan, en efecto, una «póliza de seguro» contra las limitaciones al desarrollo impuestas sobre los estados de la cuenca del Río Colorado por la obligación de controlar la salinidad.

Sin embargo, muchos problemas de aguas con México no se resolvieron. Por ejemplo, actualmente no existe ningún sistema para dividir las aguas subterráneas transfronterizas. Se mantiene el bombeo no regulado, las ciudades fronterizas como El Paso y Juárez compiten por suministros en descenso. En consecuencia, el Acta 261 se negoció para otorgar a la Comisión Internacional de Aguas Fronterizas más autoridad sobre la calidad de las aguas en la región fronteriza. Los dos países han desarrollado planes de cooperación para compartir información científica y estudios sobre acuíferos conjuntos.

## **2. CANADÁ**

Canadá es una nación al mismo tiempo aguas arriba y aguas abajo de Estados Unidos, porque el sistema del Río Columbia tiene meandros dentro y fuera de ambos países. Se han negociado varias cuestiones.

Una cuestión hacía referencia a las responsabilidades de almacenamiento de las dos naciones y el derecho de Canadá de compartir los beneficios obtenidos por Estados Unidos del almacenamiento de agua en Canadá. El almacenamiento a gran escala era la opción más viable en Canadá, pero Canadá no tenía incentivo para construir esas instalaciones. En un principio, Estados Unidos ofreció a Canadá el pago de una indemnización por los daños causados por la inundación de las tierras canadienses detrás de las presas estadounidenses. Por el contrario, Canadá quería una parte de los beneficios económicos mucho más valiosos aguas abajo del almacenamiento, incluyendo el incremento de la energía hidroeléctrica y la protección frente a pérdidas por inundaciones. Tras mucho debate sobre cómo compartir los beneficios de aguas, ambas naciones acordaron un reparto equitativo de los beneficios económicos con el Tratado del Río Columbia. Este tratado especifica que Canadá proporcionará 15,5 millones de acre-pies para almacenamiento, y Estados Unidos explotará las presas para obtener los máximos beneficios del almacenamiento canadiense; Estados Unidos puede exigir (por un precio de 1,875 millones de dólares por petición más pérdidas de energía hidroeléctrica) liberaciones de agua almacenada en caso de emergencia pese a las necesidades hidroeléctricas de Canadá, y Canadá no derivará el río Columbia de Estados Unidos hacia el río Fraser de conformidad con el Tratado de Aguas Fronterizas de 1909 con Canadá.

## **3. SUPREMACÍA DE LOS TRATADOS SOBRE LA LEY ESTATAL DE AGUAS**

El artículo I, Apartados 8 y 9 de la Constitución de Estados Unidos, confiere al Presidente potestad para firmar tratados con el asesoramiento y el consentimiento del Senado. Como decíamos antes, la Constitución convierte en suprema la ley federal, incluyendo los tratados firmados por Estados Unidos. Así pues, la ley estatal de aguas está supeditada a los tratados internacionales.

## **VIII. CONCLUSIÓN**

Históricamente, los estados han diseñado sus propios regímenes de leyes sobre aguas acordes con la autonomía de cada miembro de la unión federal para gestionar los recursos dentro de sus fronteras. Los sistemas de apropiación anterior adoptados en los estados occidentales se asemejaban mucho unos a otros, y los estados orientales denominados ribereños desarrollaron sistemas jurídicos bastante similares entre sí. En última instancia, muchos estados de ambas regiones adoptaron sistemas de permisos que eran comparables, con distinciones ocasionales relacionadas con los orígenes del derecho consuetudinario en el estado o región en particular. El principio general de la deferencia del gobierno federal a la legislación estatal

de aguas solamente tiene significado en ausencia de legislación federal o de una política con base legislativa. El principio se cumplió en la primera época, cuando se crearon nuevos estados y se aprobaban leyes para abordar las condiciones climáticas y geográficas, particularmente en el Oeste donde la política federal favorecía la expansión de los asentamientos. Con todo, la política nacional comenzó a responder a cuestiones políticas más amplias y se dio prioridad sobre las leyes estatales siempre que surgían conflictos.

Los primeros conflictos incluyeron proyectos nacionales en apoyo de la navegación. Para los tribunales fue sencillo concluir que esto competía a la autoridad del Congreso en virtud de la Cláusula de Comercio de la Constitución. Más tarde, los estados atrajeron de buen grado la inversión federal en proyectos hidráulicos para facilitar el regadío. El desarrollo de estos proyectos entraba a veces en conflicto con las leyes estatales sobre aguas. Aunque los beneficiarios locales de los proyectos y los propios estados estaban encantados de contar con la financiación federal, se planteaban retos respecto a la autoridad federal para ignorar o contradecir la legislación estatal. Casi invariablemente, el Tribunal Supremo estadounidense declaró que los proyectos federales de aguas entraban dentro del poder del Congreso sobre defensa, comercio o tributación y gasto. Asimismo, el Tribunal defendió las licencias federales para la construcción y el funcionamiento privado o municipal de instalaciones hidroeléctricas. Cuando la inversión federal en proyectos hidráulicos disminuyó en la última parte del siglo XX, la legislación medioambiental federal aumentó, lo que planteó conflictos con usos de aguas que de lo contrario hubieran sido permitidos por las leyes estatales sobre aguas, algunos de los cuales había sido validados con permisos estatales. A diferencia de los grandes proyectos hidráulicos federales, que aportaron subvenciones locales además de una colisión con las leyes estatales sobre aguas, los conflictos con la soberanía del estado provocados por leyes medioambientales federales no se vieron mitigados por ningún beneficio local percibido.

La ley era clara: en cuanto el Congreso nacional toma partido, se declara la prioridad sobre las leyes estatales de aguas, siempre y cuando el Congreso quiera este resultado y su acción esté basada en un poder especificado en la Constitución. Las políticas que requieren un nivel de uniformidad nacional, que versan sobre relaciones con las tribus indias, navegación, terrenos públicos, pesca, flora y fauna, y protección medioambiental, han actuado para dar preferencia sobre el funcionamiento de las leyes estatales. Igualmente, las leyes estatales tuvieron que ceder al cumplimiento de las asignaciones interestatales de agua y tratados internacionales.

¿Se sorprenderían los fundadores de Estados Unidos de que el gobierno nacional ejerza actualmente este profundo control sobre el uso del agua otorgada a individuos y entidades privadas mediante complejos regímenes jurídicos estatales? Esta cuestión no se previó hace más de 200 años pero, en retrospectiva, la injerencia del poder federal era necesaria para llevar a cabo programas de relevancia nacional. En un principio, el poder federal sobre navegación fue invocado para unificar la nación para fines comerciales. Los estados solicitaron inversiones en

proyectos hidráulicos aunque lamentaran los controles federales que conllevaban dichas inversiones. Más recientemente, los estados, por cuestiones prácticas o políticas, no han sido capaces o no han querido desarrollar controles medioambientales apropiados para un mercado nacional. Esto ha conllevado la promulgación de leyes federales con prioridad sobre las leyes estatales sobre aguas. Esta última intromisión del poder federal ha creado los conflictos más graves con las leyes estatales sobre aguas y los derechos por ellas contemplados. No obstante, en la práctica, los proveedores de agua (ciudades, distritos de aguas especiales y entidades privadas) han llegado a acuerdos razonables con los reguladores estatales y federales.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA**

- CASE, Pamela y ALWARD, Gregory (1997), *Patterns of Demographics, Economic and Value Change in the Western United States, Informe a la Comisión Asesora para la Revisión de Políticas de Aguas en el Oeste.*
- GETCHES, David H. (2004), *Water Law in a Nutshell, 4ª edición*, Nueva York, West.
- GURU, Manjula y HORN, James (2000), *The Ogallala Aquifer*. The Kerr Center for Sustainable Agriculture, Inc.
- TARLOCK, Dan A.; CORBRIDGE, James, N., Jr. y GETCHES, David H. (2002), *Water Resource Management*, 5. edición, Nueva York, Foundation Press.
- TARLOCK, Dan A. (2001), *The Law of Water Rights and Resources*. New York: West Group.
- ENCUESTA GEOLÓGICA DE EE.UU. (1998, 2000), *Estimated Use of Water in the United States*.
- ATLAS NACIONAL DE EE.UU. <http://www-atlas.usgs.gov/natlas>
- COMISIÓN ASESORA PARA LA REVISIÓN DE POLÍTICAS DE AGUAS EN EL OESTE (1998), *Water in the West: Change for the New Century*.



# Gestión del agua en un estado federal: la experiencia canadiense

J. OWEN SAUNDERS<sup>1</sup>

**Resumen:** Canadá se enfrenta a especiales retos como estado federal en la gestión de sus vastos recursos hídricos, muchos de los cuales son de naturaleza transjurisdiccional, compartidos con Estados Unidos o entre las provincias y territorios canadienses. Aunque el gobierno federal posee una extensa gama de palancas constitucionales potencialmente poderosas con las que influir en distintos aspectos de la gestión del agua, carece de la jurisdicción plenaria que le permitiría abordar la gestión del agua de una manera integrada. Según la Constitución canadiense, a las provincias se les confiere la mayor parte de la responsabilidad propietaria y legislativa para la gestión de los recursos naturales, incluyendo la gestión del agua, supeditadas a algunos intereses federales concretos. No obstante, aún reconociendo la primacía de la función provincial, el nivel de gobierno federal ha adoptado una visión excesivamente modesta de sus poderes. La reticencia federal a ejercer su autoridad en cuestiones hídricas que claramente revisten un interés nacional, en especial los cursos de agua transjurisdiccionales, ha dificultado posiblemente el desarrollo de regímenes eficaces de gestión de cuencas en Canadá. A medida que estas aguas se vean sometidas a una tensión creciente en las próximas décadas, sobre todo en vista de los previstos efectos del cambio climático, el fracaso continuado del gobierno federal a la hora de reivindicar su propio rol para articular el interés nacional respecto a la gestión del agua podría impedir la resolución efectiva de los retos emergentes en materia de gestión del agua.

**Palabras clave:** federalismo, ley, agua.

**Relación de Acrónimos.**

BWT	Boundary Waters Treaty
IJC	International Joint Commission
CWIC	Water Issues Council

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. GENERALIDADES

La gobernanza de los recursos hídricos en la federación canadiense refleja en general un enfoque altamente descentralizado respecto al federalismo y en con-

1. Executive Director of the Canadian Institute of Resources Law. University of Calgary (Canada).

creto un enfoque sobre la gestión de los recursos naturales según el cual el gobierno nacional gobierna básicamente a las provincias como los principales gestores de los recursos. En primer lugar, este artículo se propone explorar las raíces constitucionales y políticas de la supremacía provincial en la gestión de los recursos hídricos; en segundo lugar, este artículo ilustra con dos estudios de casos cómo esta supremacía puede conducir a la consecución de malos resultados políticos para la gestión de las cuencas compartidas y, para terminar, ofrece algunas sugerencias sobre el modo de reconciliar el enfoque descentralizado del federalismo que se practica en Canadá con la necesidad de reflejar los intereses nacionales en la gestión de las aguas interjurisdiccionales.

## **2. RESERVAS DE AGUA DULCE EN CANADÁ**

Aparentemente, Canadá es uno de los países más ricamente dotado del mundo por lo que respecta a recursos de agua dulce: aproximadamente la mitad del 1% de la población mundial disfruta del 20% de sus recursos de agua dulce. Con todo, este panorama puede inducir a error. Primero, gran parte de sus reservas de agua dulce no son renovables (si bien Canadá tiene acceso al 7% de los recursos de agua dulce renovable del mundo). Además, una gran proporción de las reservas de agua dulce de Canadá están situadas lejos de los grandes núcleos de población, con el 60% de sus ríos que discurren hacia el norte, mientras entre el 80 y el 90% de sus habitantes residen en la franja sur en un radio de 300 Km. de la frontera con Estados Unidos<sup>2</sup>.

Tanto la naturaleza de los recursos hídricos como los retos de gestión que éstos presentan varían significativamente de una región a otra. Las cinco cuencas de captación más importantes de Canadá (hay numerosas subcuencas, en ocasiones significativas) son las que desembocan en el Pacífico, la parte occidental del Océano Ártico, la Bahía de Hudson, el Atlántico y (de una menor relevancia) el sistema del Mississippi (que desemboca en el Golfo de México). Las seis provincias orientales dependen principalmente de la Cuenca del Atlántico (incluyendo los Grandes Lagos y el Río San Lorenzo), aunque los ríos norteños en las provincias de Québec y Ontario que fluyen en dirección de la Bahía de Hudson tienen mucha importancia para la energía hidroeléctrica. Los núcleos de población de las tres Provincias de las Praderas (Alberta, Saskatchewan y Manitoba) también están ubicados predominantemente en la Cuenca de la Bahía de Hudson, aunque la Cuenca Ártica (dominada por el Mackenzie y sus afluentes) está cobrando relevancia debido al ritmo de desarrollo de los recursos en el norte, y en particular la generación de energía asociada con la rápida expansión de las arenas petrolíferas de Alberta. Finalmente, la provincia costera occidental de la Columbia Británica está dominada por su dependencia de la cuenca de captación del Pacífico, aunque en el noroeste de la provincia, la Cuenca Ártica posee una importante capacidad hidroeléctrica. Cabe señalar que el carácter jurídico de los derechos sobre el agua varía en todo

---

2. NOWLAN, (2005).

el país, donde los regímenes de las provincias orientales (salvo Québec) están arraigados en la doctrina de los derechos ribereños, mientras que Québec cuenta con un código civil y las provincias occidentales han adoptado regímenes basados en la asignación anterior (una situación bastante similar a la de Estados Unidos, donde el enfoque ribereño tiene una influencia predominante en los estados orientales y la apropiación anterior predomina en los estados occidentales).

Además de las 10 provincias, Canadá incluye tres territorios federales: Yukon, los Territorios del Noroeste y Nunavut. Este último se encuentra en la cuenca de captación de la Bahía de Hudson y los dos primeros están ubicados dentro de la Cuenca Ártica. Los tres territorios atraviesan diferentes fases de la transferencia constitucional de competencias, incluyendo las responsabilidades referentes a la gestión del agua. Aunque en muchos sentidos los territorios poseen responsabilidades ampliamente comparables a las de las provincias, la situación no es la misma en algunos ámbitos; asimismo, las responsabilidades que tienen son el resultado de la legislación federal, y no están garantizadas constitucionalmente. En consecuencia, el presente artículo se centra sobre todo en las funciones provinciales y federales en la gestión del agua.

Además de su riqueza en aguas superficiales, Canadá dispone de considerables recursos de aguas subterráneas, que tampoco están distribuidos uniformemente por el país. Sin embargo, aproximadamente el 30% de los canadienses dependen del agua subterránea para el agua potable. Dos tercios son habitantes que residen en el medio rural<sup>3</sup>. Pese a su importancia, las reservas de aguas subterráneas de Canadá están mal entendidas en muchos sentidos, y este conocimiento varía considerablemente según las regiones y los acuíferos. Igualmente, existe una gran variedad de enfoques en relación con la gestión de las aguas subterráneas, incluyendo cuestiones fundamentales como la posibilidad de cobrar por la extracción del recurso.

Como la naturaleza de los recursos hídricos en Canadá varía significativamente de una región a otra, no es de extrañar que los desafíos respecto a gestión del agua sean distintos. En el este de Canadá y la Columbia Británica, la cantidad de agua no ha supuesto una preocupación grande tradicionalmente, aunque en los Grandes Lagos las variaciones regionales en los niveles de los lagos hayan generado de vez en cuando preocupaciones especialmente para los usos recreativos y de navegación. En general, las inquietudes en estas provincias se han centrado en aspectos de calidad de las aguas, incluyendo un agravamiento de las preocupaciones en años recientes por la seguridad del agua de boca, en gran medida como resultado de un problema importante de contaminación de las aguas en un municipio de Ontario, que conllevó una serie de muertes y centró la atención nacional en la seguridad del suministro de agua potable (cabe destacar además que el problema de la calidad del agua de boca se ha identificado como un reto particular de las comunidades aborígenes en todo Canadá).

---

3. COTÉ, (2006).

En las tres Provincias de las Praderas, especialmente en las zonas del sur situadas en el sistema de drenaje de la Bahía de Hudson, los desafíos a los que se han enfrentado tradicionalmente los gestores del agua aluden a cuestiones de cantidad de agua, aunque en los últimos años la calidad del agua está cobrando relevancia, sobre todo por el número creciente de grandes explotaciones ganaderas de engorde, especialmente al sur de Alberta. Esta atención principal por la cantidad de agua refleja en parte la aridez de la región de la Pradera, y en parte la importancia que tiene la agricultura para la economía regional, pero incluso aquí los desafíos varían al igual que entre las provincias. Por ejemplo, mientras Manitoba depende muy poco del riego para su sector agrícola, y Saskatchewan moderadamente en comparación con el total de la nación, Alberta recurre enormemente al regadío para respaldar su sector agrícola en el sur, y esta provincia aglutina más del 60% del total de terrenos irrigados del país, casi todo dedicado a cultivos extensivos, heno y pasto. Si hubiera reducciones en los caudales de los ríos de la Pradera en el futuro, algo que es muy probable en vistas del cambio climático que se avecina, Alberta podría verse obligada a tomar difíciles decisiones entre sus propias necesidades y las de sus vecinos aguas abajo.

La Cuenca Ártica, y en particular el sistema Mackenzie, se plantea retos relativos tanto a la calidad como la cantidad de agua. Estos retos se agravan por las distintas necesidades de las jurisdicciones en la Cuenca: la Columbia Británica tiene un especial interés que tiene por utilizar la Cuenca para la generación de energía hidroeléctrica, Alberta depende de la Cuenca para el desarrollo de otros recursos naturales (especialmente petróleo y silvicultura) y los Territorios del Noroeste dependen del Mackenzie para usos no consuntivos asociados con la preservación de estilos de vida indígenas. Trataremos con más detalle estos retos en los siguientes apartados.

Como mención final, la única nota común que parece caracterizar el uso que hacen los canadienses de los recursos de agua dulce es el despilfarro. Los canadienses están entre los usuarios que más agua dulce consumen en el mundo. Entre los miembros de la OCDE, por ejemplo, Canadá ocupa el segundo puesto sólo después de Estados Unidos en el consumo de agua per capita, y consume un 65% más que la media en los países de la OCDE<sup>4</sup>.

## **II. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE LA GESTIÓN DEL AGUA EN CANADÁ**

Canadá se creó como federación en 1867 a partir de cuatro Colonias Británicas. Como resultado de adiciones ulteriores, la federación consta ahora de 10 provincias y tres territorios federales nortños. Estos últimos no están oficialmente reconocidos en la Constitución<sup>5</sup>, y aunque atraviesan distintas etapas de desarrollo político en muchos sentidos son tratados del mismo modo que las provincias; éste

---

4. NOWLAN, (2005).

5. Constitución Act, 1867, 30 & 31 Vict. (U.K.), c. 3.

es el caso especialmente de la forma en que se llevan las relaciones intergubernamentales. La Constitución canadiense intenta en general dividir los poderes legislativos de los niveles de gobierno federal y provincial en dos listas diferenciadas, donde cada nivel de gobierno es soberano en su propio ámbito, y los poderes residuales corresponden al gobierno federal (existen algunos poderes compartidos en la Constitución, pero de éstas la agricultura es la única relevante para la gestión del agua).

La Constitución otorga aparentemente poderes importantes al gobierno federal, a través de los cuales puede influir en la gestión del agua. Las máximas autoridades federales más evidentes en la Constitución en torno a la gestión del agua son las referentes a la navegación y la pesca, aunque se encuentran también importantes palancas en la responsabilidad federal respecto al derecho penal (especialmente relevantes en el caso de la contaminación que puede resultar nociva para la salud de los humanos), el comercio, las obras y empresas interprovinciales e internacionales (por ejemplo, los canales), y la ejecución de tratados firmados por el Imperio Británico en nombre de Canadá.

Aunque no existe un máximo poder legislativo plenario a disposición del gobierno federal que le permitiera legislar de manera exhaustiva con respecto a gestión de los recursos hídricos, podemos imaginar que como resultado de una lectura expansiva de los poderes individuales o de la consideración del peso colectivo de las diversas máximas instancias de poder, el gobierno federal tendría suficiente margen de actuación. No obstante, en el federalismo canadiense, la tendencia de la jurisprudencia constitucional, especialmente en las últimas décadas, ha sido hacer una lectura limitada de los poderes específicos y restringirlos a su propósito más evidente. Así pues, por ejemplo, la legislación federal relativa a la contaminación aprobada bajo la autoridad del poder de pesca ha sido revocada por ir demasiado lejos allí donde no haya un vínculo demostrado entre la contaminación del agua y los daños sufridos por los peces o el hábitat pesquero (*Fowler v R* [1980] 2 S.C.R. 213). El Tribunal Supremo ha exigido un vínculo similar demostrable entre la medida de política hídrica y la máxima instancia de poder específica con respecto a la invocación del poder de navegación (*Northwest Falling Contractors v R* [1980] 2 Resolución del T.S. 292). Incluso la aparente voluntad del Tribunal Supremo en los últimos años de utilizar el poder del derecho penal para respaldar la legislación medioambiental federal (incluyendo legislación relacionada con la calidad de las aguas) (*R v Hydro-Québec* [1997] 3 Resolución del T.S. 213) tiene sus pros y sus contras, habida cuenta de la naturaleza inflexible de ese poder como instrumento regulador, especialmente a la hora de abordar las relaciones interjurisdiccionales.

Además de las máximas autoridades legislativas específicas, al gobierno federal le son conferidos otros poderes amplios en virtud de la Constitución, siendo el más importante el poder general de legislar en beneficio de «la paz, el orden y el buen gobierno» de Canadá. Este poder tiene una historia accidentada de definición de términos utilizados en los tribunales y ha sido interpretado como si englobara una serie de ramificaciones; la más relevante de ellas para la gestión del agua es la

doctrina del «interés nacional». Aunque esta doctrina ha sido invocada expresamente por el Tribunal Supremo con respecto a la gestión del agua, por ejemplo para justificar legislación relativa a la contaminación marina (que por lo demás compete al poder de pesca) (*R v Crown Zellerbach Canadá Ltd* [1988] 1 Resolución del T.S. 401), en otras ocasiones no queda siempre claro hasta qué punto el Tribunal está basándose en este poder general o en una de las máximas instancias de poder específicas. Por ejemplo, el Tribunal ha revocado legislación provincial sobre calidad del agua que tiene efectos interprovinciales (*Interprovincial Cooperatives v Manitoba* [1976] 1 Resolución del T.S. 477), pero no queda del todo claro hasta qué punto la sentencia recurrió al poder de pesca frente a un poder más general con respecto a la gestión interjurisdiccional del agua.

Independientemente del potencial teórico de actuación en virtud del poder de la paz, el orden y el buen gobierno, el gobierno federal, especialmente en las últimas décadas, ha dudado en la práctica a la hora de invocar el interés nacional explícitamente como base para la reglamentación federal de la gestión de los recursos naturales, y ha mostrado una marcada preferencia por recurrir a máximos poderes concretos en la Constitución. Incluso en los casos en que el gobierno federal haya mostrado su voluntad por asumir una función más importante en la gestión del agua, no siempre ha habido éxito. Por ejemplo, en la *Canada Water Act* de 1970 (Resolución del T.S. 1985, c. C-11), el gobierno federal impuso su autoridad para asumir medidas decididas y, si fuera necesario, unilaterales para gestionar el agua en cuencas donde la calidad de las aguas se ha convertido en una preocupación nacional. En la práctica, sin embargo, nunca se han invocado estas disposiciones de la Ley. Asimismo, la ambiciosa agenda de acciones federales en materia de agua en la *Federal Water Policy* de 1987 ha quedado sin llevar a la práctica en su mayoría<sup>6</sup>. Más frecuentemente, cuando el gobierno federal desea lograr objetivos en materia de gestión del agua, emplea su poder de gasto, generalmente en forma de programas de costes compartidos negociados con las provincias.

Es cierto que la Constitución contempla además otros poderes, incluso más amplios, por parte del gobierno federal, incluyendo el poder de ocupar un área política declarando la realización de cualquier obra como una ventaja general para Canadá, y el poder de desestimar cualquier tipo de legislación provincial en un período de tiempo concreto desde la aprobación de una legislatura. Aunque hay numerosos ejemplos de utilización de estos poderes en las primeras décadas de la Confederación, en la actualidad han caído probablemente en desuso; indudablemente, en términos prácticos, su invocación se consideraría como mínimo un asunto políticamente explosivo y potencialmente incluso como una vulneración de la convención constitucional establecida.

Este último punto, la imposibilidad política de invocar la autoridad constitucional que existe formalmente en la Constitución escrita, refleja una dimensión más amplia y vital del federalismo canadiense: en muchos sentidos, la mecánica

---

6. ENVIRONMENT CANADA, (1987).

real del federalismo canadiense se ve más influenciada por lo que se ha venido en llamar la «Constitución política» que por la Constitución escrita. A este respecto, cabe recordar que el núcleo de la Constitución de Canadá continúa siendo la legislación de 1867 aprobada por el Parlamento británico (cuya «patriación» a Canadá no fue efectiva hasta 1982), con todas sus peculiaridades intactas. La más importante de ellas es el énfasis formal en un gobierno federal fuerte, un énfasis arraigado en los recuerdos cercanos de la entonces reciente Guerra Civil en los Estados Unidos. Si bien en los primeros días de la Confederación el gobierno federal actuó como se había previsto en 1867, las posiciones relativas de los niveles federal y provincial de gobierno han cambiado enormemente con los años. No hace falta mencionar aquí las fuerzas que han militado a favor de una mayor autonomía provincial. Baste señalar que, a pesar de las disposiciones formales de la Constitución escrita, y en gran medida debido a las presiones políticas (instigadas en casos muy destacados por interpretaciones judiciales de la Constitución), el sistema federal canadiense ha evolucionado hasta convertirse en uno de los más descentralizados del mundo. Una de las consecuencias de esta evolución es la incapacidad, o al menos la falta de voluntad, de los sucesivos gobiernos federales para reivindicar su postura en la gestión de los recursos naturales, incluyendo la gestión del agua.

En contraste con los poderes importantes pero discretos del gobierno federal para influir en la gestión de los recursos hídricos, los gobiernos provinciales gozan de una autoridad mucho más amplia. Esta autoridad tiene una naturaleza tanto propietaria como legislativa. A diferencia de Estados Unidos, donde hay tierras federales muy significativas, sobre todo en los estados occidentales, la mayor parte de las tierras públicas dentro de las provincias pertenece a las provincias (aunque existen algunos intereses de propiedad federal importantes como resultado de los terrenos reservados para los nativos y a través de la propiedad de parques nacionales, terrenos para defensa, etc.). Los derechos propietarios inherentes a la propiedad provincial están respaldados por derechos legislativos, concretamente con respecto a la gestión de las tierras (y recursos) de carácter público, y más en general con respecto a asuntos de índole local o privada, incluyendo los derechos civiles y de la propiedad. Como resultado, es en el nivel provincial donde se encuentra la autoridad amplia necesaria para gestionar los recursos hídricos de manera integral.

El carácter predominante de las provincias en la gestión de los recursos naturales se ha reforzado en los últimos años como consecuencia de una consideración muy práctica. A medida que las provincias se han implicado en la gestión de sus reservas de recursos naturales, éstas han adquirido necesariamente la experiencia práctica asociada y el personal preciso para llevar a cabo dicha gestión. Por ello, ellas representan el nivel de gobierno que tiene el «contacto directo» necesario para implantar iniciativas de gestión de recursos. Por el contrario, el gobierno federal, a falta de un mandato plenario en gestión de recursos, no ha desarrollado el mismo grado de experiencia práctica para aplicar políticas relativas a recursos, y en muchos casos depende de la cooperación con políticos provinciales para im-

plantar con eficacia iniciativas por su cuenta. Esto ha sucedido sobre todo en los últimos 15 años, cuando por motivos fiscales el gobierno federal se ha despojado de gran parte de su experiencia política en una serie de ámbitos, incluyendo la gestión del agua.

### **III. DESAFÍOS QUE PLANTEA EL PREDOMINIO PROVINCIAL EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS**

Si bien es cierto que el predominio de las provincias en la gestión del agua refleja probablemente un consenso en Canadá respecto a que las provincias deberían ser en general las dueñas de sus recursos, al menos resulta cuestionable si esta hegemonía ha dado siempre resultados políticos óptimos, sobre todo en el caso de la gestión de las aguas interjurisdiccionales; a decir verdad, en la literatura sobre federalismo canadiense se ha señalado que la naturaleza de las externalidades interjurisdiccionales en el uso del agua es tal que «existen razones de peso a favor de la autoridad central para garantizar el manejo de cuencas integrado y el respeto por los valores básicos del federalismo relativos a los criterios de democracia y eficacia funcional»<sup>7</sup>. Dos ejemplos prácticos de los inconvenientes que plantea un alto nivel de deferencia a los intereses provinciales derivan de las negociaciones sobre la gestión de la Cuenca Mackenzie y la respuesta federal a las preocupaciones públicas sobre la amenaza de las exportaciones de agua.

#### **1. GESTIÓN DE LA CUENCA MACKENZIE**

El sistema del Río Mackenzie fluye a través de tres provincias y dos territorios a lo largo de más de 4.000 Km. al norte de Canadá, antes de desembocar en el Océano Ártico. No obstante, la mayor parte de la Cuenca Mackenzie está situada en tres jurisdicciones: yendo en general de aguas arriba aguas abajo, se trata de las provincias de Columbia Británica, Alberta y los Territorios del Noroeste (las otras dos jurisdicciones son el Territorio Yukon y la provincia de Saskatchewan). Comprende la décima cuenca hidrográfica más grande del mundo, con una superficie de 1,8 millones de Km<sup>2</sup>, lo que equivale al 20% de la masa continental de Canadá<sup>8</sup>. No obstante, esta Cuenca está escasamente poblada (alrededor de 400.000 personas) y supone poco más del 1% de la población canadiense. Un porcentaje significativo de esta población, sobre todo en Territorios del Noroeste, es aborígen. Existen evidentes conflictos de uso de los recursos en la Cuenca, donde hay importantes empresas hidroeléctricas asentadas (especialmente en Columbia Británica) y presiones en aumento sobre la cantidad y la calidad de las aguas tras el rápido desarrollo de los ingentes depósitos de arenas petrolíferas de Alberta. Al mismo tiempo, las poblaciones indígenas del norte dependen considerablemente de las aguas del sistema Mackenzie para el mantenimiento de sus estilos de vida tradicionales. Lamentablemente, estas personas son en gran medida los usuarios

7. KENNETT, (1992), pg. 48.

8. INFORME SOBRE EL ESTADO DEL ECOSISTEMA, (2003).



aguas abajo del recurso. En definitiva, el Mackenzie es precisamente el tipo de sistema interjurisdiccional con aprovechamientos de los recursos en competencia que más necesita un acuerdo global que equilibraría los intereses de cada uno de los usuarios de los recursos.

Sin embargo, en realidad, las acciones emprendidas para adoptar un plan exhaustivo de gestión de la Cuenca Mackenzie pueden describirse como decepcionantes, y las deficiencias de las medidas del gobierno a este respecto son en gran parte el resultado de la falta de voluntad de los sucesivos gobiernos federales para articular una voz única y poderosa, incluso cuando esto parece claramente apropiado. Las negociaciones multijurisdiccionales sobre el Mackenzie comenzaron a principios de la década de 1970, pero el acuerdo intergubernamental sobre el uso de la Cuenca no entró en vigor hasta 1997<sup>9</sup>. El Acuerdo obliga a las partes, que incluyen a los gobiernos de Canadá y las cinco provincias y territorios de la Cuenca, a cumplir varios principios, que hacen hincapié en objetivos tan meritorios como la preservación de la integridad ecológica del ecosistema acuático, la sostenibilidad intergeneracional, el uso razonable (o más concretamente la prevención de daños irrazonables) y los deberes de notificar y consultar, en definitiva la esencia de lo que se consideraría un instrumento «moderno» para compartir las aguas de una cuenca interjurisdiccional. Sin embargo, más allá de esta declaración general de principios el Acuerdo ofrece muy poco consuelo a las jurisdicciones aguas abajo. Por ejemplo, el Acuerdo carece de un proceso de resolución vinculante de controversias (contempla meramente un proceso que en el mejor de los casos genere recomendaciones para las condiciones de resolución de controversias), y la articulación de obligaciones sustantivas específicas debe ser negociada mediante acuerdos subsidiarios bilaterales entre las partes. Con todo, tras más de una década, se ha concluido únicamente un acuerdo bilateral, concretamente entre el Territorio Yukon y los Territorios del Noroeste, que poseen una cantidad muy restringida de aguas compartidas sin una gran relevancia. Cabe señalar finalmente que aún en el caso de que se firmaran otros acuerdos bilaterales con éxito, no está previsto que sean legalmente vinculantes para las partes.

Pese al hecho de que el gobierno federal tendría casi seguro la autoridad constitucional, actuando de conformidad con su poder relativo a la paz, el orden y el buen gobierno, para intervenir legislativamente con referencia al Mackenzie, su función ha sido ampliamente quiescente, y como mucho ha facilitado el avance de las negociaciones. En una situación como la que se vive en la Cuenca Mackenzie, donde las jurisdicciones aguas arriba no sienten ningún incentivo para actuar contra su propio interés en el desarrollo de los recursos hídricos de la Cuenca, raramente sorprenderá que las negociaciones hayan producido resultados modestos. Además, las perspectivas de lograr compromisos significativos por parte de las provincias aguas arriba del Mackenzie en el futuro son incluso más desalentadoras si

9. El Acuerdo Marco sobre Aguas Transfronterizas de la Cuenca Hidrográfica Mackenzie, entró en vigor el 24 julio 1997.

se considera que el Mackenzie sufrirá probablemente unos efectos adversos por encima de la media sobre los caudales como consecuencia del cambio climático.

Aunque los retos para la cooperación interjurisdiccional en los recursos hídricos compartidos sean quizá más acusados en el caso del sistema del Río Mackenzie, no son exclusivos de esa Cuenca, y probablemente se agravarán cuando los recursos se vean sometidos a una mayor tensión como resultado del desarrollo económico y de los efectos significativos sobre los caudales de los ríos a causa del cambio climático. El potencial de que surjan estas tensiones es más evidente en las Provincias de las Praderas canadienses (Alberta, Saskatchewan y Manitoba), cuyos cursos de agua compartidos en dirección este (que desembocan en la Bahía de Hudson) ya están agobiados por las demandas actuales. Hay que reconocer que existe un acuerdo interjurisdiccional sobre el aprovechamiento de esta agua, que no compromete a las partes a adoptar una fórmula específica de asignación, pero su situación jurídica es ambigua<sup>10</sup>.

## 2. EXPORTACIONES DE AGUA

Además de los desafíos que plantean las aguas interjurisdiccionales dentro de Canadá, el funcionamiento del federalismo canadiense también tiene implicaciones para las relaciones hídricas con Estados Unidos. Podríamos suponer que la gestión de los recursos hídricos internacionalmente compartidos es un asunto que compete claramente a la autoridad del gobierno nacional en una federación. Sin embargo, la situación in Canadá tiene más matices. El principal tratado que regula las relaciones entre Canadá y Estados Unidos en materia de agua es el Tratado sobre Aguas Fronterizas Internacionales (*Boundary Waters Treaty*, BWT) de 1909<sup>11</sup>. El BWT trata de los derechos y obligaciones de las partes en cuanto a las aguas fronterizas (esto es, aguas que forman parte de la frontera internacional, incluyendo sobre todo los Grandes Lagos) y sus afluentes, y en cuanto a las aguas transfronterizas (esto es, ríos que atraviesan la frontera internacional). Además, el tratado establece una comisión binacional, la *International Joint Commission* (IJC), a la que se le confiere principalmente la responsabilidad de supervisar el funcionamiento del tratado.

En muchos sentidos, el Tratado parece anticuado a los ojos modernos en su planteamiento de la gestión del agua. Por ejemplo, éste refleja la jerarquía de usos que se esperaría hace un siglo; no se incluyen explícitamente las aguas subterráneas en el Tratado, y existe una asignación sistemática de derechos dependiendo de si las aguas son fronterizas (donde el principio aplicable son los derechos iguales y similares) o transfronterizas o tributarias de aguas fronterizas (donde el principio aplicable es la exclusividad de derechos en el ribereño aguas arriba: la denominada

10. SAUNDERS, (1988).

11. Estados Unidos – Gran Bretaña, Tratado relativo a las aguas fronterizas y cuestiones surgidas en torno a la frontera entre Estados Unidos y Canadá, firmado el 11 enero 1909, y que entró en vigor el 5 mayo 1910, 36 Stat. 2448; TS 548; 12 Bevans 319.

Doctrina Harmon). Además, la contaminación se trata con una frase somera y falta toda referencia a conceptos modernos de manejo de cuencas o integridad de los ecosistemas. A pesar de estos defectos evidentes, el Tratado ha demostrado una robustez notable para dar cabida a los retos que evolucionan y los nuevos enfoques en la gestión del agua. Esto se debe sobre todo a cómo funciona la IJC; aunque ejerce algunos poderes cuasi-judiciales, gran parte del trabajo más importante de la Comisión tiene una naturaleza investigadora y recomendatoria en respuesta a referencias de los dos gobiernos, referencias que se expresan habitualmente en términos amplios y que han permitido la consideración de enfoques modernos respecto a la gestión del agua. Por ejemplo, la Comisión ha podido tratar cuestiones relacionadas con las aguas subterráneas de manera general y específica. Igualmente, ha aceptado durante muchos años la conveniencia de aplicar un enfoque de ecosistemas con respecto a la gestión del agua.

A pesar de los muchos beneficios que ha supuesto el BWT para ambas naciones en lo relativo a las relaciones intergubernamentales dentro de Canadá, la existencia del Tratado ha tendido en cierto sentido a impedir que el gobierno federal tomara iniciativas que estuvieran en línea con la gestión racional de las aguas fronterizas y transfronterizas. Un ejemplo de ello es el enfoque del gobierno federal respecto a las transferencias entre cuencas. Antes de analizar este asunto, es necesario describir primero brevemente el singular contexto constitucional que sirve de telón de fondo a la gestión transfronteriza de los recursos hídricos en Canadá.

Un aspecto importante del BWT que afecta al modo en que el gobierno federal enfoca los asuntos binacionales de gestión del agua hace referencia a las peculiaridades de la Constitución canadiense. Debido a su antigüedad, la Constitución no aborda adecuadamente la función del gobierno federal en las relaciones internacionales; esto se debe a que en la época de la Confederación y décadas más tarde, las relaciones de Canadá con el exterior recaían dentro de la autoridad del Gabinete Imperial en Londres. No obstante, la Constitución sí incluye una disposición que permite al gobierno federal ejecutar tratados (independientemente de si esto implica una intrusión en los poderes provinciales) que hayan sido suscritos por el Imperio Británico en nombre de Canadá.

Cuando Canadá obtuvo el poder para firmar tratados por derecho propio (formalmente en 1931, pero informalmente varios años antes), podría haberse esperado que el poder de ejecutar tratados del «Imperio» se extendería también a tratados firmados por Canadá por derecho propio. Sin embargo, en realidad esta disposición fue rechazada por los tribunales (*A-G Canadá v A-G Ontario [Labour Conventions]* [1937] A.C. 326 [P.C.]), por lo que el gobierno federal está limitado en su ejecución de las obligaciones de tratados a aquellas disposiciones de los tratados que entran dentro de su competencia legislativa normal. Dicho de otro modo, no puede recurrir a obligaciones de tratados no imperiales para justificar el hecho de legislar infringiendo la norma de división de poderes legislativos establecidos en la Constitución. Esta situación no sólo es anómala para los estados federales, sino que además genera considerables problemas prácticos para el gobierno

federal, tanto en términos generales como en referencia concreta a la gestión del agua. Esto se traduce en que, si bien el gobierno federal puede recurrir a la cláusula del tratado imperial para justificar su ejecución del BWT, debe buscar en otras fuentes (principalmente el poder de la paz, el orden y el buen gobierno) para justificar su ejecución de otros tratados post-imperiales relacionados con la gestión del agua, tales como el Tratado del Río Niágara de 1950<sup>12</sup> y el Tratado del Río Columbia de 1961<sup>13</sup>.

Un ejemplo de las consecuencias para la gestión del agua como resultado de la dependencia federal del BWT alude a un debate nacional que ha emergido esporádicamente en los últimos 20 años en Canadá, concerniente a las implicaciones de los acuerdos de comercio internacionales de Canadá (incluyendo tanto las obligaciones de la Organización Mundial del Comercio como las del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pero especialmente este último) sobre la capacidad de Canadá para gestionar sus recursos hídricos según crea conveniente, y en particular la capacidad para limitar o prohibir las exportaciones de agua. El incidente que más atrajo la atención del público en este sentido fue la concesión de una licencia provincial para exportar agua en buques cisterna desde los Grandes Lagos (concretamente, el Lago Superior) en 1998. A pesar de que la licencia se retiró posteriormente, y que el plan de exportación tal y como estaba diseñado resultaba simplista y con muy pocas probabilidades de llevarse a término, el propio hecho de que se pudiera obtener esas licencias aparentemente de forma sencilla provocó una protesta nacional para que el gobierno federal actuara de inmediato.

Finalmente, el gobierno federal tomó una serie de medidas en respuesta a esta presión pública, incluyendo en envío del caso a la IJC para que investigara y emitiera recomendaciones, y el compromiso (insatisfactorio al final) de trabajar con las provincias para conseguir moratorias provinciales sobre la posibilidad de exportar agua. El aspecto más interesante en el contexto de este artículo es, sin embargo, la legislación introducida por el gobierno federal para abordar el problema como una cuestión nacional. El núcleo central de la legislación federal (que se consiguió mediante una enmienda a la legislación existente que ejecutaba el BWT) contemplaba restricciones significativas (básicamente una prohibición con algunas excepciones limitadas) sobre la extracción de aguas *fronterizas* de la cuenca en donde estaban situadas. En suma, el gobierno se sintió capaz entonces de atajar solamente una parte del problema, el potencial de exportación de aguas *fronterizas* frente a otras aguas (ya sean *transfronterizas* o puramente nacionales). Esta solución parcial, independientemente de cómo entendamos su utilidad en cualquier caso, claramente no concuerda con lo que los gestores de aguas no constreñidos por consideraciones políticas considerarían una forma apropiada de abordar el problema. La

---

12. Tratado relativo a los usos del río Niágara, firmado el 27 febrero 1950, que entró en vigor el 10 octubre 1950, 1 UST 694; TIAS 2130; 132 UNTS 223.

13. Tratado relativo al desarrollo cooperativo de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica del Columbia, firmado el 17 enero 1961, que entró en vigor el 16 septiembre 1964, con acuerdos relacionados efectuados por canjes de notas en Washington 22 enero 1964, y en Ottawa 16 septiembre 1964, 15 UST 1555; TIAS 5638; 542 UNTS 244.

respuesta federal parece incluso más tibia si se tiene en cuenta que cualquier amenaza práctica que se cierna sobre las exportaciones, por motivos simplemente geográficos, casi nunca procederá de las aguas fronterizas sino de los lagos y ríos costeros de agua dulce que no se encuentran dentro del ámbito del BWT y su legislación sobre ejecución.

Lo que resulta más sorprendente de la respuesta federal a la potencial amenaza de las exportaciones de agua es lo mucho que debió adaptarse para encajar dentro de una máxima instancia de poder federal clara y destacada (la cláusula de tratados imperiales en la Constitución), incluso a expensas de la coherencia política. El motivo por el cual las aguas fronterizas precisan más protección que otras de la amenaza de las transferencias entre cuencas es algo que no fue abordado por el gobierno federal, a pesar de la convicción de los ciudadanos canadienses aquella época de que había realmente necesidad de proteger las aguas dulces canadienses en general de las presiones de exportación potenciales. Para terminar, cabe destacar que había otras opciones disponibles para el gobierno federal, incluyendo evidentemente la legislación plenaria basada en el poder de la paz, el orden y el buen gobierno antes mencionado. La escasa disposición del gobierno para ejercer esta opción, aun cuando hubiera concitado la aprobación pública, es un reflejo de la falta de voluntad de los gobiernos federales para interferir en las prerrogativas de los gobiernos provinciales en asuntos relacionados con la gestión de los recursos naturales en general y el gobierno de las aguas en particular.

#### **IV. RETOS POLÍTICOS Y OPCIONES EMERGENTES**

Los gestores de aguas canadienses tienen importantes retos nuevos y emergentes a los que enfrentarse. Algunos de ellos son de carácter convencional pero su magnitud es cuantitativamente diferente a la experimentada en el pasado. Un ejemplo relevante en Canadá es el conflicto cada vez más evidente entre la seguridad de la energía y la seguridad del agua. La amenaza para la calidad y la cantidad del agua en la Cuenca Mackenzie como resultado del rápido desarrollo de las arenas petrolíferas de Alberta se está convirtiendo en una preocupación nacional en Canadá (porque ha generado ya un debate candente dentro de la propia provincia). Más en general, a medida que el oeste se convierta en un motor más determinante para el crecimiento económico en Canadá, se incrementará la presión sobre los recursos hídricos en la que es ya de por sí una región árida (con la salvedad de la Columbia Británica). Además de afrontar los desafíos convencionales para la política de recursos hídricos relacionados con el crecimiento de la población y la economía, los gestores de aguas canadienses se enfrentarán en las próximas décadas a los efectos del cambio climático. Las previsiones para los recursos hídricos canadienses como resultado del cambio climático son efectos negativos importantes en los caudales de los ríos en las Provincias de las Praderas (no sólo por los cambios en los patrones de precipitaciones, sino también por el deshielo de los glaciares y las cumbres nevadas que actualmente alimentan los ríos de la Pradera que fluyen hacia el este); el pronóstico para Canadá oriental es más variado, pero una vez más

se esperan niveles de agua más bajos en la región de los Grandes Lagos<sup>14</sup>. Atendiendo a estas expectativas, parece cada vez más importante que los niveles de gobierno federal y provincial acuerden un claro reparto de responsabilidades que permita unas respuestas políticas sustentadas en sólidos principios de gestión del agua y no en la protección del territorio jurisdiccional. En este apartado se plantean varias opciones diseñadas para satisfacer los intereses jurisdiccionales legítimos de ambos niveles de gobierno y al mismo tiempo cumplir los criterios de una buena política hídrica.

Una de las principales funciones de un gobierno nacional en la mayoría de federaciones es facilitar, directa o indirectamente, la resolución de controversias entre entidades subnacionales. En el contexto de la gestión de recursos hídricos, esto puede suponer, por ejemplo, inducir o solicitar estructuras de gestión para aguas compartidas interjurisdiccionalmente. Este enfoque puede ser atractivo si se considera la alternativa más probable: la resolución de controversias a través de litigios entre gobiernos, que por naturaleza tienen menos probabilidades de alcanzar una solución negociada que sea aceptable para ambas partes. Se han ejercido ambas opciones en Estados Unidos. No obstante, a causa de las peculiaridades de su sistema federal, ninguna de las dos se ha perseguido con mucho ánimo en Canadá. Con todo, en Canadá no sólo existe una escasa inclinación por parte del gobierno federal a imponer soluciones, sino además una tradición de no llevar las controversias interprovinciales a los tribunales (esta reticencia a involucrarse en pleitos interjurisdiccionales está alimentada además por la ausencia en Canadá de un tribunal con una jurisdicción constitucionalmente arraigada para arbitrar en tales disputas; los litigios interjurisdiccionales son posibles en Canadá, pero sólo porque los gobiernos provincial y federal mantienen una legislación que contempla la elevación de estas controversias ante el Tribunal Federal, legislación que, por supuesto, se puede revocar en cualquier momento). En consecuencia, las provincias aguas arriba sienten escasos incentivos por abordar cuestiones relacionadas con recursos hídricos compartidos interjurisdiccionalmente (e incluso hasta cierto punto la calidad de las aguas que se comparten). Como señalábamos más arriba en el contexto de la Cuenca Mackenzie, la falta de voluntad de las provincias aguas arriba para limitar su discreción de utilizar el recurso según les parezca conveniente podría exacerbarse en las próximas décadas cuando se perciban todos los efectos del cambio climático.

La pregunta importante en lo concerniente a la gestión del agua es cómo puede actuar el gobierno federal para resolver las enconadas diferencias interprovinciales (y provincio-territoriales) respetando al mismo tiempo la marcada propensión del federalismo canadiense hacia la deferencia a la función de las provincias como gestoras de sus propios recursos. La opción preferible debería minimizar la intrusión federal y al mismo tiempo conferir suficientes incentivos a las partes (pero sobre todo a las provincias aguas arriba) para llegar a acuerdos. La opción que mejor parecería satisfacer este doble requisito es la que se propuso hace más

---

14. ENVIRONMENT CANADA, (2008).

de dos décadas en el informe de la *Inquiry on Federal Water Policy* (Investigación sobre la Política Hídrica Federal)<sup>15</sup>. Según esta propuesta, el gobierno federal serviría de colchón en el caso de que los gobiernos provinciales o territoriales no llegaran a un acuerdo sobre los recursos hídricos compartidos. Cuando fracasaran los «esfuerzos razonables» por llegar a un acuerdo, y tras haber recibido una demanda de una de las partes, el gobierno federal constituiría un consejo (incluyendo representantes de todas las partes afectadas) con el fin de formular recomendaciones sobre la controversia; la resolución federal de la controversia se basaría entonces en esas recomendaciones. La autoridad constitucional para adoptar este enfoque se fundamentaría en el poder federal de la paz, el orden y el buen gobierno. Lo ideal sería por supuesto que la propia existencia de un mecanismo como éste condujera a una resolución política de la controversia y obviara la necesidad de su invocación. Lamentablemente, este enfoque aún no ha sido adoptado en Canadá, con las consecuencias negativas para la Cuenca Mackenzie que hemos descrito más arriba. Sin embargo, podría ocurrir que los efectos del cambio climático obliguen al gobierno federal a asumir una función más destacada cuando las tensiones sobre las aguas interjurisdiccionales hagan más difícil alcanzar acuerdos interprovinciales (y provincio-territoriales), o incluso induzcan a algunas provincias a cuestionar la fuerza legal de los compromisos existentes.

Con respecto al papel del gobierno federal en la gestión internacional del agua, la respuesta federal altamente prudente a la asunción de responsabilidades para proteger las aguas de una posible extracción fuera de su cuenca, tal y como se describe en el apartado anterior de este artículo, también ha sido objeto de críticas y sugerencias de cambio. En febrero de 2008, el Comité Canadiense de Asuntos Hídricos (*Water Issues Council, CWIC*), un grupo independiente y con una vinculación flexible de profesionales de los recursos con intereses y antecedentes largamente consolidados en diversas facetas de la política de aguas, propuso una función del gobierno federal que daría respuesta a la preocupación pública sobre el potencial comercio futuro con agua a granel y al mismo tiempo contemplaría una intrusión mínima en la competencia de las provincias como los principales gestores de sus recursos hídricos (para ser absolutamente transparentes, valga mencionar que el autor de este artículo es miembro fundador del CWIC y participó directamente en la redacción del borrador de la propuesta aquí descrita).

La función federal propuesta es articulada por el CWIC a través de un anteproyecto de ley modelo, la *Canada Water Preservation Act*, cuya esencia es prohibir la mayoría de extracciones de agua fuera de las cinco cuencas hidrográficas más importantes de Canadá<sup>16</sup>. La Ley se asemeja a las enmiendas a la legislación federal descritas en el apartado anterior, pero solamente considera las extracciones de aguas no fronterizas (las extracciones de aguas fronterizas estarían cubiertas en la legislación federal existente). La lógica que explica la Ley es de índole medioambiental; la Ley se basa en el principio general de que, salvo escasas excepciones,

15. ENVIRONMENT CANADA, (1985).

16. CANADIAN WATER ISSUES COUNCIL, (2008).

los trasvases entre cuencas no son coherentes con la aplicación de los enfoques de ecosistemas y cuencas fluviales para la gestión de los recursos. Este enfoque tiene además la ventaja de evitar posibles conflictos con las obligaciones comerciales internacionales de Canadá, puesto que la Ley se centra en las transferencias entre cuencas en general y no discrimina entre aquellas que cruzan la frontera internacional (aunque en términos prácticos la Ley excluiría en efecto las exportaciones de agua).

Además de garantizar la coherencia con las obligaciones comerciales internacionales, la Ley modelo minimiza la intrusión federal en las prerrogativas provinciales para la gestión del agua. Esto se consigue disponiendo que, cuando una provincia disponga de restricciones regulatorias equivalentes para la transferencia de agua entre cuencas, la legislación federal se considere no operativa y se aplique el régimen provincial. De hecho, algunas provincias ya han puesto en marcha esta legislación.

Como último apunte sobre la relación federo-provincial, en este artículo se han tratado básicamente los retos que plantea para la gestión sólida del agua un sistema federal que en la práctica concentra su autoridad en el nivel subnacional de gobierno. Parece claro, pues, que ante esa situación existe el peligro de que el interés nacional legítimo por la gestión del recurso se pierda cuando el gobierno nacional, ya sea por motivos políticos o jurídicos, defiera al otro orden de gobierno. También podría suceder lo contrario, es decir, que los matices e intereses locales no se tengan suficientemente en cuenta, o que se ignoren soluciones mejores, desarrolladas a escala local, para resolver conflictos sobre aguas, cuando el gobierno federal ejerza una hegemonía política. Éste sería el caso probablemente de aquellas áreas donde la voz nacional se considera la más legítima; por ejemplo, en el área de las relaciones internacionales en materia de agua. La deferencia al gobierno nacional como candidato natural a gestionar aguas compartidas internacionalmente resulta intuitivamente atractiva, y a decir verdad es a menudo deseable, tal y como señalábamos anteriormente. No obstante, también es cierto que la mera deferencia al gobierno nacional como regulador podría dejar sin explotar la posibilidad de encontrar soluciones creativas de cooperación regional transfronteriza. No cabe duda, por ejemplo, de que los retos en gestión del agua a los que se enfrenta la población de la Cuenca de los Grandes Lagos serán probablemente mejor comprendidos y resueltos por los residentes de los estados y provincias de los Grandes Lagos que por sus respectivos conciudadanos en el árido oeste del continente, donde los problemas jurídicos y de gestión son muy distintos. Ante este panorama, podría resultar preferible buscar formas de *potenciar* la función provincial en la gestión de los recursos hídricos frente a la del gobierno nacional, máxime en el caso de que los recursos hídricos se vean sometidos a una presión creciente pero regionalmente diferencial y la necesidad de soluciones locales apropiadamente diseñadas sea más evidente. Un planteamiento sustentado en esa visión se encuentra en la gestión de la Cuenca de los Grandes Lagos, compartida internacionalmente.



La Cuenca de los Grandes Lagos abarca ocho estados americanos y dos provincias canadienses (incluye también Québec, porque aunque no limita con los Grandes Lagos, resulta directamente afectado por las decisiones de gestión en la Cuenca debido a su impacto sobre el Río San Lorenzo). A excepción del Lago Michigan, todos los lagos (Superior, Huron, Ontario y Erie) son compartidos entre Canadá y Estados Unidos. La Carta de los Grandes Lagos de 1985<sup>17</sup> es interesante como una iniciativa regional transfronteriza que facilita soluciones locales a retos internacionales. También es interesante jurídicamente como instrumento de «derecho indicativo», lo que equivale a decir que, si bien contiene una serie de compromisos importantes, no es legalmente vinculante como tal (lo que refleja la restricción constitucional para estados y provincias con respecto a la firma de tratados).

La Carta se origina en la labor de los Gobernadores de los Grandes Lagos, que estaban preocupados por los posibles nuevos trasvases desde la cuenca (uno de los temas más delicados hace referencia al Lago Michigan, donde la frontera de la Cuenca está muy próxima al propio lago en algunos puntos, incluyendo Chicago, y se planteó la cuestión de si las «comunidades que viven entre dos aguas» deberían tener derecho a utilizar las aguas de la Cuenca). Este trabajo atrajo también el interés de las dos provincias de la cuenca en Canadá, y entre los signatarios de la Carta se incluyen todos los estados y provincias de la Cuenca. La Carta establece varios propósitos importantes y, a partir de ellos, una serie de principios para la gestión de los recursos hídricos compartidos en la Cuenca. La Carta hace hincapié en el enfoque de ecosistemas para la gestión y no en uno basado en fronteras políticas. Este enfoque requiere cooperación interjurisdiccional en una serie de cuestiones; reviste especial importancia el compromiso de los estados y las provincias de los Grandes Lagos de notificar previamente y consultar en caso de haber derivaciones de aguas nuevas o que superen un umbral desencadenante especificado. En definitiva, la Carta no plantea un veto a los estados o las provincias sobre el uso del agua por terceras personas, aunque deja abiertas claramente estas decisiones a un escrutinio mayor (según la legislación federal independiente de Estados Unidos, cada estado de los Grandes Lagos tiene en efecto esta potestad de vetar derivaciones de agua fuera de la Cuenca por otros estados; esto por supuesto no es aplicable a derivaciones emprendidas por las provincias en Canadá).

El proceso de la Carta evolucionó con el tiempo. En 2001, las partes acordaron un Anexo con el fin de garantizar una implantación más concreta de los principios de la Carta. En particular, el objetivo era «desarrollar e implantar un nuevo estándar común para la conservación basada en los recursos y aplicarlo a las nuevas propuestas de desembalse de agua»<sup>18</sup>. Tras varios años de negociaciones intensas y en ocasiones difíciles, con una significativa participación pública, en 2005 las partes suscribieron finalmente dos acuerdos: un acuerdo de «buena fe» entre todas las partes (Acuerdo sobre recursos hídricos sostenibles Grandes Lagos-Cuenca San Lorenzo, 13 diciembre 2005), que reflejaba una vez más la incapacidad de los estados

17. CONSEJO DE GOBERNADORES DE LOS GRANDES LAGOS, (1985).

18. CONSEJO DE GOBERNADORES DE LOS GRANDES LAGOS, (2001).

y las provincias para concluir acuerdos internacionales vinculantes, y un segundo acuerdo vinculante (Pacto sobre recursos hídricos sostenibles Grandes Lagos-Cuenca San Lorenzo, 13 diciembre 2005), que incluía exclusivamente a Estados Unidos. Los compromisos en virtud del acuerdo internacional de buena fe entran en vigor en distintas fases, y hasta cierto punto dependen de la capacidad de las partes de promulgar la legislación necesaria dentro de su jurisdicción, de tal manera que sean capaces de cumplir sus promesas. No obstante, las disposiciones clave en el acuerdo internacional de buena fe relativas a los objetivos comunes de las partes y la implantación de la norma para la toma de decisiones (en realidad son dos normas: una norma general sobre toma de decisiones para desembalses y una norma de excepción, aplicable a aquellos casos limitados que constituyen excepciones a la prohibición general sobre derivaciones de aguas) entraron en vigor en el momento de la firma del acuerdo. Con respecto al pacto interestatal vinculante, esto requería una ratificación de cada uno de los estados de la Cuenca y del Congreso, medidas que en absoluto estaban garantizadas en aquel momento, especialmente considerando los intereses diferenciados de cada uno de los estados de la cuenca. No obstante, en última instancia todos los estados ratificaron el Pacto, que fue posteriormente aprobado por el Congreso (el Senado lo hizo el 1 agosto 2008 y la Cámara de Representantes el 23 septiembre 2008) y firmado por el Presidente Bush el 3 octubre 2008.

El éxito de los acuerdos todavía está por ver, pero ciertamente representan un ejemplo notable de la capacidad de las unidades subnacionales para implicarse en actividades de cooperación muy sustantivas más allá de fronteras internacionales. Finalmente, cabe señalar que el proceso de los Grandes Lagos Charter supone además un buen ejemplo de cómo los gobiernos nacionales pueden ser a veces de gran utilidad simplemente manteniéndose al margen y dejando que los procesos regionales se abran camino.

## **V. CONCLUSIÓN**

El federalismo canadiense se caracteriza por un elevado grado de descentralización de la autoridad, especialmente con respecto a la gestión de los recursos naturales, incluyendo la gestión del agua. Esta descentralización no es un resultado necesario, ni siquiera intencionado, de la Constitución formal tal y como se adoptó en un principio en 1867, sino que más bien refleja un consenso al que se ha llegado con el tiempo, a saber, que las provincias están en mejor posición que nadie para gestionar sus propios recursos según crean conveniente. No se cuestiona lo apropiado de contar con una postura provincial fuerte en la gestión de recursos al sugerir que también hay motivos de peso para reafirmar una postura federal firme en relación con aquellos aspectos de la gestión de recursos que tengan dimensiones nacionales. Éste es el caso más evidente en la gestión de aguas que atraviesan fronteras provinciales o internacionales. Lamentablemente, en Canadá, sucesivos gobiernos federales con distintos carices políticos han adoptado siempre un enfoque tímido a la hora de ejercer una función en la gestión interjurisdiccional del

agua. En particular, se han inclinado por restringirse a recurrir a máximas autoridades constitucionales concretas, como por ejemplo el poder de pesca o la cláusula del tratado del Imperio, a expensas de los sólidos principios de gestión del agua.

Dada la probabilidad de tensiones crecientes sobre los recursos hídricos canadienses en las próximas décadas, el enfoque federal tímido será puesto a prueba cuando exista una mayor necesidad de hacer oír una voz nacional en asuntos de interés interjurisdiccional. Este artículo sugiere que el gobierno federal tiene opciones a su disposición para hacer oír su voz de una manera que esté en línea con el reconocimiento de la supremacía provincial en la gestión de los recursos hídricos. A decir verdad, hay incluso margen para ampliar la función de las provincias a la hora de encontrar soluciones creativas a los problemas regionales, incluso sobre una base binacional. Sin embargo, la experiencia sugiere que si las provincias creen que el gobierno federal no desea intervenir para articular un interés nacional, las provincias aguas arriba tendrán escasos incentivos para negociar sustanciales restricciones de sus derechos a utilizar recursos hídricos compartidos según les convenga, aunque esto vaya en detrimento de la cuenca, y la nación, en su conjunto.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

COMITÉ CANADIENSE DE ASUNTOS HÍDRICOS (2008), *A Model Act for Preserving Canada's Waters*, Centro Munk de Estudios Internacionales, Universidad de Toronto, Toronto.

COTÉ, François (2006), *Freshwater Management in Canada: IV. Groundwater*, Biblioteca del Parlamento, Servicio Parlamentario de Información e Investigación, PRB 05-54E.

CONSEJO DE GOBERNADORES DE LOS GRANDES LAGOS (1985), *The Great Lakes Charter: Principles for the Management of Great Lakes Water Resources*, en *Great Lakes Governors Task Force, Final Report and Recommendations: Great Lakes Governors Task force on Water Diversions*, Apéndice iii, 40, accesible en [www.cglg.org/projects/water/docs/GreatLakesCharter.pdf](http://www.cglg.org/projects/water/docs/GreatLakesCharter.pdf) (consultado el 2 mayo 2008).

— *The Great Lakes Charter Annex, A Supplementary Agreement to The Great Lakes Charter*, accesible en <http://www.cglg.org/projects/water/index.asp> (consultado el 2 mayo 2008).

ENVIRONMENT CANADA, Inquiry on Federal Water Policy (1985), *Currents of Change, Final Report, Inquiry on Federal Water Policy*, Ottawa.

— (1987), *Federal Water Policy*, accesible en [http://www.ec.gc.ca/Water/en/info/pubs/fedpol/e\\_fedpol.htm](http://www.ec.gc.ca/Water/en/info/pubs/fedpol/e_fedpol.htm) (consultado el 2 mayo 2008).

— (2008), *Climate Change Overview, The Science of Climate Change*, accesible en [http://www.ec.gc.ca/climate/overview\\_science-e.html](http://www.ec.gc.ca/climate/overview_science-e.html) (consultado el 2 mayo 2008).

KENNETT, Steven A (1992), *The Design of Federalism and Water Resource Management in Canada*, Research Paper 31, Instituto de Relaciones Intergubernamentales, Kingston.

JUNTA DE LA CUENCA HIDROLÓGICA MACKENZIE (2003), *Mackenzie River Basin, State of the Aquatic*

*Ecosystem Report 2003*, Secretaría de la Mackenzie River Basin Board Secretariat, Fort Smith, NT.

NOWLAN, Linda (2005), *Buried Treasure, Groundwater Permitting and Pricing in Canada*, Informe para la Fundación Walter and Duncan Gordon.

SAUNDERS, J. Owen (1988), *Interjurisdictional Issues in Canadian Water Management*, Instituto Canadiense de Derecho sobre Recursos, Calgary.

## Derecho de aguas en la federación australiana: el paso hacia el centralismo

JENNIFER MCKAY<sup>1</sup>

**Resumen:** La historia de la gestión del agua australiana se divide en cinco fases diferenciadas desde 1788 hasta 2008. La primera fase se caracterizó por el poder colonial sobre el agua centrado en el desarrollo y por una escasa demanda social de sostenibilidad en las decisiones sobre uso del agua. La segunda fase comenzó con la federación en 1901, pero hizo poco para alterar el poder sobre el agua de las colonias (ahora los Estados). No obstante, la interpretación de la *Constitución* por los tribunales y las concesiones condicionales federales a los Estados por la Commonwealth (el Gobierno Federal) de conformidad con el artículo 96 de la *Constitución* confirieron a la Commonwealth cierta influencia sobre la política de aguas estatal durante este período. Desde la década 1970, la sociedad ha planteado una serie de exigencias en torno a la sostenibilidad en las decisiones de uso del agua y de la tierra. La tercera fase, que comenzó a principios de la década de 1980, se caracterizó básicamente por una interpretación extendida del poder legislativo de la Commonwealth por los tribunales, que permitía a la Commonwealth legislar en algunos ámbitos de la gestión de aguas, así como un mayor activismo de la sociedad. La cuarta fase se inició con dos oleadas de reformas federales en 1994 y 2004. Las primeras reformas introdujeron requisitos de «Desarrollo Ecológicamente Sostenible» (DES); además, incorporaron la competencia en el abastecimiento de aguas y la separación entre tierra y agua para crear mercados hídricos. La siguiente oleada estuvo marcada por modelos de ejecución regional y la Commonwealth planteó pautas más estrictas a los Estados para reforzar las primeras reformas. Ha habido varias sentencias de tribunales a nivel estatal que ejecutan planes hídricos y reducen las asignaciones de aguas a los agricultores en favor del medio ambiente. La última fase, que empezó en 2007, refleja un balance distinto. El uso de los pactos políticos (por los cuales los Estados deben transferir las competencias sobre agua a la Commonwealth) y la ampliación de las potestades federales constitucionales mediante una interpretación judicial generosa han permitido al Gobierno Federal generar una agenda sobre el agua en los Estados de la Cuenca Murray Darling. La arquitectura jurídica de la última fase es la Ley de Aguas de 2007 (*Water Act 2007*). Esta Ley requiere la acreditación o adopción de «Planes Hídricos» de los Estados. Además, los 56 organismos regionales en todos los Estados han recibido fondos directos de la Commonwealth y acordado la ejecución regional de iniciativas federales. Estas reformas recientes pare-

1. Directora del Centro de Políticas y Leyes de Aguas Comparativas, Universidad de Australia del Sur.

cen manifestar la evolución general hacia el centralismo en la normativa sobre aguas en Australia. Hasta ahora, la legislación no se ha puesto a prueba, pero en los próximos años se confirmará si ha creado efectivamente una nueva arquitectura jurídica federal que modifique toda la noción de federalismo australiano.

**Palabras clave:** Australia, gestión del agua, asignación de poder, poder legislativo, poder ejecutivo, acuerdos intergubernamentales, relaciones financieras federales, convenciones constitucionales, artículo 96.

**Relación de Acrónimos.**

TAA	Tribunal de Apelaciones Administrativas
CD	Consejero Delegado (en inglés, CEO)
CoGA	Consejo de Gobiernos Australianos
AGC	Autoridad de Gestión de Cuenca
DES	Desarrollo Ecológicamente Sostenible
GL	Gigalitros
PNA	Plan Nacional de Actuación para Salinidad y Drenaje
NHT	National Heritage Trust
GRN	Gestión de Recursos Naturales
INA	Iniciativa Nacional de Aguas
CMD	Cuenca Murray Darling
ACMD	Acuerdo de la Cuenca Murray Darling
ML	Megalitros, un millón de metros cúbicos
EAA	Empresa Abastecedora de Agua

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. INFORME TRANSVERSAL NACIONAL SOBRE DATOS HIDROLÓGICOS EN AUSTRALIA

Australia es una enorme isla que forma un continente de 7,79 millones de km<sup>2</sup> con sólo 23 millones de personas concentradas en los márgenes costeros del sureste en grandes núcleos urbanos. Los habitantes de las grandes ciudades de Sydney, Melbourne, Brisbane, Perth y Adelaide utilizan actualmente cerca del 12% del agua disponible. Los usos industriales consumen más o menos la misma cantidad y el resto corresponde a usos agrícolas y mantenimiento de ecosistemas en ríos y acuíferos. La mayoría del agua necesaria procede de las aguas superficiales, mientras que las aguas subterráneas solamente aportan el 14% (cantidad concentrada básicamente en Perth). Muchos núcleos rurales más pequeños dependen del agua subterránea para el abastecimiento doméstico, y se estima que 600 comunidades utilizan aguas subterráneas como principal fuente de agua potable<sup>2</sup>. Los ríos Darling (2.740 km), Murray (2.530 km) y Murrumbidgee (1.690 km) son los tres cursos de agua más largos de Australia. La región de la Cuenca Murray Darling (Figura 1 [A1]) abarca más de 1.000.000 km<sup>2</sup> (14%) de Australia, distribuidos de manera desigual entre las cinco jurisdicciones de Queensland (Qld), Nueva Gales del Sur (NGS), el Territorio de la Capital Australiana (TCA), Victoria (Vic) y Australia del Sur

2. ARMCANZ y ANZECC (1995).

(AS). El número estimado de personas que residen en la Cuenca ascendía a 1.956.765 según el último censo, que corresponde al 10% aproximadamente del total de la población australiana.

Australia tiene una considerable variabilidad en las precipitaciones y las escorrentías<sup>3</sup>, con ciclos de sequías e inundaciones influenciados por fenómenos de vientos de altura conocidos como El Niño y La Niña. La evaporación potencial supera las precipitaciones en gran parte del país cada año. El área norte del país (al norte del Trópico de Capricornio) tiene veranos húmedos e inviernos secos, y al sur de esta línea (AO, AS, Vic y Tasmania) se dan precipitaciones acumuladas en dos meses en invierno o bien precipitaciones más uniformes (NGS)<sup>4</sup>. El centro de Australia es árido, con poca lluvia; recibe un promedio de 200 mm anuales. Los márgenes costeros en el litoral oriental reciben hasta 2.400 mm por año. El caudal de escorrentía varía en toda la nación y es relativamente bajo en la Cuenca Murray Darling, pero extremadamente alto en los trópicos del norte, Tasmania y la costa este.

Utilizando un método de índice para evaluar la variabilidad en las precipitaciones, la cifra correspondiente a Australia es el 17%; la cifra comparable de Sudáfrica, Alemania y Francia era del 10%<sup>5</sup>.

Estas cifras de precipitaciones y evaporación elevada implican que el agua superficial se evapora con mucha rapidez (de los embalses, etc.) allí donde el caudal de escorrentía es bajo. Como consecuencia, hace falta almacenar un mayor volumen de agua para garantizar la seguridad del suministro para ciudades y agricultura de regadío.

Tabla 1: Recursos hídricos y consumo por jurisdicciones en Australia durante 2000-01 y 2004-05

	Australia		2004-05							
	2000-01	2004-05	TCA	NGS	TN	Qld	AS	Tas	Vic	AO
Precipitaciones (gigalitros)	4.747.475	2.789.424	1.767	406.562	505.623	865.973	147.773	75.189	146.928	639.609
Recursos hídricos totales (gigalitros)*	415.096	336.117	256	45.369	55.784	112.905	4.321	47.056	21.332	49.094
Capacidad de embalses grandes (gigalitros)	83.312	83.853	120	24.629	280	10.657	258	23.652	12.109	12.148
Volumen en grandes embalses a 30 junio 2005 (gigalitros)	n/a	39.959	82	8.200	196	5.309	116	11.191	4.729	10.135
Agua extraída del entorno (gigalitros)	76.668	79.784	84	16.528	145	7.964	1.352	39.081	11.213	3.417
Consumo de agua (gigalitros)	21.703	18.767	56	5.922	141	4.361	1.365	434	4.993	1.495

3. McMAHON et al, (1992).

4. LETCHER y POWELL, (2008).

5. Ebda.

	Australia		2004-05							
	2000-01	2004-05	TCA	NGS	TN	Qld	AS	Tas	Vic	AO
Agua consumida como % del agua extraída	28%	24%	67%	36%	97%	55%	101%/td >	1%	45%	44%

Fuente: TREWIN, Dennis (2006) «Water Account, Australia 2004-05»; «Water Account, Australia 2000-01» Oficina de Estadística de Australia.

\* Recursos hídricos totales durante 2000-01 = escorrentía anual media + caudal de agua subterránea sostenible (< 1.500 mg/L TDS) según se publicó en Water Account, Australia, 2000-01.

Comparando el consumo de agua con la cantidad de agua suministrada es posible analizar detalladamente el modo en que los abastecedores de aguas captan, utilizan y restituyen agua al entorno. La Tabla 1 muestra que, en 2004-05, el 76% del agua suministrada para usos económicos se devolvió al medio ambiente de una forma u otra. En la Figura 2 [A1] se indica cómo se utiliza el agua suministrada en toda la nación.

El consumo total de agua en Australia durante 2004-05 fue de 18,767 gigalitros, lo que representa el 24% de los recursos hídricos suministrados en realidad a los usuarios. En 2000-2001, los usuarios consumieron el 28% de los recursos hídricos, es decir, 21.703 gigalitros. Aunque se registró un incremento del 4% en el agua abastecida a los usuarios entre 2000 y 2001 y entre 2004 2005, el uso consuntivo disminuyó un 14% en el mismo período de tiempo.

En Australia, la cantidad total de agua extraída del entorno ascendió a 79.784 gigalitros, de los cuales 62.455 se restituyeron al entorno como vertidos regulados (caudal de retorno). La mayoría de vertidos regulados al entorno incluían usos no consuntivos (60.436 gigalitros), que casi su totalidad se asociaron a la utilización de agua para suministro de electricidad y gas.

En 1998, el total de terrenos de regadío en Australia rondaba los 2,4 millones de hectáreas, y casi el 80% se hallaba en la Cuenca Murray Darling. Aproximadamente el 70% de toda el agua abstraída en Australia se utiliza para riego en la Cuenca Murray Darling, procedente ante todo de aguas superficiales (Figura 2 [A1]).

Tabla 2: Aportaciones interestatales de agua de los Ríos Murray y Darling

Caudales y proporciones	
Caudal anual medio	13.200 mill. m <sup>3</sup>
Derivación anual media	10.800 mill. m <sup>3</sup>
Caudal mínimo a AS	1.800 mill. m <sup>3</sup>
Proporción para NGS	57,4%
Proporción para Vic	34,3%
Proporción para AS	5,4%
Proporción para Qld	2,3%
Proporción para TCA	0,6%



Las aportaciones se basan en un análisis de caudales realizado para los Ríos Murray y Darling a principios de siglo, mientras que las abstracciones que se señalan en la Tabla 1 corresponden a caudales extraídos de todos los ríos y las aguas subterráneas ubicados en la Cuenca Murray Darling.

## 2. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE AUSTRALIA EN RELACIÓN CON EL AGUA

La estructura federal australiana surgió en 1901 tras 120 años de gobierno colonial. La separación federal de poderes en la Constitución se efectúa en los artículos 51 y 52. El artículo 51 enumera 39 poderes (más tarde modificados a 40) otorgados al Parlamento de la Commonwealth (que en general son concurrentes con el poder legislativo del Estado). Los poderes legislativos exclusivos se conceden en el artículo 52 (en combinación con otros artículos). La Constitución fue promulgada por el Parlamento Británico para las colonias de Australia (que posteriormente se convirtieron en Estados). La cuestión federal ha sido siempre: ¿cómo relacionar estos poderes concurrentes con los poderes preexistentes de los gobiernos coloniales? Los gobiernos coloniales disponían de una concesión plenaria de poderes para *la paz, el orden y el buen gobierno* de la colonia. Cuando las colonias se convirtieron en Estados, ellas retuvieron este poder plenario, en virtud de lo establecido en la Constitución. El artículo 109 disponía que cuando una ley del Estado fuera incoherente con una ley federal, la ley federal prevalecería por el alcance de dicha incoherencia.

Ninguno de los poderes federales en los artículos 51 o 52 versa específicamente sobre agua. El poder interestatal de comercio [artículo 51 (i)] se amplía específicamente a la navegación y el transporte fluvial o marítimo (artículo 98). No obstante, la situación general es que los Estados gozan de poder legislativo plenario sobre la gestión de los recursos hídricos, a reserva de las restricciones que hubiera en la Constitución, incluyendo cualquier legislación federal contradictoria en esta materia.

En los últimos 107 años, el Tribunal Superior ha desempeñado una función preponderante en la legitimación de los poderes ampliados de la Commonwealth<sup>6</sup>. La primera causa que inició este movimiento fue la *Engineers' Case* de 1920 (*Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd [Engineers' Case]* [1920] 28 CLR 129). La «causa de los Ingenieros» rechazó la vieja doctrina de las inmunidades mutuas implícitas de las agencias de la Commonwealth y los Estados, junto con la interpretación anterior de los «poderes reservados» de los Estados. Esto desacreditó la doctrina de que había determinados ámbitos de competencia legislativa que estaban «reservados» a los Estados, donde la Commonwealth no podía inmiscuirse sin un mandato constitucional específico.

El siguiente avance significativo en la interpretación del poder federal por el Tribunal Superior (particularmente en lo referente a la regulación del agua) se

6. GALLIGAN y WRIGHT, (2002).

produjo en 1983 en forma de la implantación de los tratados del poder de relaciones exteriores [artículo 51 (xxix)]. La Commonwealth utilizó una combinación de poder interestatal de comercio y poder de relaciones exteriores para impedir que el Gobierno de Tasmania construyera una presa (*Commonwealth v Tasmania* [1983] 158 CLR 1 [*«Causa de la Presa de Tasmania»*]).

Otras dos disposiciones de la Constitución han perfilado la gestión federal de las aguas en Australia. El artículo 96 de la Constitución estipula que «el Parlamento [federal] puede conceder asistencia financiera a cualquier Estado según las condiciones y estipulaciones que el Parlamento considere apropiadas». Esta disposición ha sido interpretada ampliamente para permitir la concesión de fondos en ámbitos que sobrepasan la competencia legislativa de la Commonwealth y que no están sujetos a determinadas restricciones constitucionales, tales como la prohibición de la discriminación entre Estados.

El artículo 100 de la Constitución es la única disposición que trata concretamente sobre aguas. En ella se establece lo siguiente: La Commonwealth no reducirá, por medio de ninguna ley o reglamento sobre comercio, los derechos del Estado o de los residentes del mismo en cuanto al uso razonable de las aguas de los ríos para conservación o riego.

Esta disposición se explica con detalle más adelante.

### **3. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA COMMONWEALTH**

En Australia, los tribunales de revisión de méritos procesales federales realizan una revisión administrativa de las decisiones principales tomadas por un departamento u organismo ejecutivo. En general, los tribunales de revisión cuentan con todas las competencias y discreciones de quien tomó la decisión originariamente y pueden confirmar la resolución original, variarla, devolverla al organismo original o reemplazarla por una nueva resolución<sup>7</sup>. El Tribunal de Apelaciones Administrativas (TAA) es el tribunal de revisión de méritos procesales generalista de la Commonwealth. El TAA dispone de autoridad reglamentaria en función de unas 303 leyes para revisar resoluciones administrativas concretas. Se han otorgado competencias al TAA para efectuar una revisión judicial de las resoluciones tomadas de conformidad con la nueva Commonwealth *Water Act* de 2007, que analizamos en este documento.

## **II. LEYES SOBRE GESTIÓN DE AGUAS ENTRE 1788 Y 2007**

### **1. CINCO PERÍODOS**

Existen cinco épocas en la legislación hídrica de Australia, que se describen brevemente en la Tabla 3.

7. COMISIÓN PARA LA REFORMA LEGAL AUSTRALIANA, (1999).

Tabla 3: Cinco períodos en la normativa australiana sobre derecho de aguas

Período	Breve descripción
1788-1901 «Leyes coloniales»	Antes de la federación, la doctrina de los «derechos ribereños» y la legislación colonial regían la gestión del agua. Las leyes coloniales eran altamente introspectivas de la colonia en particular. Orientación hacia el desarrollo gracias al agua sin prestar atención a la gestión sostenible o la protección medioambiental (MCKAY, 2002).
1901-1982 «Federalismo fiscal»	Postfederación, la gestión del agua sigue estando básicamente bajo poder legislativo del Estado. Influencia de la Commonwealth en la reglamentación estatal mediante concesiones federales condicionales según el artículo 96 de la <i>Constitución</i> . Se firmó el Acuerdo sobre Aguas del Río Murray (RMWA), que disponía la asignación de aguas y la construcción de infraestructuras.
1983-1993 «Poder de Tratados»	Tras la causa de la presa de Tasmania ( <i>Tasmanian Dam Case</i> ) en 1983, la Commonwealth pudo aumentar su intervención en la gestión de los recursos hídricos gracias a la ayuda del poder de relaciones exteriores.
1994-2007 «CoGA»	El CoGA asegura reformas hídricas impulsadas a nivel federal mediante principios de DES, reformas de derecho de competencia y creación de mercados hídricos en cada Estado. El Acuerdo de la Cuenca Murray Darling (1992) sustituyó al RMWA, que creaba diversas instituciones para gestionar la Cuenca. Los litigios comenzaron en referencia a los Planes Hídricos estatales. Introducción de la ejecución regional gestionada por el Estado de los planes federales a través de Regiones encargadas de la gestión de recursos naturales (GRN).
2007 «Ley de Aguas»	La Commonwealth (bajo múltiples poderes en el artículo 51, incluyendo la transferencia de poderes desde los Estados) promulga la Ley de Aguas ( <i>Water Act</i> ), que requiere acreditación por la Commonwealth de todos los Planes Hídricos estatales que se planteen el cumplimiento del DES, confiere potestad a la Comisión Australiana sobre Competencia y Consumo para regular el proceso y amplía el poder de la Commonwealth como titular del agua para usos medioambientales. Comienzan las recompras de tierra y agua.

## 2. PRIMER PERÍODO: LEYES COLONIALES

### A) Precolonización

Antes del asentamiento en 1788, los habitantes indígenas de Australia tenían un vínculo espiritual y dependían de los sistemas de agua dulce para alimentarse y cobijarse. Estos vínculos prevalecen en los idiomas y en las fronteras de captación de agua reflejadas en las fronteras tribales (aunque la única prueba de ello procede de Victoria). Tras el asentamiento, Australia fue declarada *terra nullius*, y los derechos indígenas sobre la tierra y el agua no fueron reconocidos por el sistema de

derecho consuetudinario británico (que fue incorporado directamente a la legislación australiana). Después de la colonización se produjo una usurpación no regulada de los recursos de la población indígena<sup>8</sup>.

## **B) Derecho consuetudinario: Derechos ribereños**

Como resultado de la aplicación del derecho consuetudinario como incidente del asentamiento, la doctrina ribereña del derecho consuetudinario se aplicó en las colonias australianas (lo cual no fue reafirmado hasta 1962 en *Gartner v Kidman* [1962] 108 CLR 12, pgs. 21-23). En esta causa se concedían derechos de aguas a quienes poseían aguas superficiales que transcurrieran por sus tierras en un canal superficial definido<sup>9</sup>.

La doctrina ribereña no concedía la titularidad sino un derecho usufructuario, siendo la Corona la propietaria del bien. La doctrina ribereña creaba el derecho a utilizar el agua y el deber de hacer un *uso razonable* de ella. La obligación del *uso razonable* se enmarcó en 1893 como «un derecho sin aumento o disminución apreciables y sin una alteración apreciable de la calidad o naturaleza del agua» (*Young v Bankier Distillery Co* [1893] AC 691).

Sin embargo, el derecho consuetudinario trataba el agua superficial y el agua subterránea de manera distinta. Todas las aguas subterráneas (ya trascurren por canales definidos o no) no estaban sujetas a la doctrina ribereña. Si el agua subterránea estaba conectada a un canal de un sistema hídrico superficial, entonces se permitía un uso ilimitado. *Dickenson v Grand Junction Canal Company* (7 Exch 282) decidió que si una persona poseía el derecho a un arroyo *jure naturae*, él o ella tenían derecho a su curso de agua subterráneo. Así pues, la prueba de validez de una reclamación para utilizar el agua de un canal subterráneo consistía en si la parte reclamante poseía un derecho legal a utilizar el curso de agua en la superficie alimentada por el canal de agua subterránea (*Dunn v Collins* [1867] SALR 126 en 141, *Wearing J*). Además, si se había accedido a las aguas subterráneas por medio de una estructura artificial (p.ej. un pozo o una perforación realizados por el hombre), los derechos absolutos recaerían en el propietario que sacó el agua a la superficie ya que la doctrina ribereña únicamente se aplicaba al agua que fluía de forma natural

Consecuentemente, el derecho consuetudinario no imponía ningún límite de uso del agua subterránea. El derecho consuetudinario reconocía específicamente que aunque el propietario de las tierras suprayacentes no era el propietario del agua, él o ella tenía derecho ilimitado al aprovechamiento de las aguas subterráneas (*Ballard v Tomlinson* [1885] LR 29 Ch D 115) y a su uso para el propósito que deseara, ya sea dentro o fuera de las tierras suprayacentes (*Chasemore v Richards* [1859] 7 HLC 349).

---

8. LANGDON, (2002).

9. CLARK y RENARD, (1970); ROCHFORD, (2004).

### C) **Intervención colonial amparada por la ley**

Las legislaturas coloniales vieron pronto que la riberaneidad no encajaba con el desarrollo de Australia, porque el agua debía desplazarse más allá de donde se captaba. El interés social y comunitario era bastante uniforme en el sentido de fomentar el desarrollo a través del regadío y de empresas rurales financiadas por los contribuyentes. Por ello, Vic, AS y NGS trataron de abolir los derechos ribereños y crearon permisos de aguas amparados por la ley vinculados a las tierras (algunos en sistemas de distribución por canales a gran escala). La financiación provenía del gobierno del Estado. Esta fase se caracterizó por una extraordinaria ignorancia sobre las precipitaciones y escorrentías en Australia, unida a las presiones sociales por desarrollar el interior de Australia. Los permisos asignaban en general demasiada agua y generaban una demanda insostenible en los sistemas de aguas superficiales; el agua subterránea estaba a menudo sobreexplotada.

## 3. **SEGUNDO PERÍODO: FEDERALISMO FISCAL**

### A) **Reglamentación**

Este período se caracterizó en principio por la creencia de que los avances tecnológicos resolverían los problemas relativos a la gestión del agua y la gestión del agua se reservaba básicamente a los expertos técnicos. El medio ambiente no era una preocupación en esta época. Se había heredado de la era colonial la idea de que el desarrollo del agua y de la tierra debía ser financiado por el contribuyente. Las leyes estatales concedían los lechos y las orillas de los cursos de agua y los pantanos a la Corona del Estado para intentar negar derechos ribereños. La sustitución de diversos sistemas de permisos y la falta de reglamentación de las aguas subterráneas se mantuvieron<sup>10</sup>.

En 1915 se firmó un acuerdo histórico para la gestión del Río Murray. El RMWA, que estableció la Comisión del Río Murray (*River Murray Commission*, RMC) fue suscrito por la Commonwealth, NGS, Vic y AS en 1915. La RMC se creó dos años más tarde. El Acuerdo gestionaba principalmente la construcción de infraestructuras (almacenamiento, aliviaderos y esclusas) en el río.

Sandford Clark, un experto australiano en derecho de aguas, ha expresado que hay pruebas de que el RMWA y la RMC se concibieron en un principio como parte de una estructura institucional más amplia de lo que acabó siendo. Clark defiende que hay pruebas claras a favor de que el RMWA y la RMC fueron diseñados para funcionar en combinación con la «Comisión Interestatal», un organismo que según la voluntad de los padres de la Constitución sería una parte central del sistema federal de toma de decisiones<sup>11</sup>. La legislación que establece la Comisión Interestatal incluía cláusulas amplias que describían el alcance de sus competencias

10. CLARK y MEYERS, (1969).

11. CLARK, (1983).

en cuestiones fluviales. Sin embargo, estos planes se vieron frustrados por la resolución de 1915 en la causa *Wheat Case (New South Wales v Commonwealth [1915] 20 CLR 54)*, que en la práctica privó a la Comisión Interestatal de la mayoría de sus poderes.

#### **B) Artículo 100**

Durante el período de los debates de la federación, los Estados (NGS, Vic y AS) fueron rivales en la asignación de aguas del Río Murray. El acceso al Murray ha sido descrito en un periódico contemporáneo como el «el debate más obstinado y largo de la Convención [1898]»<sup>12</sup>. Los delegados de Victoria y de Australia del Sur dieron al menos 57 discursos sobre el tema. El flujo de la oratoria de hecho, «¡excedió en volumen y, según declaran los cínicos, en acuosidad a los flujos disputados de los propios ríos!» Ineludiblemente AS se presentó como víctima (la colonia aguas abajo), a merced de las colonias mayores y despiadadas de Victoria y NGS.

Los debates parlamentarios revelan que el artículo 100 se insertó porque NGS, Vic y AS temían que las leyes de la Commonwealth promulgadas en el artículo 51 pudieran afectar a su interés común por la cantidad de agua destinada para riego debido a la aplicación del poder superior de navegación<sup>13</sup>. La contienda estaba realmente entre el poder de la Commonwealth sobre el agua para navegación y el deseo del Estado de utilizar el agua para riego.

#### **C) Artículo 96**

A pesar del artículo 100, la Commonwealth sí intervino durante este período en la gestión del agua estatal mediante el artículo 96 de la Constitución. El Gobierno Federal pudo utilizar el artículo 96 y el «federalismo fiscal» para llevar a cabo una serie de reformas federales. La práctica del Tribunal Superior ha consistido en interpretar ampliamente el poder del artículo 96, que permite a la Commonwealth regular actividades que dentro de la competencia legislativa de los Estados no son justiciables<sup>14</sup>. En la década de 1970 se produjo un reconocimiento creciente de las cuestiones medioambientales relacionadas con el agua<sup>15</sup>.

### **4. TERCER PERÍODO: «PODER DE TRATADOS»**

#### **A) Poder de tratados**

Como decíamos más arriba, en la causa *Tasmanian Dam Case* de 1983, el Tribunal Superior aprobó el uso de los poderes interestatales de comercio y asuntos externos de la Commonwealth para intervenir en la reglamentación del agua y el

12. ANDERSON, (2003).

13. LANE, (1986).

14. MCHUGH, (2007).

15. SENADO DE AUSTRALIA, (1970).

medio ambiente. Más recientemente se ha recurrido al poder de asuntos externos para aprobar la ley federal de protección ambiental y biodiversidad (*Environmental Protection and Biodiversity Act 1999*). Esta Ley ejecuta las disposiciones de la *Convención de Ramsar sobre los Humedales*. Al igual que en la causa *Tasmanian Dam Case*, esta Ley regula las actuaciones estatales. En respuesta a la angustia del Estado por la potencial invasión acrecentada de su jurisdicción legislativa, el CoAG instituyó en junio de 1996 un proceso consultivo sobre la adopción de tratados y su implantación entre la Commonwealth y los Estados. Parte del proceso requiere que los tratados se presenten ante el Parlamento 15 días antes de acometerse cualquier actuación vinculante<sup>16</sup>.

## B) Título nativo

También se experimentaron progresos significativos en el ámbito de los títulos nativos durante este período. *Mabo v Qld (Núm. 2)* (1992) 175 CLR 1 eliminó la noción de que Australia era *terra nullius* en el asentamiento, lo que abrió el camino para las reclamaciones de títulos nativos por los pueblos indígenas. Más adelante, la Commonwealth promulgó la *Native Title Act 1993* para regular y gestionar estas reclamaciones. La *Native Title Act* permitía reivindicaciones de los indígenas sobre el agua dulce.

## C) Gran Cuenca Artesiana

Poco antes de 1989, se firmó otro acuerdo de colaboración entre los Estados y la Commonwealth sobre la gestión compartida de la Gran Cuenca Artesiana. Ésta es la mayor cuenca artesiana del mundo y subyace a cerca de un quinto de la superficie árida y semiárida de Australia. Abarca un superficie superior a 1,7 millones de km<sup>2</sup> y posee una capacidad de 8.700 tetralitros. El área fue objeto de más de 4000 perforaciones para obtener agua para el ganado. En 1990 ya no brotaba agua de más de 1.000 de ellas<sup>17</sup>. El Programa de Rehabilitación de la Gran Cuenca Artesiana comenzó en 1989 y tiene como finalidad fomentar el cierre de estas perforaciones y tuberías de agua. Está financiado por la Commonwealth y los Estados. El plan del reparto de costes para cubrir estas perforaciones y el trabajo de canalización está financiado al 80% por el Estado y la Commonwealth y al 20% por agricultores de NGS y Qld. La implantación fue lenta (de las 1.380 perforaciones no controladas en 1989 solamente se habían reparado 250 en 1997), dado que para los terratenientes el coste de las obras para recuperar el agua resultaba demasiado elevado.

16. COMITÉ MIXTO PERMANENTE SOBRE TRATADOS, (1996).

17. CONSEJO ASESOR SOBRE EL ESTADO DEL MEDIO AMBIENTE, (1996).

## 5. CUARTO PERÍODO: CONSEJO DE GOBIERNOS AUSTRALIANOS (CoGA)

### A) Reformas del CoGA

#### a) CoGA I: Primeras reformas

En 1994/5 el CoGA, que depende enormemente del artículo 96 como mecanismo, implantó una serie de reformas posteriores, incluyendo un «marco estratégico para la reforma hídrica», que incorporaba a los proveedores del sector privado en la industria del agua y otras industrias. Para cuestiones hídricas, el marco incluía además requisitos para alcanzar el DES. Ya en 1990, la Commonwealth había utilizado un mecanismo de nueve grupos de trabajo de sectores industriales específicos para crear un conjunto de principios DES. El Cuadro 1 muestra la definición nacional de DES, que incluye una definición del «Principio de Precaución», que explicaremos más adelante.

#### **Cuadro 1: Objetivos y principios rectores de la Estrategia Nacional Australiana para el Desarrollo Ecológicamente Sostenible 1992**

**Objetivos básicos:**

- *mejorar el bienestar individual y comunitario siguiendo la senda del desarrollo económico que salvaguarde el bienestar de las futuras generaciones*
- *garantizar la igualdad dentro de cada generación y entre generaciones*
- *proteger la diversidad biológica y mantener los procesos ecológicos esenciales y los sistemas que preservan la vida*

**Principios rectores:**

- *los procesos decisorios deben integrar en efecto consideraciones económicas, ambientales, sociales y de equidad tanto a corto como a largo plazo*
- *cuando existan amenazas de daños medioambientales graves o irreversibles, la falta de certeza científica absoluta no se utilizará como razón para posponer medidas que eviten la degradación ambiental (PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN)*
- *la dimensión global de los impactos ambientales de las acciones y políticas debe reconocerse y tenerse en cuenta*
- *la necesidad de desarrollar un economía fuerte, creciente y diversificada que aumente la capacidad de la protección ambiental debe reconocerse*
- *la necesidad de mantener y mejorar la competitividad internacional de una manera ecológicamente racional debe reconocerse*
- *es necesario adoptar instrumentos políticos rentables y flexibles, tales como mecanismos mejores de valoración, fijación de precios e incentivación*
- *las decisiones y actuaciones deben contemplar una amplia implicación de la comunidad en cuestiones que le afecten*

No eran legalmente vinculantes pero sí persuasivos, y muchos Estados adoptaron cláusulas de expresión de fines dentro de su legislación que reflejaban la mayoría de estos ideales. Tristemente, ningún Estado los adoptó con estas palabras, por lo que las resoluciones judiciales sobre estos temas continúan siendo difíciles de conciliar. En 1992, estos principios fueron respaldados por la Commonwealth y los



Gobiernos de los Estados (así como la Asociación de Gobiernos Locales) en el Acuerdo Intergubernamental para el Medio Ambiente.

En 1994, el CoGA aplicó reformas de competencia en asignación de aguas para mejorar la eficiencia. Estas reformas incluían:

- consumo basado en tarifas de dos partes, una urbana (1998) y otra rural (2001);
- plena recuperación de costes por el suministro de agua;
- identificación y financiación separadas de las obligaciones de servicios comunitarios;
- comercio de derechos de aguas rurales que separan la tierra del agua;
- asignación de agua para el medio ambiente;
- asunción de valores sociales más amplios, y
- principio de subsidiariedad, es decir, gestión de los recursos en el nivel más próximos a los usuarios.

Cada Estado aprobó legislación para lograr estas metas; por ejemplo, la *Sydney Water Act* de 2004 en NGS incluía el objetivo de «proteger el medio ambiente». Los objetivos vagos y escasamente fundados en la legislación relevante que incorporaba las reformas hicieron difícil la implantación. Según un estudio de los consejeros delegados de las empresas abastecedoras de aguas más grandes, todos ellos habían oído hablar del concepto DES pero solo un tercio opinaron que creían poder cumplir el DES y pocos pensaban que tenían un acuerdo en beneficio mutuo con el gobierno estatal o que podían entender la política DES a nivel del Estado<sup>18</sup>.

Las reformas precisaban que cada Estado garantizara que los proyectos hídricos futuros se basaran en los principios DES junto con una implicación mucho mayor del sector privado y de la sociedad en la planificación del agua a escala regional. Cada Estado debía tener un regulador independiente para el medio ambiente y tenía la obligación de crear mercados hídricos separados. En relación con el comercio de agua el objetivo consistía en promover el comercio de agua interregional e interjurisdiccional, puesto que se consideraba como «facilitador del uso eficaz del agua, haciendo más transparente el coste de oportunidad de utilizar el agua y proporcionando un incentivo para que el agua se destinara a usos de mayor valor»<sup>19</sup>. El derecho al suministro de agua se ha desligado aún más de cualquier otro derecho sobre el agua, y es reconocido por una autorización separada que especifica tasas de extracción/suministro permisibles, horarios, ubicaciones, circunstancias y niveles de servicio. También se puede comerciar con los derechos de aprovisionamiento (y consiguientemente las obligaciones asociadas con la posesión del derecho de aprovisionamiento).

18. MCKAY, (2006).

19. COMISIÓN AUSTRALIANA DE COMPETENCIA Y CONSUMO, (2006)

Las reformas de 1994 dieron como resultado cambios extensos y la reestructuración de la gestión del agua en cada Estado. Existen 333 empresas abastecedoras de agua en Australia con 14 tipos diferentes de formas jurídicas en virtud de varias Leyes Estatales<sup>20</sup>. Los gobiernos locales son el proveedor de agua dominante en los municipios rurales y grandes ciudades como Brisbane. Algunas empresas abastecedoras de agua reciben agua no tratada de un organismo estatal y después la gestionan a través de un conjunto de tuberías y canales de propiedad y mantenimiento privados, con sofisticadas compuertas de descarga accionadas por energía solar, como por ejemplo en Coleambally (NGS), donde los activos fueron transferidos por el Gobierno. Hay otras empresas públicas cuyos activos son propiedad del Estado pero su gestión es privada, y con frecuencia son utilizadas como fuentes de ingresos abundantes por el respectivo Gobierno del Estado<sup>21</sup>. Con todo, otras trabajan e informan de detalles financieros y de servicio en una gran diversidad de modalidades.

*b) Acuerdo de la Cuenca Murray Darling*

En 1992, el Acuerdo de la Cuenca Murray Darling (ACMD) fue firmado por NGS, Vic y AS. Este Acuerdo se basaba en un poder de la Constitución sobre acuerdos interestatales. Se trataba de un intento de crear un acuerdo que sustituyera al viejo pacto de 1915 (el RMWA) referente a dos sistemas fluviales predominantes en Australia. Qld y el TCA fueron signatarios en 1996 y 1998, respectivamente. El Acuerdo abarca la gestión de todos los recursos naturales y tiene como propósito reducir los efectos de la salinidad sobre el agua del río utilizada para riego. El ACMD dispone en la cláusula 93 que los Estados aguas arriba de NGS y Vic deben garantizar, en proporciones iguales, el derecho de AS según las cláusulas 86 o 88 al agua disponible de acuerdo con las cláusulas 91 y 92. Existen limitaciones específicas sobre el uso del agua en la zona alta del río Murray por parte de NGS y Vic de conformidad con la cláusula 94.

Sin embargo, ello no resolvió los problemas que subyacían a la facultad del Estado de asignar recursos hídricos y su asignación excesiva en algunos lugares. En respuesta a la preocupación de la comunidad sobre el impacto a largo plazo en la salud fluvial del uso del agua, la CCMD solicitó una auditoría en 1995. La auditoría demostró que si seguía aumentando el volumen de derivaciones de agua, se agravarían los problemas de salud del río, se reduciría la seguridad de suministro y la fiabilidad sería menor en períodos de sequías largas. Estas derivaciones de agua estaban contempladas por la legislación de los Estados y todos tendían a las asignaciones permisivas con escasa referencia a la noción de uso sostenible de la Cuenca<sup>22</sup>.

A la luz del Informe de Auditoría de 1995, se impuso un límite provisional en junio de 1995 que restringía la cantidad de agua que podía ser derivada (por los

20. MCKAY, (2006).

21. HOWARD, (2007).

22. COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING, (1995).

Estados) para usos consuntivos a la cantidad que se había derivado el 30 de junio de 1994. Hubo una revisión independiente de asuntos de equidad y este límite se consideró permanente para NGS, Vic y AS desde el 1 de julio de 1997. El límite ha sido descrito como «... la decisión más monumental sobre gestión de recursos jamás tomada en Australia»<sup>23</sup>. Sin embargo, el deterioro ambiental continuó amenazando la sostenibilidad de los recursos hídricos más importantes de la nación. Como resultado, se aprobó el Plan Murray Vivo para devolver 500 gigalitros de «agua nueva» permanente al río Murray como caudal medioambiental con una orientación inicial a la mejora de la salud de seis emplazamientos simbólicos (en todos los Estados) con importantes consecuencias para la biodiversidad. Hubo discrepancias en los círculos científicos; muchos afirmaron que esta cantidad de agua no era suficiente<sup>24</sup>.

En una reunión celebrada en 2000, el Consejo Ministerial Murray Darling acordó limitar las derivaciones a las «condiciones básicas» del desarrollo de recursos hídricos a fecha de 30 de junio de 1994. Con el límite se pretendía refrenar el aumento de derivaciones de agua sin restringir los nuevos desarrollos siempre que el agua necesaria se obtuviera aprovechando el recurso más eficazmente o utilizando los mercados hídricos. El límite fue el primer paso para alcanzar un equilibrio entre el riego y otros usos consuntivos y los usos no consuntivos. Cada Estado tenía que desarrollar un modelo hidrológico y asegurar que las derivaciones no superarían esa cifra. Se pidió a los Estados que supervisaran e informaran a la CCMD sobre las derivaciones realizadas, los derechos de aguas anunciados, las asignaciones, el comercio de aguas dentro de, hacia y desde el Estado y el cumplimiento del objetivo La CCMD designó un Grupo de Auditoría Independiente (GAI), que audita e informa anualmente sobre la actuación de cada Gobierno estatal<sup>25</sup>. También existe la facultad de ordenar auditorías especiales cuando se han superado las asignaciones para derivaciones.

En 1998 se impuso un límite definitivo en la cuenca Murray Darling para derivaciones de agua, que las limitaba a los niveles de 1993/94. Esta decisión dio pie a un intenso debate social donde algunos sectores afirmaban que este nivel exigía todavía demasiado del río. Algunos comentaristas han informado anecdóticamente que el límite se está superando en muchos lugares y que los planes de inundaciones y la captación de aguas subterráneas han aumentado<sup>26</sup>.

### *c) Plan Nacional de Actuación sobre Salinidad y Drenaje*

En 2000, el Gobierno Federal insistió además en la ejecución regional de un Plan Nacional de Actuación sobre Salinidad y Drenaje (PNA) mediante concesiones condicionales en el artículo 96. Éstas son las características básicas del modelo de ejecución regional:

23. COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING, (2002).

24. VAN DIJK et al, (2006).

25. COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING, (2004).

26. RED DE RÍOS INTERIORES, (2007)

- el desarrollo de un marco que plantee las funciones respectivas de Gestión de Recursos Naturales (GRN) para la Commonwealth, el Gobierno del Estado/Territorio y los gobiernos locales y la comunidad;
- un cambio de la financiación de proyectos individuales a la financiación de resultados determinados por una planificación estratégica regional de GRN;
- descentralización de la toma de decisiones al nivel regional, esto es, un enfoque disperso en lugar de centralista que permita una toma de decisiones más flexible y adaptada a las condiciones y necesidades locales;
- introducción de estándares y objetivos nacionales para guiar y proporcionar orientación en la inversión para GRN;
- un marco exhaustivo de acreditación, supervisión y evaluación para conseguir normas coherentes y aceptables en la ejecución de programas, y
- fomento de la creación de capacidades en la comunidad mediante la implicación en la GRN local.

Se han creado de 56 regiones GRN en toda Australia. Las fronteras de cada región fueron acordadas entre la Commonwealth y los Gobiernos estatales y territoriales. No obstante, dentro de estas fronteras se aplican las leyes estatales y las diferencias entre ellas crean problemas. Por ejemplo, en relación con el comercio de agua en el Sistema Conectado del Sur del Río Murray (que abarca norte de Victoria, sur de NGS y parte de AS) había más de 180 categorías de derechos de aguas para riego<sup>27</sup>. Éstas tenían y todavía tienen diferentes niveles de fiabilidad, duraciones de mandato, protección del interés en el permiso de aguas, y el modo en que se expresan los derechos de aguas como volúmenes de agua o porcentajes de la reserva para consumo.

El Plan Nacional de Actuación expiró el 30 de junio de 2008. Fue sustituido por «*Caring for our Country*», una nueva iniciativa del Gobierno que arrancó el 1 de julio de 2008 y que integra los anteriores programas de gestión de recursos naturales de la Commonwealth, el *Natural Heritage Trust*, el Plan Nacional de Actuación para Salinidad y Calidad de las Aguas, el Programa Nacional *Landcare*, el Programa de Gestión Medioambiental y el Programa de Trabajo en las Tierras Indígenas y el Medio Ambiente del País. El Gobierno ha invertido 2.250 millones de dólares durante cinco años en el nuevo programa<sup>28</sup>.

#### *d) Implantación y coordinación de políticas dentro de los Gobiernos de los Estados*

Las reformas de 1994 fueron impulsadas por la Commonwealth pero los Estados tuvieron la oportunidad de adoptarlas a su manera. Con respecto a la coordinación entre los organismos públicos estatales responsables de la implantación del DES, se realizaron entrevistas en 2005 a 183 Consejeros Delegados de las principa-

27. SHI, (2005).

28. GARRETT y BURKE, (2008).

les empresas abastecedoras de agua. La mayoría había hecho un gran esfuerzo por cumplir los principios DES tal y como establecía el Cuadro 1 (más arriba). Los Consejeros Delegados dieron respuestas neutrales a la pregunta sobre la coordinación en su Estado. No se mostraban convencidos de que había procesos intergubernamentales bien establecidos para garantizar la coordinación de las políticas con el fin de alcanzar el DES. Tampoco pensaban que la adopción de políticas fuera transparente. Esto confirma las respuestas a las preguntas sobre la capacidad para alcanzar el DES, puesto que sólo un tercio pensaba que podían lograr este objetivo<sup>29</sup>. En consecuencia, atendiendo a estas pruebas parece que la naturaleza compleja del federalismo ha creado problemas a quienes están intentando aplicar las políticas y leyes del DES.

El principal motor del modelo de ejecución regional para la GRN es «aprovechar la capacidad de quienes están más cerca del problema sobre el terreno», con la ayuda de los conocimientos, la experiencia y el saber hacer locales, para permitir soluciones flexibles y sensibles a los desafíos locales de la GRN<sup>30</sup>.

Después de 1994, los Estados aprobaron leyes para satisfacer los requisitos de competencia del CoGA y diseñar planes regionales de gestión. Algunos Estados legislaron sobre el último asunto mucho antes.

Los Estados crearon sus propios planes legislativos. Un examen de los trámites jurídicos de los grupos (organismos de GRN establecidos para poner en práctica la legislación) ha llevado a la autora a preparar la siguiente clasificación:

- **Confederación de Grupos Emergentes** (los miembros de la Junta no tienen base de conocimientos) sin obligaciones reglamentarias;
- **Confederación de Grupos Emergentes** (los miembros de la Junta no tienen base de conocimientos) con obligaciones reglamentarias;
- **Junta Basada en Habilidades** sin obligaciones reglamentarias; y
- **Junta Basada en Habilidades** con obligaciones reglamentarias.

Utilizando este sistema de clasificación, la Tabla 4 analiza los organismos regionales de GRN en cada Estado australiano.

---

29. MCKAY, (2006).

30. SENADO DE AUSTRALIA, (1970).

**Tabla 4: La estructura organizativa del Estado creó organismos regionales de GRN que diseñan planes de asignación, uso y reparto de aguas y número de empresas abastecedoras de agua (EAA) en cada Estado de Australia (en mayo de 2007)**

ESTADO	TIPO DE ORGANISMO REGIONAL DE GRN	TIPOS de EAA
NGS	Junta Basada en Habilidades <i>con obligaciones reglamentarias</i> : En 2003, 13 Autoridades de Gestión de Cuenca fueron creadas para elaborar Planes Hídricos. Localmente regidas, la Junta informa al Ministro, principales medios para conseguir financiación del Gobierno Federal y de NGS, ayudan al administrador de tierras a recuperar el medio ambiente del Estado. Cada Junta cuenta con un Presidente y 6 miembros seleccionados por sus conocimientos técnicos con un pequeño equipo de profesionales.	Nueve tipos con 74 organismos
Vic	Confederación de Grupos Emergentes ( <i>los miembros de la Junta no tienen base de conocimientos</i> ) <i>con obligaciones reglamentarias</i> : En 1994 se establecieron 10 Consejos Victorianos de Gestión de Cuencas. El Tribunal Civil y Administrativo Victoriano («TCAV») es el máximo órgano consultivo y facilita un marco integrado. Posee su propia Ley y utiliza la <i>Water Act 1989</i> . El TCAV prepara pautas estratégicas regionales para el Ministro, que son aplicadas por las Juntas de Gestión de Cuencas (JGC). Las JGC deben relacionarse con la comunidad, la industria, las organizaciones medioambientales y las entidades estatales y federales.	Dos tipos con 23 organismos
Qld	Confederación de Grupos Emergentes ( <i>los miembros de la Junta no tienen base de conocimientos</i> ) <i>sin obligaciones reglamentarias</i> : 15 Grupos Regionales de GRN (GRGRN) no respaldados por la legislación. Difieren enormemente unos de otros en cuanto a estructura corporativa, intereses de los integrantes y evolución en la planificación e implantación de las actividades de GRN. Existe un colectivo de GRGRN que consta de los Presidentes y Consejeros Delegados de los 15 grupos, que coordina el enfoque estratégico en asuntos de GRN más allá de las fronteras regionales. El Colectivo queda fuera del ámbito del Gobierno y está financiado por los organismos regionales y en parte por fondos NHT/NHT de la Commonwealth.	Siete tipos con 115 organismos
AS	Junta Basada en Habilidades <i>con obligaciones reglamentarias</i> : Se crearon once en 2004, denominadas Juntas de Gestión de Recursos Naturales, pero existen desde 1997 como Juntas de Gestión de Cuencas. Estas Juntas tienen potestad para recaudar un impuesto de GRN que se calcula por el valor de la tierra en zonas urbanas y la cantidad de agua utilizada para los agricultores. Las Juntas seleccionan a miembros con determinadas habilidades en una región;	Un tipo con siete organismos

III. Derecho de aguas en la federación australiana: el paso hacia el centralismo

ESTADO	TIPO DE ORGANISMO REGIONAL DE GRN	TIPOS de EAA
	además hay un Consejo de GRN que asesora al Ministro sobre las actuaciones de las Juntas.	
AO	Junta Basada en Habilidades <i>sin obligaciones reglamentarias</i> : Se establecieron seis Consejos de Cuenca Regionales no reglamentarios en 2001 así como el Consejo de GRN. El Consejo coordina la ejecución de acciones NAP y NHT y fomenta un enfoque consultivo para garantizar una amplia implicación de la comunidad en el desarrollo de políticas para GRN. Los grupos locales coordinan los esfuerzos de grupos comunitarios más pequeños y más localizados, por eso las normas de pertenencia varían, aunque en general incluyen a miembros de la comunidad, responsables de entidades públicas y gobiernos locales.	Cinco tipos con 22 organismos

Fuentes: McKay 2007 para columna 3. Las columnas 1 y 2 derivan de la interpretación original de la legislación y documentos de políticas analizados para este artículo. [http://www.unisa.edu.au/waterpolicylaw/projects/corporate\\_governance.asp](http://www.unisa.edu.au/waterpolicylaw/projects/corporate_governance.asp)

Por medio de los órganos arriba mencionados, los Estados iniciaron el diseño de planes hídricos en las cuencas y los recortes en las asignaciones de agua causaron muchas controversias. La implantación de los mercados hídricos y la separación del derecho de uso de aguas de la tierra también se han llevado a cabo de modos distintos en cada Estado pero todavía no se han visto aún sometidas a impugnaciones jurídicas. No obstante, una preferencia clara de los usuarios del agua ha sido acometer negociaciones temporales de aguas<sup>31</sup> y las pruebas anecdóticas de las encuestas sugieren que a muchos miembros de las comunidades regionales no les gustan los mercados, porque el agua que se agota en un distrito reduce la cantidad disponible para la comunidad.

En AS, el Gobierno del Estado es único y ha impuesto un gravamen a los usuarios del agua, tanto urbanos como rurales, para financiar las obras de DES. Todos los sectores de la comunidad han expresado su enojo con la manera en que se impone el gravamen, puesto que se basa en el valor de la propiedad y no en el uso de agua. Una encuesta a habitantes de ciudades en la región de Adelaide Mount Lofty (AS) reveló que más del 57% preferiría ser gravado tomando como base el uso de agua efectuado<sup>32</sup>.

No obstante, el artículo 90 de la Constitución confiere poder exclusivo para cobrar impuestos sobre el consumo a la Commonwealth. Los Estados no pueden recaudar un impuesto amplio sobre las ventas generales debido a la amplia interpretación de este poder realizada por el Tribunal Superior<sup>33</sup>.

31. TREWIN, (2006).

32. WU et al, (2008).

33. GALLIGAN y WRIGHT, (2002).

e) *CoGA 2: La Iniciativa Nacional del Agua 2004*

La última inyectiva de los poderes del artículo 96 para persuadir a los Estados a aplicar la política federal fue la Iniciativa Nacional del Agua (INA) de 2004. También es el resultado de las reformas del CoGA, cuya finalidad es conseguir la compatibilidad nacional en los mercados, planes reguladores y de planificación para lograr una gestión sostenible de las aguas superficiales y subterráneas. El Acuerdo INA fue firmado por todos los gobiernos en la reunión del CoGA el 29 de junio de 2004 (a excepción de Tasmania, que firmó el Acuerdo el 3 de junio de 2005, y AO, que firmó a principios de 2006). La INA continúa incluida en la mayoría de reformas recientes (*Water Act 2007*).

El Acuerdo INA especifica que el uso consuntivo del agua requiere una autorización de acceso al agua que se describa en la legislación como una cuota perpetua de la reserva para consumo de aguas superficiales y subterráneas (párrafo 28). Los Estados han intentado ponerlo en práctica.

El Acuerdo INA es una reforma exhaustiva que contiene objetivos, resultados y acciones concertadas que serán emprendidas por los gobiernos en los ocho elementos interrelacionados de la gestión del agua:

- (a) autorizaciones de acceso al agua y planificación;
- (b) mercados hídricos y comercio de aguas;
- (c) mejores prácticas para tarificación del agua;
- (d) gestión integrada del agua para lograr resultados beneficiosos para el medio ambiente y el público en general;
- (e) contabilidad de recursos hídricos;
- (f) reforma del agua urbana;
- (g) conocimientos y capacitación; y
- (h) partenariados con la comunidad y adaptación de las políticas.

Este proceso vendrá regido por la nueva Comisión Nacional sobre el Agua y se invertirán 2.000 millones de dólares en seis años a través del Fondo Australiano para el Agua.

**B) Resoluciones estatales sobre las reformas desde 1994 hasta la actualidad**

Hay una serie de resoluciones de los tribunales estatales durante este período que influyeron en la gestión del agua, y aquí se presentan las más importantes. Hay tres factores de interés en estas resoluciones:

- (a) la interpretación judicial de la obligación de DES en la Ley Estatal relevante;



(b) el tipo de órgano que diseña los planes también derivados de la Ley (ver Tabla 4, más arriba); y

(c) el tipo de poder de revisión en la Ley relevante.

a) *Leyes Estatales*

Exponemos algunas disposiciones relevantes sobre el DES de las Leyes Estatales a modo de introducción de las causas analizadas más adelante.

En Victoria, los objetivos de la Ley de Aguas de Victoria se especifican en el artículo 1, que estipula los tres requisitos básicos pero que además tiene como objeto: «maximizar la implicación de la comunidad en la elaboración y ejecución de los acuerdos relativos al uso, la conservación o la gestión de los recursos hídricos».

El Ministro debe garantizar que, en la medida de lo posible, todos los intereses relevantes estén justamente representados en el Comité que diseñe el Plan de Reparto de Aguas. Al menos la mitad han de ser propietarios u ocupantes en la zona en cuestión, nombrados tras un proceso de consulta por el Ministro con los órganos representativos de esas personas; las autoridades públicas directamente afectadas deben estar representadas y si la planificación implica una zona de cultivo, entonces como mínimo la mitad del comité habrá de estar integrado por agricultores nombrados por la Federación de Agricultores de Victoria.

Los objetivos de la Ley de Recursos Hídricos de Australia del Sur (*Water Resources Act 1997*), desde que fue revocada por la Ley de Gestión de Recursos Naturales (*Natural Resources Management Act 2004*) son amplios (artículo 6) y deben «asegurar el bienestar físico, económico y social del Estado y facilitar el desarrollo económico del Estado al tiempo que se protegen los derechos de las generaciones futuras y los ecosistemas que dependen de esos recursos». El Ministro nombra a los Comités y aprueba planes creados por las Juntas de Gestión de Aguas Represadas únicamente para las zonas prescritas. Los Planes de Aguas Represadas otorgan el poder de gravar con impuestos. Los Planes de Asignación de Aguas deben ser consecuentes con el conjunto del Plan Hídrico Estatal general, y han de contemplar la distribución de aguas de una manera equitativa y sostenible. Estos Planes son vinculantes para el Ministro. Recientemente se han presentado querellas ante el Tribunal de Medio Ambiente, Recursos y Desarrollo («Tribunal MARD») que sugieren que el Ministro no tiene potestad para revisar o corregir anomalías en los Planes.

La Ley de Queensland (*Queensland Act*) otorga poder al Ministro, que es asesorado por un Comité de representantes locales y terceros para el diseño de los Planes Hídricos.

En las comunidades rurales, las Leyes exigen un proceso de consulta a la comunidad para el desarrollo de Planes Hídricos, lo que representa un ejemplo activo de democracia participativa. Sin embargo, las mismas Leyes son deficientes a la

hora de identificar los mecanismos apropiados y los marcos institucionales para implantar estos procesos.

En la actualidad, hay Planes Hídricos en distintas fases de ejecución en Australia. Una región de GRN podría tener numerosos planes. El proceso de planificación hídrica fue suspendido en NGS como consecuencia de la sequía y en todos los lugares sería justo afirmar que los planes han generado polémica y como resultado se han formado grupos de presión políticos. Ha habido litigios en algunos puntos. Cada Estado apoya la elaboración del Plan Hídrico de muchas formas, pero casualmente ésta ha sido una época de presupuestos recortados para los servicios públicos.

*b) Resoluciones clave a escala estatal*

*Meares' Case (Murray Irrigation Ltd v ICW Pty Ltd and Meares Nominees Pty Ltd* [2005] NGSLEC 304)

Esta causa concernía a la Ley de Gestión de Aguas de NGS (*Water Management Act 2000*). La empresa abastecedora de agua, Murray Irrigation Limited, respondió a una sequía pertinaz reduciendo en un 8% la cantidad de agua disponible para distribución a los accionistas. El objeto y el propósito de la Ley de Gestión de Aguas de 2000 consistían en conservar los recursos hídricos y ponerlos a disposición en un nivel que asegurara la sostenibilidad para generaciones futuras. Murrumbidgee Irrigation Limited (MIL, una empresa privatizada de abastecimiento de aguas) fue la acusación en esta querrela. El argumento de la causa fue la toma ilícita de agua. El segundo acusado, Meares Nominees Pty Ltd, intentó defenderse diciendo que no podían ser responsables de las acciones de su empleado, que había tomado agua en exceso de la cantidad autorizada manipulando el equipo de regulación de suministro de agua (una noria Dethridge). Los delitos en la Ley eran delitos penales de responsabilidad estricta. La responsabilidad estricta es una prueba dura, lo que significa que no hay necesidad de demostrar un elemento mental o de culpa en forma de intención dolosa, imprudencia temeraria o negligencia. Es importante destacar que la Ley de Gestión de Aguas aplica este enfoque. Se declaró responsable al acusado.

*Murrumbidgee Groundwater Preservation Association v Minister for Natural Resources* [2005] NGSCA 10 (*Asociación para la Conservación de las Aguas Subterráneas Murrumbidgee v. Ministro de Recursos Naturales*).

Esta causa consideró la cuestión de la validez de un Plan de Aguas Estatal. La Asociación Murrumbidgee impugnó el Plan aduciendo numerosos argumentos en aplicación del derecho administrativo (revisión judicial). Los motivos alegados fueron:

(a) propósito impropio del Ministro al elaborar el Plan para evitar el plan diseñado por la comunidad;

(b) la fórmula de reserva de aguas para el medio ambiente contenía una imposibilidad matemática;

(c) incertidumbre respecto al calendario de ejecución del Plan; y

(d) la imposición de reducciones uniformes en la asignación de aguas era irracional.

El Ministro tenía potestad para hacer él mismo un borrador de Plan de Aguas Subterráneas para el área afectada. El plan trataba de la gestión sostenible de las aguas subterráneas y determinaba límites de extracción; el propósito general del Plan era reducir el uso real durante 10 años a la recarga media anual menos una cantidad preservada para el medio ambiente. Los usuarios del agua subterránea estaban sometidos a reducciones prorrateadas de autorizaciones en un plazo de 10 años. Todos los usuarios debían tener derecho en el noveno año a sólo el 52% de sus autorizaciones originales. Había mecanismos de ajuste tales como la creación de permisos de acceso al mercado y permisos complementarios de acceso a agua.

Todos los argumentos de la apelación fueron desestimados. Ésta es la respuesta que se dio en cada caso:

(a) *Propósito improcedente*: el Apelante alegó que el Ministro elaboró el Plan para evitar la notificación, exhibición y consideraciones públicas normalmente necesarias en un plan preparado por un comité de gestión. Se declaró que el poder para establecer un comité de gestión que elabore un plan era discrecional y que un plan formulado por el Ministro era válido.

(b) *Imposibilidad*: la interpretación literal de la cláusula que disponía la fórmula para reserva de aguas arrojaba un resultado absurdo, por lo que el Tribunal aplicó una interpretación intencionada para identificar una fórmula correcta;

(c) *Incertidumbre respecto al calendario*: se consideró que el calendario de ejecución podía ser acertado y en consecuencia era válido; y

(d) *Irracionalidad*: esta causa estaba basada en el hecho de que era irracional tratar la fuente de agua subterránea como una única masa de agua, dado que la recarga de acuíferos era específica del lugar y una actividad en una zona resultaría en un cambio de las condiciones en otro lugar. Históricamente, el sistema de aguas subterráneas estaba gestionado por zonas, porque el uso de derechos en algunas áreas resultaría insostenible. El argumento aplicó el principio de precaución para proteger el recurso en ausencia de datos científicos. Se declaró que el sistema único era irracional porque no se basaba en la disponibilidad de agua. No obstante, el Tribunal confirmó la reducción prorrateada aduciendo que el Tribunal tiene una función limitada y que está en manos del Ministro equilibrar el resultado medioambiental deseado y el método escogido para lograrlo con las consecuencias sociales y económicas beneficiosas y adversas.

*Minister for Environment and Conservation v Wylie Group Pty Ltd* [2005] SASC 127 (*Ministro de Medio Ambiente y Conservación v. Wylie Group Pty Ltd*); *Hedges v Minister for*

*Environment and Conservation* [2006] SAERD 43 (*Hedges v Ministro de Medio Ambiente y Conservación*).

En Australia del Sur ha habido algunas causas sobre los Planes de Reparto de Aguas diseñados de acuerdo con la Ley de Recursos Hídricos (*Water Resources Act 1997*), que ahora forma parte de la nueva Ley de Gestión de Recursos Naturales (*Natural Resources Management Act 2004*) (*Ley GRN*). Ambas Leyes prescriben un área y a continuación las asignaciones a los usuarios se hacen mediante permisos. Los propósitos de ambas Leyes son crear un sistema para el aprovechamiento y la gestión sostenibles del agua. En el sistema conforme a la Ley de Recursos Hídricos, los usuarios tenían preferencia para seguir utilizando el agua aun cuando las restricciones hubieran entrado en vigor (este proceso se denomina exención por derechos adquiridos o *grandfathering*). El Ministro tenía además poder para reducir las asignaciones si el total excedía la capacidad del recurso.

Los Planes de Reparto de Aguas fueron redactados por las Juntas de Gestión de Cuencas de acuerdo con un proceso legal de listado y anuncio de una proscripción del recurso hídrico (ya fuera agua superficial o subterránea). Los Planes estaban dirigidos a proporcionar los fundamentos para una gestión y un uso de agua sostenibles a largo plazo y todas las asignaciones de agua debían cumplir lo establecido en los Planes. El proceso conllevó un considerable esfuerzo de consulta a la comunidad para determinar todos los factores.

El Ministro no tenía más opción que rechazar la asignación de agua si no era posible aprobar la asignación de agua en el permiso de manera consecuente con la Ley de Asignación de Aguas, según el artículo 29 de la Ley de Recursos Hídricos (también presente en la Ley GRN). En el Tribunal Supremo de AS se determinó que la referencia al término «*may*» (puede) en el apartado 29 (3) no identificaba una discreción. Más bien el Ministro estaba obligado a rechazar una solicitud si su concesión no fuera consecuente con lo establecido en el Plan relevante.

*Baker v Minister for Environment and Conservation* [2006] SAERD 24 (*Baker v Ministro de Medio Ambiente y Conservación*).

En virtud de lo establecido en la Ley de Regadío de AS (*Irrigation Act 1994*), en los distritos gubernamentales de regadío hay asignaciones hídricas. El Ministro de Medio Ambiente y Conservación es la autoridad en materia de regadío y el encargado del abastecimiento de agua para regadío en el distrito. El Ministro realiza las asignaciones hídricas de acuerdo con la ley GRN y asigna diferentes secciones a cada regante. Los regantes pagan tasas al Ministro. El Ministro ha nombrado Comités de Asesoramiento, que colaboran en la asignación. Estos Comités se suman a los miembros de la comunidad que han elaborado el Plan de Asignación Regional de Aguas a mayor escala y todas las asignaciones a los regantes están sujetas al Plan Regional.

En épocas de sequía, normalmente el Ministro solía reducir la cantidad asignada a los Distritos de Regadío y en realidad todas las asignaciones. El proceso aplicado consistía en una cantidad prorrateada a cada regante basándose en la

asignación por hectárea. En *Baker*, cada regante perdió 0,12 megalitros por hectárea. El Plan de Asignación de Aguas relevante incluía una cantidad tope que se podía asignar (era más baja que antes del Plan) y también una tasa máxima por hectárea. En *Baker* hubo pruebas de que un agricultor había regado una zona por encima de lo que se le había permitido. El Comité de Asesoramiento decidió atendiendo a un proceso de estimación del área regada mediante fotografías aéreas en una determinada fecha y reduciendo la superficie en acres por el 10%. Se consideró que este proceso era justo y razonable.

*Lymberopoulous v Minister for Environment and Conservation* [2004] SAERD 44 (*Lymberopoulous v. Ministro de Medio Ambiente y Conservación*).

Los demandantes solicitaron por primera vez un permiso de aguas para regar 40 hectáreas en abril de 1997 de conformidad con la Ley de Recursos Hídricos (*Water Resources Act*) y presentaron muchas solicitudes, siendo todas ellas rechazadas en septiembre de 2003. El permiso era para una presa y un pozo de uva. Se rechazó la solicitud porque no satisfacía el Plan de Aguas relevante. Según el artículo 35 de la Ley (que tiene un paralelo en la Ley de GRN), la decisión del Ministro de conceder o variar una asignación de aguas debe ser coherente con el Plan de Asignación de Aguas relevante. En el período de tiempo entre las solicitudes, otro Plan de Aguas fue adoptado por el Ministro, concretamente el 22 de septiembre de 2002.

Se arguyó que la solicitud de derecho al agua daba lugar al derecho de que el proceso administrativo se llevaría a cabo *dentro de un marco temporal razonable* y que sería obligatorio por el mandato de *Mandamus* (revisión administrativa), por lo que se aplicó el primer Plan.

*White v Minister for Environment and Conservation* [2005] SAERD 98 (*White v. Ministro de Medio Ambiente y Conservación*).

Esta causa concernía al método administrativo utilizado en el Plan de Asignación de Aguas para distribuir agua subterránea. Los demandantes tenían una asignación para retención de agua de 5.700 kilolitros y querían transformarla en una asignación para toma según la Ley de Recursos Hídricos. La solicitud fue denegada por el Ministro cuando el delegado del Ministro la valoró según el Plan relevante. El procedimiento administrativo en el Plan era una prueba de 4 km<sup>2</sup> que requería que la concesión de una asignación para toma de agua no provocara que el volumen total de asignaciones para toma de agua dentro de un cuadrado de agua con lados de 4 km excediera en 1,25 veces la cantidad de recarga vertical anual para el área de gestión.

El delegado del Ministro aplicó esta prueba compilando una lista de propiedades en un radio de 4 km<sup>2</sup> del punto propuesto para la toma. Todas las asignaciones para toma de agua se incluyeron en el cálculo, es decir, las no utilizadas y las utilizadas. Esto se hizo de conformidad con el Principio 21 del Plan, que especificaba claramente que la prueba de los 4 km<sup>2</sup> se centraba en las asignaciones para toma de agua y no en el agua utilizada realmente en un momento determinado.

Se decidió que el delegado del Ministro actuó conforme a la Ley de Recursos Hídricos, la Ley de GRN y el Principio 21 del Plan.

*Michelmores v Minister for Environment and Conservation* [2004] SASC 415 (*Michelmores v. Ministro de Medio Ambiente y Conservación*).

Los apelantes eran fabricantes de productos lácteos situados en el sureste de AS, que solicitaron tomar agua de un acuífero libre con el fin de refrigerar la leche y mantener limpia la lechería. El Plan Hídrico especificaba un plazo para formalizar tales solicitudes y los apelados llegaron un mes tarde. Se afirmó que la especificación de los plazos en el plan no era una mera cuestión de maquinaria y que el Ministro no la podía modificar.

*Rowe v Lindner* [2007] SASC 189.

Esta causa aludía a la sostenibilidad de una propuesta para establecer una explotación ganadera de engorde para 1.500 reses y el impacto de la toma de 25 megalitros anuales de aguas subterráneas sobre las aguas superficiales y subterráneas. El recurso no estaba prescrito en la Ley de GRN y por ello no hacían falta permisos. La causa aprovechó la Ley de Desarrollo (*Development Act*) y un Plan relacionado con ella que tenía como objetivo proteger todos los recursos hídricos de la contaminación o del uso excesivo que pudieran amenazar la fiabilidad a largo plazo de los recursos existentes.

El pleito aportó además orientación judicial sobre la Ley de GRN y el Principio de Precaución. Finalmente, el resultado fue afirmar que si bien el desarrollo propuesto satisfacía muchas de las disposiciones de la Ley de Desarrollo, fallaba debido al uso insostenible de los recursos hídricos. La Ley de Desarrollo cabía allí donde la Ley de GRN no prescribía el área, de ahí que no fuera necesario un Plan Hídrico. En consecuencia, las Autoridades de Aprobación de Planificaciones deben buscar asesoramiento en las entidades públicas apropiadas o en expertos que les ayuden a determinar los cursos de agua afectados, aunque éste no sea un requisito específico de la Ley de GRN. El Tribunal de Medio Ambiente, Recursos y Desarrollo de AS también señaló que cuando los organismos de planificación se enfrenten a una escasez de datos, el «Principio de Precaución» deberá aplicarse. Las pruebas resultaron insuficientes para apoyar una conclusión de uso del agua *insostenible*, pero fueron suficientes para respaldar una conclusión de *riesgo significativo de daños graves* debidos al abuso de agua junto con la incertidumbre científica actual acerca del alcance de los daños ambientales que había invocado el Principio de Precaución.

*Elandes Nominees Pty Ltd v Minister for Water Resources* [2002] SAERD 130 (*Elandes Nominees Pty Ltd v. Ministro de Recursos Hídricos*).

En *Elandes*, de acuerdo con la Ley de Recursos Hídricos (*Water Resources Act*), un Plan de Asignación de Aguas redujo las extracciones de los acuíferos. La reducción se mantuvo y la industria almendrera desapareció de la zona. El argumento sobre la pérdida de una industria (argumento de sostenibilidad social) se consideró

subsidiario al impacto ambiental. No había ninguna disposición en el Plan de Asignación de Aguas para continuar con las asignaciones hídricas insostenibles a empresas que no se adaptaran a las asignaciones de agua reducidas.

Ashworth v Victoria [2003] VSC 194 En la causa Ashworth, un agricultor cuestionó la validez de las nuevas leyes en Victoria, que por primera vez confería al Estado el derecho de controlar el agua captada como flujo superficial en presas de explotaciones agrícolas. La Ley de Aguas (Water Act) era en ese momento la más extensa de la nación y pretendía crear un marco y un régimen de gestión para asegurar que los usuarios aguas arriba no perjudicaran a los usuarios aguas abajo en Victoria<sup>34</sup>. El Parlamento de Victoria aprobó en 2002 la Ley de Aguas (Presas Agrícolas para Riego). Esta Ley requería que el demandante obtuviera un permiso si pretendía continuar con esta práctica. Se falló que la ley parlamentaria sustituía a los derechos según el derecho consuetudinario.

*Otras resoluciones:*

Otras resoluciones relevantes de tribunales estatales:

- La resolución del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria en 2001 indicaba que había que ser precavidos si no hubiera suficientes datos fiables que avalaran la sostenibilidad a largo plazo del recurso (*Neibieski Zamek Pty Ltd v Southern Rural Water* [2001] VCAT 1005);

- En la causa del *Tasmanian Conservation Trust* de 2003 (*Tasmanian Conservation Trust v Director of Environmental Management and Rivers and Water Supply Commission* [2003] TASRMPAT 12), el Tribunal revisó la negación a conceder una licencia de obras para una presa. Éste declaró que la Ley de Gestión de Aguas de Tasmania de 1999 «... no aportaba orientación... para valorar los beneficios relativos de una presa... frente a los impactos adversos que tendría...» El Tribunal falló que «el daño medioambiental seguro y probable derivado de la construcción de y la existencia de la presa superaba con creces los beneficios menos seguros». Así pues, se ratificó la negación a conceder la licencia.

- La resolución del Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de NGS de 2004 en *BGP Properties Pty Ltd v Lake Macquarie City Council* [2004] NGSLEC 399 reconoció la aplicación de los principios DES a unas 40 leyes de uso de terrenos/aguas a nivel estatal.

Existen numerosas resoluciones del TAA en relación con pleitos sobre pesca que también proporcionan pautas para la interpretación judicial del DES.

En resumen, la aspiración al DES está incorporada en muchas leyes estatales y posee las características definitorias explicadas en el Cuadro 1 (más arriba). Estas aspiraciones son cada vez menos insustanciales, frágiles y vagas gracias a la consideración y aplicación judiciales. Las resoluciones existentes demuestran lo estrictamente que se están aplicando los Planes Hídricos.

---

34. PISANIELLO y MCKAY, (2005).

### C) Otros avances

En 2006 se diseñó un plan para privatizar la empresa hidroeléctrica Hydro Electricity Corporation en el río Snowy. El plan fue sabotado por las reclamaciones de agricultores en contra de cualquier cambio en el régimen de caudales, porque sería perjudicial para sus operaciones.

También en 2006, El Consejo de Competencia de Australia emitió una resolución donde se exigía a Sydney Water que facilitara el acceso de terceros a las canalizaciones para suministro de agua de acuerdo con la legislación federal sobre competencia.

### 6. QUINTO PERÍODO: LA LEY DE AGUAS O «WATER ACT»

En 2007, la Commonwealth promulgó la *Water Act*, gracias a una combinación de poderes en el artículo 51 de la Constitución [incluyendo la transferencia de poderes a la Commonwealth por los Estados en virtud del art. 51 (xxxvii), que estaba en preparación en septiembre de 2008, y también el artículo 122, que confiere a la Commonwealth el poder legislativo sobre los Territorios]. La *Water Act* se aplica exclusivamente en la zona de la Cuenca Murray Darling y depende de la adopción/acreditación de los Planes Hídricos estatales para elaborar un «Plan de Cuenca».

Esta Ley deja los reglamentos sobre aguas a la competencia de los Estados pero dispone protocolos como el contenido de instrumentos tales como Planes Hídricos creados en base a leyes estatales (artículos 19, 20 y 22). Requiere que los Planes Hídricos estatales tengan un determinado contenido (artículos 22 y 55) y puedan ser acreditados (artículo 56) o adoptados (artículo 57) por la Commonwealth. Esta Ley representa una nueva forma de conseguir más poder sobre las aguas para la Commonwealth (una tendencia ilustrada más arriba), pero además hace justiciables estas adiciones según fundamentos del derecho administrativo consuetudinario, es decir, por razonabilidad. Para describir este proceso en el artículo, la autora ha acuñado el término *protocolos justiciables*.

La ley de aguas de 2007 (*Water Act 2007*) tiene como objetivo que la nueva Autoridad de Cuenca Murray Darling elabore un Plan de Cuenca global (solamente para aguas de la Cuenca Murray Darling). Convierte al Plan de Cuenca en un instrumento legislativo (artículo 33) e implícitamente permite la revisión por los tribunales que tienen jurisdicción federal y además menciona específicamente al Tribunal de Magistrados Federales (artículo 139) y al TAA.

La *Water Act* prohíbe a la Comisión de la Cuenca Murray Darling, una entidad de un Estado de la Cuenca, una autoridad operativa, un operador de infraestructuras o un titular de un derecho de acceso a aguas cualquier actuación que vaya en contra del Plan de Cuenca (artículo 35). En virtud del apartado 8 del artículo 22, el Plan de Cuenca incluye asimismo otros asuntos prescritos por las reglamentaciones a los efectos de esta sección. Así se amplía su ámbito potencial. El artículo 25



dispone que la Commonwealth puede especificar el lugar donde medir un objetivo de salinidad y puede especificar un objetivo para un nivel particular de salinidad que deba cumplirse durante un determinado período de tiempo.

Los objetivos de la Ley también son amplios, y se establecen en una larga lista en el artículo 5, que empieza con el *interés nacional* y los *acuerdos internacionales relevantes* y, de acuerdo con lo dicho anteriormente, consisten en fomentar el uso y la gestión de los recursos hídricos de la cuenca para optimizar los beneficios económicos, sociales y medioambientales. Hay otros objetivos especificados en ocho subapartados que hacen la ley complicada (si no indeterminada) por su dificultad de interpretación. El término *interés nacional* no está bien definido.

Es de notar que la cláusula de expresión de fines utiliza la expresión «optimizar los beneficios económicos, sociales y medioambientales», que a todas luces es más restringida que el DES (ver Cuadro 1 más arriba) puesto que no se menciona el largo plazo. La definición de beneficios medioambientales incluye:

- (a) función del ecosistema,
- (b) biodiversidad,
- (c) calidad de las agua,
- (d) salud del recurso agua y
- (e) mejora de la seguridad de las aguas para todos los usuarios de la Cuenca.

Estos beneficios son bastante amorfos y requerirán una interpretación judicial.

La Ley define el DES en el artículo 4 (2) pero está limitado en su aplicación al Plan de Cuenca. El artículo relevante incorpora una lista de factores y esto podría entenderse como una limitación al DES, puesto que el DES está sujeto a los usos consuntivos en la Cuenca. La lista incluye además muchos factores revisables como p.ej. utilizar el mejor análisis socioeconómico disponible.

La *Water Act* se basa en ciertos poderes de la Commonwealth: artículo 51 (i), poder interestatal de comercio, 51 (ii), poder de tributación, 51 (viii), observaciones astronómicas y meteorológicas, 51 (xi), censos y estadísticas, 51 (xv) pesos y medidas, 51 (xx), poder de corporaciones, 51 (xxix), poder de relaciones exteriores, 51 (xxxvii) poderes transferidos por los Estados a la Commonwealth, 51 (xxxix), poder incidental y el artículo 122, poder de los territorios. Cabe destacar sobre todo el uso del poder de transferencia según el artículo 51 (xxxvii) y el proceso de transferencia de poder por los Estados todavía sigue en marcha a fecha de septiembre de 2008<sup>35</sup>, y podrían preparar diferentes tipos de estatutos de transferencia, complicando así el funcionamiento de la nueva Ley.

Existe una serie de acuerdos internacionales que pretenden ser ejecutados en esta Ley, supuestamente en función del poder de relaciones exteriores. «*Acuerdos*

---

35. The Australian, viernes 12 de septiembre de 2008, pg. 8.

*internacionales relevantes*» se define en el artículo 4, e incluye la Convención de Ramsar, la Convención sobre Biodiversidad, la Convención sobre Desertificación, la Convención de Bonn, CAMBA, JAMBA, ROKAMBA y la Convención sobre Cambio Climático (ver Memorándum explicativo). Estos instrumentos internacionales son amplios y elevan el espectro de la importación de leyes internacionales a la legislación nacional con el término más amplio «desarrollo sostenible» incorporado a estos instrumentos<sup>36</sup>. Más recientemente se ha firmado el Protocolo de Kyoto.

La *Water Act* contiene intentos concretos en muchos artículos de hacer una lectura de las disposiciones para no vulnerar el artículo 100 (ver, por ejemplo, los artículos 11 y 14) y éstos, unidos, pueden dar probablemente validez a la Ley.

En virtud del artículo 21, el Plan de Cuenca debe:

- (a) tener en cuenta los principios del desarrollo ecológicamente sostenible,
- (b) actuar en base a los mejores conocimientos científicos y análisis socioeconómicos disponibles, y
- (c) considerar lo siguiente:
  - (i) la Iniciativa Nacional del Agua
  - (ii) el uso consuntivo y otros usos económicos de los recursos hídricos de la Cuenca
  - (iii) la diversidad y la variabilidad de los recursos hídricos de la Cuenca y la necesidad de adaptar los enfoques de gestión a esa diversidad y variabilidad
  - (iv) los objetivos de gestión de los Estados de la Cuenca para recursos hídricos en particular
  - (v) asuntos sociales, culturales, indígenas y demás consideraciones en beneficio público
  - (vi) procesos más amplios de planificación de la gestión de los recursos naturales en la región
  - (vii) el efecto, o el efecto potencial, del Plan de Cuenca sobre el uso y la gestión de los recursos hídricos que no sean recursos hídricos de la Cuenca
  - (viii) el efecto, o el efecto potencial, del uso y la gestión de los recursos hídricos que no son recursos hídricos de la Cuenca sobre el uso y la gestión de los recursos hídricos de la Cuenca
  - (ix) los acuerdos de reparto de aguas del Estado (ver Tabla 2).

Una vez más, esta larga lista es indeterminada y precisará una racionalización judicial de las operaciones de la Ley y del Plan de Cuenca. En cualquier caso, hay muchas opciones para realizar revisiones conforme al derecho administrativo.

---

36. CORDONIER-SEGGER y KHALFAN, (2004).

El artículo 22 incorpora una lista de elementos del Plan de Cuenca. El apartado 10 del artículo 22 estipula que una disposición del Plan de Cuenca no tiene validez hasta el punto de que la disposición regula *directamente* el aprovechamiento del suelo, la gestión de otros recursos naturales o la contaminación. Esto plantea una cuestión justiciable en torno a lo que es «directo o indirecto» (pese al intento de definir «directo» en el apartado siguiente).

La Commonwealth, a través de la Autoridad de la Cuenca Murray Darling, acredita o adopta Planes Hídricos estatales. Los «*planes de recursos hídricos*» para una zona dentro del plan de recursos hídricos se definen como parte de un plan que:

- (a) vela por la gestión de la zona dentro del plan de recursos hídricos, y
- (b) o bien:
  - (i) se acredita según el artículo 63, o bien
  - (ii) se adopta según el artículo artículo 69,

pero solamente hasta el punto de que el plan de recursos hídricos:

- (c) se relaciona con los recursos hídricos de la Cuenca y
- (d) dispone en situaciones en las que el Plan de Cuenca requiere la inclusión de un plan de recursos hídricos.

Esta última cláusula y el hecho de que los Planes de Cuenca son documentos legislativos supone que la Commonwealth es capaz de fijar un protocolo al que los Estados deben adherirse y que todas las controversias serían justiciables. Esto implica un enorme cambio con respecto a los paradigmas arriba citados, cuando la Commonwealth sólo podía influir fiscalmente en los procesos de planificación hídrica de los gobiernos de los Estados.

A esto se añade que la Commonwealth puede regular las cargas de agua en todas las empresas abastecedoras de agua en los Estados (artículo 91).

La *Water Act* aplica un régimen jurídico a los Planes Hídricos estatales y requiere que sean revisados. En el ámbito federal, el TAA tiene capacidad para revisar la legalidad de las resoluciones federales de conformidad con la Ley.

Como algo suplementario y sin ser parte de la *Water Act* sino en atención a una antigua recomendación política de recomprar aguas y tierras<sup>37</sup>, se han recomprado aguas y tierras con el fin de recuperar agua para el medio ambiente. Se efectuó una compra en septiembre de 2008<sup>38</sup> pero el proceso de selección de este vendedor ha generado mucha angustia social con respecto a la imparcialidad procesal en la decisión sobre recompras.

37. COMISIÓN SOBRE PRODUCTIVIDAD, (2006).

38. NEWS.COM.AU, (2008).

### III. RESUMEN Y CONCLUSIONES

La historia de las leyes de asignación de aguas australianas presenta un mosaico de programas estatales permisivos dentro del derecho consuetudinario sustituidos por programas estatutarios basados en los Estados que han sido ahora reemplazados por la nueva legislación de aguas de la Commonwealth. Existen cinco épocas en las leyes sobre aguas desde 1788 hasta nuestros días, con una creciente influencia del Gobierno Federal en las asignaciones ya sea directamente o indirectamente mediante adiciones de poder, o más recientemente, a través de la idea innovadora de aportar *protocolos justiciables* sobre las leyes estatales. La Ley de Aguas de 2007 (*Water Act 2007*) se basa en una interpretación amplia del aspecto de ejecución de tratados dentro del poder de relaciones exteriores y de la transferencia de poderes desde los Estados para incrementar el poder legislativo federal que permite regular las asignaciones de agua y en particular las elecciones entre usos consuntivos y el medio ambiente. La prohibición del artículo 100 ha generado una mayor complicación en la arquitectura jurídica y aún está por ver si la Ley ha eludido esta prohibición. Persisten todavía numerosas debilidades en el marco constitucional, incluyendo el hecho de que el poder de recaudar impuestos sobre el consumo impide que los Estados impongan gravámenes directos sobre el agua para financiar el DES. Soluciones políticas paralelas tales como las recientes recompras también pueden poner en peligro el proceso de planificación y asignación de aguas por muchos motivos.

Las posibles opciones de realizar revisiones jurídicas y administrativas ya han sido aprovechadas por los litigantes de los Estados y estas causas demuestran la voluntad de una judicatura independiente para defender estrictamente los principios de DES y otras condiciones específicas en las Leyes con el propósito de conseguir el DES en los Planes Hídricos.

Por primera vez en la historia, Australia ha abandonado el ámbito de la planificación federal de aguas no justiciable según el artículo 96, y existe la oportunidad de que los jueces apliquen e interpreten un régimen nacional de gestión del agua y hagan más cierto el significado del DES, mejorando así la confianza en los sistemas de planificación de aguas.

*Agradecimientos: Este trabajo fue realizado durante una excedencia de UniSA y los datos recopilados en 2007 fueron proporcionados por CRC Irrigation Futures. Gracias a Adam Gray por el mapa, al Centre for Socio legal studies Oxford Elizabeth Fisher, al Foro de Federaciones y a los compañeros invitados a la Expo de Zaragoza por sus comentarios y sugerencias. Todas las interpretaciones son propias.*

### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Margaret (2003), «South Australia and the River Murray: Some Cartoons from the Federation Period» *History Matters* vol. 13 (2) pgs. 4-7.
- ARMCANZ/ANZECC (1995), «Council of Australian Governments' Communiqué», disponi-

\_\_\_\_\_ III. *Derecho de aguas en la federación australiana: el paso hacia el centralismo*

ble en [www.CoGA.gov.au/CoGA\\_meeting\\_outcomes/1994-02-25/docs/attachment\\_a.cfm](http://www.CoGA.gov.au/CoGA_meeting_outcomes/1994-02-25/docs/attachment_a.cfm) (consultado el 24 septiembre 2008).

COMISIÓN AUSTRALIANA DE COMPETENCIA Y CONSUMO (2006), «A Regime for the Calculation and Implementation of Exit, Access and Termination Fees Charged by Irrigation Water Delivery Businesses in the Southern Murray-Darling Basin», disponible en [http://www.inyoung.net.au/water/policies/ACCC\\_Exit\\_Fees.pdf](http://www.inyoung.net.au/water/policies/ACCC_Exit_Fees.pdf) (consultado el 7 octubre 2008).

COMISIÓN PARA LA REFORMA LEGAL AUSTRALIANA (1999), «Discussion Paper 62: Review of the Federal Civil Justice System».

CLARK, Sandford D., (1983), «The River Murray Waters Agreement: Peace in Our Time?», *Adelaide University Law Review* vol. 9, pg. 108.

CLARK, Sandford D., RENARD, Ian A. (1970) «The Riparian Doctrine and Australian Legislation», *Melbourne University Law Review* vol. 7, pg. 475.

CLARK, Sandford D., MEYERS, A. J. (1969) «Vesting and Divesting: the Victorian Groundwater Act 1969» *Melbourne University law Review* vol. 7, pg. 238.

CORDONIER-SEGGER, Marie-Claire, KHALFAN, Ashfaq (2004) *Sustainable Development law: Principles, Practices and Prospects*, Oxford pgs. 21-24.

GALLIGAN, Brian, WRIGHT, John S. F. (2002), «Australian Federalism a Prospective Assessment» *Publius: The Journal of Federalism* vol. 32 (2), pgs. 147-166.

GARRETT, Peter, MP y BURKE, Tony, MP (2008), «Caring for our Country-better land management, less red tape» *Comunicado de prensa* disponible en <http://www.nrm.gov.au/> (consultado el 8 octubre 2008).

HOWARD, John, MP (2007), «My Bold Plan to save our Water», diario nacional *Weekly Times* 31 enero 2007, pg. 16. Cita del discurso del Primer Ministro incluida en [www.pm.gov.au/docs/national\\_plan\\_water\\_security.pdf](http://www.pm.gov.au/docs/national_plan_water_security.pdf) (consultado el 7 octubre 2008).

COMITÉ PERMANENTE CONJUNTO SOBRE TRATADOS (1996) disponible en <http://www.aph.gov.au/house/committee/jsct/index.htm> (consultado el 7 octubre 2008).

RED DE RÍOS INTERNOS (2007), «Recommendations that will ensure the success of the National Plan for Water Security in the Murray Darling Basin produced by consortium of non governmental organisations such as Australian Conservation foundation», disponible en <http://www.irmNGS.org.au/pdf/WaterPlanMDB.pdf> (consultado el 7 octubre 2008).

LANE, P. (1986), *Lanes Commentary on the Australian Constitution*, Law Book Company, Ryde.

LANGDON, M. (2002), *Briefing papers: Indigenous rights to waters*, ATSIC y Lingiari Foundation, Melbourne, pg. 45.

LETCHER, R., POWELL, S. (2008), «The Hydrological Setting» en CRASE, Lin (ed.) *Water Policy in Australia the Impact of Change and Uncertainty Issues in Water Resources Series*, Resources for the Future, Washington.

- McHUGH, Michael (2007), «The Impact of High Court Decisions on the Governance of Australia», conferencia impartida en la Universidad de Nueva Gales del Sur, disponible en [http://www.law.uNGS.edu.au/news\\_and\\_events/doc/2007/Speech\\_Michael\\_McHugh.pdf](http://www.law.uNGS.edu.au/news_and_events/doc/2007/Speech_Michael_McHugh.pdf) (consultado el 7 octubre 2008).
- McKAY, Jennifer (2006), «Issues for CEOs of Water Utilities with the implementation of Australian Water Laws» *Journal of Contemporary Water Research and Education*, vol. 135 pgs. 115-130.
- McKAY, Jennifer (2005), «Water Institutional Reform in Australia» *Water Policy* vol. 7 pgs. 35-52.
- McMAHON, T. A., FINLAYSON, B. L., HAINES, A. T., SRIKANTHAN, R., (1992), *Global runoff: continental comparisons of annual flows and peak discharges*, Catena Verlag, Cremlingen-Destedt.
- COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING, (2004) *IAG Reports on CAP Implementation*, disponible en <http://www.mdbc.gov.au/nrm> (consultado el 25 noviembre 2006).
- (2002), «The Living Murray Discussion Paper», disponible en [http://xlivingmurray.mdbc.gov.au/implementing/community\\_consultation](http://xlivingmurray.mdbc.gov.au/implementing/community_consultation) (consultado el 7 octubre 2008).
- (1995), *Informe de Auditoría Independiente sobre la Implantación del Límite*.
- AUDITORÍA NACIONAL DE RECURSOS TERRESTRES E HÍDRICOS (2001), «Australian Water Resource Assessment 2000-Surface and Groundwater Availability and Quality» disponible en [http://www.anra.gov.au/topics/water/pubs/national/water\\_contents.html](http://www.anra.gov.au/topics/water/pubs/national/water_contents.html) (consultado el 7 octubre 2008).
- NEWS.COM.AU (2008), «Toorale Water Buy Back Blog», disponible en [http://blogs.news.com.au/news/blogocracy/index.php/news/comments/toorale\\_water\\_buy\\_back/](http://blogs.news.com.au/news/blogocracy/index.php/news/comments/toorale_water_buy_back/) (consultado el 7 octubre 2008).
- PISANIELLO, John, McKAY, Jennifer (2005), «Australian Community Responses to upgraded Farm Dam Laws and Cost effective Spillway Modelling» *Water Resources Research* vol. 12, pgs. 325-340.
- COMISIÓN SOBRE PRODUCTIVIDAD (2006), «Rural Water Use and the Environment: The Role of Market Mechanisms, Research Report» Melbourne.
- ROCHFORD, F. (2004), «Private Rights to Water in Victoria: Farm Dams and the Murray Darling Basin Commission Cap on Diversions» *The Australian Journal of Natural Resources Law and Policy* vol. 9 (2), pgs. 229-253.
- SENADO DE AUSTRALIA (Comité Seleccionado sobre Contaminación del Agua) (1970), «Water Pollution in Australia: Report», Canberra, Imprenta del Gobierno.
- SHI, Tian (2005), «Simplifying Complex Water Entitlements» *Water* vol. 32 (5), pgs. 39-41.
- CONSEJO ASESOR SOBRE EL ESTADO DEL MEDIO AMBIENTE (1996), «Australia State of Environment Report», disponible en <http://www.environment.gov.au/soe/1996/index.html> (consultado el 7 octubre 2008).

\_\_\_\_\_ III. *Derecho de aguas en la federación australiana: el paso hacia el centralismo*

TREWIN, Dennis (2006), «Water Account, Australia, 2004-05» y «Water Account, Australia, 2000-02» Instituto Australiano de Estadística.

VAN DIJK, Albert, EVANS, Ray, HAIRSINE, Peter, SHAHBAZ, Khan, NATHAN, Rory, PAYDAR, Zahra, VINEY, Neil, ZHANG, Lu (2006) «Risks to the Shared Water Resources of the Murray Darling Basin», Comisión de la Cuenca Murray Darling/CSIRO Publicación disponible en <http://www.csiro.au/files/files/p7ga.pdf> (consultado el 7 octubre 2008).

WU, Z., MCKAY, J. y HEMPHILL, E. (2008), «Attitudes to the Natural Resources Management Levy» *Adelaide Water* vol. 44, pgs. 87-92.





Informes Nacionales (2)  
Experiencias de América Latina



## Gestión del Agua en Brasil

B. P. F. BRAGA<sup>1</sup>, R. FLECHA<sup>2</sup>, D. PEREIRA<sup>3</sup> y J. KELMAN<sup>4</sup>

**Resumen:** En Brasil, ante situaciones de escasez, el abastecimiento de las poblaciones y el uso ganadero son los usos prioritarios del agua. La priorización de los demás usos se hace en función de la aptitud de la cuenca hidrográfica en cuestión a partir del plan de la cuenca aprobado por el respectivo comité.

En este capítulo se va a tratar la situación de los recursos hídricos en Brasil. Se expondrán las condiciones de disponibilidad y demanda de las diferentes regiones hidrográficas brasileñas. Los desarrollos más recientes de los últimos diez años en el área legal e institucional para la gestión de recursos hídricos, se presentarán con ejemplos de implementación en cuencas hidrográficas compartidas por diferentes Estados.

**Palabras Clave:** reformas hidrológicas, gestión compartida, organismos de gestión de cuencas, abastecimiento, Agencia Nacional de Aguas.

### Relación de Acrónimos.

AGEVAP	Agencia del Agua de la Cuenca del río Paraíba do Sul
ANA	Agencia Nacional del Agua
CBH	Comité de Cuenca Hidrográfica
CHS-PS	Comité de Cuenca Hidrográfica del río Paraíba do Sul
CNRH	Consejo Nacional de Recursos Hídricos
CERH	Consejo Provincial de Recursos Hídricos
CEIVAP	Cuenca Hidrográfica del río Paraíba do Sul
IPCC	Intergubernamental Panel on Climate Change
PNRH	Política Nacional de Recursos Hídricos
PRODES	Programa de Descontaminación de Cuencas Hidrográficas
SINGREH	Sistema Nacional de Gerencia de Recursos Hídricos

## I. INTRODUCCIÓN

El agua es un recurso natural vital. Al contrario de otros recursos naturales (petróleo, gas, aluminio, etc.) para los cuales pueden existir sustitutos, no hay susti-

1. Profesor Titular de la Escuela Politécnica de la USP, Presidente del International Hydrologic Programme de la UNESCO, Vicepresidente del Consejo Mundial del Agua – WWC y Director de la Agencia Nacional del Agua – ANA.
2. Superintendente de Apoyo a la Gestión de la Agencia Nacional del Agua – ANA.
3. Secretaría de Saneamiento y Energía del Gobierno del Estado de São Paulo.
4. Profesor de la Universidad Federal de Río de Janeiro – UFRJ, Director General de la Agencia

tución posible para el agua. El agua puede ser utilizada para múltiples finalidades: abastecimiento de las poblaciones e industrias, uso ganadero, producción de alimentos a través de la irrigación, navegación, generación de hidroelectricidad, minería, conservación de la flora y fauna acuáticas, ocio y turismo. En Brasil, ante situaciones de escasez, el abastecimiento de las poblaciones y el uso ganadero son los usos prioritarios del agua. La priorización de los demás usos se hace en función de la aptitud de la cuenca hidrográfica en cuestión a partir del plan de la cuenca aprobado por el respectivo comité.

En este capítulo se va a tratar la situación de los recursos hídricos en Brasil. Se expondrán las condiciones de disponibilidad y demanda de las diferentes regiones hidrográficas brasileñas. Los desarrollos más recientes de los últimos diez años en el área legal e institucional para la gestión de recursos hídricos, se presentarán con ejemplos de implementación en cuencas hidrográficas compartidas por diferentes Estados.

## **II. DISPONIBILIDAD Y DEMANDA HÍDRICA**

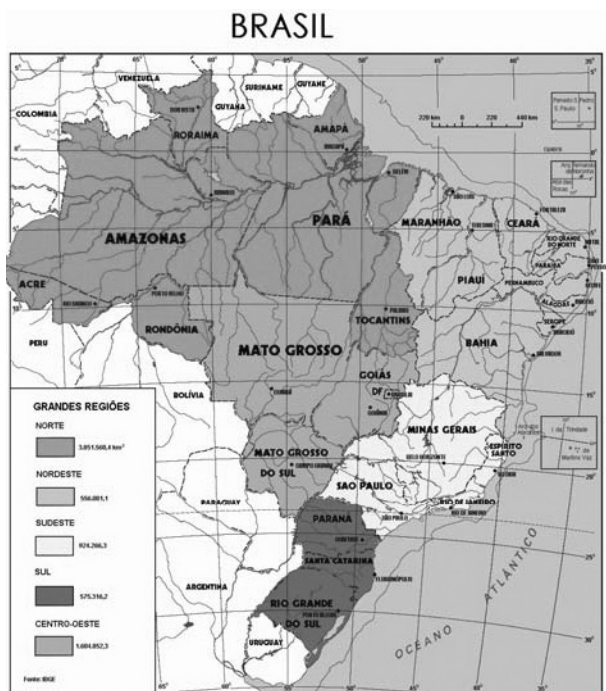
Brasil es una república federativa constituida por la Unión, 26 estados, 1 distrito federal y 5.561 municipios (Figura 1). Se trata de una configuración muy peculiar en función de los numerosos municipios que tengan autonomía administrativa con relación, por ejemplo, a los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento. Afortunadamente, en el tema de la gestión de recursos hídricos, la autonomía se restringe a los estados y a la Unión. De acuerdo con la Constitución Federal aprobada en 1988, se constituyen como bienes de la Unión « lagos, ríos y cualquier corriente de agua en territorio federal o compartido por uno o más Estados, sirviendo de frontera con otro país...»<sup>5</sup>. Los demás cursos de agua y las aguas subterráneas son de dominio de los estados. De esta forma, la gestión de los recursos hídricos en Brasil presenta retos semejantes a la gestión de cuencas de ríos transfronterizos compartidos por países independientes.

---

Nacional de Energía Eléctrica – ANEEL y Ex-Director Presidente de la Agencia Nacional del Agua – ANA.

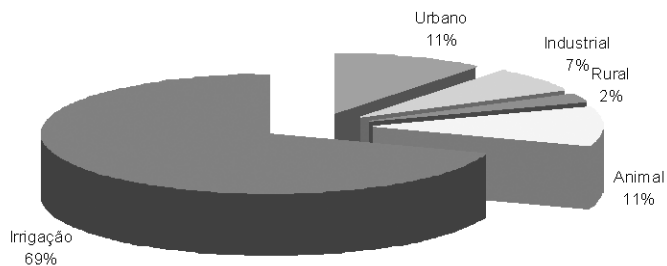
5. Art. 20, inc. III de la Constitución Federal de 1988

Figura 1.–División Política de Brasil.



En Brasil, el uso más intenso del agua es la irrigación para la producción de alimentos. Cerca del 70% del consumo de agua se destina a esta finalidad (Figura 2). El abastecimiento urbano representa el 11%, el uso ganadero el 11%, el industrial el 7% y el abastecimiento rural el 2%.

Figura 2.–Usos del Agua en Brasil<sup>6</sup>.



En la Figura 3 se muestran las 12 regiones hidrográficas (conjunto de una o más cuencas hidrográficas) consideradas para la gestión del agua en Brasil. Los

6. ANA, (2007).

límites de estas regiones no coinciden con los límites geopolíticos de los Estados brasileños.

Figura 3.—Regiones hidrográficas y los Estados brasileños.



Este hecho va a tener implicaciones importantes en el modelo de gestión de recursos hídricos adoptado en el país como se verá más adelante.

En el cuadro 1 se indican los caudales medios anuales per cápita de estas doce regiones hidrográficas. Los resultados muestran que Brasil es rico en términos de disponibilidad hídrica. Considerándose un total de 179.433 m<sup>3</sup>/s de caudal medio para el territorio brasileño, observamos que el país posee el 12% del agua dulce del planeta. No obstante, esta disponibilidad varía de forma acentuada a lo largo del territorio. Además, existe también una considerable variación estacional de esta disponibilidad. Incluso en regiones hidrográficas de gran disponibilidad, como la Amazónica (74% del total brasileño), se observan importantes períodos de estiaje. Este fue el caso de una serie de sequías importantes que se verificaron en el sur de la Amazonía en los años 1983 y 2001. Sin embargo, estos datos aislados no reflejan la problemática de la gestión del agua en Brasil ya que no tienen en cuenta las demandas para los diferentes usos.

CUADRO 1.–Caudal medio de agua por habitante en Brasil<sup>7</sup>.

REGIAO HIDROGRÁFICA	POPULAÇÃO	VAZAO MÉDIA	
		(m <sup>3</sup> /s)	(m <sup>3</sup> /hab/ano)
Amazônica	7.806	131.947	533.062
Tocantins Araguaia	7.178	13.624	59.856
Atlântico Nordeste Ocidental	5.302	2.683	15.958
Parnaíba	3.729	763	6.453
Atlântico Nordeste Oriental	21.465	779	1.144
São Francisco	12.796	2.850	7.024
Atlântico Leste	13.996	1.492	3.362
Atlântico Sudeste	25.245	3.179	3.971
Atlântico Sul	11.634	4.174	11.314
Uruguai	3.834	4.121	33.897
Paraná	54.670	11.453	6.607
Paraguai	1.887	2.368	39.575
Brasil	169.542	179.433	33.376

Estudios elaborados por la ANA han valorado la relación demanda/disponibilidad del agua en estas 12 regiones hidrográficas. La demanda se calcula a partir de los datos disponibles de concesiones facilitados tanto por la Unión como por los estados para los diferentes usos del agua existentes en las regiones hidrográficas. La disponibilidad es el caudal regularizado por el sistema de depósitos aguas arriba, con el 100% de garantía, sumada al caudal con permanencia del 95%, en el trecho no regularizado. En los ríos sin regularización, la disponibilidad es el caudal con permanencia del 95%. Con el objeto de caracterizar la situación de los ríos en estas regiones hidrográficas, se ha utilizado una escala cualitativa para esta relación disponibilidad/demanda que varía desde «aceptable» hasta «crítica», según se muestra en la Figura 4. La situación es aceptable en la región hidrográfica Amazónica y Tocantins/Araguaia, exceptuando algunas regiones de la cabecera y en los ríos Jaburu y Formoso, donde las actividades de irrigación se han intensificado en los últimos años. En la región Atlántico Nordeste Oriental, el río Mearim se encuentra en situación crítica. El río Parnaíba consigue atender de forma aceptable la demanda de la cuenca, exceptuando algunos afluentes. La región Atlántico Nordeste Oriental es la más crítica. Casi todas las sub-cuencas de esta región presentan una relación entre demanda y disponibilidad por encima del 40%. La región hidrográfica de São Francisco también presenta una situación cuando menos preocupante en las sub-cuencas de los ríos de las Velhas y Paraopeba, algunos afluentes del Paracatu (ríos Preto, São Pedro y ribeirão Entre-ribeiros, el Alto río Grande), estando la mayoría de estos ríos localizados en la región semi-árida de la cuenca. Algunas cuencas del Atlántico Este también presentan dificultades para satisfacer la demanda hídrica: entre otros, Vaza-Barris, Itapicuru y Paraguaçu.

De forma adicional, presentan un cuadro más problemático las cuencas próximas a los centros urbanos, como las de la región Atlántico Sudeste (por ejemplo,

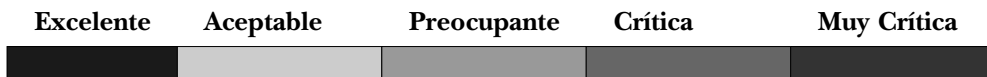
7. Ebda.

ríos Paraíba do Sul, Pomba, Muriaé, Guandu y los ríos que desembocan en la Bahía de Guanabara), Atlántico Sur (Guaíba, Jacuí y Camaquã, entre otros) y del Paraná (ríos São Bartolomeu, Meia Ponte, algunos afluentes de río Grande –ríos Sapucaí, Turvo, Pardo y Mogi-Guaçu Piracicaba y Tietê, por ejemplo–). Finalmente, algunas cuencas localizadas en la región de Uruguay se encuentran en una situación que exige una adecuada gestión e intervención debido principalmente a conflictos de usos para la irrigación (ríos Icamaquã, Ibicuí, Santa Maria y Quaraí, entre otros).

Figura 4.—Relación entre demanda y disponibilidad hídrica en los principales cursos de agua<sup>8</sup>.



Razón disponibilidad/demanda < 5% 10% 20% 40%



Se observan también regiones en el país en las que, a pesar de la elevada disponibilidad natural de agua, la intensa y desordenada ocupación del territorio ha generado conflictos por el uso del agua, de cara principalmente a cuestiones asociadas a la calidad requerida para determinados usos. Es el caso de las regiones hidrográficas del Paraná y Uruguay o de los cursos altos de los ríos Tocantins y São Francisco, además de buena parte de las regiones hidrográficas Atlántico Sudeste y Sur, donde los conflictos por el uso del agua presentan, principalmente, problemas de contaminación o de consumo excesivo de agua para la irrigación.

8. Ebd.



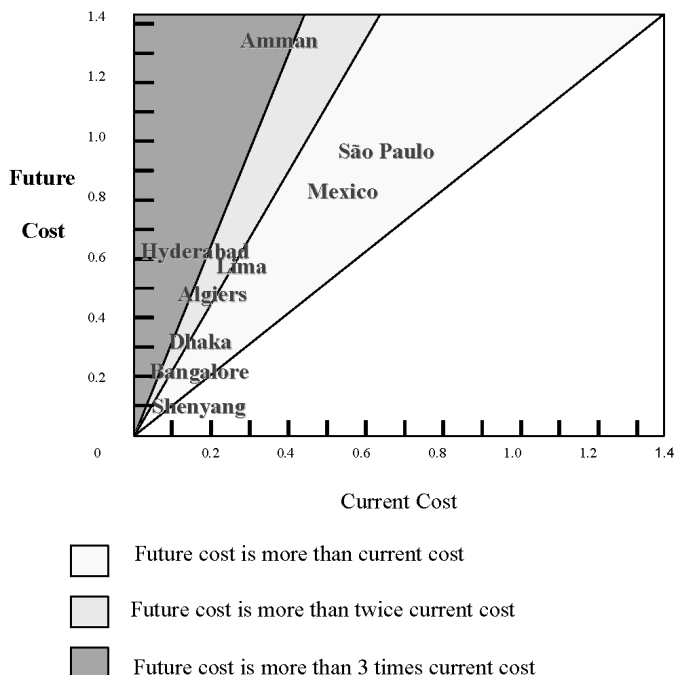
De lo anteriormente expuesto destaca que, a pesar de que Brasil lidere la disponibilidad de agua dulce en el mundo con un 12% del total, existen serios problemas de oferta de agua para los diferentes usos asociados. Estos problemas derivan de demandas cuantitativas elevadas con relación a la disponibilidad y del compromiso de la calidad del agua por la contaminación. El resultado más visible es que el coste marginal de la atención de la demanda urbana de agua en regiones metropolitanas en todo el mundo ha aumentado sensiblemente (Figura 5). Una de las razones de este aumento de coste marginal es la necesidad de buscar la fuente de agua en cuencas hidrográficas vecinas a la región demandante. Dos importantes regiones metropolitanas brasileñas, São Paulo y Rio de Janeiro, tienen sus poblaciones abastecidas con agua trasvasada de cuencas vecinas. En el primer caso, el 50% del agua de abastecimiento urbano proviene de la cuenca del río Piracicaba. De media se trasvasan 33 m<sup>3</sup>/s que dejan de estar disponibles para la región metropolitana de Campinas y Piracicaba. En el segundo caso, el agua del río Paraíba do Sul se trasvasa al sistema Light de generación hidroeléctrica y seguidamente se inyecta en el río Guandu. En este trasvase, el 65% del agua del Paraíba do Sul (160 m<sup>3</sup>/s) deja de fluir hacia la región aguas arriba de Santa Cecilia, que incluye, entre otras, las ciudades de Barra do Pirai y Campos dos Guitazes.

El reto de la gestión del agua en Brasil está por tanto relacionado con el aumento de la garantía de la oferta de agua en regiones hidrográficas con disponibilidad baja y con la mejora de la calidad del agua a través de la reducción de la contaminación doméstica e industrial. La labor realizada por el sector medioambiental con el sistema de comando y control (multas) ha dado como resultado la contención de la contaminación industrial. Sin embargo, la contaminación doméstica, es decir, la producida por las compañías de saneamiento, aún está lejos de ser resuelta. Solamente se trata el 15% de los desagües domésticos antes de verter en los ríos urbanos brasileños.

### **III. POLÍTICA Y SISTEMA NACIONAL DE GERENCIA DE RECURSOS HÍDRICOS**

La Política Nacional de Recursos Hídricos-PNRH establecida por la Ley núm. 9433/97 (Ley del Agua) tiene como objetivo principal asegurar a la actual y a las futuras generaciones la necesaria disponibilidad de agua, con patrones de calidad adecuados a los respectivos usos, al mismo tiempo que busca la prevención y la defensa contra situaciones hidrológicas críticas y el desarrollo sostenible, a través de la utilización racional e integrada de los recursos hídricos.

Figura 5.—Coste marginal de abastecimiento doméstico en regiones metropolitanas<sup>9</sup>.



Los principios sobre los que se basa la política nacional de gestión de recursos hídricos se pueden resumir de la siguiente forma:

- reconocimiento del agua como un bien público dotado de valor económico;
- garantía del uso múltiple del agua;
- prioridad en el uso de los recursos hídricos en situaciones de escasez para el consumo humano y uso ganadero;
- adopción de la cuenca hidrográfica como unidad territorial de planificación y gestión del agua: gestión descentralizada;
- participación de los diferentes niveles del poder público, de los usuarios y de la sociedad civil en el proceso de toma de decisión: gestión participativa.

La Política de Recursos Hídricos se guía por las siguientes directrices generales de acción:

- gestión sistemática de los recursos hídricos considerando los parámetros de cantidad y de calidad;

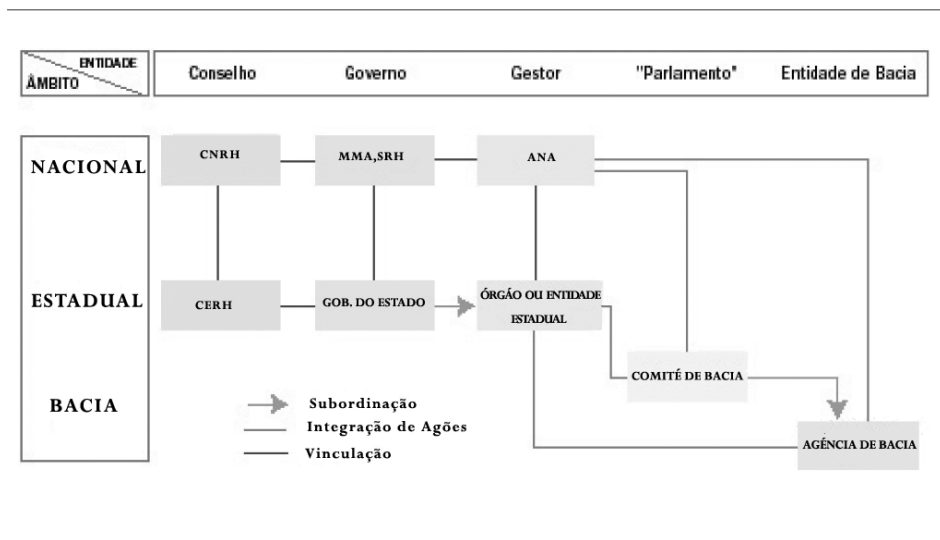
9. BANCO MUNDIAL (2006)

- adecuación de la gestión de los recursos hídricos a las diversidades físicas, bióticas, demográficas, económicas, culturales y sociales de las diferentes regiones del país;
- articulación de la gestión de recursos hídricos con la gestión ambiental;
- articulación de la planificación de los recursos hídricos con la de los sectores usuarios y con las planificaciones regionales, provinciales y nacional;
- articulación de la gestión de recursos hídricos con la gestión del uso del suelo; e
- integración de la gestión de las cuencas hidrográficas con la de los sistemas de estuarios y de zonas costeras.

Para mejorar esta condición de disponibilidad de agua en términos cuantitativos y cualitativos y en el sentido de implementar el PNRH, se creó el Sistema Nacional de Gerencia de Recursos Hídricos-SINGREH. Este sistema, previsto en la Constitución Federal de 1988, fue reglamentado por la Ley 9433 de 1997, y supone una innovación con relación al sistema ambiental en el sentido que utiliza mecanismos económicos para la gestión del agua. A través de este sistema, se introduce en el país el concepto de contaminador-pagador y usuario-pagador. El agua pasa a tener un valor económico y su uso queda sujeta a cobro. Este sistema (Figura 6) tiene en cuenta el carácter federativo del país y la posibilidad de la implicación de la sociedad en el proceso de toma de decisiones. Se crea la figura del Comité de Cuenca Hidrográfica que incorpora representantes del gobierno, usuarios y organizaciones no-gubernamentales. El Comité es responsable de la gestión de la cuenca hidrográfica al aprobar el plan de la cuenca y proponer la cantidad que se cobrará por el uso del agua. En el cuadro 2 se describen las atribuciones de cada uno de los integrantes de este sofisticado sistema de gestión.

Los instrumentos de gestión preconizados en la Ley 9433 y disponibles para el SINGREH son: plan de cuenca hidrográfica, marco de los cursos del agua, concesión, cobro por el uso de los recursos hídricos y sistema de información.

El plan de cuenca hidrográfica requiere un sistema de información de datos sobre la disponibilidad del agua en cantidad y calidad, además de las demandas de múltiples usos agregados por cuenca hidrográfica. Los planes de cuenca son planes directores cuyo objetivo es fundamentar y orientar la implementación de la política de gestión de recursos hídricos en el nivel de cuencas hidrográficas, definiendo los usos prioritarios y el programa de inversión para el desarrollo, recuperación y conservación de los recursos hídricos de la cuenca.



CUADRO 2.—Sistema Nacional de Gerencia de Recursos Hídricos-SINGREH<sup>10</sup>.

Entidad	Atribución
Consejo Nacional de Recursos Hídricos-CNRH	Órgano máximo del SINGREH responsable de dirimir conflictos de uso en última instancia y subsidiar la formulación de la política nacional de recursos hídricos
Secretaría de Recursos Hídricos	Entidad federal encargada de formular la Política Nacional de Recursos Hídricos, subsidiar la formulación del presupuesto de la Unión y actuar como secretaría ejecutiva del CNRH.
Agencia Nacional del Agua-ANA	Regulador del uso de recursos hídricos en ríos de dominio de la Unión y coordinadora de la implementación del SINGREH en todo el territorio nacional.
Consejo Provincial de Recursos Hídricos-CERH	Máximo órgano provincial responsable de dirimir conflictos de usos en el ámbito del Estado y subsidiar la formulación de la política provincial de recursos hídricos.
Gestor Provincial de Recursos Hídricos	Órgano central y coordinador del Sistema Provincial de Gestión de Recursos Hídricos, que posee competencias similares a la ANA, con poder para la concesión y fiscalización del uso de recursos hídricos de dominio del Estado.
Comité de Cuenca Hidrográfica-CBH	Comité colegiado constituido por el poder público, usuarios y sociedad civil, con competencias para aprobar el plan de cuenca, hacer un seguimiento de su ejecución, establecer los mecanismos de cobro y sugerir al CNRH las cantidades que deben cobrarse.

10. BRAGA et al., (2006).

Entidad	Atribución
Agencia de Cuenca	Brazo ejecutivo de los Comités de Cuenca, responsable de mantener el balance hídrico actualizado de la disponibilidad de recursos hídricos, mantener el catastro de usuarios, hacer operativo el cobro, gestionar el sistema de información y elaborar el plan de la cuenca.

El marco tiene como objetivo determinar niveles de calidad a lo largo del tiempo en los diferentes tramos de la malla hidrográfica en función de los usos y de los programas y metas para la consecución de estos objetivos. Las definiciones previstas en éste afectan directamente a la concesión que se realizará por los caudales de dilución, los cuales son, a su vez, función de los niveles de calidad establecidos.

La concesión es un instrumento que tiene como objetivo asegurar el control cuantitativo y cualitativo de los usos del agua. Es el derecho de acceso al agua, o la habilitación para su uso. Para su implementación, la concesión demanda del sistema de información datos relativos a la disponibilidad hídrica en cantidad y calidad, y de los usuarios aguas arriba y aguas abajo del punto de autorización.

Sobre el conjunto de usuarios sometidos a la exigencia de la concesión, se establece el cobro por el uso de los recursos hídricos. Éste es el instrumento de gestión que permite el aporte de recursos para financiar el programa de inversiones de la cuenca, además de perseguir los objetivos de racionalización del uso del agua y de estímulo a no contaminar.

El sistema de información tiene como objetivo principal producir, sistematizar y disponibilizar datos e informaciones que caracterizan las condiciones hídricas de la cuenca en términos de cantidad y calidad del agua en sus diferentes usos. Estas últimas asumen diversas formas posibles de caracterización por mapas de usos y ocupación del suelo, declinación, cubierta vegetal y cargas puntuales, referentes a captaciones y lanzamientos en diferentes puntos de la red hidrográfica indicadas en el catastro de usuarios del agua en la cuenca.

#### **IV. IMPLEMENTACIÓN DEL SINGREH**

Para implementar un sistema tan complejo fue necesaria la creación de una institución que tuviese competencias para actuar en el ámbito nacional. La Ley núm. 9984 de 17 de julio de 2000, establece como misión de la ANA la implementación, en su esfera de atribuciones, de la Política Nacional de Recursos Hídricos y la coordinación del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos-SINGREH, en particular la ejecución y operatividad de los instrumentos técnicos e institucionales de gestión de los recursos hídricos. Además, la ANA está encargada de regular el uso del agua en ríos del ámbito de la Unión por medio de la concesión del derecho de uso y de su fiscalización.

La actuación de la ANA obedece a los fundamentos, objetivos, directrices e instrumentos de la Política Nacional de Recursos Hídricos, en particular la adopción de la cuenca hidrográfica como unidad territorial de planificación y gestión de los recursos hídricos, y se desarrolla en coordinación con órganos y entidades privadas integrantes del SINGREH. La ANA ejerce también el papel, no menos importante, de inducción de procesos mediante la definición de estrategias para el establecimiento de mecanismos de articulación y cooperación, independientemente del ámbito de los cursos de agua. Particularmente, y de acuerdo con la Ley núm. 9984, cabe destacar algunas de las atribuciones de la ANA:

- supervisar, controlar y valorar las acciones y actividades derivadas del cumplimiento de la legislación federal relativa a los recursos hídricos;
- regular, con carácter normativo, la implementación, operatividad, control y valoración de los instrumentos de la Política Nacional de Recursos Hídricos;
- elaborar estudios técnicos para contribuir a la definición, por parte del Consejo Nacional de Recursos Hídricos, de las cantidades que se van a cobrar por el uso de recursos hídricos en el ámbito de la Unión, con base en los mecanismos y cuantías sugeridos por los Comités de la Cuenca Hidrográfica;
- estimular y apoyar las iniciativas orientadas a la creación de Comités de la Cuenca Hidrográfica;
- implementar, en coordinación con los Comités de Cuenca Hidrográfica, el cobro por el uso de recursos hídricos en el ámbito de la Unión;
- recaudar, distribuir y aplicar cantidades obtenidas por medio del cobro por el uso de recursos hídricos en el ámbito de la Unión;
- planificar y promover acciones destinadas a prevenir o minimizar los efectos de sequías e inundaciones en coordinación con el órgano central del Sistema Nacional de Defensa Civil, en apoyo a los Estados y Municipios;
- promover la elaboración de estudios para contribuir a la aplicación de recursos financieros de la Unión en obras y servicios de regularización de cursos de agua, de localización y distribución de agua, y de control de la contaminación hídrica, de acuerdo con lo establecido en los planes de recursos hídricos;
- definir y fiscalizar las condiciones de operación de depósitos por parte de agentes públicos y privados, con el objetivo de garantizar el uso múltiple de los recursos hídricos, de acuerdo con lo establecido en los planes de recursos hídricos de las respectivas cuencas hidrográficas;
- promover la coordinación de las actividades desarrolladas en el ámbito de la red hidrometeorológica nacional, en coordinación con órganos y entidades públicas o privadas que la integran, o que sean usuarias de éstas;
- organizar, implantar y gestionar el Sistema Nacional de Información sobre Recursos Hídricos;

- estimular el reclutamiento y capacitación de recursos humanos para la gestión de recursos hídricos;
- prestar apoyo a los Estados en la creación de órganos gestores de recursos hídricos;
- proponer al Consejo Nacional de Recursos Hídricos el establecimiento de incentivos, incluso de tipo financiero, para la conservación cualitativa y cuantitativa de los recursos hídricos.

Desde el punto de vista de su estructura orgánica, la ANA es dirigida por una Directiva Colegiada, compuesta por cinco miembros nombrados por el Presidente de la República y confirmados por el Senado Federal, con mandatos no coincidentes de cuatro años, admitiéndose un sólo período de reelección. Para dar el apoyo técnico a las decisiones de su Directiva, la ANA cuenta con superintendencias temáticas.

El gran reto que se plantea para la implementación del SINGREH en un país federativo como Brasil es la existencia, en una misma cuenca hidrográfica, de ríos administrados por los Estados y por la Unión. La autonomía de los Estados lleva a situaciones como la que se verifica en la cuenca del río Paraíba do Sul, donde el Comité de la Cuenca decidió sobre el cobro del uso del agua, el CNRH aprobó el importe, la Unión implementó el cobro en ríos de su ámbito y algunos Estados aún no han implementado el cobro en ríos de su ámbito. Esta asimetría supone un riesgo para el sistema.

La gestión compartida de los recursos hídricos demanda, necesariamente, la compatibilidad de los diferentes conflictos de intereses. Requiere, entre otros aspectos, la creación de ámbitos institucionales adecuados a la resolución, la negociación y la superación de los problemas y de las lagunas existentes en los esquemas jurídico-legales. Esos ámbitos se forman por la interrelación de múltiples factores, entre los cuales son decisivos<sup>11</sup>:

- La convergencia de objetivos;
- La comprensión por parte de todos los actores de las cuestiones y desafíos englobados;
- La creación de lazos de confianza a través de un proceso de gestión ético, transparente y democrático, que conduzca a la equidad, racionalidad y eficiencia en la toma de decisiones; y
- La construcción de un sentido de identidad de la cuenca, un sentido de unidad de actuación armónica, de co-responsabilidad y co-dependencia.

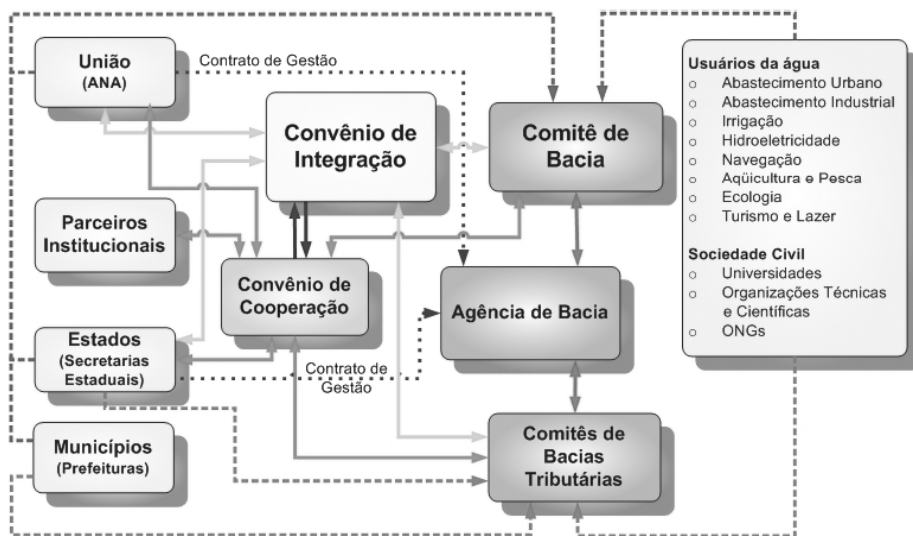
En el sentido de establecer condiciones mínimas de homogeneidad de criterios de concesión, fiscalización y cobro en el ámbito de la cuenca hidrográfica, la ANA ha creado la figura del *convênio de integração*. Este convenio, pactado entre la

---

11. PEREIRA, (2003).

ANA y los Estados con la intervención del Comité de Cuenca, es el compromiso entre los entes federados para trabajar juntos en la implementación de los instrumentos de gestión preconizados en la Ley núm. 9433/97. No obstante, el convenio de integración no es suficiente para garantizar la sostenibilidad de esta implantación. Algunos estados no disponen de un aparato institucional compatible con las necesidades de este nuevo y complejo sistema de gestión. De esta forma, la ANA ha creado también la figura del *convenio de cooperación*, a través del cuál esta agencia reguladora apoya técnica y financieramente al estado para hacer frente a los desafíos de la gestión descentralizada y participativa. Además, es necesario que se establezca un *contrato de gestión* entre el órgano federal o provincial que gestione el ámbito del agua, para que los recursos financieros recaudados por la Unión o los Estados puedan transferirse de nuevo a la Agencia de Cuenca. Este orden multi-institucional se muestra en la Figura 7.

Figura 7.—Organización de la Gestión de los Recursos Hídricos en la cuenca hidrográfica<sup>12</sup>.



## V. ESTUDIO DE UN CASO: CUENCA HIDROGRÁFICA DEL RÍO PARAÍBA DO SUL

Con un área de drenaje de cerca de 55.400 km<sup>2</sup>, la cuenca hidrográfica del río Paraíba do Sul se extiende por la Región Sudeste, abarcando el Valle del Paraíba Paulista (13.500 km<sup>2</sup>), la Zona de la Mata Mineira (20.900 km<sup>2</sup>) y casi la mitad del Estado de Rio de Janeiro (21.000 km<sup>2</sup>) (Figura 8). A pesar de su escasa expresión territorial —apenas el 0,7% del territorio brasileño y el 6% de la Región Su-

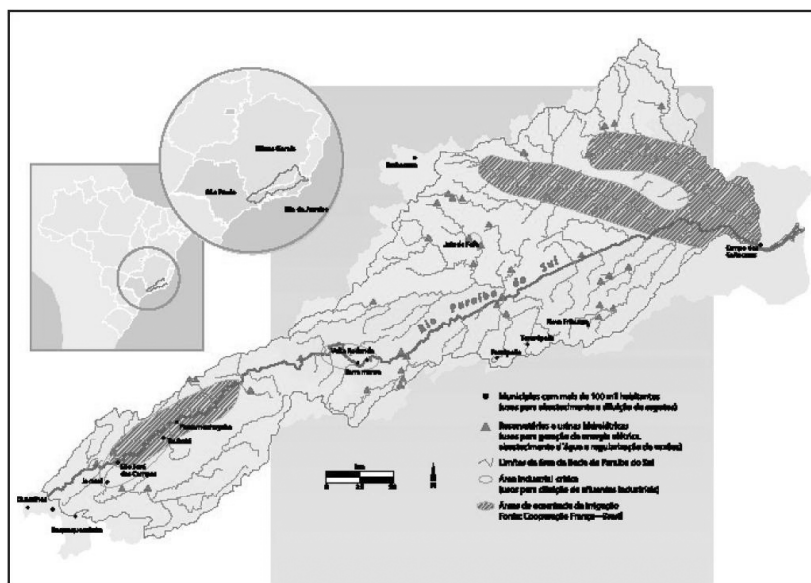
12. ANA, (2004).



deste-, la Cuenca comprende una de las áreas más industrializadas del país, responsable de cerca del 10% del PIB brasileño, y abastece con agua potable aproximadamente a 14 millones de personas, incluyendo más de 8 millones de habitantes de la Región Metropolitana de Rio de Janeiro, situada fuera de los límites de la cuenca.

El gran potencial hídrico de esta cuenca es utilizado de forma prioritaria para el abastecimiento público y otros usos como generación de energía eléctrica, uso industrial e irrigación. La pesca, el ocio y el turismo tienen poca expresión, aunque exista un gran potencial para su desarrollo; de forma contraria, el transporte fluvial nunca ha sido importante ni ofrece buenas condiciones de navegabilidad en su cuenca.

Figura 8.-Cuenca del río Paraíba do Sul: localización y principales usos<sup>13</sup>.



El principal usuario de la cuenca es el Sistema Light que, a través de un sistema de trasvase de agua entre cuencas, utiliza cerca de dos tercios del caudal medio del río Paraíba do Sul en su tramo medio junto con la totalidad de un afluente (río Pirai), para la generación de energía eléctrica en el Complejo Hidroeléctrico de Lajes, en la vertiente atlántica de Serra do Mar. Este trasvase genera una oferta hídrica relevante en la cuenca receptora del río Guandu, que ha pasado a ser la principal fuente de abastecimiento de agua de la Región Metropolitana de Rio de Janeiro y de varias industrias y fábricas de generación termoelectricas situadas en esta zona. En el cuadro 3 se presentan los principales usos del agua en la Cuenca.

13. PEREIRA (2003).

Cuadro 3.—Principales usos del agua de la Cuenca del río Paraíba do Sul<sup>14</sup>.

Usos	Captación (m <sup>3</sup> /s)		Consumo (m <sup>3</sup> /s)	
Abastecimiento público	16,84		3,37	
Industrial	13,65		6,19	
Agropecuaria	Irrigación	49,73	Irrigación	30,28
	Pecuaria	3,45	Pecuaria	1,73
Trasvase al Sistema Light	hasta 180		hasta 180	
TOTAL	83,67		41,57	
Incluyendo trasvase	hasta 263,67		hasta 221,57	

El desarrollo de las actividades agropecuarias y urbano-industriales ha supuesto un conjunto de problemas medioambientales que se acumulan y crecen año tras año, manifestándose en daños a la calidad de los recursos hídricos. Los diagnósticos ya realizados en la cuenca ponen de manifiesto problemas críticos en todos los aspectos medioambientales que se pueda considerar, desde la escasez de bosques (reducidos al 11% de su extensión original) a la contaminación del agua por el vertido de los desagües domésticos e industriales sin tratamiento adecuado, pasando por el agotamiento de la capacidad productiva de los suelos, degradados por la erosión generalizada en la cuenca. El crecimiento urbano desordenado en laderas escarpadas y orillas de ríos ha creado varias situaciones de riesgo de deslizamientos de tierra e inundaciones. El principal conflicto relacionado con las aguas de la cuenca concierne al trasvase del agua de la Cuenca del río Paraíba do Sul al Sistema Light.

### 1. ORGANIZACIÓN DE LA CUENCA: GESTIÓN COMPARTIDA

A primera vista, la gravedad de los problemas actuales de la cuenca del río Paraíba do Sul contrasta con su historia de intentos de implementación de una gestión integrada, que se remontan a la década de los treinta. De hecho, varias iniciativas han tenido gran calado en la gestión de los principales problemas de la cuenca y han dejado un legado importante en términos de conocimiento de las características y problemas relacionados con el agua y de la predisposición de sus principales actores para organizarse en su defensa. Sin embargo, estas iniciativas no han sido suficientes para anticipar o enfrentar la magnitud de los impactos originales del proceso acelerado de urbanización e industrialización, sobre todo entre 1950 y 1980, de ritmos sustancialmente más intensos que los intentos de conservación, protección y recuperación de la Cuenca del río Paraíba do Sul.

A partir de mediados de la década de los noventa, la Cuenca del río Paraíba do Sul ha conocido un proceso intenso de movilización en torno a sus aguas,

14. Ebd. y COPPE (2002).

traducido en la creación de varios organismos de cuenca en el ámbito de la dinámica actual de implementación de nuevos sistemas de gestión. Se trata de un proceso complejo, en gran parte debido al doble dominio que impone la cohabitación en la cuenca de cuatro sistemas distintos de gestión: sistemas nacional y de los Estados de São Paulo, de Minas Gerais y de Rio de Janeiro. El contenido de las diferentes leyes se asemeja en sus comienzos, instrumentos de gestión y orden político-institucional, pero las diferencias en el ritmo de implementación son significativas.

Estas diferentes dinámicas se reflejan en el orden institucional interno de la cuenca del río Paraíba do Sul, según se muestra en la Figura 7, que cuenta hoy con varios organismos de cuenca, originarios por tanto de procesos organizativos distintos:

- En el Estado de São Paulo se creó, en 1994, el primero de los nuevos organismos de la cuenca del río Paraíba do Sul: el Comité de Cuenca Hidrográfica del río Paraíba do Sul (CHS-PS) o «Comité Paulista», que abarca la totalidad del territorio paulista de la Cuenca;

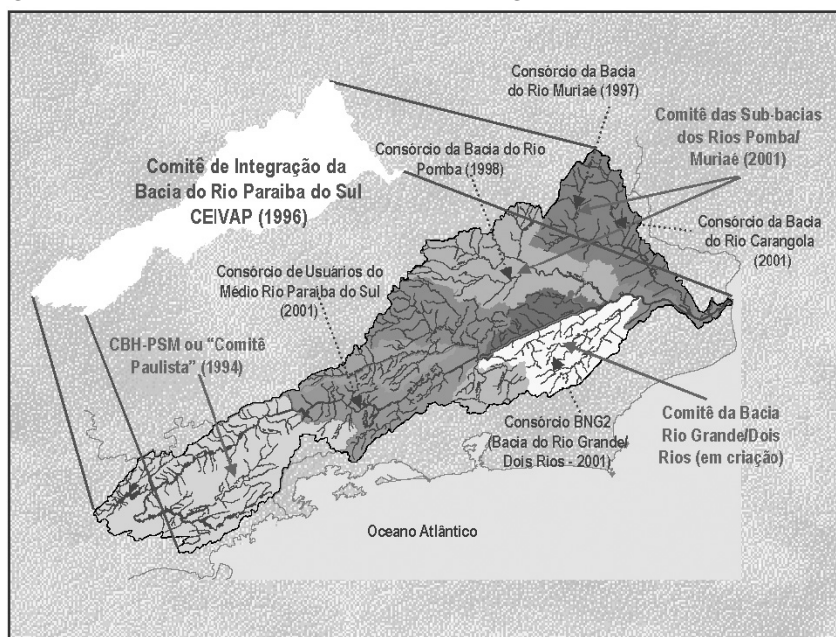
- El Comité para la Integración de la Cuenca Hidrográfica del río Paraíba do Sul (CEIVAP) nació de una articulación interprovincial con la Unión, anterior a la aprobación de la Ley núm. 9433/97, y se rige por la legislación y normativa de la esfera federal.

- El Comité de las Cuencas Hidrográficas de los Ríos Pomba y Muriaé, afluentes federales del río Paraíba do Sul, se creó en 2001 a partir de la demanda de los consorcios intermunicipales regionales, y está igualmente bajo jurisdicción federal;

- El Comité de la sub-cuenca de los ríos Grande/Dois Rios, en proceso formal de creación desde diciembre de 2001, formará parte del sistema de gestión del Estado de Rio de Janeiro;

- En distinto proceso de organización regional, por tratarse de organismos de adhesión espontánea que no dependen de las leyes del agua, se crearon varios consorcios intermunicipales y asociaciones de usuarios a partir de 1997 en sub-cuencas o tramos de cuenca. Volviendo al tema agua y medio ambiente, estos organismos de cuenca se constituyen como interlocutores regionales de nivel en el proceso de gestión. Éstos son: Consorcio Intermunicipal para la Recuperación Ambiental de la Cuenca del río Muriaé (1997), Consorcio Intermunicipal para Recuperación Ambiental de la Cuenca del río Pomba (1998), Asociación de Usuarios del Agua del Medio Paraíba do Sul (2001), Consorcio Intermunicipal para la Recuperación Ambiental de las Cuencas de los Ríos Bengalas, Negro, Grande y Dois Rios (2001), Consorcio Interprovincial para la Recuperación y Preservación de la Cuenca del río Carangola (2001) y Consorcio Interprovincial para la Recuperación y Preservación de la Cuenca del río Paraibuna (2002).

Figura 9.—Cuenca del río Paraíba do sul: organismos de cuenca<sup>15</sup>.



El mosaico institucional que se está delineando demuestra que los actores locales están interesados en el desarrollo de sus recursos hídricos y en su protección y recuperación. Según sus intereses específicos, y con mayor o menor intensidad, todos estos organismos han creado oportunidades de información, capacitación y discusión en cuanto a los principios e instrumentos de gestión de los recursos hídricos.

Sin embargo, la multiplicidad de frentes impone igualmente la necesidad de armonización de las acciones del conjunto, respetando las autonomías de cada organismo de cuenca. Se trata de uno de los retos de la gestión compartida a los que se está enfrentado actualmente la gestión de la cuenca del río Paraíba do Sul. En este contexto, cabe destacar el papel del CEIVAP; además de constituirse en la instancia institucional principal de la Cuenca en lo que se refiere a la planificación y gestión de los recursos hídricos, el CEIVAP, en su condición de comité de integración, tiene un papel relevante en el proceso de discusión y búsqueda de compromisos en la implementación de la gestión integrada de la Cuenca.

## 2. CONSTRUYENDO EL PACTO DE GESTIÓN: CEIVAP, ANA Y ESTADOS

Ante la diversidad de ritmos y capacidades de cada sistema de gestión englobados en la cuenca del río Paraíba do Sul, la implementación de la gestión compar-

15. PEREIRA, (2003).

tida se ha realizado de forma gradual. Hasta finales de 2000, los avances se dieron principalmente en la creación de comités de cuenca y en el desarrollo de estudios de diagnóstico y planificación. A partir de esta fecha, el proceso de implementación de los instrumentos de gestión experimentó un fuerte impulso con la decisión del CEIVAP de iniciar el cobro por el uso del agua en el ámbito de la Unión, comprendiendo, sobre todo: la regularización del uso del agua (catastro y concesión de licencia), la universalización del cobro a los diferentes usuarios, la elaboración del plan de recursos hídricos para la fase inicial de cobro y la creación e instalación de la Agencia de Cuenca del CEIVAP.

Todas esas actividades exigieron una actuación sistemática y armónica por parte de los diferentes actores implicados en la gestión de la cuenca del río Paraíba do Sul, es decir, el establecimiento de un pacto de gestión con respecto a sus atribuciones y competencias respectivas. Con respecto al CEIVAP, sus actividades se vieron fuertemente dinamizadas desde comienzos de 2001 con la decisión de hacer operativa, a corto plazo, la gestión de la cuenca, siendo su atribución principal la implantación del cobro por el uso del agua. En este proceso le corresponden al CEIVAP decisiones importantes que forman parte del rol de sus atribuciones, como por ejemplo:

- establecer una metodología y criterios de cobro por el uso de recursos hídricos y proponer las cantidades a cobrar por los órganos competentes;
- proponer cantidades de usos insignificantes de las captaciones, derivaciones y lanzamientos de efluentes a efectos de la exención de la obligatoriedad de licencia y cobro;
- proponer directrices para la elaboración del Plan de Recursos Hídricos para la fase inicial del cobro en la cuenca del río Paraíba do Sul, compatibilizándolo con los planes de sub-cuencas, aprobarlo y hacer un seguimiento de su ejecución;
- aprobar la propuesta de plan de inversiones previsto en el Plan de Recursos Hídricos para la aplicación de recursos financieros provenientes del cobro; y
- crear la Agencia del Agua de la Cuenca del río Paraíba do Sul, juntamente con la ANA, que deberá ser el brazo ejecutivo del CEIVAP.

De esta forma, la ANA, los estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro y São Paulo y el CEIVAP celebraron, en marzo de 2002 y con una vigencia de cinco años, un Convenio de Integración que tenía por objeto la gestión integrada de los recursos hídricos de la Cuenca Hidrográfica del río Paraíba do Sul, independientemente de su ámbito, mediante la integración técnica e institucional para la implantación y operatividad de los instrumentos de gestión de recursos hídricos, de forma que se consolidase la cuenca hidrográfica como una unidad territorial de planificación y gestión. Este fue el instrumento utilizado para conseguir la armonización entre la ANA, los Estados y el CEIVAP de los respectivos criterios y procedimientos adoptados, sobre todo con respecto al plan de recursos hídricos, catastro de usos y usuarios, licencia de derecho de uso de recursos hídricos, cobro por el uso del

agua, sistema de informaciones sobre recursos hídricos, fiscalización de usos de recursos hídricos y monitorización cuantitativa y cualitativa, y desarrollo de acciones de capacitación de recursos humanos.

### **3. IMPLEMENTACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN**

El proceso de implementación de los instrumentos de gestión en la Cuenca del río Paraíba do Sul fue impulsado de forma significativa con la decisión del CEIVAP de iniciar el cobro en aguas de dominio de la Unión. De hecho, la operatividad del cobro tuvo como condición previa la implementación inmediata de otros instrumentos de gestión estrechamente interrelacionados –plan de cuenca y regularización de usos–, además de la creación e instalación de la Agencia de Aguas de la Cuenca (Deliberación CEIVAP núm. 08, de 06 diciembre de 2001).

La estrategia adoptada para la implementación de estos instrumentos de gestión, en un plazo más corto, pasó por una serie de propuestas simplificadoras. Su concepción dio lugar a un proceso arduo de discusión y negociación, pasando a ser un verdadero reto en términos técnicos, políticos e institucionales. El gran mérito de este proceso fue el consenso establecido entre las partes (gestores públicos, usuarios y sociedad civil), fruto de las innumerables discusiones de las Cámaras Técnicas y del plenario del CEIVAP, fundamentadas en estudios y dictámenes desarrollados especialmente para la finalidad propuesta.

Las principales piezas que formaban parte de esa estrategia fueron las siguientes:

- adopción de una ecuación de cobro simplificada, incluyendo captación, consumo y vertido de efluentes ( $\text{DBO}_5$ ), donde se cobran los volúmenes de efluentes no tratados y no los volúmenes de dilución, posibilitando la diferenciación, en esta fase inicial, entre el cobro y el encuadramiento o fijación de metas de descontaminación de los ríos;

- elaboración del Plan de Recursos Hídricos de la Cuenca a partir de los estudios ya existentes, sirviéndose de dos de los otros instrumentos de gestión, a saber: el sistema de información, que se viene desarrollando a lo largo de varios años por los diversos proyectos de gestión para la cuenca, y el encuadramiento de los cursos de agua en clases de uso, proveniente de la legislación ambiental. El plan está fundamentalmente compuesto por un Programa de Inversiones que comprende un conjunto de intervenciones estructurales y no-estructurales, así como propuestas de desarrollo de estudios y herramientas técnicas de gestión;

- desarrollo e implementación, de forma innovadora, de un amplio proceso de regularización de usos basado en una convocatoria pública, divulgada en el Diario Oficial de la Unión y en el auto-catastro de los usuarios. El proceso ha tenido como objetivos principales la licencia y el cobro. El catastro declaratorio-obligatorio por parte de los usuarios ha actuado como un requerimiento de licencia cuya implantación se ha conducido, en todas sus etapas, por medio de un

proceso conjunto entre la Unión y los estados. Su orientación concreta y todos sus pasos se discutieron en las Cámaras Técnicas y se han aprobado por parte del CEIVAP, con la participación del Gobierno Federal y de los tres gobiernos provinciales. La regularización fue una decisión conjunta entre las cuatro partes, implementada como un proceso único, integrado en toda la cuenca. El proceso contó con un sistema que permitió el auto-catastro de cerca de 4.500 usuarios, de los cuales el 81% hicieron sus declaraciones directamente vía Internet. Se desarrolló una amplia campaña publicitaria, anunciada en los principales medios de comunicación (radio, televisión y periódicos locales), con la finalidad de informar a los usuarios;

- El inicio efectivo del cobro se realizó a partir del catastro resultado del proceso de regularización de todos los usuarios sujetos a licencia, independientemente de su previa concesión.

#### **4. AGENCIA DEL AGUA DE LA CUENCA DEL PARAÍBA DO SUL**

El CEIVAP, además de estructurarse como un organismo articulador e integrador de las discusiones y definiciones relativas a la implementación de la gestión de recursos hídricos en la Cuenca del río Paraíba do Sul, se convirtió en el primer Comité de Cuenca en aprobar mecanismos y sugerir cantidades para el cobro por el uso del agua. La implementación del cobro, en el año 2003, dio lugar a la creación de la Agencia del Agua de la Cuenca del río Paraíba do Sul (AGEVAP), según dispone el art. 42 de la Ley núm. 9433/97. Faltaba, sin embargo, la reglamentación legal que permitiese su aplicación. Es de destacar que, en el año 2003, por deliberación del CEIVAP, se delegó en la ANA la atribución de aplicar directamente los recursos derivados del cobro en la cuenca, que totalizaron cerca de 5,8 millones de R\$, de acuerdo con el Programa de Inversiones aprobado por el CEIVAP.

El 11 de febrero de 2004, el Presidente de la República editó la Medida Provisional núm. 165 en la que se regulaban los Contratos de Gestión celebrados entre la ANA y las entidades delegatarias de las funciones de Agencia del Agua, en los términos del art. 51 de la Ley núm. 9433/97. El 9 de junio de 2004, la MP núm. 165 fue transformada en la Ley núm. 10881, que regulaba los Contratos de Gestión celebrados entre la ANA y las entidades delegatarias de las funciones de Agencias del Agua relativas a la gestión de recursos hídricos de dominio de la Unión. Seguidamente, el CNRH publicó, el 20 de agosto de 2004, la Resolución núm. 38, que delega competencias en la AGEVAP para el ejercicio de funciones inherentes a la Agencia del Agua de la Cuenca Hidrográfica del río Paraíba do Sul, consolidado en una base legal para la celebración del Contrato de Gestión.

La Ley núm. 10881/04 resolvió de forma satisfactoria las cuestiones normativas referentes a la constitución de Agencias del Agua, garantizando a las entidades delegatarias de las funciones de Agencia del Agua los recursos derivados del cobro del uso de los recursos hídricos, eliminando la posibilidad de su atraso o impago.

En agosto de 2004 se celebró la reunión del Consejo de Administración de la AGEVAP, donde se aprobaron el Contrato de Gestión y el Programa de Trabajo. Además, en reuniones separadas tanto en la Asamblea General de la AGEVAP como en la Reunión Plenaria del CEIVAP, se refrendó la celebración del Contrato de Gestión. El texto aprobado definió como objeto del Contrato de Gestión el alcance de metas en las actividades que serán desempeñadas en el ejercicio de las funciones de Agencia del Agua por parte de la AGEVAP, debidamente detalladas en el Programa de Trabajo del Contrato de Gestión. Particularmente, el Programa de Trabajo contempla el detalle de los macro-procesos (objetivos estratégicos), metas y resultados que serán alcanzados por la AGEVAP, medidos por medio de indicadores de desempeño.

El Contrato de Gestión garantiza el retorno de los recursos financieros efectivamente recaudados en la Cuenca, en conformidad con el cronograma de desembolso mensual. Determina también las normas que serán acatadas por la AGEVAP, editadas por la ANA, para la selección y reclutamiento de personal y para las compras y contratación de obras y servicios por parte de la AGEVAP.

## **VI. CONSIDERACIONES FINALES**

Se encuentran en pleno funcionamiento dos comités de cuenca: el del río Paraíba do Sul, que engloba los Estados de São Paulo, Minas Gerais y Rio de Janeiro, y el de los ríos Piracicaba, Capivari y Jundiaí, que comprenden São Paulo y Minas Gerais. En estas cuencas hidrográficas ya existe un plan aprobado, y el cobro y sistema de información implementados. El resultado del cobro ejecutado por la ANA y por el DAEE (órgano gestor provincial de São Paulo) en las cuencas de los ríos Piracicaba, Capivari y Jundiaí, ya alcanza un total anual superior a 10 millones de R\$. Estos recursos se han utilizado para la construcción de Estaciones de Tratamiento de Vertidos-ETE, contribuyendo de esta forma a la mejora de la calidad del agua en la cuenca.

Merece destacar el trabajo de la Agencia Nacional de Aguas –ANA– en el sentido de mejorar la calidad del agua de los ríos brasileños. En 2001 la ANA lanzó el PRODES –Programa de Descontaminación de Cuencas Hidrográficas–. Este programa, también conocido como Programa de Compra de Vertido Tratado, subvenciona a municipios con recursos federales para la construcción de ETE de forma innovadora. En vez de entregar los recursos financieros antes de la construcción de ETE, el municipio recibe los recursos solamente cuando la estación esté funcionando correctamente, a través de aportaciones trimestrales. La subvención equivale al 50% del coste total estimado por la ANA. La garantía de liberación de estos importes por la ANA permite al municipio solicitar el préstamo a agentes financieros oficiales. Este programa incentiva la innovación tecnológica y el combate a la corrupción. Hasta 2004, se realizaron 37 nuevas estaciones de tratamiento, con una inversión global de 272 millones de R\$, gracias al efecto catalizador del PRODES. En 2007, más de 40 millones de R\$ se aplicaron en el programa.



Se espera que a través de la utilización de programas de la naturaleza del PRODES, el país pueda dar respuesta al compromiso asumido durante la cúpula del Milenio en Johannesburgo en el año 2000. En esa ocasión, los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas firmaron un documento comprometiéndose a reducir a la mitad el número de habitantes sin acceso a agua potable y saneamiento hasta el año 2015. La situación brasileña es aceptable con relación al abastecimiento de agua, mientras que el sector de canalización y tratamiento de efluentes domésticos carece de inversiones y programas adecuados para atender a este compromiso internacional.

Finalmente, es importante indicar que los cambios globales, en particular los relacionados con la variabilidad del clima, van a plantear retos importantes en la gestión de recursos en el mundo en general, y en nuestro país en particular. Las previsiones de sequías más extensas e inundaciones más intensas realizadas por el IPCC –Intergubernamental Panel on Climate Change– implicarán consecuencias directas en la definición de infraestructura hídrica más flexible y patrones de consumo más eficientes y eficaces. Además, la no-estacionalidad de las series hidrológicas resultantes del proceso de cambio climático impondrá nuevos modelos estadísticos para la definición de esta infraestructura hídrica. Este es un reto al que la ciencia hidrológica mundial tendrá que responder rápidamente para que las decisiones a largo plazo se puedan tomar lo antes posible.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ANA, 2007 Agencia Nacional de Aguas (ANA). *Disponibilidad y demandas de recursos hídricos en Brasil*, Brasilia.



# La Situación en México

EMILIANO RODRÍGUEZ BRICEÑO<sup>1</sup>

**Resumen:** La gestión del agua en países Federales tiene por sí una complejidad que obliga a llevar el análisis bajo diferentes enfoques, tomando en consideración aspectos técnicos, políticos, sociales, ambientales y económicos. Generalmente el éxito en la administración de los recursos hídricos se ve más afectado por aspectos sociales y políticos, que aspectos técnicos o ambientales. México no es ajeno a esta situación, y aunque ha tenido avances importantes en la administración de los recursos hídricos, persisten diferencias muy significativas entre disponibilidad de agua y desarrollo económico y social. Este trabajo se centra en analizar los avances en el marco jurídico que se dieron con la reforma a la Ley de Aguas Nacionales en el 2004, y en tocar los aspectos que más afectan la gestión del agua en México, incluyendo incongruencias que se dan entre los diferentes usos del agua, así como las limitaciones que ocasiona a un marco jurídico, la falta de voluntad política.

**Palabras Clave:** México, recursos hídricos, participación ciudadana, cuencas hidrográficas.

## Relación de Acrónimos.

CONAGUA	Comisión Nacional del Agua
D.F.	Distrito Federal
SEMARNAT	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
LAN	Ley de Aguas Nacionales
REPDA	Registro Público de Derechos de Agua

## I. INTRODUCCIÓN

Pareciera que al analizar los temas del agua, el enfoque debiera de ser desde un punto de vista técnico y ambiental, sin embargo el revisar la situación del agua en un país, necesariamente debe de tomar en consideración aspectos económicos, sociales y políticos, ya que son éstos los factores que hacen en la mayoría de los casos el que un país tenga éxito en la gestión del agua. México no es ajeno a ésta situación, y aunque sus problemas técnicos y naturales son muy variados, los principales frenos para una gestión adecuada de los recursos hídricos, reside en factores sociales y políticos.

1. Director General, Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de León (México)

Las diferentes autoridades Federales y Estatales han reconocido el tema del agua como un asunto estratégico y de seguridad nacional, el cual se ha convertido en un elemento central de política ambiental, de desarrollo social, y de desarrollo económico. Su disponibilidad condiciona las posibilidades de crecimiento y desarrollo de gran parte del territorio mexicano.

## **II. INFORMACIÓN GENERAL DE MÉXICO**

México abarca una extensión territorial de 1,964,375 km<sup>2</sup>, y una zona exclusiva de mar territorial de 3,149,920 km<sup>2</sup>. Por las características de relieve, se pueden encontrar una gran diversidad de climas. Dos terceras partes del territorio nacional se consideran áridas o semiáridas, mientras que el sureste es húmedo, con precipitaciones de más de 2,000 mm por año en algunas zonas.

México está integrado por 31 estados federales y un Distrito Federal (D.F.), constituidos por 2436 municipios y 16 delegaciones del D.F. respectivamente.

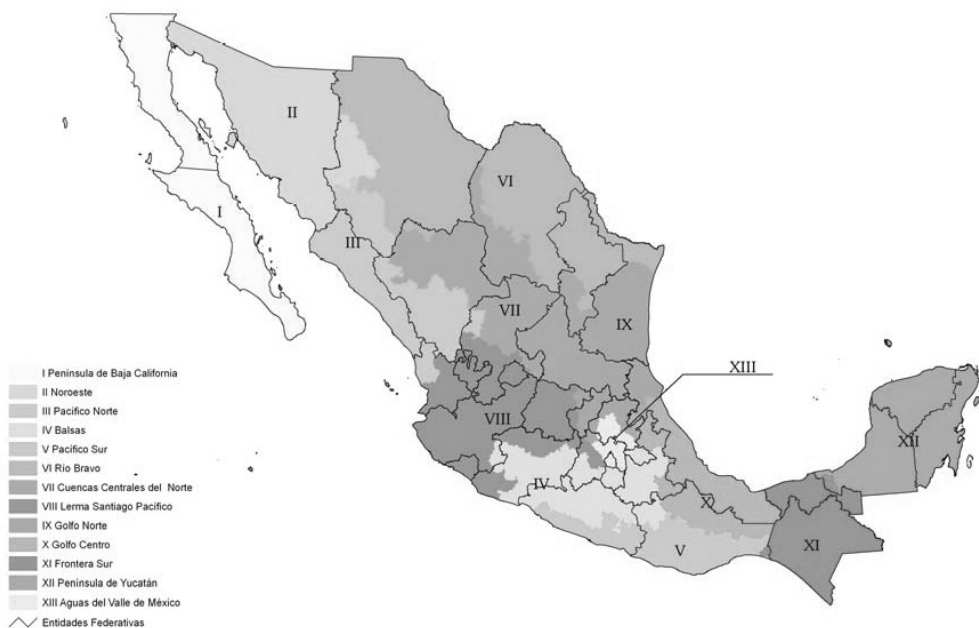
De acuerdo al último censo de población del año 2005, la población ascendía a 103.26 millones de habitantes, de los cuales el 77% se ubica en zonas urbanas, mientras el 23% se localiza en el medio rural. La densidad de población es de 52 habitantes/km<sup>2</sup>.

En cuanto a su economía, el PIB per cápita en México en el 2007 fue de 8,400 dólares, y la inflación registrada en el año fue de 3.76%.

## **III. INFORMACIÓN DEL SECTOR HÍDRICO EN MÉXICO**

En México, el agua de los ríos, lagos y acuíferos es propiedad de la nación y corresponde al Poder Ejecutivo su administración. El país se encuentra dividido para fines Hidrológico-Administrativos en 13 regiones con base en las cuencas hidrográficas y no en la división político administrativa, las cuales a su vez se dividen 653 acuíferos o unidades hidrogeológicas.

Figura 1.—Regiones Hidrológico Administrativas



## 1. DISPONIBILIDAD NATURAL MEDIA DE AGUA

México recibe del orden de 1.51 billones de metros cúbicos en forma de precipitación, de los cuales sólo el 1.9% se infiltra al subsuelo y recarga los acuíferos. El país cuenta con una disponibilidad natural media de 465 mil millones de metros cúbicos de agua dulce renovable.

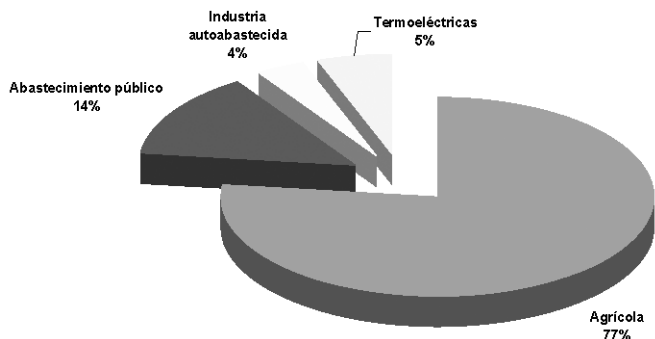
La disponibilidad natural media por habitante es de 4,416 m<sup>3</sup>/hab/año, la cual ha venido disminuyendo de manera importante en las últimas décadas. En algunas regiones hidrológico-administrativas la disponibilidad per cápita es particularmente baja, tal es el caso de la región XIII «Aguas del Valle de México» en donde la disponibilidad natural media es de 144 m<sup>3</sup>/hab/año por la concentración excesiva de población en torno a la capital del país.

## 2. USOS DEL AGUA

El agua utilizada en el país proviene en un 63% de fuentes superficiales (ríos, arroyos y lagos), mientras que el 37% restante proviene de fuentes subterráneas (acuíferos).

De acuerdo al uso del agua, el mayor volumen concesionado lo tienen las actividades agrícolas con un 77% del total.

Figura 2.—Distribución porcentual de los volúmenes concesionados por tipos de uso.



### 3. CONTRASTE REGIONAL ENTRE DESARROLLO Y DISPONIBILIDAD DE AGUA

De acuerdo a la disponibilidad natural media, el país se puede dividir en dos zonas: Norte, Centro y Noroeste con 1,750 m<sup>3</sup>/hab/año y la zona del Sureste con una disponibilidad de 13,487 m<sup>3</sup>/hab/año. Con base en esta división se pueden señalar contrastes muy importantes entre disponibilidad, población y PIB, ya que en las zonas con menor disponibilidad, se concentra la mayor cantidad de población y aportación al valor de la producción del país como puede verse en la figura 2.3.

Figura 3.—Contraste regional entre desarrollo y disponibilidad de agua



### 4. INCONGRUENCIAS DE LA DISTRIBUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA

La distribución y administración actual del agua en el país trae consigo algunas incongruencias entre los usos y el desarrollo que se genera.

- El sector agrícola, el cual ocupa las mayores cantidades de agua en el país, emplea a aproximadamente al 20% de la población económicamente activa y sólo genera el 6.5% del PIB

- La agricultura de riego utiliza el 77% del agua extraída en el país. Los métodos aplicados son tradicionales en más del 80% de la superficie y la eficiencia promedio en el uso del agua se estima en 46%

- El uso agrícola no paga derechos por el agua utilizada

- El recurso hídrico se considera como sujeto a presión moderada, sin embargo en las zonas centro, norte y noroeste constituye una limitante para el desarrollo

#### IV. MANEJO DEL AGUA EN MÉXICO

##### 1. MARCO LEGAL

El marco legal que rige la gestión del agua en México, tiene su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ella se establece que la propiedad de las aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originalmente a la Nación. De igual forma se mencionan las condiciones para que las aguas sean consideradas como federales, o de jurisdicción estatal o privadas, correspondiendo a las primeras, prácticamente la totalidad de las aguas superficiales del país y todos sus acuíferos.

Cuadro 1.-Marco legal del manejo del agua en México

<b>FEDERAL</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</li><li>• Art. 27, 28, 115</li><li>• Ley de Aguas Nacionales (LAN) y su reglamento.</li><li>• Ley Federal de Derechos</li><li>• Ley General de Salud</li><li>• Normas Oficiales Mexicanas</li></ul>
<b>ESTATAL</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Leyes estatales en materia de agua</li></ul>
<b>MUNICIPAL</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Leyes en materia municipal</li><li>• Reglamentos municipales</li><li>• Disposiciones administrativas</li></ul>

## **2. MARCO INSTITUCIONAL**

La Comisión Nacional del Agua (CONAGUA), es el órgano administrativo, normativo y consultivo encargado de ejercer la autoridad en materia de aguas nacionales en México. La CONAGUA es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT). Se constituye según la Ley de Aguas Nacionales (LAN), y el ejercicio de sus atribuciones se organiza en el ámbito nacional, regional y local.

En materia nacional, CONAGUA debe fungir como la autoridad en materia de cantidad y calidad de las aguas y su gestión en el territorio nacional, así como ejercer las atribuciones que le corresponden conforme a lo establecido en la LAN.

En el ámbito regional, la autoridad en materia de aguas corresponde a los Organismos de Cuenca (antes Gerencias Regionales), que son las responsables de administrar y preservar las aguas nacionales en cada una de las 13 regiones hidrológico-administrativas.

## **3. MANEJO DEL AGUA HASTA 2004**

Antes de la reforma hecha a la LAN, la gestión de los recursos hídricos, quedaba fuera del ámbito de participación Estatal, limitando la capacidad de desarrollo de los Estados.

Dentro de las limitaciones y críticas de más impacto en el manejo del agua se encontraban:

- CONAGUA es el único árbitro posible en todos los niveles de cambio, intercambio o conflicto
- Está ampliamente rebasada en la atención de las responsabilidades de gestión del agua
- Propicia que los Estados tengan diferente nivel de desarrollo, desde la indiferencia e incapacidad total, hasta la interferencia con responsabilidades federales en cuanto a legislación
- Falta de regulación, planeación y políticas en materia de agua en general y de los servicios de agua potable y saneamiento en especial
- Falta de cobertura y calidad en todos sentidos
- Cuencas depredadas por sobre concesión, contaminación y con serios riesgos ambientales

## **V. REFORMA A LA LEY DE AGUAS NACIONALES (LAN)**

En el 2004, una serie de planteamientos diversos genera desde el Congreso de la Unión, la modificación de la Ley:



- La crisis mundial del agua como amenaza a la seguridad y la estabilidad social.

- Reconocimiento internacional de la gestión del agua con un enfoque humano-ambiental-económico.

- El agua considerada un recurso estratégico y de seguridad nacional.

- Incremento de los conflictos locales por el uso y aprovechamiento del recurso.

- Insuficiente participación organizada de la sociedad.

- Impacto creciente en la degradación de los ecosistemas debido a la contaminación del recurso.

- Limitada capacidad de respuesta de estados y municipios en la gestión del agua

La reforma a la Ley de Aguas Nacionales se da obedeciendo a la intención de replanteamiento del control del recurso y para propiciar la existencia de una política que transite de un modelo de asignación centralizado que resulta insostenible ante la escasez relativa de los recursos hídricos, a un modelo de corresponsabilidad entre los tres órdenes de gobierno y la sociedad, que contribuyera a una gestión integrada del agua. El problema debe transformarse de un asunto centrado en la inversión pública y en el acceso irrestricto al agua, a otro modelo basado en la construcción de un mecanismo que promueva el uso eficiente del agua, con el propósito de garantizar su disponibilidad en un futuro mediano mediante la recuperación de las cuencas y su balance hídrico, con pleno conocimiento, aprobación y participación de usuarios y sociedad en general.

Para que la reforma tuviera los efectos para provocar un cambio estructural, debería enfocarse a la gestión y organización descentralizada y participativa incluyendo una administración del recurso a través de Organismos y Consejos de Cuenca buscando:

- Responsabilidad compartida entre órdenes de gobierno y usuarios

- Sistema financiero sano, que permita la descentralización con autonomía en el destino de los recursos

- Instituciones democráticas con amplias atribuciones en los Organismos de Cuenca

- Sistemas eficaces de administración y planeación en materia de agua

- Desarrollo de un sistema integral de información en materia de agua.

La reforma plantea los siguientes principios rectores para una política del agua

- El agua es un bien de dominio público, vital, vulnerable y finito, con valor económico, social y ambiental.

- La gestión integrada del agua por cuenca hidrológica se basa en una política hidráulica nacional y se sustenta en una acción directa con las decisiones de los

actores locales.

- La atención de las demandas de agua debe dirigirse al bienestar social, al crecimiento económico y a la protección del ambiente.

- Los usos del agua por cuenca, incluyendo acuíferos, deben ser regulados por el Estado.

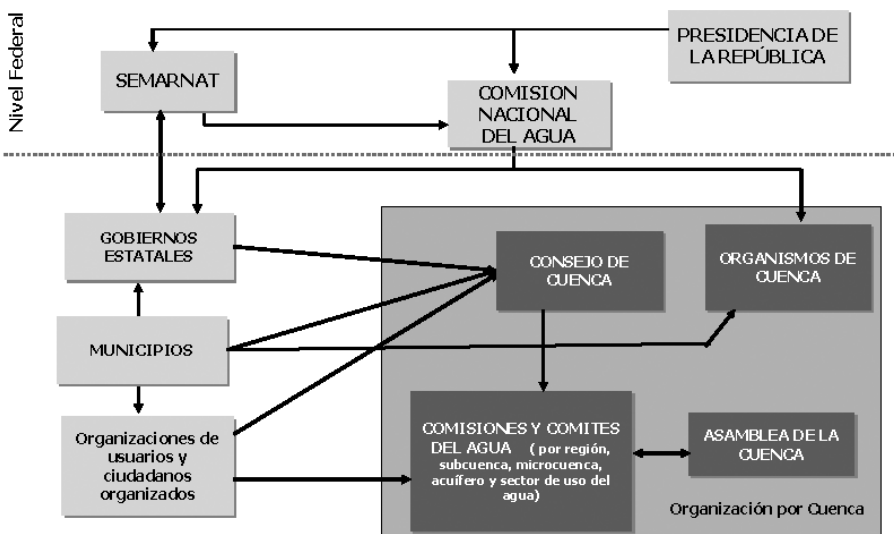
- El Estado debe asegurar que las concesiones y asignaciones de agua estén fundamentadas por la disponibilidad real del recurso.

- El Estado promoverá la solidaridad en materia de agua entre entidades federativas, usuarios y sociedad organizada, con el concurso de los Consejos y Organismos de Cuenca.

- La gestión integrada del agua está íntimamente ligada al desarrollo sustentable.

- La gestión integrada del agua posibilita:
  - Una visión común de todos los problemas del agua
  - Mitigar o resolver conflictos
  - Aprovechar los potenciales disponibles del recurso.
  - Atender necesidades sociales.
  - Desarrollar la economía.
  - Proteger el ambiente.

Figura 4.—Esquema de operación con la nueva LAN



Con la nueva LAN se adopta un modelo de participación bimodal en el cual los consejos de cuenca y los organismos de cuenca interactúan con los diversos actores gubernamentales y no gubernamentales.



Entre las principales características adicionales de la nueva ley están:

- Mejoramiento en la protección de los derechos de agua y su manejo, con criterios de equidad social y respeto a las inversiones
- Reforzamiento en las condiciones para la transmisión de derechos
- Esclarecimiento del papel del Registro Público de Derechos de Agua (REPGA), el cual opera en forma regional
- Establecimiento de obligaciones en la reparación de daños ambientales, en adición al pago de derechos e imposición de sanciones
- Establecimiento de bases para la estructuración de un sistema financiero
- Reforzamiento de las sanciones administrativas y tipificación de ilícitos con relación al Código Penal Federal

Derivado de la nueva LAN se derivan corresponsabilidades entre Estados y Municipios entre las que destacan:

- Promoción entre las organizaciones de usuarios.
- Inversión y apoyo en la medición del recurso.
- Propuestas viables para prevenir, aprovechar, controlar y sanear el agua.
- Promoción en el incremento de la eficiencia, calidad y cobertura en agua potable, alcantarillado y saneamiento en zonas urbanas y rurales.
- Mejoramiento y rehabilitación de sistemas hidroagrícolas.
- Apoyo a organismos operadores y usuarios.
- Desarrollo de proyectos de investigación, desarrollo y transferencia de tecnología.

- Promoción de esquemas de participación privada.
- Promoción y participación de la sociedad en la preservación y cuidado del agua

## **VI. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA NUEVA LAN**

Las modificaciones a la LAN, conceptualizadas en el Congreso de la Unión, con poca participación de la CONAGUA y rechazada en principio por el Ejecutivo Federal, fue aprobada incluyendo modificaciones que dejan un documento muy polémico, ya que no llega a donde algunos querían, planteando modificaciones complejas e incompletas, pero incluye conceptos que muchos, entre ellos la parte centralista, nunca hubieran aceptado. Plantea la descentralización, pero no la concreta y la deja a la lucha que los actores librarán en el terreno político de la concertación de intereses.

En este momento, la falta de voluntad política para aplicar la LAN con todas sus consecuencias de apertura a la descentralización, ha creado un estancamiento buscando mantener la centralización de la administración del recurso.

Por otra parte, el haber considerado en la reforma de la Ley, la descentralización obligada, su aplicación hubiera tenido que hacerse en forma irrestricta sin considerar las particularidades y disposición de cada entidad federativa, de entre las cuales algunas quieren y pueden, otras quieren, pero no pueden, algunas pudieran enfrentarla, pero no quieren y otras ni quieren ni pueden. La alternativa de avanzar gradualmente y mediante convenios de concertación permitiría avanzar gradualmente y de acuerdo al ritmo solicitado o conveniente para cada Estado. Sin embargo, esta apertura permite entre sus posibilidades la falta de voluntad política imperante que está concluyendo en una reforma en la que todo sigue igual.

## **VII. CONCLUSIONES**

La realidad ha rebasado a la institución que concentra las funciones en materia hídrica y se requiere una gestión de la administración pública propia del siglo XXI con la aplicación de los principios de la LAN modificada. El desarrollo sustentable nos guía hacia la necesidad de pensar globalmente y actuar localmente. En términos de administración, los problemas deben buscar resolverse en el nivel en que se generan, en el cual la participación ciudadana en las decisiones del agua es posible y viable. Nadie mejor que los propios usuarios para resolver sus problemas

El gobierno federal debe restringirse a crear las condiciones, con un enfoque solidario y subsidiario hacia los usuarios y sociedad, actuando corresponsablemente con Estados y Municipios.

Para avanzar en la solución de forma eficaz, la problemática debe abordarse de forma integral u holística, y debe contar con las siguientes consideraciones:

- Es urgente modificar el esquema de gestión del agua, haciéndola verdaderamente integrada y participativa
- La ley vigente, aunque imperfecta, es un instrumento adecuado para dar los pasos necesarios en este sentido
- Es necesaria la voluntad política y la concertación de intereses para avanzar en forma gradual y sostenida en atención a la capacidad y disposición de cada entidad federativa

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (2006), *La Gestión del Agua en México, avances y retos*. Comisión Nacional del Agua, México.
- (2007a), *Estadísticas del Agua en México, 2007*. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.
  - (2007b), *Programa Nacional Hídrico 2007-2012*. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

## IX. REFERENCIAS DOCUMENTALES

- RODRÍGUEZ BRICEÑO, Emiliano (2003), «La Necesidad de una Política Nacional de Agua y Saneamiento para México», en: Cecilia TORTAJADA y Asit K. BISWAS, *Precio del agua y participación pública-privada en el sector hidráulico*, Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua. Washington, D. C.: Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua, BID, 2003.
- *Descentralización*.
  - *Sistema de Gestión Integral para el Fortalecimiento de las Comisiones Estatales del Agua en el Marco de la Ley de Aguas nacionales*.
  - *Agua y Saneamiento*.



# La Situación en Argentina

MIGUEL MATHUS ESCORIHUELA<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente documento intenta precisar los conceptos de gobierno, administración y gestión en el derecho público y busca señalar la especificidad de la Gestión de las Aguas y las dificultades que ella tiene en países federales. Se describirá la situación de Argentina, en los distintos campos de gestión de los recursos hídricos y se analizará el régimen federal de gobierno que consagra la Constitución de la Nación, vinculado a la Gestión del Agua en el país.

**Palabras clave:** Gestión – Agua – Países Federales – Argentina.

**Relación de Acrónimos.**

COHIFE	Consejo Hídrico Federal
EBY	entidad Binacional Yaciretá
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
ZEE	Zona Económica Exclusiva
COIRCO	Comité Interjurisdiccional del Río Colorado

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. DATOS HIDROLÓGICOS DE ARGENTINA<sup>2</sup>

#### A) Territorio

Argentina es por su extensión el segundo país de América del Sur, el cuarto en el continente americano y el octavo en el mundo, considerando la superficie continental sujeta a su soberanía que es de 2.791.810 km<sup>2</sup>. No obstante, si se toman en cuenta las islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y Aurora, más el

- 
1. Profesor Consulto de la Universidad Nacional de Cuyo, Profesor Titular de la Universidad de Mendoza.
  2. Para mayor información sobre datos de interés de Argentina, véase: <http://www.argentour.com/es/index.php>; <http://www.mrecic.gov.ar/>; <http://es.wikipedia.org/wiki/Argentina>; [http://republica\\_argentina.ar.tripod.com/clima.htm](http://republica_argentina.ar.tripod.com/clima.htm); <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=356>; <http://geografia-laguia2000.com/hidrografia/argentina-hidrografia>; [http://www.fceqyn.unam.edu.ar/icades/index.php?option=com\\_content&task=view&id=182&Itemid=86](http://www.fceqyn.unam.edu.ar/icades/index.php?option=com_content&task=view&id=182&Itemid=86); <http://www.fencap.com.ar/index.php>; <http://fao.org./Regional/Lamerica/paises/h2o/argentina.htm+c>.

área antártica reclamada al sur del paralelo 60° S —que incluye a las islas Orcadas del Sur y Shetland del Sur—, la superficie total se eleva a 3.761.274 km<sup>2</sup>.

El territorio continental limita al norte con Bolivia, Paraguay y Brasil; al este con Brasil, Uruguay y el océano Atlántico; al sur con Chile y el océano Atlántico, y al oeste con Chile.

El territorio Argentino está dividido en 23 Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La capital es Buenos Aires, sede del gobierno federal.

## **B) Población**

La población de Argentina (2001), ascendía a 36.260.130 habitantes —el 0,59% de la población mundial—. En el año 2008 la población alcanza los 39 millones de habitantes con una densidad media de 14 hab/km<sup>2</sup>.

La población se encuentra desigualmente distribuida, concentrándose en el Área Metropolitana Buenos Aires unas 12 millones de personas, equivalentes al 33% de la población total. La Provincia de Buenos Aires es la más poblada, con 13.827.203 habitantes —37% del total nacional—, de los cuales 9,7 millones viven en el Gran Buenos Aires. En total, el 60% de la población está concentrada en una región integrada por las tres provincias —Buenos Aires, Córdoba y Santa Fé—; en una superficie que no alcanza el 22% del total del país. Lejos de las cifras apuntadas, con aproximadamente un millón de habitantes se encuentran Chaco, Corrientes, Entre Ríos, Misiones, Salta, Tucumán y Mendoza, superando esta última el millón y medio de habitantes.

## **C) Clima**

La región continental del país tiene una gran amplitud longitudinal y latitudinal, que hace que en su territorio existan grandes contrastes climáticos y paisajísticos.

La presencia del océano y las montañas determinan cuatro zonas climáticas: litoral, mediterránea, andina y patagónica. La zona litoral es templada, húmeda y con cambios bruscos de temperatura; la mediterránea es templada y seca; la andina, fría, con elevadas amplitudes térmicas diarias; la patagónica, fría y seca.

## **D) Precipitaciones**

Existe en general una alta variabilidad interanual que provoca problemas de sequías o inundaciones según las regiones. En la llanura pampeana, a diferencia del resto del país donde existe una marcada estacionalidad, la distribución temporal de las precipitaciones es más uniforme. Las precipitaciones medias anuales varían desde menos de 50 mm en ciertas regiones de las Provincias de San Juan y La Rioja, hasta los extremos excepcionales de 5.000 mm en los bosques andino-patagónicos.



Las isoyetas anuales de 500 y 800 mm permiten dividir al país en tres regiones climáticas: húmeda (mayor de 800 mm), semiárida (500 a 800mm) y árida (menor a 500 mm). Según esta división, el 76% del territorio continental argentino se ubica en regiones árida o semiárida.

### **E) Sistemas Hidrográficos. Principales Cuencas**

Por la extensión territorial y la diversidad de climas, la red hidrográfica Argentina es variada.

Los ríos argentinos se dividen en dos vertientes: la Atlántica –la mayor parte del país–, la del Pacífico –marginal–, y varias cuencas endorreicas en las que se distribuyen cinco cuencas hidrográficas principales: la del Plata, la Central, la de la Pampa, la Andina y la de la Patagonia.

Los ríos de la vertiente del Pacífico son pocos pero caudalosos, se circunscriben a los Andes patagónicos. Los principales son los ríos Hua Hum, Manso, Futaleufú, Mayel y Fagnano.

En las vertientes endorreicas se distinguen tres grupos:

El sistema del río Desaguadero, donde desembocan los ríos de los Andes centrales y las sierras de San Juan, Mendoza y el noroeste de La Rioja. Los principales ríos son: Jáchal, San Juan, Mendoza, Tunuyán, Diamante y Atuel. Son ríos poco caudalosos e irregulares debido a la aridez de la región.

El sistema de la gran laguna salada de Mar Chiquita, en Córdoba, recibe las aguas de los ríos Dulce, Primero o Suquía y Segundo o Xanaes. La laguna Mar Chiquita se comunica de manera subterránea con las aguas atlánticas, a más de 900 km de distancia.

El río Quinto, que nace en la sierra de San Luis, discurre en una serie de esteros y pantanos en el sur de Córdoba, donde las aguas se comunican, de manera subterránea, con las fuentes del río Salado.

La **cuenca del río de la Plata** es la segunda en importancia de América del Sur. Abarca tierras brasileñas, bolivianas, paraguayas y uruguayas. Sus ríos principales son Paraná, Paraguay y Uruguay. El río de la Plata, propiamente dicho, está constituido por un estuario de 290 km de longitud abierto entre Argentina y Uruguay, tras la confluencia del Paraná con el Uruguay. Allí vierten, además, otros ríos menores, como el Salado, que recoge las aguas de Buenos Aires. El Paraná nace en Brasil, tiene una longitud de 4.500 km y es muy caudaloso. Recibe las aguas del Iguazú, pero su gran afluente es el río Paraguay de 2.000 km, que nace en el Matto Grosso brasileño y su principal afluente es el Pilcomayo. Su desembocadura en el río Paraná presenta un amplio delta, que se confunde con el que forma el río Uruguay. El río Uruguay tiene 1.600 km de longitud. Nace en la sierra del Mar, en Brasil. Todos estos ríos son navegables en buena parte de su recorrido.

El **sistema central** está formado por ríos de cuencas interiores que desaguan en lagunas o tierras pantanosas, o desaparecen de la superficie. Hay cinco ríos mayores, cuatro que tienen sus fuentes en las sierras de Córdoba y uno que la tiene en la de San Luis: Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto, nombres que indican el orden en que fueron descubiertos.

La **cuenca andina** está formada por los ríos que nacen en la cordillera de los Andes. Salvo excepciones, estos ríos se pierden en lagos, lagunas o esteros. El más importante es el Dulce o Salí, que nace como Tala, se llama Hondo al internarse en Santiago del Estero, y muere con el nombre de Saladillo al norte de la provincia de Córdoba, en las lagunas saladas de Porongos. Le sigue en importancia el Colorado del Norte, que riega las tierras de Catamarca y La Rioja, y el Bermejo o Vichina, y desaparece en tierras de San Juan. De cierta importancia únicamente llegan al Atlántico dos: el Grande de Jujuy y el Salado del Norte.

La **cuenca de la Pampa** abarca unos veinte ríos de escasa importancia. El más destacado es el Salado del Sur.

La **cuenca patagónica**, está formada por una serie de ríos sin grandes afluentes, más o menos paralelos entre sí, que descienden desde los Andes y discurren en el Atlántico. Los más importantes son el Colorado y el Chubut.

En la siguiente tabla se detallan las principales características de los sistemas:

Vertiente	Sistema	Superficie Drenada (km <sup>2</sup> )	Principales cuencas	Escorrentía media anual (106 m <sup>3</sup> )	Caudal Específico (l/s km <sup>2</sup> )
Atlántica	Paraná	3.092.000	Paraná, Iguazú, Santa Klucía, Corrientes, Guayquiraró, Feliciano, Gualguay, Arrecifes.	694.770	7,1
	Paraguay		Paraguay, Pilcomayo, Bermejo		
	Uruguay		Uruguay, Pepirí-Guazú, Aguapey, Mirinay, Mocoretá, Gualguaychú		
	Río de la Plata y Pcia. de Buenos Aires hasta el río Colorado	181.203	Plata, Salado	4.636	0,8
	Colorado	92.840	Colorado, Vinchina, Jáchal, San Juan, Mendoza, Desaguadero, Tunuyán, Diamante, Atuel	10.060	3,4

Vertiente	Sistema	Superficie Drenada (km <sup>2</sup> )	Principales cuencas	Escorrentía media anual (106 m <sup>3</sup> )	Caudal Específico (l/s km <sup>2</sup> )
	Ríos Patagónicos	356.033	Neuquén, Limay, Negro, Chubut, Sen-guerr y Chico	61.211	5,5
Pacífico	Aportes al Océano Pacífico	33.455	Hua-Hum, Manso y Pueblo, Futaleufú, Carrenleufú y Pico, Simpson, Pueyrre-dón, Mayer, Vizca-chas, Fagnano	38.222	36,2
Cuencas En-dorreicas	Mar Chiquita, Re-gión Serrana, Pampeana y Sa-lares	298.056		5.866	0,6
Total		<b>4.053.587</b>		<b>814.765</b>	6,4

#### F) Aguas Subterráneas. Importancia

Existe información sobre acuíferos locales, especialmente en las áreas de Cuyo, Noroeste y Región Pampeana, pero no en el ámbito nacional. El 30% del agua utilizada en el ámbito nacional es subterránea. La distribución de los sistemas acuíferos del territorio de Argentina está condicionadas por la estructura geológica y los factores climáticos e hidrográficos. Se distinguen cuatro grandes regiones hidrogeológicas:

La **Región de valles intermontanos** cuya característica esencial, que incluye la cordillera y la precordillera, consiste en importantes rellenos sedimentarios clásicos. Constituyen sistemas acuíferos con permeabilidad alta en el pie de monte y media a baja en el centro de los valles y en profundidad. La región abarca principalmente el Oeste y Noroeste –Jujuy, Salta, Tucumán, Catamarca, La Rioja, San Juan, San Luis y Mendoza–. Los sistemas acuíferos están estrechamente ligados a la hidrología de los ríos, cuyas escorrentías constituyen la principal recarga natural. Así se distinguen los sistemas acuíferos con descarga hacia cuencas endorreicas, siendo la evaporación la única componente natural de sus salidas, y los sistemas acuíferos con descarga hacia la planicie aluvial para desembocar en el Océano Atlántico.

La **Región de la Llanura Chaco Pampeana** presenta acuíferos en sedimentos clásicos de extensión regional. La morfología dominante es la llanura que varía de ondulada a deprimida y alta –Formosa, Chaco, Corrientes, Santa Fe, Entre Ríos, Santiago del Estero, Córdoba, La Pampa y Provincia de Buenos Aires–. Los recursos de agua subterránea de la región proviene esencialmente del extenso sistema acuífero llamado el Puelches que incluye tres acuíferos superpuestos y intercomunicados: el Epipuelches o Pampeano, el Puelches y el Hipopuelches o Paraná.

La **Región de la Meseta Misionera** incluye la provincia de Misiones y parte de la de Corrientes. Los acuíferos forman parte un mega-acuífero, con una extensión estimada a 1,5 millón de km<sup>2</sup>, que ocupa parte de los territorios de Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina. A nivel regional es conocido como el Acuífero Guaraní. La superficie total del acuífero se calcula en un millón 190 mil kilómetros cuadrados y se divide de la siguiente forma: 225 mil kilómetros cuadrados en Argentina, 850 mil en Brasil, 70 mil en Paraguay y 45 mil en Uruguay. El Acuífero Guaraní es, probablemente, uno de los reservorios de agua dulce más grandes del mundo. Se extiende en el subsuelo de Argentina con un área de 1.400.000 km<sup>2</sup>, siendo su potencial hídrico del orden de los 40.000 km<sup>3</sup>, y con capacidad de abastecer, en forma permanente, a 15 millones de habitantes del área que ocupa e incentivar acciones de desarrollo agropecuario, industrial y turístico en la región. Si bien en nuestro país aún restan por investigarse muchos de sus aspectos, es muy utilizado en Brasil y en Uruguay.

La **Región de las Mesetas Patagónicas** se extiende desde la Tierra del Fuego hasta el Río Colorado, incluyendo las provincias de Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego. Los sistemas acuíferos comprenden las formaciones de Rodados Patagónicos, las mesetas basálticas y los valles aluviales de los ríos que nacen en la Cordillera Patagónica.

#### **G) Dotaciones medias en abastecimientos**

El riego agrícola consume 18.000 millones m<sup>3</sup>/año de agua superficial y 6.000 m<sup>3</sup>/año de agua subterránea; el uso ganadero 1.000 millones m<sup>3</sup>/año de agua superficial y 2.000 millones m<sup>3</sup>/año de agua subterránea; el abastecimiento poblacional consume 3.500 millones m<sup>3</sup>/año de agua superficial y 1.000 m<sup>3</sup>/año de fuentes subterráneas; el uso industrial consume 1.500 millones m<sup>3</sup>/año de agua superficial y 1.000 millones m<sup>3</sup>/año de agua subterránea. Las hectáreas bajo regadío en la Argentina alcanzarían los 1.500.000.

#### **H) Distribución porcentual en los distintos usos**

El principal uso consuntivo en Argentina es la agricultura y, en menor medida, se encuentran los usos domésticos y la industria. Al riego corresponde el 70,5% del total, seguido por agua potable (13%), abrevado de ganado (9%) y consumo industrial (7,5%), aproximadamente (2005).

## **2. INTRODUCCIÓN GENERAL**

El presente documento intenta precisar los conceptos de gobierno, administración y gestión en el derecho público y busca señalar la especificidad de la gestión y las dificultades que ella tiene en países federales en los que existen múltiples centros de poder con diferentes grados de competencia, en un pie de igualdad. Ello, en contraposición a los regímenes unitarios en los que la centralidad en el ejercicio del poder —en un orden piramidal de autoridad y mando—, permite por

regla general, aunque no siempre, ejecutar lo que la política hídrica establece como fines.

Para evitar confusiones, conviene aclarar que, en este Informe el término *Gobierno* designa la función de autoridad superior del Estado que comprende y agrupa las actividades de todos los otros órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Como dice Bielsa, gobernar es ejecutar, legislar y juzgar. El término *Administración* designa la estructura de organismos –los Ministerios, Secretarías, Direcciones, etc.–, que configuran un sistema de organización descentralizado o no, federal o unitario, que sirve de instrumento al Gobierno. El término *Gestión* designa la acción, el obrar, el hacer de la Administración. Es propiamente la función; es donde culmina el proceso que se inicia en la decisión política, es donde se comprueba en la realidad la utilidad o fracaso de cualquier política. La Gestión descubre si un gobierno hace o no hace, si la Administración como estructura sirve o no sirve y si la decisión política adoptada es correcta o no.

En el siglo pasado (1.920), se incorporó el concepto de administración por cuenca para el manejo del agua elaborado por la geografía y la hidrogeografía. La idea se fue enriqueciendo y la cuenca pasó a considerarse como región/plan, incorporándole otros elementos –naturales y socio-económicos–, además del agua, como factor determinante de la interdependencia de sus elementos naturales. En los últimos años esta idea mutó y se incorporó la dimensión ambiental/sustentable. De modo que hoy, la cuenca ha pasado a tener una visión ligada a la ecología, a la economía de los recursos y a otros aspectos socio culturales, que a la ciencia de la administración y, más específicamente, a la del agua.

Esta visión debe replantearse porque en la realidad contemporánea el territorio –recurso suelo–, tiene un nuevo valor geopolítico, como coadyuvante a la solución de la crisis alimentaria; el riego agrícola y el abastecimiento humano del agua tienen más importancia que hace 50 años, frente a la crisis y al hoy vigente derecho al agua de pueblos sedientos. Estamos frente a un cambio sustancial: de la sociedad del conocimiento afrontamos la sociedad de la crisis alimentaria, que requiere insumos esenciales elementales, con una escalada nunca imaginada de los precios de las materias primas y de la energía en un mundo globalizado. De modo que el Derecho de los libros debe abrirse al Derecho de la realidad y de la acción, capaz de resolver con eficiencia y rapidez los problemas acuciantes de la sociedad en que vivimos.

En la actualidad, la gestión integrada del agua y la administración por cuenca no pueden continuar siendo un ejercicio intelectual de planificadores, politólogos y administradores. Deben arbitrarse los medios para que el agua llegue, para que el agua alcance, para que el agua no se contamine y para que su uso sea racional y eficiente. Es decir, encontrar el modo, la forma y otras vías para que el agua se gestione bien, con practicidad y con equidad social. Lejos de estructuras administrativas burocráticas y de sistemas organizativos teóricos que entorpecen la administración eficiente y sustentable.

La descripción de la situación de Argentina, en los distintos campos de gestión de los recursos hídricos, muestra una realidad desalentadora. El régimen federal de gobierno que consagra la Constitución de la Nación, no se cumple y es desconocido por los Poderes del Estado, por causas históricas, políticas, económicas y sociales.

Respecto a la gestión integrada de los recursos hídricos por cuenca, se explica que hasta hoy no ha dado resultados satisfactorios. Parecería que el sistema se aviene más con regímenes unitarios de gobierno. Las iniciativas plausibles que se han llevado a cabo se frustraron por la inestabilidad política de los últimos 50 años, por la discontinuidad en políticas de Estado, por la carencia de recursos financieros, por los localismos y el centralismo político federal y la falta de recursos humanos entrenados.

## **II. LA GESTIÓN DEL AGUA EN PAÍSES FEDERALES. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA**

### **1. RÉGIMEN FEDERAL ARGENTINO**

La Constitución Argentina, en su artículo 1º, determina la estructura política del Estado al decir que «*la Nación Argentina adopta para su Gobierno la forma representativa, republicana federal [...]*».

La forma federal de gobierno resulta de la unión de las Provincias, de la que surgen dos órdenes de gobierno: el nacional o federal y el de las provincias. Este gobierno federal se integra con un Poder Ejecutivo; un Poder Legislativo integrado una Cámara de Diputados que representan a la población y una Cámara de Senadores que representan a las provincias y, finalmente, con un Poder Judicial conformado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —y los tribunales inferiores federales—, como interprete final de la Constitución.

De lo expuesto surge una premisa esencial: el régimen federal de gobierno reposa en las facultades y derechos de las Provincias, como entes autónomos preexistentes a la Nación, que han delegado en ella las facultades necesarias para el funcionamiento del Poder y la Administración centrales.

Lo anterior se corresponde con lo estatuido por el artículo 121 de la Constitución Nacional: «*las Provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*», es decir, los Pactos y Tratados Interprovinciales celebrados con anterioridad a la sanción de la Constitución.

Estos principios conforman una *regla esencial de interpretación* para comprender el alcance del federalismo argentino en caso de conflicto entre ambos órdenes de gobierno: el Nacional y el Provincial.

La Nación tiene poderes expresos, limitados y delegados, con el fin de asegurar la unidad, la soberanía nacional y el bienestar general, cuyo ejercicio compete al Gobierno Central en forma excluyente (art. 75 y cc CN). En virtud de estos Poderes, el Congreso Federal puede dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y de Seguridad Social (art. 75 inc. 12 CN).

A su vez, las Provincias han reservado para ellas los derechos necesarios para la organización y el funcionamiento de sus gobiernos locales autónomos, que conforman los denominados «*Poderes no Delegados*» o facultades exclusivas (arts. 121 a 125 CN), con la facultad de organizar las administraciones locales –ejecutivas, legislativas y judiciales–, un régimen municipal autónomo y el reconocimiento del dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio.

Existen además «*Poderes Implícitos*» o facultades concurrentes, una suerte de extensión de las atribuciones del Congreso que están implícitos en facultades delegadas a la Nación (art. 75 inc. 32 CN). Se trata de Poderes orientados al logro de la prosperidad, el progreso y el bienestar general. Es un ámbito flexible de competencias que se ha prestado al permanente avasallamiento de las autonomías provinciales. El ejercicio de tales facultades, supuestamente, no debe invadir las atribuciones provinciales, ni las competencias y los poderes reservados por ellas (arts. 121 a 125 CN), de modo que su ejercicio sea el estrictamente necesario para que el Gobierno Central pueda hacer uso de sus atribuciones delegadas. Como afirma Sagües, las funciones que puedan desempeñar las Provincias deben asignarse a ellas y no al Estado Federal –Principio de Subsidiaridad del Régimen Federal<sup>3</sup>–.

Hemos sostenido en otra ocasión que a las facultades indicadas podemos agregar, como un factor más distorsivo de las atribuciones provinciales, la competencia genérica de gestión que tiene en forma indirecta el Poder Ejecutivo de la Nación, en virtud del art. 99 incs. 1 y 2, como Jefe Supremo de la Nación, del Gobierno y de la Administración Nacional, que mediante instrucciones y reglamentos para la ejecución de las leyes nacionales y la emisión de Decretos de necesidad y urgencia, coarta competencias provinciales y altera el sistema constitucional de división de Poderes<sup>4</sup>.

Con la reforma de la Constitución de 1.994 aparece una cuarta categoría de Poderes; son los «*Poderes o facultades Municipales*» que surgen del carácter autónomo que ahora tienen los Municipios. Éstos poseen un ámbito territorial propio de administración, dictan sus normas de organización administrativa y su propio presupuesto, recaudan sus recursos y sancionan normas de cumplimiento obligatorio en el ámbito de su competencia.

El sistema Federal de Gobierno reseñado genera múltiples conflictos de competencia y jurisdicción, porque sobre un mismo territorio ejercen potestades legis-

---

3. SAGÜES, Pedro (1980), pgs. 775-776.

4. MATHUS ESCORIHUELA, Miguel (1995).

lativas, de justicia y de administración sobre aguas, el Estado Nacional, las Provincias y los Municipios. A ello debemos agregar las disputas generadas en virtud de Acuerdos Interprovinciales —por ejemplo, vinculados a Organismos de Cuenca—, y los diferendos que pueden causar la aplicación de Tratados Internacionales que involucren recursos hídricos que, conforme a la Constitución Nacional, con aprobación del Congreso pasan a formar parte del derecho interno con una jerarquía superior a la de las demás leyes Nacionales. Baste citar como ejemplo, la actual disputa con la República del Uruguay por la aplicación del Tratado que regla el uso de las aguas del río homónimo, actualmente radicado ante el Tribunal de La Haya.

## **2. LAS AGUAS Y EL RÉGIMEN FEDERAL. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS**

El Congreso Nacional, conforme a las facultades que le fueron delegadas, sancionó el Código Civil que clasifica a las aguas como cosas consideradas en sí mismas, en relación a los derechos o en relación a las personas a quienes pertenecen. En virtud de esta última, las aguas son públicas o privadas. La indicación de qué aguas pertenecen al dominio público es entonces atribución del Congreso<sup>5</sup>.

De lo expuesto resulta que el Código Civil utiliza una técnica legislativa de exclusión: los bienes no enumerados en el artículo 2340 pertenecen al dominio de los particulares.

En conclusión, el dominio eminente y exclusivo sobre las aguas y demás recursos naturales en todo el territorio Nacional corresponde a las Provincias (art. 124 CN). También les corresponde la jurisdicción, salvo en aquellas materias delegadas a la Nación. Ello amerita precisar ambos conceptos.

Como afirma Joaquín LÓPEZ<sup>6</sup>: *«el problema del dominio hídrico provincial, implica darle solución al referido a la jurisdicción. El Dominio público no puede ejercerse si no se*

---

5. El artículo 2340 del código Civil argentino, modificado por la Ley 17.711 textualmente dice: «Quedan comprendidos entre los bienes públicos:

1<sup>º</sup> Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua;

2<sup>º</sup> Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;

3<sup>º</sup> Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fondo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación;

4<sup>º</sup> Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias;

5<sup>º</sup> Los lagos navegables y sus lechos;

6<sup>º</sup> Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares;

7<sup>º</sup> Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;

8<sup>º</sup> Los documentos oficiales de los poderes del Estado;

9<sup>º</sup> Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico».

6. LÓPEZ, Joaquín (1975), pgs. 1013 y ss.



*tiene la jurisdicción, porque la jurisdicción da vida al dominio como poder. Sin Jurisdicción no hay dominio efectivo». «La Jurisdicción tiene más poder que el dominio», dice Pedro FRÍAS<sup>7</sup>.*

Sostenemos que la jurisdicción en materia de aguas –gestión en sentido lato–, como potestad para regular las relaciones jurídicas vinculadas al uso, defensa contra sus efectos dañosos y preservación de ellas, corresponde a las Provincias. (arts. 121, 122, 124 y cc. CN; arts. 2340 y cc. CC).

Este principio reconoce como excepción las facultades delegadas, a saber:

– la navegación y el comercio interprovincial e internacional (arts. 12, 26, 75 inc. 10 y 13 CN) comprensivo de la habilitación de puertos y aduanas;

– las Relaciones Internacionales y la celebración de Tratados Internacionales (arts. 27 y 25 inc. 22 y 24 CN);

– las causas de Almirantazgo y Jurisdicción marítima (art. 116 CN) que comprende los delitos que han tenido lugar en puertos, costas y en alta mar en naves sometidas a la jurisdicción nacional; y los contratos y asuntos que se relacionen al comercio marítimo y a la navegación. Esta jurisdicción se extiende, asimismo, a los lagos y ríos navegables siempre que sirvan al comercio interprovincial;

– el dictado de los Códigos Civil, Penal, Comercio, Minería y Trabajo y Seguridad Social (art. 75 inc. 12 CN).;

– la jurisdicción en los territorios y lugares adquiridos por la Nación por compra o cesión (art. 75 inc. 30 CN) que son los establecimientos de utilidad nacional.

Los ríos interprovinciales que atraviesan o limitan a dos o más Provincias, son de dominio Provincial y reglar su uso corresponde a la jurisdicción Provincial que debe estipularse en Tratados Interprovinciales que no requieren la aprobación del Congreso (art. 12 CN). Los eventuales conflictos por el uso del agua deben dirimirse ante la Corte de Justicia de la Nación. Existe abundante Doctrina nacional a favor y en contra de la interpretación precedente<sup>8</sup>.

De lo expuesto, como principio general, señalamos que la gestión del agua corresponde a las Provincias con las excepciones apuntadas.

### **3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. EFECTO SOBRE LA GESTIÓN DEL AGUA**

La reforma Constitucional de 1994 incorporó en el artículo 41 la llamada «Cláusula Ambiental»<sup>9</sup>, que ha consagrado una excepción más al principio general

7. FRÍAS, Pedro J. (1980), pg. 113 y ss.

8. FRÍAS, Pedro (1975); pg. 796; GÓNZÁLEZ DEL SOLAR, Nicolás (1997) y BENGOLEA ZAPATA (1975), pg. 1274.

9. El artículo 41 de la Constitución Nacional expresa: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este dere-

de la competencia Provincial en materia de Aguas, al establecer que corresponde a la Nación dictar los presupuestos mínimos de protección ambiental y a las Provincias las normas necesarias para complementarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

De esta forma se estableció una vía de concurrencia en el ejercicio de las competencias Nación-Provincias, que rompe el principio de exclusividad como técnica de atribuciones y de responsabilidades entre ambos gobiernos.

Algunos autores sostienen que, en lo sucesivo, el ejercicio de las facultades provinciales en materia de Aguas tendrá que reconocer la superioridad de los Tratados Internacionales y de las Leyes Nacionales dictadas en su consecuencia conforme a las atribuciones que tiene el Congreso Nacional (art. 75 incs. 18 y 19, y art. 32 CN) que le atribuyen regular legislativamente la protección ambiental, el uso racional de los recursos naturales –consecuentemente del agua–, preservación del patrimonio natural y la diversidad biológica, información y educación ambientales. Afirman entonces que no debe discutirse la potestad del Poder Legislativo Nacional para ordenar el uso racional de un recurso esencial como es el agua<sup>10</sup>. Discrepamos con esta interpretación pro-centralista.

La reforma incumplió los fines que autorizó la Convocatoria a la Convención Constituyente, que en el llamado Núcleo de Coincidencias Básicas para la reforma (Ley núm. 24309), estipuló respetar la Primera Parte de la Constitución, llamada parte dogmática y sancionar únicamente una norma de preservación ambiental, por lo que al ampliarse las atribuciones del Gobierno Nacional (art. 41 CN), se alteró el régimen originario de reparto de potestades Provinciales de la Constitución histórica (*ex* art. 104, hoy art. 124 CN).

En virtud de la reforma el Congreso Nacional ha sancionado una Ley General del Ambiente (Ley núm. 25675) y la llamada Ley de Gestión Ambiental de las Aguas (Ley núm. 25688), vinculadas al tema sub. examen. Ambas leyes fracturan el régimen de gestión hídrica de las provincias.

#### **A) Leyes 25675 y 25688 de Presupuestos Mínimos. Conflictos de Gestión Nación-Provincia en materia de Aguas**

##### *a) Ley núm. 25675*

La llamada Ley General del Ambiente, contiene un Plan General de aplicación en todo el país. Ha sido invocada por la Jurisprudencia para fundar importantes decisiones; en Principios de Política Ambiental –principio de prevención, de pre-

---

cho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos».

10. GONZÁLEZ ARZAC, Felipe (2004), pgs. 61 y ss.

caución, de sustentabilidad–, y en reglas procesales sobre la legitimación activa en los casos de daño ambiental colectivo y en lo referente a la ampliación de las facultades del juez interviniente.

La ley supone que todo lo vinculado a la política ambiental y a la gestión del ambiente, la diversidad biológica y el desarrollo sustentable, conforman Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental. Las políticas y la gestión ambientales –obvio en materia de aguas–, nunca han sido delegadas a la Nación y no pueden ser impuestas a las Provincias por ley de la Nación, ni alterar las jurisdicciones locales. En este orden de ideas el art. 41 de la Constitución Nacional no estatuye una competencia concurrente, sino una *atribución complementaria* que debe interpretarse en el ámbito de las competencias reservadas por las Provincias (art. 121 y cc. CN). Por tanto, los principios mínimos deben ser concertados entre Nación y Provincias.

Así, el artículo 2º al fijar los objetivos de la ley, se refiere a la preservación y recuperación de recursos ambientales –facultad Provincial–, uso racional y sustentable de los recursos naturales –facultad Provincial–. Es decir, alude a principios de gestión y de instrumentos de políticas, eminentemente locales, que involucran a las aguas.

La ley dice que sus disposiciones son de orden público y se utilizarán para la aplicación e interpretación de la legislación en la materia, la que mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidos en ella. Este sometimiento interpretativo en torno a la validez y vigencia de leyes dictadas por las Provincias, en el ámbito de sus facultades jurisdiccionales, respecto a recursos naturales de dominio provincial, en materias de su competencia y por los órganos legislativos locales constitucionalmente habilitados para ello, es groseramente inconstitucional (arts. 121 y 122 CN). La ley ratifica los Tratados del Pacto Federal Ambiental y el de creación del Consejo Federal del Medio Ambiente –anteriores a la ley y en los que la Nación acepta, reconoce y consiente la personería, estatus y facultades ambientales de las Provincias–, que tienen por mandato Constitucional (art. 75 inc. 18 y 19 CN) jerarquía superior a las leyes del Congreso y, por tanto, ni los principios mínimos, ni los de política, pueden prescindir de la opinión y conformidad previa de las Provincias.

Pero la ley es ilegal porque el contenido sustancial de las materias que regla es delegada al Ejecutivo Nacional para su cumplimiento; delegación impropia, violatoria de la división de poderes, prohibida por la propia Constitución (arts. 28, 29 y 31 CN).

Al establecer el daño ambiental colectivo, sólo otorga legitimación al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental y al damnificado. Pero deducida la demanda por alguno de los nombrados, no podrán interponerla los restantes, que podrán intervenir como terceros, con lo cual, se coarta el derecho de defensa en juicio de los derechos, e incursiona en normas procesales judiciales de incumbencia provincial. Finalmente, crea un

Fondo de Compensación para cubrir daños ambientales y para solventar la recomposición ambiental, desconociendo las facultades provinciales.

b) *Ley núm. 25688*

La Ley sobre Gestión Ambiental de Aguas no es una ley de protección de recursos hídricos. Esa protección se lleva a cabo: mediante el ejercicio del Poder de Policía como facultad regulatoria de los derechos; por la aplicación de limitaciones a la propiedad —restricciones y servidumbres administrativas, ocupaciones temporarias, expropiación—; de las disposiciones del Código Civil, Código Penal, Ley de Residuos Peligrosos, atinentes a la protección de las aguas y a la evitación de su degradación. Es decir, instituciones básicas del Derecho Administrativo, que es eminentemente local, o bien legislación sustantiva Nacional, pero cuya aplicación compete a las autoridades provinciales (arts. 28 y 122 CN; arts. 2611, 2618, 2499 y cc. CC).

La ley no contiene presupuestos mínimos relativos al agua para su preservación, para que las Provincias los complementen con legislación propia. Ellos serían, por ejemplo, estándares sobre calidad; normas sobre EIA cuando se afecten recursos hídricos; organización de un sistema de evaluación y catastro nacional de aguas; etc. Y es reprochable como técnica legislativa que la propia ley difiera —como en el caso de la ley anterior—, toda la regulación de aplicación normativa sustancial a la autoridad de aplicación, es decir, al Poder Ejecutivo Nacional, confiriéndole al órgano Ejecutivo potestades legisferantes. En éste, como en otros casos ajenos al estudio sub examen, el Poder Ejecutivo por delegación del Legislativo usurpa potestades del Congreso, desnaturaliza el mandato de la Constitución o abiertamente reglamenta *contra legem*.

Todas las normas sobre uso y gestión de aguas —concesiones, permisos, cargas financieras, imposición de servidumbres, etc.—, son materias de jurisdicción Provincial (arts. 121 y 122 CN; arts. 2611 y CC).

Las distintas categorías de aguas, las diversas formas en que se presenta en la naturaleza, su condición jurídica, están ya legisladas en el Código Civil (arts. 2340, 2350, 2637 y CC). El concepto de Cuenca es erróneo porque ignora a las aguas subterráneas que la integran y prescinde de referirse al cono de deyección o delta, que es un espacio territorial que la integra. La Cuenca no es una unidad ambiental de gestión. La unidad ambiental de gestión es el ecosistema y una cuenca siempre contiene varios ecosistemas y dos o más subcuencas hídricas que la conforman, lo cual evidencia que ella es divisible, y conviene que así lo sea para una mejor administración del recurso —razones topográficas, sociales y económicas los justifican—.

Resulta ilegal el artículo 4º que permite al Poder ejecutivo Nacional crear Comités de Cuenca en caso de ríos interprovinciales, ya que es potestad propia y excluyente de las Provincias hacerlo, toda vez que ejercen pleno dominio y jurisdicción en su territorio y sobre las aguas que corren, limitan o atraviesan el mismo.

Lo concerniente al otorgamiento de Permisos y Concesiones, y normas sobre Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), que la ley pone en cabeza de los Comités de Cuenca, son inconstitucionales, con el agravante que en el artículo 6º se arroga y da por sentado el consentimiento de las distintas jurisdicciones –las Provincias–, que vale decirlo, se enteraron de la existencia de esta ley cuando fue publicada en el Boletín Oficial.

La Provincia de Mendoza ha recurrido ante la Corte de Justicia de la Nación (Autos M-391 «Provincia de Mendoza c/Estado Nacional p/Acc. Inconstitucionalidad») pidiendo la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Gestión Ambiental de las Aguas, sosteniendo que el Congreso ha excedido su competencia en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional ya comentado, invadiendo materias propias del dominio y jurisdicción Provincial (arts. 121 a 124 CN). En el Congreso Nacional se han presentado al menos tres Proyectos de Ley, pendientes de tratamiento, disponiendo la derogación de la ley.

#### **4. COMPETENCIA PARA DELIMITAR EL DOMINIO PÚBLICO. EFECTO SOBRE EL RÉGIMEN DE AGUAS Y SU GESTIÓN**

Las normas sobre dominio de las aguas afectan la seguridad jurídica, los derechos de uso y las facultades de la administración en orden al gobierno del agua. Por tanto, inciden en la eficiencia del uso y la sustentabilidad. Delimitar el dominio público implica establecer su extensión, dónde comienza el dominio privado y determinar qué autoridad tiene competencia para hacerlo.

En los cursos de agua –ríos, arroyos, torrentes, ventisqueros–, el carácter público del lecho se extiende hasta la línea de ribera, que es «la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal» (art. 2577 en función del art. 2340 inc.3º del CC.), que en nuestra opinión, no difiere del concepto de «crecidas medias ordinarias» que consigna el inciso 4º del artículo 2340.

La línea de ribera es el límite entre el dominio público y el privado.

Las propiedades limítrofes con cursos navegables están sujetas a la restricción del camino de sirga, o camino ribereño, en beneficio auxiliar de la navegación; debiendo dejar una calle o camino de 35 metros de ancho a partir de la línea de ribera (art. 2639 CC). Algunos autores consideran que el camino de sirga es una servidumbre especial<sup>11</sup>. Sea restricción o servidumbre, estimamos que es una limitación establecida en interés público y, por ello, regida por el derecho administrativo, de competencia local.

Interesa dilucidar qué autoridad es la competente en el derecho federal argentino para fijar la línea de ribera legal. El artículo 2750 del Código Civil establece que el deslinde de los fundos pertenecientes al dominio público, corresponde a la jurisdicción administrativa. Por lo tanto, es competente para establecer la línea de

---

11. BIELSA, Rafael, pg. 72; BIELSA, Rafael, pg. 199; CORTI VIDELA, Alberto (1936), pg. 352 y BIBILONI, Juan Antonio (1921-1932).

ribera la autoridad administrativa «provincial» titular del dominio, con competencia en el área de los recursos hídricos. En resumen, la gestión territorial de la dominicalidad –tanto en la fijación de la línea de ribera como en la demarcación del camino de sirga–, es local, Provincial.

Aceptado esto como principio general, pensamos no obstante, que tratándose de cursos de agua navegables –de dominio provincial–, y estando delegada la jurisdicción a la Nación en lo concerniente a la navegación –interprovincial e internacional–, aduanas, habilitación de puertos y seguridad portuaria (conforme el art.75 inc. 10 CN) podría caber la intervención «complementaria» de la administración Nacional en la fijación de la línea de ribera y, eventualmente, la competencia de la justicia federal –cuestión puramente de hecho a resolver según las circunstancias del caso–, por la incidencia que pudiera tener la demarcatoria en la operación de puertos y en la navegación.

En el supuesto de canales artificiales –que son bienes públicos construidos para utilidad o comodidad común conforme el artículo 2340 inciso 7º del Código Civil–, la línea de ribera estará dada por el Plan de construcción de la obra. Si son navegables provinciales, la competencia es Provincial; si son interprovinciales la competencia será concurrente entre las Provincias y la Nación.

Los canales navegables, también están sujetos a la restricción del camino de sirga del artículo 2639 del Código Civil.

En el caso de los lagos, el artículo 2578 del Código Civil dice que los ribereños, no adquieren el terreno descubierto por disminución de las aguas, ni pierden el que cubran las aguas en sus crecidas. Es decir, fija como línea de ribera, la línea media. Los lagos navegables que son bienes públicos en virtud del artículo 2340 inciso 5º del Código Civil, pertenecen al dominio provincial y compete a la autoridad local la fijación de la línea de ribera; sin perjuicio de la jurisdicción federal, con motivo u ocasión de la navegación interprovincial e internacional, la habilitación de puertos y asuntos aduaneros. Las márgenes de los lagos navegables pertenecen al dominio privado (art. 2578 CC) y los terrenos confinantes con ellas están gravadas con la limitación impuesta por el artículo 2639 –camino de sirga–, ya comentada.

Los lagos no navegables son también públicos en virtud del principio general de publicidad de las aguas contenido en el artículo 2340 inciso 3º, y porque las aguas que dan origen a ellos, o son subterráneas o son superficiales, y en ambos casos, son aguas públicas en razón del mismo artículo. La fijación de la línea de ribera corresponderá a la autoridad administrativa provincial del lugar en que se encuentre el lago. Las márgenes de los lagos no navegables están libres de cualquier gravamen, pero la autoridad administrativa, por razones de interés público, puede imponer restricciones o servidumbres vinculadas al uso por particulares –por ejemplo, servidumbre de paso–, para el uso común de las aguas públicas (art. 2611 CC).

En los cursos de agua Internacionales la situación de Argentina es compleja porque existen numerosos ríos que forman parte de cuencas compartidas con todos los países limítrofes –Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil y Uruguay–. En algunos casos, Argentina es país de aguas abajo, en otros, es país de aguas arriba; en ciertos lugares los ríos son contiguos y en otros fronterizos. Algunos tienen Estatuto propio, como el río Uruguay; otros, como el Río de la Plata, se rigen por Tratados, el Tratado de Brasilia sobre la Cuenca del Plata, o el suscripto con Chile referido a los Hielos Continentales Patagónicos –17.000 km<sup>2</sup> en tres vertientes, una cerrada, una al Atlántico y otra al Pacífico–. Por otra parte, funcionan Comisiones Binacionales Mixtas –del río Paraná, del río Pilcomayo, etc.–, para resolver problemas de demarcación de límites, navegación, inundaciones y otros usos.

Esta compleja materia es de Competencia Federal exclusiva (arts. 27, 75 inc. 15 y 22 CN), pero las Provincias conservan su dominio sobre tales ríos y mantienen su jurisdicción en materias no delegadas. Su tratamiento es ajeno al presente estudio<sup>12</sup>.

## 5. LA GESTIÓN EN RÍOS INTERPROVINCIALES

En virtud del dominio provincial sobre los ríos (arts. 104 y 124 CN), en caso que sean interjurisdiccionales, corresponde a las Provincias gestionar el uso y la preservación de sus aguas mediante Tratados o Convenios, teniendo en cuenta el igual derecho de las restantes, el condicionamiento que impone el Código Civil de ejercer los derechos en forma no abusiva, es decir funcionalmente (arts. 2513 y 2514 CC), y los principios internacionales respecto al uso equitativo y razonable de las aguas si causaran daño sensible.

En el año 1977 las Provincias ribereñas de la Cuenca del Río Colorado –Mendoza, Neuquén, La Pampa, Río Negro y Buenos Aires–, celebraron el Tratado del Río Colorado acordando una distribución equitativa de caudales de la cuenca y la creación de una entidad interjurisdiccional denominada Comité Interjurisdiccional del Río Colorado. El Tratado fue aprobado por ley por cada una de las Provincias.

El dominio Provincial sobre los ríos y sus potestades jurisdiccionales, ha sido reiteradamente reconocido por la Corte Nacional<sup>13</sup>.

Existen dos casos en trámite ante la Corte Nacional y un tercero actualmente en curso ante el Tribunal en los cuales se plantearon conflictos sobre dominio, jurisdicción y gestión de aguas.

### A) **Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Santa Fé**

El conflicto se plantea entre las Provincias de Buenos Aires y Santa Fé por la derivación de aguas que lleva a cabo Santa Fé en el Sur de la Provincia, hacia la

---

12. Para un completo y exhaustivo tratamiento del tema véase CANO, Guillermo J. (1975).

13. Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional; sentencias publicadas en el T. 111; pgs. 190/193 y pgs. 256/260 y Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional; sentencias publicadas en el T. 120; pgs. 165; T. 126; pgs. 98/99; T. 134; pg. 292 y T. 154; pgs. 317.

cuenca del río Salado, que ocasiona inundaciones en territorio del NO de la Provincia de Buenos Aires, causándole graves perjuicios.

La erogación de aguas se hace desde la Laguna La Picaza en territorio de Santa Fé, con la finalidad de evitar el anegamiento e inundación de suelos propios, derivando los excedentes.

La Corte se declaró competente en el juicio en virtud de los artículos 17 y 127 de la Constitución Nacional, por existir conflicto entre Provincias; hizo lugar a una medida cautelar solicitada por la Provincia de Buenos Aires para que, ínter tanto se resuelve el problema de fondo, Santa Fé proceda a taponar las aguas en distintos puntos de su territorio por donde se erogan las aguas a territorio de la Provincia de Buenos Aires –cuenca del río Salado– a fin de hacer cesar la causa de las inundaciones. Se ha creado un *Comité Interjurisdiccional –no una autoridad de cuenca–*, que tendrá a su cargo el monitoreo y la gestión de la solución del problema.

**B) Provincia de La Pampa c/Provincia de Mendoza s/Acc. Posesoria. Expte. 195-L**

En esta causa la Provincia de La Pampa sostuvo el carácter interprovincial del Río Atuel que nace en la Provincia de Mendoza. Afirmó que históricamente sus aguas ingresaban al territorio de La Pampa, haciendo un importante aporte de aguas al río Salado y que dejaron de hacerlo por los diferentes usos consuntivos y no consuntivos que hizo Mendoza en su territorio.

La Corte declaró su competencia en el conflicto y reconoció el carácter interprovincial del río; declaró como válidos y firmes los usos que hacía Mendoza e instó a ambas Provincias a acordar soluciones para el uso futuro de las aguas. En función de ello, en el año 1992 ambas partes y la Nación suscribieron un Convenio por el cual Mendoza se comprometió a entregar a La Pampa agua para consumo humano en dos poblaciones.

**C) Administración de Parques Nacionales c/Provincia de Neuquén s/Sumario. A-105-XXXV**

En esta causa la APN –Entidad Autárquica del Gobierno Nacional encargada de la Administración de los Parques Nacionales, cuyos territorios son de dominio nacional–, demandó al Gobierno de la Provincia de Neuquén por los actos jurisdiccionales que la Provincia ejerce sobre el río Limay.

La APN sostiene que el río Limay, que atraviesa actualmente el área del Parque Nacional, sobre territorios que eran del Estado Nacional, continúa siéndolo aún después de la provincialización del territorio y afirma que la Nación es titular del dominio hídrico y que el río le pertenece.

La Provincia de Neuquén sostuvo el dominio Provincial del río, su derecho a ejercer plenamente la jurisdicción dentro de su territorio y, por tanto, sobre el río aunque atravesase territorio del Estado Nacional. Afirmó que sancionada la Ley de



Provincialización Núm. 14.408, el Estado Nacional transfirió a la Provincia suelos y aguas y demás bienes que integraban el patrimonio nacional existente en el territorio. La Corte en un fallo insólito que viola la Constitución Nacional afirmó que el río Limay es de dominio Nacional en cabeza de la APN y que la Provincia de Neuquén debe abstenerse de ejercer actos de jurisdicción sobre el mismo.

En nuestra opinión el Tribunal ha equiparado la situación de dominio y jurisdicción sobre el río al supuesto de ríos de curso sucesivo –como el caso comentado del río Colorado–, que es inaplicable porque la Constitución, el Estado Nacional y la misma Corte, han reconocido siempre que los ríos son de dominio Provincial y que no existen aguas de dominio Nacional, salvo las marítimas sobre las que la Nación ejerce soberanía.

## **6. LA GESTIÓN DEL USO HIDROELÉCTRICO EN LOS RÍOS INTERPROVINCIALES**

### **A) El Conflicto en el río Atuel**

El río Atuel nace al Sur de la Provincia de Mendoza, atraviesa su territorio y, en años con sobrantes de caudal, ingresa a la Provincia de La Pampa. En territorio de Mendoza un tramo de su lecho registra importantes desniveles –pendientes topográficas–, que han permitido instalar cuatro centrales hidroeléctricas. (Nihuil I, II, III y IV). La Provincia de Mendoza ha sostenido siempre que tal pendiente, en su territorio, es la fuente hidroeléctrica que permite la generación de energía y es un recurso natural propio.

La ley nacional de Energía Eléctrica, en su artículo 5º, define a la energía de las caídas de agua como cosa jurídica distinta al agua y el artículo 43º –modificado por la Ley 23164–, asigna a las Provincias donde se genere electricidad el doce por ciento (12%) del importe que resulte de aplicar a la energía vendida la tarifa correspondiente a la venta en bloque en el mercado spot que perciba el concesionario.

En el caso que las fuentes hidroeléctricas se encuentren en ríos limítrofes entre provincias o que atraviesen a más de una de ellas, ese porcentaje se distribuirá equitativamente entre ellas. De este modo la ley consagra un criterio de participación entre los Estados Provinciales en los que se encuentra ubicada la fuente hidroeléctrica. Acotemos que esta ley ha sido tachada de inconstitucional por las Provincias al imponer la jurisdicción federal sobre recursos de dominio provincial y en una materia no delegada.

En el año 1973 el Gobierno Nacional dictó el Decreto 1.560 que dispuso liquidar a favor de la Provincia de La Pampa el cincuenta por ciento (50%) de la regalía hidroeléctrica que venía percibiendo Mendoza por la generación de energía en el complejo hidroeléctrico Nihuil, resolviendo el pedido que en tal sentido había formulado La Pampa años antes. La Provincia de Mendoza impugnó el Decreto ante el Poder Ejecutivo Nacional, cuya Resolución final es obligatoria para que se

agote la vía administrativa y se pueda recurrir ante la Corte de Justicia Nacional. Este reclamo lleva ya 34 años de tramitaciones, durante los cuales las partes han formulado peticiones y alegaciones de todo tipo, sin que hasta la fecha haya recaído pronunciamiento

## **B) El denominado «Caso Chaco»**

Este caso hace referencia a la causa «Provincia del Chaco c/Estado Nacional s/acción declarativa», en relación al pago de la regalía hidroeléctrica derivada del uso del río Paraná en el complejo hidroeléctrico de Yaciretá. En ella, la Provincia sostiene la inconstitucionalidad del Decreto nacional que reglamentó el pago de la regalía hidroeléctrica en los supuestos de aprovechamientos binacionales y que aprobó el Convenio suscripto entre la Nación y las Provincias de Corrientes y Misiones, para la distribución de las regalías.

Cuestiona el Decreto porque reconoce sólo a esas dos Provincias el derecho a percibir regalías; sostiene que la Provincia es titular del dominio hídrico y que, sobre el río Paraná, existe un condominio o derecho de uso compartido entre las Provincias ribereñas. La interpretación de la Ley de Energía ha dado lugar a dos opiniones contrapuestas: la teoría del río y la de la fuente. La primera sostiene que todos los ribereños del curso de agua común tienen derecho a percibir la regalía en forma equitativa y razonable, en tanto la segunda, sólo otorga ese derecho a los ribereños del tramo del río en donde se encuentra la caída del agua –fuente–, excluyendo a los demás. Considera que el texto de la Ley 15336 y su modificatoria, la Ley 23164, reconoce ese derecho a todas –teoría del río–, y afirma que ese ha sido el criterio seguido por la corte en el caso del río Atuel.

El Estado Nacional, al contestar la demanda, destacó que ejerce jurisdicción sobre el aprovechamiento hidroeléctrico Yaciretá, que comprende utilizar y reglar la fuente de energía; que del marco regulatorio (Ley 15336 sus cc), surge que sólo las Provincias en cuyos territorios se encuentran las fuentes hidroeléctricas tienen derecho a percibir regalía; que el legislador de la Ley 15336 adhirió a la teoría de la fuente, que la ley ha federalizado la energía de la caída de agua y que no es aplicable al caso el fallo de la Corte sobre el río Atuel porque en éste se cuestionaba el uso consuntivo que hacía Mendoza de las aguas del río.

La Corte rechazó la demanda, interpretó que para distribuir las regalías hidroeléctricas binacionales de Yaciretá, el criterio del Decreto impugnado para distribuir la regalía está basado en el de ubicación de la fuente.

Consideramos que el fallo no dilucida el concepto de fuente hidroeléctrica –como hecho físico generador de la obligación de pago–. La regalía no compensa el uso de la fuerza motriz generada por el agua –como sostiene el Tribunal–, ni tampoco la energía de la caída, ni la energía potencial del tramo del río en donde se ubica el emprendimiento. Lo que se paga con la regalía es el uso de la pendiente topográfica, el desnivel del suelo –la caída–, en virtud de la cual y por su efecto físico un cierto caudal de agua es capaz de generar energía. Este recurso natural

–la pendiente que forma parte del recurso suelo pero es distinto–, es un recurso diferente al agua que «cae» por el mismo y, obvio, es propiedad de la Provincia en donde se ubica. Por eso afirma con razón Amilcar MOYANO que si por fuente hidroeléctrica se entiende al río y si por el uso se paga una regalía a los dueños del río, debe entenderse que la física de Newton ya no existe y que la propiedad ya no es un derecho<sup>14</sup>.

## 7. LA GESTIÓN DEL USO EN EL MAR ARGENTINO

El art. 2340 del CC dice: «*Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1º Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, (...) inc. 4º Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales, la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias*». El Código no ha dado una solución acerca de la propiedad Nacional o Provincial del mar. En la redacción anterior a la Ley 17711, el Código incluyó entre los bienes públicos al mar adyacente al territorio hasta las 3 millas marinas desde la línea de la más baja marea y el mar jurisdiccional para el ejercicio del poder de policía en materia de seguridad y observancia de las leyes fiscales a 12 millas, contadas de igual forma.

De modo que el Código Civil, en su actual redacción, nos remite a una legislación especial derivada que está contenida en diversas leyes:

– **Ley 17094**: extendió la soberanía de la Nación sobre el mar adyacente hasta las 200 millas marinas y sobre la plataforma continental –suelo y subsuelo marinos–, contadas desde la línea de base o de la cuerda que cierra los Golfos Nuevo, San Matías y San Jorge. La línea de base es la línea a partir de la cual se inicia el territorio seco del Estado. A partir de las 200 millas comienza el mar libre o alta mar;

– **Ley 24543**: aprobó la Convención de la UN sobre el Derecho del Mar<sup>15</sup>;

– **Ley 24922**: implantó un nuevo esquema de las relaciones Nación/Provincia. Confirió a las Provincias con litoral marítimo el dominio sobre los recursos vivos de las aguas interiores y del mar territorial adyacente a sus costas hasta las 12 millas marinas, desde la línea de base. Este dominio es a los fines de exploración, explotación, conservación y administración en el marco legal que fija la ley. Es por tanto una facultad acotada, porque el art. 4º de la ley define el dominio y jurisdicción exclusivos de la Nación sobre los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva (ZEE) a partir de las 12 millas. La innovación importante que hace la ley es la creación del Régimen Federal Pesquero a cargo del Consejo Federal integrado por las Provincias con litoral marítimo, encargado de la administración de los recursos pesqueros. Las Provincias reciben, como mínimo, el cincuenta por ciento (50%) de los aranceles de extracción de pesca en la ZEE.

14. MOYANO, Amilcar (2006), pgs. 209 y ss.

15. En Montego Bay en 1982.

Los autores han discutido respecto del dominio sobre la plataforma continental y el mar adyacente hasta las 200 millas, a favor y en contra del dominio y jurisdicción Provincial. Adherimos a la tesis federalista o provincial y consideramos que el territorio provincial —y por tanto el dominio y jurisdicción—, se extiende más allá de la costa, en aguas, suelo y subsuelo —y sus contenidos—, hasta las 200 millas marinas medidas desde la línea de base.

*En resumen*, hasta las 12 millas el dominio y la jurisdicción son Provinciales, pero existe una jurisdicción concurrente de la Nación. Más allá de las 12 millas, el dominio y la jurisdicción son exclusivamente Nacionales hasta 24 millas (Zona Contigua) y de allí a la milla 200, se extiende la Zona Económica Exclusiva (ZEE).

El régimen legal apuntado vulnera el sistema de dominio y jurisdicción que hemos interpretado al comentar el artículo 124 in fine de la Constitución Nacional. El dominio eminente de las Provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio —en el caso mar territorial, lecho y subsuelo marinos—, impide al Estado Nacional arrogarse el dominio y la competencia sobre esos recursos.

La jurisdicción competente para determinar la denominada «línea de base» —creemos—, es la Provincial, no obstante, la legislación en contrario ha sido consentida y aprobada legalmente por las Provincias. Esa línea de base marca el inicio del territorio continental seco y, por tanto, conforme lo hemos comentado antes, es de competencia del Estado Provincial sin desconocer eventuales facultades concurrentes de la Nación (art. 75 inc. 15 CN).

## **8. LA GESTIÓN PARA EVITAR LOS EFECTOS DAÑOSOS DEL AGUA**

Los efectos dañosos del agua como resultado de inundaciones, erosiones y alteración de cauces, es de enorme importancia en Argentina. Afecta principalmente a toda la región NE —Provincias de Formosa, Misiones, Chaco, Corrientes, Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires—. La región NO del territorio Nacional también sufre periódicamente estos eventos —Jujuy, Salta y Santiago del Estero—.

Tiene la particularidad de ser un problema regional —nacional e internacional—, dentro de la Cuenca del Plata, porque las más de las veces la causa de las avenidas se ubica en el Sur de Bolivia, la región oriental del Paraguay y en los Estados del Sur de Brasil, es decir, en la alta Cuenca del río Paraná y sus afluentes. En las provincias del NO coincide con la época de las grandes lluvias de verano.

No es un problema natural derivado de ciclos climáticos lluviosos, reconoce causas antrópicas: deforestación, ampliación de la frontera agropecuaria, prácticas agrícolas erosivas, incremento de las urbanizaciones, grandes construcciones viales. Norman Bourlag —Premio Nobel, padre de la revolución verde por sus descubrimientos sobre la genética del trigo—, en ocasión de comentar el proceso erosivo en

la Cuenca del Plata es ilustrativo; dijo que la Cuenca del Plata se está yendo al mar por el río de la Plata<sup>16</sup>.

Los daños sobre vidas y bienes son cuantiosos, erosionan y salinizan los suelos, agravan la sedimentación de las vías navegables, impactan en la colmatación de diques, en los sistemas de riego, en el abastecimiento de agua potable a las poblaciones con aguas contaminadas y en la evacuación de efluentes urbanos.

Son efectos dañosos de las aguas sobre territorios sometidos a distintas jurisdicciones provinciales y, además, invaden suelos de otros países de la región. Existen, por tanto, competencias concurrentes y complementarias entre las Provincias afectadas y la Nación.

Las Provincias ejercen competencias propias sobre su territorio (arts. 121/124 CN) y el Gobierno Nacional actúa en virtud de poderes concurrentes y complementarios, en razón de cláusulas constitucionales vinculadas a la gestión del bienestar general, de la salubridad, el orden, la seguridad y el progreso Nacional (arts. 41, 75 inc. 18, 19 y 32 de la CN; y Ley 25675).

Cuando las inundaciones afectan a países limítrofes integrantes de la Cuenca, se ponen en practica las estipulaciones contempladas en los Tratados Internacionales vigentes sobre la alta Cuenca y la Cuenca media con Bolivia, Paraguay, Brasil y Uruguay que están basados en la cooperación internacional, el aviso previo, la información y la ayuda.

En todas las ocasiones en que se han producido estos eventos dañosos, tanto las Provincias como la Nación, han dictado normativas declarando zonas de emergencia a los territorios involucrados, medidas de ayuda directa, de fomento para la recuperación y Planificación de obras hidráulicas. Éstas se encuentran en permanente proceso de estudio, planificación y ejecución, por la extensión del área territorial que deben servir.

En el ámbito Nacional se han constituido, entre otras, las siguientes entidades interjurisdiccionales:

– Comisión Interjurisdiccional de la cuenca de la Laguna La Picasa –Buenos Aires, Santa Fé y Córdoba y el Gobierno Nacional–, con la finalidad casi única de gestionar las medidas tendientes a solucionar el problema de las inundaciones y los daños conexos en la zona NE de la Provincia de Buenos Aires;

---

16. KUGLER, Walter F. (1984). *Revista Ambiente y Recursos Naturales*; Editorial La Ley; Bs. As.; 1984; Vol I; Núm. 3; pgs. 36 y ss.: «Algunas cifras son elocuentes: la deforestación durante el siglo anterior en Bolivia alcanzó 1 millón de Has; en Brasil más de 50 millones de has; en Paraguay más de 1,5 millón de Has y en Argentina más de 3 millones de Has.–La expansión de la frontera agropecuaria en la Cuenca alta y media supera el millón de has. por año. Fuente FAO y Secretaria de Agricultura y Ganadería de la Nación. Informe sobre Suelos en la Cuenca del Plata y región NEA. Bs. As. 2001.»

– El Comité de Cuenca Interjurisdiccional de la «Región Hídrica Bajos Submedicionales» –Chaco y Santa Fé–, con las mismas finalidades que el anterior, más las de erosión y sedimentación;

– El Comité de Cuenca Interjurisdiccional del Río Matanza-Riachuelo –Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, que integran también 11 Municipios afectados, integrantes de la Cuenca. Tiene la difícil misión de coordinar múltiples organismos competentes en la cuenca, con una gran diversidad de normas aplicables –nacionales, provinciales y municipales–, para solucionar graves problemas de contaminación;

– El Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO), si bien tiene como objeto asegurar la distribución de caudales entre las provincias integrantes –Mendoza, Neuquén, Río Negro, La Pampa y Buenos Aires–, a partir de los años 90 con motivo de derrames de petróleo producidos en la alta cuenca que causaron daños ambientales importantes, las provincias integrantes y el Consejo Federal del Medio Ambiente, acordaron encomendarle al COIRCO la tarea de control técnico operativo de la exploración y explotación de hidrocarburos en el área de influencia para evitar daños a la calidad del agua y elementos ambientales de la región, en concurrencia con la Subsecretaría de combustibles de la Nación.

En el ámbito internacional, citaremos las que tienen mayor incumbencia para la evitación de desastres naturales estacionales:

– Comisión Binacional Alta Cuenca del Río Bermejo y Río Grande de Tarija –Argentina-Bolivia–. Dentro de las funciones de la Comisión, establece delinear un Programa de Desarrollo seleccionando obras –EIA previo–, a fin de alcanzar la regulación de caudales alcanzando niveles de calidad físico, químicos y biológicos con criterios internacionales, evitar los daños por inundaciones, erosión y sedimentación;

– La entidad Binacional Yaciretá (EBY), fruto del Tratado de Yaciretá –suscripto entre Argentina y Paraguay–, tendiente al aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná, el mantenimiento de su navegabilidad, regular los caudales para evitar inundaciones y crecidas extraordinarias en el área de influencia, mediante un sistema de monitoreo para un alerta de crecidas.

## **9. LA GESTIÓN DE LA CALIDAD DEL AGUA Y LA EXTRACCIÓN DE PETRÓLEO**

Los yacimientos de hidrocarburos, conforme a las leyes 14.773 y 17.319, pertenecen al dominio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional. La ley 24.145 dispuso la transferencia al dominio público de las Provincias de los yacimientos de hidrocarburos ubicados en sus territorios y los ubicados en el mar adyacente a sus costas hasta las 12 millas medidas desde la línea de base; pero continúan en el dominio del Estado Nacional los yacimientos ubicados sobre el lecho argentino del Río de la Plata, los que se ubiquen más allá de las 12 millas marinas en la Plata-

forma Continental hasta una distancia de 200 millas medidas desde la línea de base.

Esta situación nunca fue consentida por las Provincias que siempre reivindicaron, ante la Nación y con demandas ante la Suprema Corte de Justicia, el dominio del subsuelo provincial y consecuentemente de los recursos existentes en él –SCJN, fallos, 4:910; T. 13; 14:166/7 entre otros–.

De modo que en la actualidad sobre los yacimientos de petróleo situados en territorios Provinciales existe un dominio «tripartito»: a) áreas vendidas propiedad de las empresas transnacionales que las adquirieron; b) áreas otorgadas bajo Permisos de exploración o concesión por el Estado Nacional a distintas empresas nacionales y extranjeras; y c) áreas federalizadas –que en realidad son áreas marginales– de dominio Provincial otorgadas en concesión<sup>17</sup>.

Las empresas que extraen petróleo utilizan aguas de dominio provincial –casi siempre subterráneas–, tanto para las labores habituales de los yacimientos, como para la llamada «extracción secundaria de petróleo» –que consiste en inyectar agua a los pozos de petróleo casi agotados para hacer subir a la superficie el petróleo remanente–. Ambas actividades son contaminantes del agua, del suelo y de la flora. En ciertas ocasiones el petróleo crudo o «de lavado» depositado en piletas a cielo abierto, por rotura de éstas, fluye sobre el suelo llegando a cauces naturales de agua, contaminándolos.

Estas actividades contaminantes dan lugar al ejercicio del Poder de Policía en materia de contaminación ambiental por parte de las Provincias en cuyo territorio se encuentran los yacimientos, en ejercicio de competencias propias (arts. 121/124 CN). En virtud de ello, aplican multas e intiman a las empresas a realizar tareas de recomposición ambiental en procesos administrativos. La defensa que ellas oponen, es que al ser la Nación quien las habilitó para la explotación, en razón del régimen de dominio y como autoridad concedente y otorgante de los Permisos, es ella quien tiene competencia para intervenir; desconociendo la competencia Provincial. Existen diversos juicios en trámite por estas causas en diferentes tribunales Provinciales.

Existe además una competencia concurrente de la Nación. La contaminación y los daños ambientales afectan recursos existentes en territorios de varias Provincias, aguas interprovinciales y vecinos y Provincias diferentes; se abre la competencia de la autoridad Nacional y de la justicia federal, por aplicación de la Ley 24051 de Residuos Peligrosos, la Ley General del Ambiente 25675, la de Gestión de Aguas, Ley 25688 y lo prescripto por la Constitución Nacional sobre competencia de la Corte Nacional en el art. 116.

En el ámbito Provincial, la gestión de la calidad del agua se estatuye en leyes de Agua Provinciales; en la legislación concurrente con la Nacional –por adhesión

---

17. Para un análisis completo del tema véase RAMÍREZ, Mariano (2006), Caps. IV, V y VI.

de las Provinciales—, y en el ejercicio del Poder de Policía en materia de sanidad y salubridad públicas.

Vinculado al tema de la gestión de la calidad del agua, y por su estrecha relación con ella, debemos referirnos brevemente a los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Si a nivel nacional existiera un sistema integral y concertado del procedimiento a seguir para llevar a cabo los estudios de impacto, cuando puedan afectarse recursos hídricos, otra sería la calidad del agua. El Procedimiento estatuido por la Ley General del Ambiente núm. 26575 es incompleto, no resulta idóneo, no garantiza adecuadamente la participación pública, ni la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios, técnicos o empresas intervinientes en el procedimiento.

Por su parte, en el ámbito provincial existe un verdadero mosaico de procedimientos de EIA. Algunos completos e integrales, otros deficientes; existen Municipalidades que han sancionado sus propios procedimientos de estudios de impacto. La Administración de Parques Nacionales tiene su propio Reglamento.

La técnica legislativa es mixta para identificar obras, acciones o proyectos susceptibles de ser objeto de EIA. A veces, hacen un listado de ellas, otras enuncian criterios genéricos. Otras, sólo lo exigen para proyectos de gran significación.

Por tanto propugnamos una modificación de proyectos/obras, precisando cuáles requieren EIA y cuáles no; cuáles son los parámetros de calidad del agua, qué autoridad es la competente para entender; el efecto extraterritorial del mismo y la materia o componente ambiental afectado por la iniciativa. Todo ello para evitar duplicidad de trámites y procedimientos, y la innecesaria participación de más de una jurisdicción.

## **10. LA GESTIÓN PARA EL TRASVASE DE CUENCAS**

En el sistema federal argentino el concepto de cuenca —entendido como lo hemos explicitado en este documento—, puede ser utilizado como vía de solución a los conflictos generados por el uso de ríos interprovinciales, como deslinde de derechos y obligaciones entre partes, mediante otra instancia de descentralización administrativa, sin dejar de considerar otros factores socio/económicos. Con esta perspectiva, la Cuenca se inserta dentro de una Región Plan, estrechamente vinculada al ordenamiento territorial, y permitiría potenciar el desarrollo de los recursos hídricos. Se transforma en un espacio económico cuya gestión —en sentido amplio, no sólo hídrico—, debe corresponderse con realidades humanas, sociales y económicas comunes, geográficas y ambientales. Sin comunidad cultural, la idea expresada es de difícil realización, no obstante las Declaraciones, documentos, Reglas y Tratados que puedan estipularlo.

La crisis del agua y la expansión del llamado «derecho al agua» le dan actualidad al tema del trasvase de cuencas. El concepto de límite territorial, como ámbito de gestión administrativa, comienza a subordinarse al de ordenamiento territorial,



como espacio de actuación para implementar políticas de desarrollo económico/social –incluidas las inherentes a los recursos hídricos–. Por ello la implementación de trasvases puede ser útil para morigerar déficit hídricos y superar un factor limitante del desarrollo humano. La idea implica también reparar o compensar eventuales daños o perjuicios a regiones o cuencas excedentarias. Los estudios de evaluación de impacto, la precisa determinación de los volúmenes deficitarios y, sobre todo, de sus causas, en las cuencas receptoras, serán cuestiones que deben dilucidarse cuidadosamente.

En Argentina existen en la actualidad sólo anteproyectos para eventuales trasvases. No es un tema actual, pero las condiciones topográficas y la existencia de caudales sobrantes sin utilizar que hoy vierten al océano, hacen viable esas iniciativas. Existen posibilidades de acometer trasvases del río Paraná al río Uruguay; del río Uruguay a los Esteros del Iberá en la Provincia de Corrientes; del Río Negro al río Colorado a la altura de la Provincia de La Pampa; y del río Grande al río Atuel en la Provincia de Mendoza.

En el estado actual de la legislación, si el trasvase se realiza entre ríos de dominio exclusivo de una sola provincia, la competencia y gestión del trasvase es exclusiva de esa provincia (arts. 121-124 CN).

Si el trasvase comprende cursos interjurisdiccionales requerirá en Tratado Interprovincial y el consentimiento de todas las Provincias involucradas en virtud del dominio compartido sobre las aguas. Este Tratado requiere la aprobación de las Legislaturas locales, y además *el conocimiento y participación –no aprobación–*, del Gobierno Nacional en razón de las facultades concurrentes que tiene en virtud de la Constitución y la legislación derivada (arts. 41, 75 inc. 19 y 32, y Leyes 25675 y 25688).

Si el trasvase se lleva a cabo con aguas de un río internacional, requeriría un Tratado Internacional, con el/los países involucrados y la consiguiente aprobación por el Congreso Nacional (art. 75 inc. 22, CN).

## **11. GESTIÓN EN MATERIA PENAL DE AGUAS**

El Código Penal tipifica diversos delitos que involucran aguas y, la comisión de ellos, por principio, caen dentro de la competencia de la justicia local provincial, salvo otros que, en razón de la materia o del lugar, son de competencia de la justicia federal.

Es competente la justicia local en el caso del delito de usurpación de aguas públicas o privadas (art. 182 CP); a quien atente contra instalaciones destinadas al servicio público de aguas corrientes (art. 191 CP); a quien envenenare o adulterare de un modo peligroso para la salud aguas potables (art. 200 CP); a quien dañare diques u obras destinadas a la defensa común contra desastres (art. 188 CP).

Es competente la justicia penal federal en los delitos contra la seguridad pública: el que causare el delito de sumersión o varamiento de nave; los vinculados

la piratería; los que causaren naufragio o el entorpecimiento del transporte por agua; cuando se ponga en peligro la seguridad de una nave o construcción flotante; contrabando naviero; tráfico de estupefacientes y los que resulten de la aplicación de la ley de residuos peligrosos, en los casos en que el transporte o los efectos de los residuos peligrosos comprendan a más de una jurisdicción (arts. 182/189 CP y Ley 2405) y en aquellos delitos que se lleven a cabo en Puertos, Naves de pabellón nacional, y en el mar argentino –causas de almirantazgo y jurisdicción marítima (art. 116 CN)–.

## **12. LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS EN LA GESTIÓN DEL AGUA**

En el ámbito nacional no está legislada la participación de los usuarios en la gestión del agua, por lo tanto, el análisis se referirá a la legislación Provincial.

Casi todas las Provincias en sus leyes o Códigos de Agua, contemplan la participación de los usuarios, integrando Consorcios responsables de la gestión en los sistemas secundario y terciario de distribución del agua para riego agrícola. Estos Consorcios son personas jurídicas públicas, constituidas por ministerio de la ley, de integración forzosa, integradas por los concesionarios y titulares de permisos para el uso del agua de un mismo canal y, en otros casos, de una misma zona o área de una subcuenca. Los miembros del Consorcio eligen sus propias autoridades, administran las rentas provenientes de las cargas financieras inherentes al uso del agua que, en ciertos casos, recaudan los mismos Consorcios. Algunos tienen facultades jurisdiccionales de índole administrativa de primer grado, otros no. Las pequeñas obras hidráulicas de distribución están a cargo de los usuarios con sistemas de reembolso. En algunas Provincias la recaudación la efectúa el órgano estatal encargado de la Administración del agua, que luego transfiere a los Consorcios el monto que les corresponde. En muchas provincias los Consorcios son deficitarios y la administración estatal debe subsidiar o solventar directamente, parte de los gastos. El control de gestión financiera lo cumplen Asambleas de usuarios, pero siempre existe un control posterior del órgano estatal superior de administración<sup>18</sup>.

Con el proceso de reforma del Estado llevado a cabo en la década del 90, y siguiendo la tendencia privatizadora consagrada en las leyes nacionales 23696 y 23697, muchas Provincias optaron por fortalecer las atribuciones de los Consorcios, transfiriéndoles las actividades que desempeñaba el Estado.

El sistema de Cooperativas de Usuarios, para el abastecimiento urbano y rural de agua para usos domésticos, está generalizado en todas las Provincias. En esos casos la Cooperativa gestiona el uso del agua y también la construcción de obras y el mantenimiento de la red.

Es interesante la descentralización de la gestión llevada a cabo con plena participación de los usuarios, en la Provincia de Jujuy –NO de Argentina, limítrofe con

---

18. Ley 6.405, Provincia de Mendoza; Ley 4.392 y cc., Provincia de San Juan; Ley 7.017, Provincia de Salta y Ley 5.589, Provincia de Córdoba.

Chile y Bolivia–, en el Valle de Perico. Allí se suplantó la administración estatal y se transfirió la gestión a una Cooperativa Tabacalera de productores. En la actualidad la Cooperativa gestiona la distribución de agua para riego agrícola, opera dos pequeños diques de distribución, el abastecimiento de los usos urbanos y la generación/distribución de energía eléctrica en el área de influencia. Toda la gestión administrativa, financiera y construcción de obras, la ejecuta la Cooperativa con una estructura netamente empresarial.

En zonas húmedas –caso de las Provincias de Santa Fé y Entre Ríos–, se han constituido Consorcios para la defensa contra los efectos dañosos de las aguas –inundaciones, drenaje, construcción de obras de defensa–, como coadyuvantes de la acción estatal.

Una evaluación de conjunto del sistema de participación de los usuarios permite afirmar que si bien está consagrado en casi todas las leyes provinciales, sólo en algunas Provincias ha tenido un desenvolvimiento exitoso –Mendoza, Salta, Jujuy, Tucumán y Río Negro, por citar las más relevantes–. No obstante el sistema amerita continuarse.

### **13. LA GESTIÓN DEL AGUA EN LA INVESTIGACIÓN PURA Y APLICADA. FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS**

Es fundamental en recursos hídricos la investigación de nuevas tecnologías en materia de uso, reuso y recuperación; lo es también en el campo de la ingeniería hidráulica y ambiental, para la defensa de los efectos dañosos de las aguas o su preservación. En todos estos supuestos la formación de recursos humanos es esencial; de ellos depende la aplicación y ejecución de la política hídrica, de la legislación y de las nuevas innovaciones tecnológicas referidas al agua.

En el ámbito nacional existe una estructura institucional dependiente del Gobierno central que ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de las últimas décadas, derivadas de los cambios de Gobierno. En la actualidad la *Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación* como órgano principal responsable de la gestión, depende de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Le compete intervenir en la elaboración y ejecución de la política hídrica nacional y en la propuesta del marco regulatorio de manejo de los recursos hídricos coordinando las demás jurisdicciones y organismo. El Ministerio de Defensa tiene a su cargo el Servicio Meteorológico Nacional y de Hidrografía Naval.

Del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología depende el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas del cual dependen: el Laboratorio Nacional de Hidráulica; el Instituto Nacional del Agua; el Instituto de Nivoglaceología; el Instituto Nacional de Economía, Legislación y Administración del Agua; el Instituto de Desarrollo de Zonas Áridas. Estos Centros son los que cumplen tareas de investigación, extensión y formación de recursos humanos en el ámbito nacional.

A su vez la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y alimentos —que depende del Ministerio de Economía y Producción—, tiene a su cargo monitorear la ejecución de Programas de rehabilitación de áreas de riesgo y de recuperación de aquellas zonas inundadas o salinizadas.

La Subsecretaría de Recursos Hídricos promovió y coordinó con todas las Provincias la elaboración de los Principios Rectores de Política Hídrica, en donde se dan lineamientos para la formulación de la Política Hídrica, la planificación, evaluación y preservación del agua como acciones indelegables de las Provincias.

Esta labor determinó que los responsables provinciales de la gestión hídrica crearan en el año 2.002, el Consejo Hídrico Federal (COHIFE), como instancia de concertación federal para orientar la legislación, la creación de organizaciones y programas de acción concretos, participando en la elaboración de la Política Hídrica nacional y en su implementación.

En el ámbito Provincial existe gran diversidad de organismos vinculados a la gestión hídrica, con alto grado de superposición funcional: Ministerios, Secretarías y Subsecretarías de distintos Ministerios, además de un sinnúmero de Direcciones. Este modo de gestionar guarda correspondencia con las características climáticas y geográficas imperantes en cada Provincia, con la oferta y la demanda de agua, los diferentes usos, intereses y conflictos.

En el NO de Argentina —montañoso y árido—, tienen importancia el riego agrícola, la defensa contra aluviones e inundaciones. En el Litoral húmedo y la región central, el problema a resolver es el de las inundaciones, el saneamiento y construcción de obras de protección. Esta realidad ambiental impone diferentes modos de gestión hídrica. En las Provincias áridas se cuenta con organismos dedicados casi exclusivamente al riego —Dirección de Riego y Drenaje; Departamento de Aguas; Direcciones de Hidráulica, etc—. En la zona húmeda los órganos del Estado Provincial se dedican a obras, control de inundaciones y mediciones hidrológicas, prestación del servicio de agua potable y, tangencialmente, a los problemas de riego agrícola.

En ambos casos la estructura administrativa se refleja en organismos dependientes de la administración central, con mayor o menor descentralización y grados variables de autarquía. Existen también entes de Contralor para los servicios concesionados de abastecimiento de agua potable y tratamiento de efluentes, tanto a nivel nacional como provincial.

En este cuadro situacional se destaca por sus características únicas el Departamento General de Irrigación de la Provincia de Mendoza. Es una entidad con autarquía funcional, territorial y financiera, pero de rango Constitucional. Es la autoridad de aguas de la Provincia, que sanciona su propio Presupuesto y recauda sus propias rentas. No depende del Gobierno central y tiene una amplia autonomía. Sus autoridades son nombradas con acuerdo del Senado y sólo pueden ser removidas por jury de enjuiciamiento ante el mismo cuerpo legislativo (art. 188 y cc., Constitución Provincia de Mendoza).

### III. CONCLUSIONES

1. El régimen federal argentino debe interpretarse: a) como delegación de facultades de las provincias a la Nación, b) como reserva de facultades provinciales, c) las facultades delegadas y los poderes implícitos deben ser interpretados en forma restrictiva. Como principio general, la gestión del agua en sentido amplio, es competencia exclusiva de las Provincias, salvo las excepciones señaladas.

2. El artículo 41 de la Constitución Nacional y las leyes de Presupuestos mínimos dictadas en su consecuencia –por efecto Constitución 1994–, han ampliado el margen de actuación del gobierno Nacional, en detrimento de las competencias Provinciales. El régimen legal sobre el mar desconoce el alcance del dominio Provincial y sus competencias. Las Leyes 25675 y 25688 adolecen de inconstitucionalidad.

3. La reforma constitucional de 1994 no respetó los fundamentos federales del régimen de Gobierno, conforme a los antecedentes históricos; ni preservó las autonomías Provinciales. Toda la legislación Nacional comentada en este documento evidencia que el federalismo argentino no tiene vigencia real. Como afirmó Andrés Gil Domínguez: cuando el incumplimiento constitucional se torna automático y abusivo, emerge una sociedad en la que la anomia conduce al autoritarismo.

4. La competencia para establecer el carácter público o privado de las aguas es Nacional. Pero las Provincias pueden dictar leyes declarativas individualizando las aguas que tienen o adquieren aptitud para satisfacer usos de interés general.

5. Los ríos interprovinciales son de dominio Provincial, la gestión del uso debe reglarse por Tratados y las diferencias entre las Provincias derivadas de su aprovechamiento deben ser resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

6. La determinación de la línea de rivera en ríos, lagos y mar es competencia Provincial sin perjuicio de la concurrencia Nacional en el litoral marítimo.

7. No existen aguas de dominio Nacional salvo: las marítimas de soberanía nacional y las fuentes o manantiales que se encuentran dentro de las áreas naturales protegidas de dominio Nacional.

8. Las Provincias son las únicas competentes para gestionar el uso, la preservación y la defensa contra los efectos nocivos de las aguas que se encuentren en su territorio, incluidas aquellas utilizadas en actividades petrolíferas. La gestión de la calidad es competencia Provincial.

9. En materia de usos hidroeléctricos, la fuente o caída es un recurso distinto del suelo, propiedad de la Provincia donde se encuentre ubicada, correspondiendo a ella por tanto la percepción de la regalía.

10. La competencia y la gestión Nacional sobre las aguas es de excepción. La jurisdicción Nacional se extiende solamente a la navegación y el comercio interprovincial e internacional; la habilitación de puertos; las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima y la generación de hidroelectricidad –concurrencia con las Provincias–.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

- BENGOLEA ZAPATA (1975), *Federalismo, ríos provinciales y reforma constitucional*, La Ley, B, Buenos Aires.
- BIBILONI, Juan Antonio (1929-1932), *Anteproyecto de Reforma al Código Civil Argentino*, Buenos Aires.
- BIELSA, Rafael (1923), *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Lajouane.
- BIELSA, Rafael (1939), *Derecho Administrativo*, T. II., Buenos Aires: Lajouane.
- CANO, Guillermo J. (1975), *Recursos Hídricos Internacionales de la Argentina. Régimen Jurídico y Político*, Zavallia Editor, Buenos Aires.
- CORTI VIDELA, Alberto (1936), «Las servidumbres Administrativas en la legislación de Aguas», *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, Rosario.
- FRIAS, Pedro (1975), *Aguas interprovinciales, reglas de competencia*, La Ley, C-796.  
— (1980), «El Federalismo Argentino, Introducción al Derecho Público», *Desalma*, Buenos Aires, A, pgs. 169 y ss. núm. 9.
- GONZÁLEZ ARZAC, Felipe (2004), «Sobre el uso racional del agua dulce», *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexos, noviembre 2004.
- GONZÁLEZ DEL SOLAR, Nicolás (1997), «Recursos Hídricos Interjurisdiccionales», *Revista Jurídica IDEARIUM*, Universidad de Mendoza, Núm. 7.
- KUGLER, Walter F. (1984), «Conservación del suelo y de agua e inundaciones en la Cuenca del Plata», *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- LÓPEZ, Joaquín (1975), *Problemas generados por el aprovechamiento de los ríos interprovinciales*, La Ley, A.  
— (1987), «El Derecho de Aguas en la Legislación Federal Argentina», «Organización de las comunidades de usuarios», en *Estudios de Derecho Ambiental y de Aguas*, EDIUM, Mendoza.
- MATHUS ESCORIHUELA, Miguel (1995), «La cláusula Ambiental de la Constitución Nacional», *Conferencia en la UNC*, Mendoza.
- MOYANO, Amilcar (2006), «Regalías sobre Yaciretá a Propósito de las Regalías sobre el Nihuil», *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexos, Núm. 5.
- RAMÍREZ, Mariano (2006), *Régimen del Petróleo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, Caps. IV, V y VI.
- SAGÜES, Pedro (1980), «Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad»; *Jurisprudencia Argentina*, 1980-II.

Informes Nacionales (3)  
Experiencias de países europeos





## La situación en Italia

NICOLA LUGARESI<sup>1</sup>

**Resumen:** El texto describe la situación de la gestión de los recursos hídricos en Italia. En particular, una vez proporcionados algunos datos significativos sobre el agua, su disponibilidad y su utilización en el territorio nacional, y una vez determinado el marco constitucional, normativo y organizativo del ordenamiento italiano, este análisis tiene por objeto los distintos componentes jurídicos de la actividad de gestión, así como su correspondiente marco legal. En este sentido, la gestión de los recursos hídricos se considera una actividad compleja, que abarca no sólo la actividad de gestión de los servicios hídricos sino también diferentes aspectos como la titularidad, la planificación y programación, los procedimientos a seguir, su protección cualitativa y cuantitativa, y aspectos económico-financieros.

**Palabras clave:** agua, recursos hídricos, demarcación hidrográfica, cuenca hidrográfica, gestión, planificación hídrica, dominio hídrico, protección cuantitativa, protección cualitativa, concesiones hídricas, defensa del suelo, servicios hídricos, costes del agua.

### Relación de Acrónimos.

A	Anexo
APAT	Agencia de Protección del Medio Ambiente y de los Servicios Técnicos
ATO	Ámbito Territorial Óptimo
A.V.R.I.R.	Autoridad de Vigilancia sobre Recursos Hídricos y Residuos
T. C.	Tribunal Constitucional
Const.	Constituciones
CO.VI.R.I.	Comité para la Vigilancia del Uso de los Recursos Hídricos
D. L.	Decreto Ley
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. Lug.	Decreto Lugartenencial
ISTAT	Instituto Nacional de Estadística
Ley Const.	Ley Constitucional
R. D.	Real Decreto

1. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Trento (Italia).

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS: PREÁMBULO

A modo de anticipo y de resumen de los datos más importantes, hay que señalar que en Italia la situación general en materia de recursos hídricos se caracteriza por una disponibilidad media suficiente, pero en progresiva disminución; por un nivel cualitativo no satisfactorio, sobre todo en lo que se refiere a los usos potables; por la presencia de factores de estrés tanto a nivel cualitativo como cuantitativo y por una división organizativa territorial compleja<sup>2</sup>.

Más concretamente, por lo que respecta a la gestión de los recursos hídricos, la situación del ordenamiento italiano se caracteriza por una relación no siempre lineal entre agua y derecho<sup>3</sup>. Tradicionalmente, las normas existentes en los diferentes períodos históricos, además de verse influidas por las disponibilidades y las necesidades, han reflejado la evolución de los intereses públicos del momento<sup>4</sup> y se han visto condicionadas por el encuadramiento de la propia agua en diferentes categorías jurídicas, ya fuesen tradicionales o no. En cuanto a los intereses, la defensa del territorio y de la población contra el agua, el uso de los recursos hídricos con fines civiles y productivos y la protección cualitativa y cuantitativa del patrimonio hídrico representan los intereses fundamentales sobre las aguas públicas<sup>5</sup>. En cuanto a las categorías, el agua es un bien público, en concreto un bien de titularidad estatal, es por tanto un recurso, pero también una necesidad de carácter vital, un patrimonio medioambiental, un valor tradicional y cultural<sup>6</sup> que, como muestra especialmente el derecho internacional, trasciende el aspecto puramente económico, llegando a abarcar aspectos éticos<sup>7</sup> y espirituales<sup>8</sup>.

A nivel legislativo, en el ordenamiento jurídico italiano no existe un texto único sobre el agua, y los distintos aspectos que pueden conformar la gestión de los recursos hídricos están diseminados en diferentes normativas. La primera pregunta que debemos plantearnos, y que el legislador italiano todavía no se ha planteado seriamente, es qué se entiende por «gestión» de los recursos hídricos. El término «gestión» aparece muy a menudo en las disposiciones normativas, pero no se aclara cuáles son los elementos de la actividad de gestión. La Sección III de la Parte Tercera del Decreto Legislativo 152/2006 se titula «Gestión de los recursos hídricos», pero lo cierto es que esta sección, tras enunciar algunos principios generales en materia de aguas, se ocupa fundamentalmente —si no exclusivamente— de los servicios hídricos y de la gestión de los mismos. Pero lo cierto es que la gestión de los recursos hídricos va mucho más allá.

2. GORIA, Alessandra, LUGARESI, Nicola (2004), pg. 266.

3. LUGARESI, Nicola (2006), pg. 94.

4. GORIA, Alessandra, LUGARESI, Nicola (2004), pg. 279.

5. DE BELLIS, Carlo (1984), pg. 11.

6. LUGARESI, Nicola (1995), pg. 1.

7. LUGARESI, Nicola (2000), pg. 5.

8. LUGARESI, Nicola (2003), pg. 53.

## 2. DATOS EN MATERIA DE RECURSOS HÍDRICOS

En Italia no existe un repertorio completo, homogéneo y actualizado de los datos relativos a los recursos hídricos, ni se ha generado un flujo continuo y completo de datos hacia una única autoridad encargada de la actividad de recogida, elaboración y publicitación de dichos datos. No hay necesidad de subrayar cómo esta carencia constituye un primer obstáculo para la actividad de gestión de los recursos hídricos.

El territorio italiano está dividido en 8 demarcaciones hidrográficas (que, tras las últimas reformas, agrupan a las 11 cuencas hidrográficas nacionales anteriores, las 18 cuencas hidrográficas interregionales y las restantes cuencas hidrográficas regionales) y en 92 (91 establecidos realmente) Ámbitos Territoriales Óptimos (ATO), para la gestión de los servicios hídricos (ámbitos que, por otra parte, no siempre hacen referencia a la cuenca hidrográfica como parámetro territorial superior de referencia)<sup>9</sup>.

La disponibilidad de los recursos hídricos para los distintos usos –civiles, productivos, y también medioambientales–, se ha visto reducida progresivamente. Entre los factores de estrés más relevantes hay que señalar los siguientes: la notable antropización del territorio, con una alta densidad de población (más de 59 millones de residentes en 2006, 200 habitantes por km<sup>2</sup>, contra una media UE27 de 115<sup>10</sup>), en continuo crecimiento sobre todo por el fenómeno de la inmigración; la explotación agrícola y ganadera intensivas (más de 5 millones de toneladas de fertilizantes comercializados en 2006)<sup>11</sup>; un sistema productivo no homogéneo desde el punto de vista territorial, caracterizado en algunas zonas por la notable proliferación de pequeñas y medianas empresas (en 2005, 65 empresas por cada 1000 habitantes, contra una media UE27 de 40<sup>12</sup>), que pueden encontrar grandes dificultades para adaptar su actividad a las exigencias medioambientales; la ineficiencia crónica de los servicios hídricos, los cuales, aunque son objeto de procesos de racionalización, todavía garantizan niveles cualitativos insatisfactorios (en 2005, aproximadamente sólo el 70% del agua inyectada en la red llegó hasta los usuarios finales<sup>13</sup>). Esta incapacidad del marco legislativo y del marco administrativo (con especial referencia a los sistemas de control y seguimiento) ha contribuido también a empeorar la situación, determinando la ineficacia de las políticas públicas de gestión de los recursos hídricos nacionales.

A nivel cualitativo, en el ámbito de un sistema que divide la calidad de las masas de agua en cinco clases (índice SECA –Estado Ecológico de los Cursos de Agua–, basado en la incorporación de datos químicos y biológicos), los últimos datos disponibles, del año 2006, reflejan un estado de calidad al menos suficiente en el 78% de los ríos (5% «óptimo»; 38% «bueno»; 35% suficiente), frente a un

9. CO.VI.R.I. (2008), pg. 5.

10. ISTAT (2008), § 12.

11. APAT (2007), pg. 62.

12. ISTAT (2008), § 45.

13. ISTAT (2008), § 102.

estado insuficiente en el 22% restante de los casos (16% «escaso»; 6% «pésimo»). Aunque no se puede hacer referencia a datos homogéneos, dado que el número de estaciones sometidas a seguimiento es totalmente distinto en cada región y macroárea, se detecta una situación no demasiado diversificada entre las tres macroáreas de referencia (Italia septentrional, Italia central, Italia meridional e islas mayores). Por lo que respecta a los lagos<sup>14</sup>, se constata una calidad al menos suficiente en el 74% de los casos (5% «óptimo»; 29% «bueno»; 40% suficiente), frente a un estado insuficiente en el 26% restante de los casos (23% «escaso»; 3% «pésimo»). Más negativa aparece la situación de las aguas subterráneas. Siguiendo con un sistema dividido en cinco clases (índice SCAS –Estado Químico de las Aguas Subterráneas–, basado sobre el impacto antrópico y las características hidroquímicas), los datos de 2006 reflejan un estado de calidad perteneciente a las dos primeras clases (características hidroquímicas altas o buenas) en el 34% de los casos, un estado de calidad bueno, pero con signos de empeoramiento, en el 14% de los casos, y un estado de calidad inferior en el 28% de los casos (mientras que el restante 24% está representado por recursos sometidos a un impacto antrópico nulo o insignificante, pero con especiales características hidroquímicas naturales)<sup>15</sup>.

A tenor de estos datos, es evidente que la situación no parecería óptima, aunque tampoco sería desastrosa, existiendo una mayor criticidad en las aguas subterráneas. Los datos distintos sobre la clasificación de las aguas superficiales que pueden destinarse a usos potables son menos tranquilizadores. Estas aguas son clasificadas por las Regiones en cuatro categorías, según sus características físicas, químicas y biológicas. Con arreglo a un seguimiento realizado en el período 2002-2004, de las 494 masas de agua superficiales destinadas a usos potables, 81 estaban situadas en la categoría A1 (aguas que requieren un tratamiento simple), 265 en A2 (aguas que requieren un tratamiento normal), 113 en A3 (aguas que requieren un tratamiento avanzado) y 35 en subA3 (aguas que presentan parámetros superiores a los límites permitidos, pero que pueden utilizarse en circunstancias excepcionales). El aspecto más preocupante viene dado por la tendencia difusa hacia el empeoramiento cualitativo y, en particular, por el aumento de las aguas en la categoría subA3 respecto al trienio anterior<sup>16</sup>.

A nivel cuantitativo, Italia tiene recursos potenciales superiores a la media europea, ya que el valor medio de las precipitaciones (1950-2000) es de 950 mm/año en Italia, contra 650 mm/año en Europa<sup>17</sup>. Se estiman en 155 mil millones de metros cúbicos al año los recursos naturales superficiales y 50 mil millones de metros cúbicos al año los totales disponibles (es decir los que se podrían utilizar si las infraestructuras existentes fuesen eficientes)<sup>18</sup>.

---

14. El índice SEL – Estado Ecológico de los Lagos, también se distinguen cinco clases

15. APAT (2007), pg. 53.

16. APAT (2007), pg. 70.

17. APAT (2008).

18. A.V.R.I.R. (2006), pg. 29.

Ya sea por razones climáticas, o por la ineficiencia de los servicios hídricos, Italia se coloca en la cima de la clasificación europea en la extracción hídrica por habitante, con una media, según datos de 1999, de 740 m<sup>3</sup>/año (más de 2000 litros/días) por habitante, contra una media EU15 de 610 m<sup>3</sup>/año (menos de 1700 litros/día)<sup>19</sup>. Por lo que respecta a la distribución de los consumos hídricos, Italia sigue un modelo más «mediterráneo» que «comunitario». De hecho, a nivel nacional el sector civil absorbe el 19% de los recursos hídricos (a nivel CE el 14%), el sector agrícola el 48% (CE: 30%), el sector industrial el 19% (CE: 10%) y el sector energético el 14% (CE: 46%)<sup>20</sup>. Lo que en última instancia distingue a Italia de la media europea es el porcentaje de extracciones de acuíferos, que está en torno al 23% (contra el 13% CE), y que se destina básicamente a usos civiles<sup>21</sup>. El hecho de que existan captaciones difusas y no controladas provoca consecuencias altamente negativas, entre las que destacan la salinización de aguas extraídas cerca de la costa, lo que conlleva una menor productividad agrícola en esas zonas, creándose así un círculo vicioso.

En los últimos quince años, la disponibilidad de los recursos hídricos en Italia ha disminuido sensiblemente: ante un descenso en las precipitaciones del 10-15%, los caudales superficiales han descendido un 30%<sup>22</sup>, a causa de la intensificación de la demanda de agua. A esto se añade una fuerte diversificación territorial por macroáreas: en el Norte se extrae el 65% del total (y el 78% respecto a la disponibilidad de la misma área), en el Centro el 15% (el 52% de la disponibilidad), y en el Sur y en las islas mayores el 20% (el 96% de la disponibilidad)<sup>23</sup>.

Pero el problema cuantitativo, por sí mismo no demasiado grave en términos absolutos, se agudiza no sólo por los problemas cualitativos, más arriba mencionados, sino también por otro tipo de consideraciones. En primer lugar, se constata una limitada utilización de aguas residuales depuradas. La reutilización de estas aguas es, de hecho, sensiblemente inferior a la media europea, aunque aumentan los proyectos en este sentido. En 2005, la conformidad de los sistemas de depuración fue del 80% en las áreas sensibles y del 77% en las áreas normales (frente a una conformidad de las redes de alcantarillado del 82% en las áreas sensibles y del 78% en las áreas normales)<sup>24</sup>. En segundo lugar, hay que destacar la ineficiencia crónica de los servicios hídricos, debida tanto a problemas de infraestructura como de gestión. Las pérdidas de agua en la red de distribución (que comprenden tanto las pérdidas «reales», es decir las cantidades de agua inyectadas en la red, pero dispersas en las redes de distribución antes de llegar al punto de entrega, como las pérdidas «aparentes», es decir las cantidades de agua utilizadas, pero no facturadas) alcanzan en Italia una cantidad media del 38-45% (con puntas del 50-60% en la

19. A.V.R.I.R. (2006), pg. 40.

20. A.V.R.I.R. (2006), pg. 43.

21. A.V.R.I.R. (2006), pg. 40.

22. APAT (2007), pg. 51.

23. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2002), pg. 257.

24. APAT (2007), pg. 73.

Italia meridional), frente a pérdidas muy inferiores en otros países europeos (20-22% en Francia, 15-16% en Alemania y Reino Unido)<sup>25</sup>.

## **II. MARCO CONSTITUCIONAL, NORMATIVO Y ORGANIZATIVO**

### **1. DISTRIBUCIÓN DE LA POTESTAD LEGISLATIVA ENTRE EL ESTADO Y LAS REGIONES (Y PROVINCIAS AUTÓNOMAS)**

Italia es un país con un ordenamiento unitario de autonomías regionales. A pesar de la revisión constitucional llevada a cabo por la Ley Constitucional 3/2001, que incrementó el nivel de autonomía de las Regiones, y los posteriores intentos de instaurar formas de federalismo, Italia, de momento, no puede ser considerada un Estado Federal, sino un Estado con base regional en cuyo ámbito se reconoce un principio de equidad entre los diferentes niveles territoriales<sup>26</sup>. La reforma del Estado en sentido federal, o, en todo caso, la acentuación de los aspectos federales (desde el punto de vista fiscal) del ordenamiento es, por lo demás, uno de los puntos fundamentales del programa del Gobierno actual, tras las elecciones de abril de 2008.

Por lo que respecta al ordenamiento constitucional vigente, Italia –una e indivisible– reconoce y promueve las autonomías locales y practica la más amplia descentralización administrativa (art. 5, Const.). Municipios, Provincias, Ciudades Metropolitanas y Regiones son entidades autónomas con sus propios estatutos, poderes y funciones (art. 114.2, Const.), pero de entre ellas solamente las Regiones (y las Provincias autónomas de Trento y Bolzano) tienen potestad legislativa. Entre las regiones, Friuli-Venecia Julia, Cerdeña, Sicilia, Trentino-Alto Adigio y Valle de Aosta gozan de condiciones especiales de autonomía (art. 116.1, Const.), reguladas por los propios Estatutos aprobados mediante ley constitucional, aunque también otras Regiones, tras la reforma constitucional de 2001, pueden alcanzar el reconocimiento de otras formas de autonomía, a través de leyes de procedimiento reforzado, en base a acuerdos con el Estado (art. 116.3, Const.).

La reforma de 2001 ha cambiado también la relación entre Estado y Regiones en lo que respecta al ejercicio de la potestad legislativa, haciendo de la Región un ente que tiene competencia residual (art. 117.1, Const.). El art. 117 de la Constitución prevé ahora una lista de materias en las que el Estado tiene potestad legislativa exclusiva (art. 117.2, Const.) y una lista de materias en las que el Estado y las Regiones tienen competencia legislativa conjunta (art. 117.3, Const.), quedando relegadas las demás materias a la competencia legislativa exclusiva regional (art. 117.4, Const.). La potestad reglamentaria es ejercida por el Estado solamente en las materias de su competencia legislativa exclusiva, salvo delegación en las Regiones; en las demás materias, la potestad reglamentaria es de competencia regional,

---

25. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2006), pg. 17.

26. CARINGELLA, Francesco (2007), pg. 700.

salvo la potestad reglamentaria de Municipios, Provincias y Ciudades Metropolitanas para la regulación de la organización y del desarrollo de las funciones que les sean atribuidas (art. 117.6, Const.).

Las listas del art. 117 de la Constitución, que determinan las materias que son competencia legislativa exclusiva estatal y las materias competencia conjunta entre Estado y Regiones, no contemplan los recursos hídricos. Esto no significa que la protección, el uso y la gestión de los mismos recaigan en la competencia exclusiva regional. De hecho, en la lista de las materias de competencia legislativa estatal está incluida la materia «protección del medio ambiente, del ecosistema y de los bienes culturales», que, según una interpretación no especialmente amplia, comprendería gran parte de la regulación de los recursos hídricos. Por otra parte, en la lista de las materias de competencia legislativa conjunta, se indican materias que influyen en –o son influidas por– la regulación medioambiental en general y la regulación de los recursos hídricos en particular. Se trata de regulaciones con un alto grado de transversalidad y por lo tanto de difícil delimitación. Se hace referencia a materias como la protección de la salud, protección civil, grandes redes de transporte y navegación, producción, transporte y distribución nacional de la energía y valorización de los bienes culturales y ambientales.

De este modo, el marco derivado de las disposiciones constitucionales es complejo y no permite identificar a priori reglas ciertas de distribución de la competencia legislativa, válidas para el perfil de cada caso. En este sentido, es la intervención constante del Tribunal Constitucional, al que recurren continuamente tanto el Estado como las Regiones por supuestas invasiones recíprocas de competencia, la que define de quién es la competencia legislativa, en relación a las normativas específicas.

La situación de las Regiones de Estatuto Especial es parcialmente diferente, pero no menos compleja. La potestad legislativa exclusiva ya no es sólo un privilegio de estas regiones, sino que en los Estatutos, aprobados por ley constitucional y todavía no modificados para armonizarse con la introducción de la reforma, todavía está vigente un principio de residualidad de la competencia legislativa estatal. De este modo, generalmente en los Estatutos se recoge una lista de materias de competencia legislativa exclusiva regional y otra lista de materias de competencia legislativa conjunta, mientras que el Estado tiene una competencia (exclusiva) residual para las materias no contempladas.

La Ley Constitucional 3/2001 prevé también una cláusula de «mayor favor» para las Regiones de Estatuto Especial, en virtud de la cual, a la espera de la adaptación de los Estatutos de estas regiones, las disposiciones de esta ley que prevén formas de autonomía más amplias respecto a las ya atribuidas se aplican a ellas (art. 10). De cualquier modo, la definición de las materias, contenida en los Estatutos (y diferente para cada Estatuto), obedece a criterios «sustanciales» distintos a los pre-

vistos en el art. 117 de la Constitución, pues generalmente se cita al agua, aunque en ámbitos distintos<sup>27</sup>.

Básicamente, las Regiones de Estatuto Especial gozan de una autonomía legislativa reforzada respecto a las demás Regiones, pero sobre todo de una autonomía más específica con referencia a problemáticas relativas a los recursos hídricos. Esto no significa que no puedan surgir cuestiones de interpretación ante el Tribunal Constitucional, tanto referentes a aspectos análogos a los que pueden surgir con las Regiones ordinarias como referentes a la delimitación conceptual de otras materias contenidas en cada Estatuto.

La dificultad en establecer límites netos entre la potestad legislativa regional y la estatal, con referencia a las Regiones con estatuto ordinario y a las de estatuto especial, ha obligado al Tribunal Constitucional a pronunciarse en más de una ocasión. Las primeras sentencias en la materia, anteriores a la reforma constitucional de 2001, centraban su atención en la noción de medio ambiente, definido como valor constitucional, derecho fundamental de la persona e interés fundamental de la colectividad (sentencia 210/1987 del T.C.), pero también como bien inmaterial unitario, con varios componentes a proteger incluso por separado (sentencia

---

27. La Región de Sicilia tiene competencia exclusiva en materia de «aguas públicas, en la medida en que no sean objeto de obras públicas de interés nacional», pero también en materias como «agricultura y bosques», «saneamiento», «urbanismo», «trabajos públicos, exceptuadas las grandes obras públicas de interés preferentemente nacional», «salinas», «pesca», «turismo», «protección del paisaje» (art. 14, Ley Const. 2/1948). La Región también tiene competencia legislativa conjunta en materias como «higiene y sanidad pública» y «prestación de servicios públicos» (art. 17, Ley Const. 2/1948). La Región de Cerdeña tiene competencia exclusiva en materia de «ejercicio de los derechos públicos de la Región sobre las aguas públicas» (y sobre las «salinas»), pero también en materias como «agricultura y bosques», «pequeños saneamientos», «trabajos públicos de interés exclusivo de la Región», «urbanismo», «aguas minerales y termales», «pesca», «salinas», «turismo» (art. 3, Ley Const. 3/1948). La Región tiene competencia legislativa conjunta en materia de «obras de saneamiento medianas y grandes», «producción y distribución de energía eléctrica», «prestación de servicios públicos», «higiene y sanidad pública» (art. 4, Ley Const. 3/1948). La Región del Valle de Aosta tiene competencia exclusiva en materia de «aguas públicas destinadas al regadío y al uso doméstico» y «aguas minerales y termales», así como en materia de «agricultura y bosques», «ganadería, flora y fauna», «pequeños saneamientos», «urbanismo», «pesca», «turismo y protección del paisaje» (art. 2, Ley Const. 4/1948). La Región puede adoptar normas legislativas de integración y aplicación de la legislación estatal en materia de «regulación del empleo de las aguas públicas de uso hidroeléctrico», «higiene, sanidad», «prestación de servicios públicos» (art. 3, Ley Const. 4/1948). En la Región de Trentino-Alto Adigio, son las provincias de Trento y de Bolzano, y no la Región, las que tienen competencias legislativas significativas en el ámbito hídrico. De hecho, ambas provincias tienen competencia exclusiva en materia de «aguas minerales y termales», «pesca», «acueductos y trabajos públicos de interés provincial», «prestación directa de servicios públicos», «turismo», «agricultura, bosques», «ganadería y pesca»; «saneamiento», «obras hidráulicas de la tercera, cuarta y quinta categorías» (art. 11, Ley Const. 5/1948). Ambas provincias tienen competencia conjunta en materia de «utilización de las aguas públicas, excluidas las grandes derivaciones con fines hidroeléctricos» (art. 12, Ley Const. 5/1948). La Región de Friuli-Venecia Julia tiene competencia exclusiva en materia de «agricultura y bosques», «saneamientos», «pesca», «acueductos y trabajos públicos de interés local y regional», «turismo», «urbanismo», «aguas minerales y termales» (art. 4, Ley Const. 1/1963). La Región tiene competencia conjunta en materia de «utilización de las aguas públicas, excluidas las grandes derivaciones», «regulación de los servicios públicos de interés regional», «higiene y sanidad», «obras de prevención y emergencia por catástrofes naturales» (art. 5, Ley Const. 1/1963).



641/1987 del T.C.). Volviendo a la definición de medio ambiente, el Tribunal ha afirmado recientemente que el medio ambiente, como sistema a considerarse en su aspecto dinámico, es un bien vital con carácter material y complejo, cuya regulación comprende también la protección del equilibrio entre los diversos componentes (sentencia 378/2007 del T.C.).

Tras la reforma constitucional de 2001, que no sólo transformó la relación entre Estado y Regiones, fijando en el art. 117 de la Constitución un número cerrado de materias de competencia estatal, sino que confió al Estado de forma exclusiva la protección del medio ambiente y del ecosistema, estas sentencias adquieren una mayor importancia, ya que contribuyen a definir el alcance de la distribución de las competencias entre el Estado y las Regiones con referencia también a la gestión de los recursos hídricos, que, aunque no figuren en el art. 117 de la Constitución, forman parte sustancial de la materia medioambiental.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional posterior a la Ley Constitucional 3/2001 no por casualidad concentró su atención sobre la transversalidad del valor del medio ambiente. La nueva formulación del art. 117 de la Constitución no prohíbe a las Regiones legislar sobre una serie de materias relacionadas con el medio ambiente, en el ámbito de los principios generales fijados mediante ley estatal. Queda excluido que la protección del medio ambiente sea identificable como «materia» en sentido estricto y que por tanto exista una esfera de competencia estatal rigurosamente circunscrita y delimitada, estableciéndose, por el contrario, un inevitable vínculo con otros intereses y competencias, incluso de atribución regional (sentencia 407/2002 del T.C.). La «transversalidad» de la protección del medio ambiente hace que se manifiesten competencias diversas, que pueden ser incluso regionales (sentencia 398/2006 del T.C.). Gracias a la definición de la protección del medio ambiente como «valor» constitucionalmente protegido, más que como simple «materia», el Estado, en función de ese valor, puede dictar *estándares* de protección uniformes en todo el territorio nacional, que incidan también sobre las competencias legislativas de las Regiones, tanto de estatuto ordinario como de estatuto especial (sentencia 536/2002 del T.C.).

## **2. EVOLUCIÓN NORMATIVA: REFORMA DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL Y RECURSOS HÍDRICOS**

La normativa en materia de aguas se ha desarrollado a través de vías a menudo paralelas, pero que a veces tienden a cruzarse inevitablemente, aunque sin llegar a formar un sistema integrado. De este modo, existe una normativa en materia de protección por posibles efectos destructivos de las aguas, otra normativa en materia de protección –cualitativa y cuantitativa– de las mismas, otra en materia de servicios hídricos, otra en materia de concesiones hídricas. Gestionar los recursos hídricos no solamente significa gestionar los servicios hídricos, sino que también significa considerar todos los aspectos que influyen en la disponibilidad, la protección y el

uso del agua. La evolución de la normativa y de las políticas hídricas<sup>28</sup> muestra la presencia de contradicciones debidas a razones históricas y a factores contingentes, que no han sido superados completamente.

En el ordenamiento italiano, ya la primera normativa post-unitaria (Ley 2248/1865, Anexo F) se interesaba por el agua, en especial por la realización de las obras de defensa contra ella y de los fenómenos naturales que ella provoca. El interés público en la explotación y el uso de los recursos hídricos adquirió un protagonismo cada vez más relevante desde el momento en que el proceso de desarrollo industrial y las exigencias de la agricultura nos hicieron conscientes de que el agua constituye un medio de producción, generando un incremento del valor de la misma, así como un mayor interés por parte de los poderes públicos. Por consiguiente, la normativa en materia de aguas a partir de la Ley 2644/1884 se desvinculó progresivamente de la de las obras públicas, tratando de favorecer la explotación de los recursos.

A través de reformas parciales (D. Lug. 1664/1916 y 2161/1919), promulgadas siempre con vistas en ese objetivo, se siguió una trayectoria que llevó a la publicación de un «texto único», el Real Decreto 1775/1933, dedicado principalmente, en lo que respecta al agua, al instrumento de la concesión de derivación de aguas públicas. El texto único de 1933, que trataba también aspectos energéticos, se abría con una definición (teleológica, en la medida en que se refería a la actitud del agua para servir a usos de interés público general) de aguas públicas, y con la consiguiente distinción, si bien implícita, de las aguas privadas. Las nuevas exigencias productivas conllevaban, desde el punto de vista jurídico, la ampliación del carácter público con respecto a aguas anteriormente consideradas privadas al no ser susceptibles de uso con un alcance colectivo. La normativa, a través del uso del instrumento de la concesión, establecía una regulación y un control de tipo publicístico, cuya finalidad era una completa explotación del patrimonio hídrico nacional. La concesión de derivaciones de aguas públicas se convirtió así en el principal instrumento jurídico para la consecución de los objetivos económicos y productivos, mostrando muy pronto su incapacidad, fuera de los mecanismos de planificación y de programación, para proteger debidamente el interés público general<sup>29</sup>.

Durante algunas décadas, no hubo novedades normativas dignas de mencionar, hasta que el objetivo principal de la intervención del legislador —si bien impedido por el derecho comunitario— fue la protección, primero claramente cualitativa (Ley 319/1976), y después cuantitativa (D. Leg. 152/1999). La Ley 183/1989, que se ocupaba principalmente de la protección del suelo, incorporaba también aspectos de la protección cualitativa y cuantitativa, en el ámbito de un replanteamiento del orden territorial, organizativo y planificador del sector. El D. Leg. 275/1993 intervenía sobre el sistema de concesiones, con especial referencia a los aspectos

---

28. GORIA, Alessandra, LUGARESI, Nicola (2004) pg. 271.

29. GRECO, Nicola (1983), pg. 41.

procedimentales, para hacerlo más eficaz e imparcial. La Ley 36/1994, después de haber establecido disposiciones de principio relativas al carácter público de todas las aguas, a la jerarquía entre los usos y la aplicación de criterios de solidaridad en el uso del recurso, regulaba los servicios hídricos, introduciendo el concepto de Servicio Hídrico Integrado. El D. Leg. 152/1999, que sustituía a la anterior normativa en materia de protección cualitativa, incorporaba, a diferencia de aquélla, aspectos cuantitativos, tratando de adoptar un enfoque más coordinado que tuviese en cuenta a las demás normativas, en materia de defensa del suelo y de servicios hídricos, recientemente promulgadas. De este modo, tras las reformas impulsadas por la Ley 183/1989, la regulación de los recursos hídricos varía sensiblemente, aunque de modo gradual y siempre por sectores: concesiones hídricas, defensa del suelo, servicios hídricos, protección cualitativa y cuantitativa.

También tras la promulgación de la directiva marco en materia de aguas, la Directiva 2000/60/CE, se ha sentido la necesidad de una intervención para reordenar y organizar toda la regulación. Esta actuación, circunscrita al ámbito de una reforma más general del derecho medioambiental, se produce con la Ley de Delegación 308/2004, y con el posterior D. Leg. 152/2006 (impropiamente conocido como «Código del Medio Ambiente» o «texto único del medio ambiente», y posteriormente modificado en varias ocasiones). El objetivo declarado es conseguir una codificación del derecho medioambiental, objetivo no alcanzado de forma completa, ya sea por la ausencia (total en una primera instancia; parcial después de las primeras reformas del mismo) de una parte «fuerte» dedicada a los principios, por la no inclusión de algunas reglamentaciones medioambientales, o por la insatisfactoria incorporación de regulaciones sectoriales que incidan sobre el mismo objeto.

En particular, por lo que respecta al sector hídrico, aun considerándose las aguas ya no como simples bienes, sino como recursos no inagotables, a gestionar y proteger de modo integrado, falta una coordinación real de todas las normas sobre la materia. Por un lado, la regulación de las concesiones queda al margen del D. Leg. 152/2006 (especialmente en su Parte Tercera, dedicada a las aguas), que sigue regulada básicamente por el R. D. 1775/1933 (aunque sensiblemente modificado por las normativas más recientes del sector). Por otro lado, la Parte Tercera no efectúa una refundición de las demás regulaciones en materia de aguas (leyes 183/1989 y 36/1994 y D. Leg. 152/1999), sino que presenta la suma de las mismas. No hay principios generales comunes, ni definiciones comunes, ni la fijación de un marco organizativo unitario, ni otras normas compartidas. El único aspecto común viene dado por el título de la Parte Tercera («Normas en materia de defensa del suelo y lucha contra la desertificación, de protección de las aguas contra la contaminación y de gestión de los recursos hídricos»), parte que se divide en tres secciones, dedicadas respectivamente a la defensa del suelo y a la desertificación (Sección I), protección de las aguas (Sección II) y gestión de los recursos hídricos (Sección III).

La legislación del sector hídrico continúa por tanto expresándose por caminos paralelos. La reforma de 2006 modificó parcialmente, de forma tímida, el régimen

jurídico anterior, sobre todo al amparo del derecho comunitario, y en particular de la Directiva 2000/60/CE. Pero, aunque ahora las diferentes normativas en materia de suelo, en materia de protección del agua y en materia de servicios hídricos están contenidas en un solo documento legislativo (mejor dicho, en una sola «parte» del mismo), la coordinación es sólo formal, manteniendo todas ellas su propia autonomía en la estructura del D. Leg. 152/2006. Tampoco es correcto definir a la sección de los servicios hídricos como sección dedicada a la «gestión de los recursos hídricos», ya que si así fuese tendría un ámbito especialmente reducido. Se gestionan recursos hídricos protegiendo también su cantidad y calidad, regulando el uso productivo y protegiendo a la población de los posibles efectos destructivos de los cursos de agua. No es suficiente con haber introducido el concepto de «servicio hídrico integrado», lo que ahora se necesita es introducir el concepto, mucho más amplio, de «gestión integrada de los recursos hídricos». El D. Leg. 152/2006 puede representar en este sentido, según una interpretación benévola, un primer paso hacia dicha integración. Pero lo cierto es que, según una interpretación más realista, estamos ante una ocasión fallida.

### **3. ASPECTOS ORGANIZATIVOS: ENTIDADES TERRITORIALES Y OTROS ORGANISMOS**

En líneas generales, según el dictado constitucional, las funciones administrativas son atribuidas en primera instancia a los Municipios, salvo que, en aplicación de los principios de subsidiariedad, diferenciando su idoneidad y en relación al alcance del interés y a la posibilidad de ejercer esas funciones de modo eficaz, sean atribuidas a las Provincias, Ciudades Metropolitanas, Regiones y Estado (art. 118.1, Const.). Esto no significa que el principio de subsidiariedad vertical desplace necesariamente al ejercicio de funciones hacia abajo, sino que a un sistema que recogía las funciones de atribución regional le sustituye un sistema que establece la tendencia de que sean las entidades más «cercanas» a los ciudadanos las que actúen, pero sólo si esto garantiza una acción administrativa racional y una capacidad de decisión efectiva.

Es desde esta perspectiva desde la que deben interpretarse las normas de distribución de las competencias en la legislación de los sectores relativos a los recursos hídricos, incluso a la luz del art. 3.5 del D. Leg. 152/2006. Este artículo, por un lado, permite a las regiones adoptar formas de protección del medio ambiente más restrictivas, siempre que así lo exijan situaciones especiales en su territorio y siempre que no establezca discriminaciones arbitrarias y agravios procedimentales injustificados; por otro lado, asigna al Estado la tarea de intervenir en cuestiones que afectan a intereses medioambientales cuando los objetivos de la acción prevista no puedan alcanzarse de modo satisfactorio por parte de los niveles territoriales inferiores de gobierno.

Asimismo, la regulación organizativa se ha hecho más compleja por la presencia de otras distribuciones de carácter territorial, no basadas en las tradicionales circunscripciones político-administrativas, sino —al menos esa es la tendencia— en

aspectos de carácter hidrográfico: Cuenca Hidrográfica, y ahora Demarcación Hidrográfica, en la normativa de defensa del suelo; y Ámbito Territorial Óptimo en la normativa sobre los servicios hídricos. Lo cierto es que no se trata de simples divisiones de carácter territorial, dado que en ellas se han constituido nuevos organismos con su propia organización y responsabilidad de carácter administrativo, como son la Autoridad de Cuenca Hidrográfica, y ahora la Autoridad de Cuenca de Demarcación y la Autoridad de Ámbito.

El D. Leg. 152/2006, que, como hemos visto, recoge la mayor parte de las normas fundamentales en materia de recursos hídricos (defensa del suelo; protección cualitativa y cuantitativa; servicios hídricos, pero con la regulación de las concesiones hídricas, todavía contenida básicamente en el R. D. 1775/1933), no ha llevado a cabo un esfuerzo de armonización de las normas sobre las competencias. No existen normas comunes sobre la organización, sino que cada una de las normas citadas, contenidas en secciones separadas de la Parte Tercera del D. Leg. 152/2006, prevé una distribución autónoma de las competencias entre los distintos niveles de gobierno territorial (y entre las nuevas autoridades), separada de las demás.

La normativa relativa a la defensa del suelo y a la lucha contra la desertificación (Parte Tercera, Sección I, D. Leg. 152/2006) distribuye las competencias a nivel central entre el Presidente del Gobierno de la nación, el Comité de Ministros para las actuaciones en el sector de la defensa del suelo (art. 57, D. Leg. 152/2006) y el Ministerio del Medio Ambiente (art. 58, D. Leg. 152/2006), identificando en la Conferencia Estado-Regiones la sede de coordinación entre nivel central y nivel regional en relación con las temáticas más importantes (art. 59, D. Leg. 152/2006). Desde el punto de vista técnico, la Agencia de Protección del Medio Ambiente y Servicios Técnicos (APAT) ejerce funciones relativas a la actividad cognoscitiva e informativa (art. 60, D. Leg. 152/2006). En aplicación de lo dispuesto por la Constitución, y en especial del principio de subsidiariedad vertical, corresponden a las Regiones las funciones no desempeñadas a nivel estatal (art. 61, D. Leg. 152/2006), y la definición de las competencias de las corporaciones locales (Municipios, Provincias, sus consorcios o asociaciones, *Comunità Montane*) y de los demás sujetos involucrados (consorcios de saneamiento y de regadío, consorcios de cuenca de montaña, otros entes de derecho público) (art. 62, D. Leg. 152/2006). En cada Demarcación Hidrográfica se han instituido también Autoridades de Cuenca de Demarcación, entes públicos no económicos que sustituyen a las Autoridades de Cuenca Hidrográfica (aunque en la primera aplicación hubo una prórroga para estas últimas, con el correspondiente aplazamiento de la institución efectiva de las primeras, de dudosa legitimidad comunitaria) y que operan según criterios de eficiencia, eficacia, economicidad y publicidad. Son órganos de la Autoridad de Cuenca, la Conferencia Institucional Permanente, el Secretario General, la Secretaría Técnico-Operativa y la Conferencia Operativa de Servicios. Las Autoridades de Cuenca de Demarcación están sometidas a los poderes de dirección y coordinación de la Conferencia Institucional Permanente (por tanto de órgano, como ya se ha

dicho, de la propia Autoridad de Cuenca de Demarcación), en la que participan representantes de varios ministerios, de las Regiones interesadas y del Departamento de Protección Civil (art. 63, D. Leg. 152/2006).

La normativa relativa a la protección de las aguas (Parte Tercera, Sección II, D. Leg. 152/2006) prevé un planteamiento organizativo distinto, menos articulado y sobre todo delineado solamente a grandes rasgos. Se prevé que el Estado ejerza sus propias competencias a través del Ministerio del Medio Ambiente, a excepción de las competencias en materia higiénico-sanitaria del Ministerio de Sanidad, que las Regiones y Entidades Locales ejerzan sus tareas y funciones propias en el marco de las competencias constitucionalmente determinadas, y que los consorcios de saneamiento y regadío se dediquen a la realización de acciones de protección medioambiental y de saneamiento de las aguas. Posteriormente, cada artículo de la sección es el que determinará de modo más analítico las atribuciones específicas en el ámbito de las distintas funciones y los diferentes procedimientos (art. 75, D. Leg. 152/2006).

La normativa relativa a los servicios hídricos sigue un esquema análogo parcialmente. Se prevé que el Estado ejerza sus propias competencias a través del Ministerio del Medio Ambiente, y que las Regiones ejerzan sus funciones en el marco de las competencias constitucionalmente determinadas, con especial referencia a la regulación del gobierno del propio territorio. Por lo que respecta a los entes locales, las funciones de su competencia relativas al Servicio Hídrico Integrado se desempeñan a través de la Autoridad de Ámbito, ente público constituido en cada ámbito territorial óptimo y delimitado por la Región competente, en el que las entidades locales participan obligatoriamente (art. 148, D. Leg. 152/2006).

Por consiguiente, el marco organizativo que surge del análisis de la legislación actualmente vigente es especialmente complejo. El D. Leg. 152/2006 se ha limitado a reproducir el planteamiento general de las normativas anteriormente vigentes en materia de distribución de las competencias administrativas, sin ningún tipo de coordinación. Profundizando un poco, vemos que existen más sujetos públicos que interactúan en el ámbito de estas normativas. Por un lado, encontramos a las entidades territoriales tradicionales, que operan según un esquema de distribución de las competencias modificado respecto al pasado en virtud también de la reforma constitucional de 2001. Por otro lado, encontramos organismos creados sobre el modelo de las *authorities* anglosajonas, pero sin adoptar todos los caracteres de las mismas, con especial referencia al nivel de autonomía, siendo, entre otras cosas, emanación directa de las mismas entidades territoriales.

### **III. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS**

#### **1. TITULARIDAD DEL RECURSO: EL AGUA COMO BIEN DE DOMINIO PÚBLICO**

La gestión de un bien no presupone necesariamente que se posea su titularidad, pero la cuestión de la titularidad no es indiferente a las decisiones referentes

a la gestión. Este principio puede aplicarse también a los recursos hídricos. La titularidad del agua, y el ejercicio de los derechos relacionados con ella, han tenido siempre un valor funcional respecto a los aspectos de gestión.

El art. 1.1 del R.D. 1775/1933 subordinaba el carácter público de las aguas a la actitud de las mismas para servir a un uso público de interés general, con definición recogida posteriormente por el art. 822 del Código Civil de 1942. Esto presentaba no sólo un carácter teleológico, sino también un carácter «abierto», propio de la noción de agua pública, susceptible de comprender todas las aguas cuyo uso, en un determinado momento histórico, en relación con la situación económica, la experiencia, el desarrollo tecnológico, las necesidades de la población y las exigencias de los poderes públicos, pudiese ser reconocido como de interés público<sup>30</sup>.

Décadas después, en el momento en que el agua progresivamente iba siendo reconocida como un bien no ilimitado, contaminado y cada vez más demandado, y reducidas ya las aguas privadas a una mera excepción, lo importante no era ya precisar el contenido de la propiedad pública, sino hallar las posibles soluciones a la crisis hídrica, a través de nuevos mecanismos de gobierno, protección y gestión. En este sentido, la declaración generalizada del carácter público de las aguas, recogida en el art. 1 de la Ley 36/1994 constituía una novedad relevante, más desde la perspectiva dogmática y de los principios que desde la perspectiva sustancial. El efecto principal, una vez agotada la fase de «estabilización teórica», ha sido trasladar definitivamente la atención desde la cuestión de la titularidad, que no dejaba de tener un valor funcional, a la de gestión y de protección<sup>31</sup>.

La reserva generalizada de cada recurso hídrico recogida en la Ley 36/1994 fue posteriormente confirmada por el D. Leg. 152/2006, en virtud del cual todas las aguas superficiales y subterráneas son de titularidad estatal. La titularidad estatal de las aguas<sup>32</sup> está considerada en estrecha relación con la naturaleza de las mismas y con los principios fundamentales correspondientes. El agua, recurso a gestionar según criterios de solidaridad, salvaguardando las expectativas y los derechos de las generaciones futuras a disfrutar de los mismos recursos y de un patrimonio medioambiental íntegro, no puede dejar de ser propiedad pública, entendiendo esta propiedad en sentido funcional respecto a los intereses públicos subyacentes. La titularidad estatal del agua es básicamente el fundamento de la regulación de la gestión de la misma, dirigida a la racionalización de los usos, a la limitación del despilfarro, al fomento de la reutilización de los recursos, a la protección del patrimonio hídrico, con preferencia por los usos potables y civiles (art. 144, D. Leg. 152/2006).

El objetivo del legislador es el de garantizar el más completo y racional aprovechamiento de los recursos hídricos, de cualquier tipo y origen. Dejando a un lado los casos marginales (aguas pluviales y aguas subterráneas para usos domésticos, *ex*

30. CERULLI IRELLI, Vincenzo (1988), pg. 1.

31. LUGARESI, Nicola (2006), pg. 94.

32. LUGARESI, Nicola (1995), pg. 41.

art. 163, D. Leg. 152/1999), en los que la acción del particular no sólo está permitida, sino que está implícitamente auspiciada para una menor demanda de un recurso cada vez más escaso, es necesario un consentimiento expreso por parte de las autoridades competentes, manifestado según las formas previstas por la normativa vigente. A efectos autoritativos o concesorios, los poderes públicos adaptan a los intereses públicos las intervenciones de los particulares de más relevancia. La declaración generalizada del carácter público constituye en la práctica un instrumento más rígido y sujeto a menores posibilidades de contestación, para la gestión del agua.

Así pues, las aguas públicas son bienes públicos, categoría que comprende tradicionalmente aquellos bienes que, en base a la combinación de un criterio subjetivo con un criterio objetivo, pertenecen a entes públicos y son funcionales respecto a la persecución de intereses públicos<sup>33</sup>. El régimen particular de las aguas públicas no es consecuencia tanto de la cuestión de la titularidad como de la de la gestión. Por ello no es tan relevante que el agua sea pública en la medida en que es estatal, «propiedad» del Estado, como que al Estado se le confíe la regulación del uso de la misma, para garantizar su gestión más racional y la accesibilidad a ella, directa o mediata, por parte de la colectividad.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional rechazó la cuestión de constitucionalidad que se había planteado con referencia a los artículos 2, 3 y 42.3 de la Constitución, con referencia a la declaración generalizada del carácter público del art. 1.1 de la Ley 36/1994. La ilegitimidad quedó excluida en la medida en que se consideró modificada la relevancia pública del agua, dado que en todo caso se permiten usos, sin licencia o sin concesión de derivación, siempre que no se pueda reconocer un interés general (sentencia 259/1996 del T.C.). El aspecto del uso, y por tanto de la gestión, es el elemento central y básico, mientras que el aspecto de la titularidad, que en este caso es precisamente el objeto de la controversia, tiene un carácter más formal y funcional.

## **2. CUESTIONES DE PLANIFICACIÓN: PLANIFICACIÓN DE LA DEMARCACIÓN HIDROGRÁFICA Y PLANIFICACIONES SECTORIALES**

También en lo referente a la actividad de planificación y programación de las actuaciones, las distintas normativas en materia de recursos hídricos, «recogidas» en el D. Leg. 152/2006, mantienen su propia individualidad. Esto conlleva la posible superposición de más actos de planificación que, aunque sean relativos a una normativa específica, no pueden dejar de influirse mutuamente dada la identidad del objeto material.

El Plan de Cuenca de Demarcación, que sustituye al Plan de Cuenca Hidrográfica una vez instituidas las demarcaciones hidrográficas, constituye, al igual que su predecesor, el plan fundamental de referencia, y está regulado en la Sección I de

---

33. CASSESE, Sabino (1969), pg. 260.



la Parte III del D. Leg. 152/2006. El Plan de Cuenca de Demarcación, definido como plan territorial de sector y como instrumento cognoscitivo, normativo y técnico-operativo, tiene un objeto especialmente amplio, que abarca tanto la conservación, defensa y valorización del suelo, como el uso correcto del agua, en base a las características físicas y ambientales del territorio interesado. Los contenidos del Plan son especificados analíticamente, y abarcan aspectos cognoscitivos, programativos, normativos, económico-financieros y aplicativos. Las disposiciones del Plan de Cuenca de Demarcación tienen carácter inmediatamente vinculante para sujetos públicos y privados, siempre que dicho plan declare esta eficacia, y constituyen parámetros a respetar para la planificación urbanística. Los planes territoriales y los programas regionales en materia agraria y ambiental deben adecuarse al Plan de Cuenca de Demarcación en el año siguiente a su aprobación, y las Regiones dictarán disposiciones de actuación en el sector urbanístico (art. 65, D. Leg. 152/2006).

El Plan de Cuenca de Demarcación, que puede ser elaborado y aprobado también para sub-cuencas y para fragmentos de sectores funcionales, exige un procedimiento especialmente complejo y ha sido elaborado por la Autoridad de Cuenca, en base a criterios fijados por la Conferencia Institucional Permanente, sometido a valoración ambiental estratégica, adoptado por la Conferencia Institucional Permanente, y finalmente aprobado mediante decreto del Presidente del Gobierno de la nación, oída la Conferencia Estado-Regiones (art. 66, D. Leg. 152/2006).

A la espera de la aprobación de los planes de cuenca, las Autoridades de Cuenca de Demarcación adoptarán planes abreviados de Demarcación para el ordenamiento hidrogeológico, que identificarán las áreas de riesgo hidrogeológico y las correspondientes medidas de protección. Las Autoridades de Cuenca de Demarcación aprueban también planes extraordinarios dirigidos a suprimir las situaciones de riesgo hidrogeológico más elevado, con prioridad para las zonas en las que se ha declarado el estado de emergencia, que van acompañados de programas de intervención urgente para la reducción del riesgo hidrogeológico, de planes urgentes de emergencia que contienen medidas para la protección de la integridad de las poblaciones afectadas y planes para la adecuación de las infraestructuras (art. 67, D. Leg. 152/2006).

Posteriormente, los Planes de Cuenca de Demarcación se aplican a través de programas trienales de intervención, adoptados por la Conferencia Institucional Permanente. Estos programas tienen como objeto las intervenciones de mantenimiento ordinario de las obras, la prestación del servicio de policía hidráulica, de navegación interna, de crecida y de pronta intervención hidráulica, y actividades de estudio, instrucción y de carácter auxiliar (art. 69, D. Leg. 152/2006).

La normativa en materia de protección del agua, contenida en la Sección II de la Parte III del D. Leg. 152/2006, recoge otros instrumentos de planificación,

como son los Planes de Gestión y los Planes de Protección, estrechamente relacionados con la planificación de cuenca.

En cada Demarcación Hidrográfica se ha adoptado un Plan de Gestión, definido como articulación interna del Plan de Cuenca de Demarcación, siendo por tanto un plan abreviado del mismo (art. 117, D. Leg. 152/2006). Los planes de gestión describen los aspectos hidrográficos, los impactos significativos, la actividad de seguimiento; enumeran los objetivos ambientales; recogen una síntesis del análisis económico, las medidas adoptadas, los controles efectuados, las iniciativas de información y consulta pública, y los progresos obtenidos (Anexo 4, Parte A, de la Parte Tercera del D. Leg. 152/2006).

El Plan de Protección del agua, definido como plan específico de sector, se ha elaborado con arreglo a objetivos a escala de Demarcación y de prioridades de las actuaciones definidas por las Autoridades de Cuenca, previa consulta a las Provincias y a las Autoridades de Ámbito. El Plan de Protección es adoptado por las Regiones, previa consulta a las Provincias y previa adopción de posibles medidas de protección, y transmitido al Ministerio de Medio Ambiente y a las Autoridades de Cuenca de Demarcación competentes, que expresarán una opinión vinculante para su posterior aprobación regional. Las medidas necesarias para la protección integrada, cualitativa y cuantitativa, del sistema hídrico constituyen el objeto principal del Plan de Protección, que, por otra parte, tiene también otros muchos contenidos: resultados de la actividad cognoscitiva; objetivos de calidad ambiental con un destino específico; listados de masas de agua y áreas que exijan medidas de protección específicas; actuaciones de saneamiento; análisis económico (art. 117, D. Leg. 152/2006).

Dentro de los Planes de Protección debe incorporarse también la planificación de la cuenca hídrica, bajo el principio de que la protección cuantitativa del recurso intervenga en la obtención de los objetivos de calidad. La planificación de los usos hídricos tiene la finalidad de permitir un consumo hídrico sostenible y alcanzar el equilibrio del balance hídrico definido por las Autoridades de Cuenca, teniendo en cuenta las necesidades, la disponibilidad, el mínimo caudal vital, la capacidad de recarga del acuífero y el uso a que se destine el recurso (art. 95, D. Leg. 152/2006).

Los Planes de Protección se completan después con programas de medidas, adoptados por las Regiones y sometidos a la aprobación de las Autoridades de Cuenca (art. 116, D. Leg. 152/2006), que requieren medidas básicas exigidas por una serie de directivas comunitarias y otras medidas adicionales de las que se proporciona un listado indicativo bastante amplio (Anexo 11 de la Parte Tercera del Decreto Legislativo 152/2006).

Por último, la normativa en materia de servicios hídricos, contenida en la Sección III de la Parte III del D. Leg. 152/2006 prevé el Plan de Ámbito, constituido por cuatro actos: reconocimiento de las infraestructuras (que identifica el estado de consistencia de las infraestructuras a confiar al gestor del Servicio Hídrico

Integrado); programa de actuaciones (que determina las obras de mantenimiento extraordinario y las nuevas obras a realizar); modelo gestor y organizativo (que define la estructura operativa mediante la que el gestor garantiza el servicio al usuario y la realización del programa de actuaciones); plan económico-financiero (que, articulado en la situación patrimonial, la cuenta de resultados y el balance, debe garantizar la obtención del equilibrio económico-financiero y, en todo caso, el respeto de los principios de eficacia, eficiencia y economicidad de la gestión). El Plan de Ámbito es elaborado por la Autoridad de Ámbito y transmitido a la Región competente y al Ministerio del Medio Ambiente para su correspondiente verificación (art. 149, D. Leg. 152/2006).

La posible superposición de planes, recogidos sólo formalmente en un único documento legislativo, pero en realidad fruto de normativas y enfoques distintos, constituye el mayor obstáculo para el marco planificador y programador en materia de recursos hídricos. La planificación, al estar basada en datos ciertos, fiables y actualizados, debería ser la base de la actividad administrativa en general, y de la gestora en particular, pero la proliferación de planes, elaborados según procedimientos diferentes y por instancias diferentes, no favorece un planteamiento unitario y coordinado de la problemática hídrica<sup>34</sup>. Para el legislador, el Plan de Cuenca de Demarcación (al igual que anteriormente el Plan de Cuenca Hidrográfica) debía ser una especie de «superplan», en el que confluían todas las temáticas territoriales, ambientales y económicas propias del sector hídrico. La continua proliferación de planes y programas, aunque hagan referencia al Plan de Cuenca, dificulta en gran medida la actuación del legislador. El paso de Cuenca Hidrográfica a Cuenca de Demarcación es reciente (y conflictivo), y requiere ahora la transformación de los planes de Cuenca Hidrográfica en planes de Cuenca de Demarcación, y sólo así se podrá obtener la primera verificación del alcance de la reforma y del rumbo que podrá tomar la actividad de planificación.

### 3. EXPLOTACIÓN DE RECURSOS Y SISTEMA DE CONCESIONES HÍDRICAS

La concesión de la derivación de las aguas públicas es el instrumento tradicional a través del cual la Administración Pública permite que un particular use los recursos hídricos<sup>35</sup>. Su regulación se encuentra todavía en el R. D. 1775/1933, si bien ha sido varias veces modificada y completada precisamente para que un instrumento dispositivo puntual, como es la concesión, se adapte a las exigencias de planificación y de gestión integrada de un recurso cada vez menos disponible. Ante la falta de la inserción del instrumento de concesión en un marco de planificación que, en un momento tendencialmente unitario, y no limitado al simple curso de agua y a la simple derivación, tenga en cuenta la disponibilidad de los recursos, la jerarquía de los intereses y las exigencias fundamentales de la población, es imposible contar con una gestión integrada de los recursos hídricos.

34. LUGARESI, Nicola (1995), pg. 361.

35. LUGARESI, Nicola (1995), pg. 245.

La concesión de derivación de aguas públicas es la medida administrativa que legitima el uso de las aguas públicas (art. 2, R. D. 1775/1933), salvo limitadas excepciones. Los usuarios de agua pública están sometidos al pago de un canon anual, diferente según el tipo de uso (art. 35, R. D. 1775/1933). Si el régimen de un curso de agua es modificado por causas naturales, el Estado no está obligado a ninguna indemnización, salvo la reducción del canon en caso de disminución en el uso del agua (art. 48, R. D. 1775/1933).

Los usuarios se dividen en grandes derivaciones y pequeñas derivaciones, según los límites establecidos en relación a los distintos usos (art. 6, R. D. 1775/1933). Se han elaborado catastros de los usuarios de agua pública con arreglo a las declaraciones que éstos están obligados a presentar, indicando lugar, uso, cantidad de agua utilizada y detalles de la medida de concesión (art. 5, R. D. 1775/1933). Para uniformar, actualizar y completar el sistema informativo relativo a las aguas públicas superficiales y subterráneas y a los correspondientes usos, así como a las extracciones y las devoluciones, se han establecido criterios para hacer uniforme la adquisición de los datos estatales y regionales, incluidos los referentes a los catastros y a las modalidades de acceso e intercambio de datos entre administraciones públicas, garantizando al mismo tiempo formas adecuadas de información al público a efectos de las medidas a tomar (art. 5-*bis*, R. D. 1775/1933).

El procedimiento usado para el otorgamiento de concesiones hídricas ha sido modificado varias veces respecto al modelo original, que se caracterizaba por una tramitación limitada y por un criterio de preferencia temporal, basado en el orden cronológico de llegada de las solicitudes. Según el ordenamiento vigente, las solicitudes de nuevas concesiones, acompañadas de los proyectos generales de las obras a efectuar, deben ir dirigidas al Ministerio de Infraestructuras y ser presentadas en la Oficina de Ingeniería Civil, aunque también deben ser trasladadas a las Autoridades de Cuenca territorialmente competentes, que expresarán su opinión vinculante a efectos de la compatibilidad del uso con las previsiones del Plan de Protección, para el control del equilibrio del balance hídrico o hidrológico. En caso de que no se pronuncie la Autoridad de Cuenca se nombrará a un Comisario *ad acta*. Las solicitudes son publicadas para la posible presentación de solicitudes competidoras técnicamente incompatibles con las solicitudes anteriores, y para su posterior tramitación (art. 7, R. D. 1775/1933). La autoridad competente, garantizando el principio contradictorio entre los posibles interesados, reflejará en su informe las cualidades que caracterizan a las distintas solicitudes en relación con el uso más racional del curso de agua y los intereses públicos en juego (art. 8, R. D. 1775/1933). En caso de conflicto de intereses y de incompatibilidad entre más de una solicitud, se otorgará la preferencia a la que garantice un uso más racional de los recursos hídricos según diferentes criterios (actual nivel de satisfacción de las exigencias básicas de los competidores; prioridad para el uso potable; posibilidades reales de una mejor utilización de las fuentes en relación al uso; características cuantitativas y cualitativas de la masa de agua; cantidad y calidad del agua restituida respecto a la extraída). En particular, se prefiere la solicitud que, para el mismo tipo de uso,

garantice la mayor restitución de agua en relación con los objetivos de calidad de las masas de agua, o que garantice que las menores extracciones exigidas estén formadas por volúmenes hídricos derivados de actividades de recuperación y reciclado. Para usos productivos, otro criterio de preferencia viene dado por la posesión de la certificación del sistema de gestión ambiental (EMAS o ISO 14001). Para regadío, a igualdad de uso, se prefiere la solicitud de quien sea propietario de los terrenos que deban regarse o del correspondiente consorcio de propietarios. Por lo general, a igualdad de condiciones, la preferencia debe concederse al solicitante que ofrezca mayores garantías técnico-financieras y económicas de inmediata ejecución y uso. Sólo a falta de condiciones de preferencia se aplicará el criterio de la prioridad de presentación (art. 9, R. D. 1775/1933).

El otorgamiento de la concesión, al que acompaña la redacción de un reglamento que regula las modalidades de la actividad del concesionario, así como las obligaciones y los derechos recíprocos (art. 40, R. D. 1775/1933), está sujeto a ciertas condiciones, que han sido instauradas para evitar que se vea comprometida la protección cualitativa y cuantitativa de los recursos. En particular, la concesión no podrá otorgarse si existe perjuicio para los objetivos de calidad definidos para el curso de agua; si no se garantiza un mínimo caudal vital y un equilibrio del balance hídrico; si subsisten posibilidades efectivas, económicamente sostenibles, de reutilización de aguas residuales depuradas o procedentes de la recogida de aguas pluviales. En todo caso, los volúmenes de agua concedidos se adecuarán a las posibilidades de ahorro, reutilización o reciclado de los recursos y, en los casos de extracción de acuífero deberá garantizarse el equilibrio entre la extracción y la capacidad de recarga del mismo, sobre todo para evitar el peligro de intrusión de agua salada o contaminada. En este sentido, la normativa de la concesión debe fijar, cuando sea técnicamente posible, la cantidad y las características cualitativas del agua restituida (art. 12.2, R. D. 1775/1933).

La concesión se otorga dentro de los límites de la disponibilidad del agua, y el concesionario no puede alegar la propia concesión como título para solicitar indemnizaciones al Estado (art. 19, R. D. 1775/1933). Los derechos de uso, que no pueden ser cedidos sin la autorización de la autoridad competente (art. 20, R. D. 1775/1933), tienen una duración temporal generalmente no superior a treinta años (art. 21, R. D. 1775/1933). Las grandes derivaciones de uso potable, de regadío o saneamiento, siempre que persistan los fines de la derivación y no existan razones de interés público, se le renovarán al concesionario, a excepción de la posibilidad para la Administración de introducir modificaciones exigidas por las nuevas condiciones de hecho (art. 28, R. D. 1775/1933).

Para una consecución más racional de los intereses públicos, se puede intervenir sobre concesiones ya aprobadas, incluso antes de que se produzca su vencimiento. Si una solicitud de concesión para una importante utilización de agua resulta técnicamente incompatible con otros usos legítimamente constituidos, se puede otorgar la concesión, a condición de que el nuevo concesionario proporcione a los anteriores concesionarios una cantidad correspondiente de agua o de

energía, o, si esto resulta ser excesivamente gravoso, proceda a indemnizarles (art. 45, R. D. 1775/1933). Por el contrario, se puede declarar la anulación del derecho de derivación y usar aguas públicas en caso de falta de uso o de mal uso, inobservancia de las condiciones esenciales de la concesión o de disposiciones legislativas y reglamentarias, falta de pago del canon o cesión efectuada sin autorización (art. 55, R. D. 1775/1933). También está prevista, en aplicación de los principios generales, la posibilidad de anulación de concesiones por la modificación en la valoración del interés público<sup>36</sup>.

El D. Leg. 79/1999 prevé un régimen especial para las concesiones de grandes derivaciones hidroeléctricas, cuya competencia para su otorgamiento se confiere a las Regiones y a las Provincias Autónomas. Cinco años antes del vencimiento de una concesión, y en los casos de anulación, renuncia o revocación, siempre que se considere que no haya intereses públicos prioritarios en un uso diferente del agua, incompatible con el mantenimiento del uso con fines hidroeléctricos, se convocará un concurso público para la atribución a título oneroso de la concesión, con una duración de treinta años. Elementos fundamentales de la oferta deben ser la mejora y el saneamiento medioambiental de la cuenca hidrográfica correspondiente, y el aumento de la energía producida o de la potencia instalada. La nueva concesión debe respetar el mínimo caudal constante vital de los cursos de agua afectados, la seguridad hidráulica de la cuenca y los caudales de uso hidropotable relativos a concesiones que se debiesen aprobar sobre la misma masa de agua. Debe asegurarse el mínimo caudal constante vital incluso en las concesiones en vigor, generando, en caso de reducción de la potencia nominal media, el derecho a una única reducción del canon de concesión, sin que ninguna indemnización pueda serle reconocida al concesionario (art. 12, D. Leg. 79/1999).

Más allá de los distintos regímenes, el esquema del procedimiento de concesión, aun en su regulación actual, tiene un límite estructural insuperable, al no ser idóneo para valorar de modo eficaz los intereses, tanto públicos como privados, más allá de cada caso concreto, especialmente si se debe efectuar una confrontación entre usos cada vez más difusos y relevantes y usos públicos, incluso medioambientales. El uso más racional para el caso concreto, identificado tras una comparación entre varias solicitudes competidoras entre sí, puede garantizar la decisión mejor en relación al caso determinado, pero no puede garantizar que esa decisión se armonice con las demás efectuadas en un ámbito, territorial o administrativo, más amplio. La concesión de derivación no permite realmente una consideración global de los efectos producidos por los distintos usos inexistentes globalmente en los recursos hídricos y, por tanto, no es idónea para garantizar por sí misma la protección del propio bien. El hecho es que la concesión regula la relación entre los particulares y la Administración partiendo de los intereses, básicamente productivos, de aquéllos, mientras que una correcta política de gestión de las aguas requiere una consideración prioritaria de los intereses públicos, incluso de conservación, con arreglo al interés general. Esto no significa que el instrumento de

---

36. LUGARESI, Nicola, BERCELLI, Jacopo, FERRAMOSCA, Annalisa (1998), pg. 449.

concesión no tenga su función, sino que habrá que encuadrarlo en el ámbito de una medida de carácter planificador o programatorio, donde se valoren todos los intereses públicos y privados más globalmente.

El proceso de replanteamiento de las relaciones entre los intereses públicos en materia de agua viene determinado por un cambio en la situación de hecho: el agua ha dejado de ser considerada un recurso inagotable (sobre todo por el crecimiento exponencial de la demanda) y los fenómenos de contaminación adquieren una relevancia cada vez mayor y más preocupante (limitando en muchos casos los usos compatibles). De esto se desprende que los fines productivos deben respetar los fines de protección y de conservación y que el problema principal ya no es el de adecuar las exigencias de los distintos usuarios, sino, más generalmente, el de adecuar los usos productivos a los usos ecológicos e hidropotables.

#### 4. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN CUALITATIVA Y CUANTITATIVA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

La gestión de los recursos hídricos comprende y presupone la protección de los mismos. De protección no se puede hablar en referencia sólo al aspecto de la protección contra fenómenos de contaminación, sino que se debe considerar de forma integrada la protección cualitativa y la protección cuantitativa, como se recoge en la más reciente normativa comunitaria y nacional.

La Sección II de la Parte Tercera del D. Leg. 152/2006 se ocupa de la protección del agua con referencia a ambos aspectos, si bien el título de la sección parece referirse solamente a los aspectos cualitativos. Basta con observar la lista inicial de los objetivos y los instrumentos de esta sección, confirmada después por los contenidos específicos, para cerciorarse de que se tienen en cuenta también los aspectos cuantitativos (art. 73, D. Leg. 152/2006).

Por lo que respecta a los aspectos cualitativos, la Sección II de la Parte III del D. Leg. 152/2006 se fundamenta principalmente en *estándares* medioambientales y en la previsión de áreas de protección diferenciada y reforzada. Los *estándares* medioambientales se dividen en aquellos que tienen objetivos de calidad medioambiental y los de objetivos de calidad para destino específico. Los objetivos de calidad medioambiental se definen en relación a la capacidad de autodepuración de las masas de agua y de soporte de las comunidades animales y vegetales. Los objetivos de calidad para destino específico hacen referencia al estado de las masas de agua idóneo para un uso funcional especial. A través de los planes de protección se definen y coordinan medidas y plazos para alcanzar determinados niveles cualitativos, sin perjuicio de la potestad de las Regiones de identificar objetivos de calidad más elevados y otros destinos para las masas de agua (art. 76, D. Leg. 152/2006). Son aguas de destino funcional específico las aguas dulces superficiales destinadas a la producción de agua potable, las aguas destinadas a actividades balnearias, las aguas dulces que exigen protección y mejora para ser idóneas para la vida de los peces y las aguas destinadas a la vida de los moluscos (art. 79, D. Leg. 152/2006).

Por lo que respecta a las áreas de protección diferenciada y reforzada, existen más categorías: las áreas sensibles, que cubren una parte significativa del territorio nacional, y que pueden integrarse después por el Estado y las Regiones (art. 91, D. Leg. 152/2006); las zonas vulnerables por nitratos de origen agrícola, en las que hay que aplicar Programas de Acción y las disposiciones del Código de Buenas Prácticas Agrícolas (art. 92, D. Leg. 152/2006); las zonas vulnerables por productos fitosanitarios y las zonas vulnerables a la desertificación, para las que se han aplicado medidas de protección específicas (art. 93, D. L. 152/2006); las áreas de protección de las aguas superficiales y subterráneas destinadas al consumo humano, divididas en zonas de protección absoluta, zonas de respeto (y eventualmente zonas de protección), en las que están prohibidas, o permitidas con carácter restrictivo, determinadas actividades (art. 94, D. Leg. 152/2006). La protección reforzada, que sigue recorridos distintos para las diferentes categorías tanto con referencia a la delimitación de las propias áreas como en relación a las medidas a adoptar, se justifica por factores de estrés específicos que afectan a dichas áreas y por el destino de las aguas que por ellas fluyen.

La protección cualitativa del recurso se basa también, además de en el régimen de las redes de alcantarillado, obligatorio para localidades con un número de habitantes superior a 2.000 (art. 100, D. Leg. 152/2006), en el régimen de los vertidos, reglamentados en función del respeto a los objetivos de calidad de las masas de agua y de los límites de emisión (art. 101, D. Leg. 152/2006), y divididos en categorías (vertidos de aguas termales; vertidos en el suelo; vertidos en el subsuelo y en las aguas subterráneas; vertidos en aguas superficiales; vertidos de aguas residuales urbanas en masas de aguas de áreas sensibles; vertidos en redes de alcantarillado; vertidos de sustancias peligrosas). La regla general es que, salvo contadas excepciones (como los vertidos de aguas residuales domésticas en redes de alcantarillado) todos los vertidos deben estar previamente autorizados (art. 124, D. Leg. 152/2006) y ser sometidos a inspección, en base a un sistema de controles programados, periódicos, generalizados, efectivos e imparciales, a cargo de la autoridad competente (art. 128, D. Leg. 152/2006), autorizada a efectuar inspecciones y extraer muestras (art. 129, D. Leg. 152/2006).

La protección cuantitativa del agua tiene un valor autónomo, conectado con la sostenibilidad del uso de los recursos, y un valor funcional respecto a la protección cualitativa, a la que debe sumarse. La Sección II de la parte III del D. Leg. 152/2006 (que, aunque no siempre de modo coordinado, contiene algunas normas de la Sección III), además de modificar notablemente algunas normas del R. D. 1775/1933, se basa en dos conceptos estrechamente ligados entre sí, como son el balance hídrico y el ahorro hídrico.

El equilibrio del balance hídrico, perseguido a través de medidas contenidas en los Planes de Protección, es definido por las Autoridades de Cuenca teniendo en cuenta las necesidades, las disponibilidades, el mínimo caudal vital, la capacidad de recarga del acuífero y el uso a que se destina el recurso compatible con las características de las masas de agua. Los datos relativos al aspecto cuantitativo se



recogen mediante dispositivos para la medición de los caudales y de los volúmenes de agua pública derivados, y después puestos en circulación entre las administraciones competentes (art. 95, D. Leg. 152/2006). De equilibrio del balance hídrico se habla también en la Sección III de la Parte III del D. Leg. 152/2006, con una norma que reproduce parcialmente la contenida en la Sección II. En ella se afirma la necesidad de garantizar el equilibrio entre las disponibilidades de recursos que se pueden localizar o activar en el área de referencia y las necesidades para los distintos usos, solicitando a la Autoridad de Cuenca competente que adopte medidas para la planificación de la economía hídrica, e imponiendo la regulación de las derivaciones de tal modo que garantice el nivel de caudal necesario para la vida en los cauces y el equilibrio de los ecosistemas afectados (art. 145, D. Leg. 152/2006).

Para todas las derivaciones de agua las autoridades concedentes deben contemplar la concesión de cantidades de agua que garanticen el mínimo caudal vital (definido mediante decreto del Ministerio de Medio Ambiente, previo acuerdo con la Conferencia Estado-Regiones) en las masas de agua. En este sentido, las autoridades concedentes, una vez efectuado el censo de todos los usos que se dan en la misma masa de agua, podrán proceder a la revisión de dicho censo, aplicando disposiciones o limitaciones temporales o cuantitativas. En ambos casos, queda excluido el pago de indemnizaciones por parte de la Administración pública, excepto la correspondiente reducción del canon estatal de concesión (art. 95, D. Leg. 152/2006).

El ahorro hídrico contribuye a la obtención del equilibrio del balance hídrico. La ley impone a los gestores y a los usuarios de los recursos hídricos una obligación de carácter general, más moral que jurídica, habida cuenta de la ausencia de sanciones específicas, consistente en adoptar las medidas oportunas para eliminar los despilfarros y reducir los consumos, e incrementar el reciclado y la reutilización de los recursos. Las Regiones, una vez oídas las Autoridades de Cuenca, aprobarán normas específicas sobre el ahorro hídrico en la agricultura (art. 98, D. Leg. 152/2006). En materia de reutilización del agua, el Ministerio de Medio Ambiente establecerá las normas técnicas para la reutilización de las aguas residuales, mientras que las Regiones adoptarán normas y medidas para favorecer el reciclado del agua y la reutilización de las aguas residuales depuradas (art. 99, D. Leg. 152/2006).

Con referencia al servicio hídrico en particular, se prevé que las Regiones adopten normas y medidas destinadas a racionalizar los consumos y eliminar los despilfarros, con especial referencia a la construcción y mantenimiento de infraestructuras, a la información y la sensibilización de los usuarios, a la modificación de las prácticas agrícolas y a la armonización con las disposiciones urbanísticas. Asimismo, se adoptarán disposiciones específicas sobre la necesaria valoración de las pérdidas en redes de distribución y redes de alcantarillado (art. 146, D. Leg. 152/2006).

## **5. SERVICIOS HÍDRICOS Y SERVICIO HÍDRICO INTEGRADO**

La Ley 36/1994, sustituida por el D. Leg. 152/2006, se planteaba el objetivo de racionalizar los servicios hídricos en Italia, caracterizados por una gran ineficacia, y en particular por un ingente e injustificable despilfarro de recursos. El «Servicio Hídrico Integrado» está constituido por el conjunto de servicios públicos de captación, abastecimiento, alcantarillado y depuración, y debe ser gestionado según principios de eficiencia, eficacia y ahorro. A través de la integración de los servicios hídricos, se pretende superar en primer lugar la fragmentación de las gestiones, tanto en sentido vertical (juntando diferentes servicios hídricos, hasta entonces considerados por separado), como horizontal (fijando ámbitos operativos distintos, no limitados al término municipal), para alcanzar dimensiones que permitan una gestión empresarial y una economía de escala. En este sentido, la Sección III de la Parte Tercera del D. Leg. 152/2006 se ocupa de la gestión del Servicio Hídrico Integrado (y más en general, al menos formalmente, de los recursos hídricos) desde distintas perspectivas: protección medioambiental, competencia, niveles básicos de prestación de un servicio público (art. 141, D. Leg. 152/2006).

El Servicio Hídrico Integrado está organizado con arreglo a los ámbitos territoriales óptimos definidos por las Regiones en base a parámetros físicos, demográficos y técnicos. Con la delimitación regional lo que se pretende es la progresiva mejora de la gestión, respetando los principios de unidad de la cuenca hidrográfica, de unidad de la gestión y de adaptación de las dimensiones (art. 147, D. Leg. 152/2006).

En cada *Ámbito Territorial Óptimo* existe una Autoridad de *Ámbito*, organismo dotado de personalidad jurídica en el que las entidades locales participan obligatoriamente, según formas y modos de cooperación regulados por las Regiones y las Provincias Autónomas. A la Autoridad de *Ámbito* se le ha transferido el ejercicio de las competencias propias de las entidades locales en materia de recursos hídricos, incluyendo aspectos como la organización, la concesión y el control de la gestión del Servicio Hídrico Integrado (art. 148, D. Leg. 152/2006). Además, la Autoridad de *Ámbito* es la encargada de la elaboración del Plan de *Ámbito* (art. 149, D. Leg. 152/2006).

La Autoridad de *Ámbito*, respetando el Plan de *Ámbito* y el principio de unidad de gestión para cada *ámbito*, decide cuál será la forma de gestión del Servicio Hídrico Integrado de entre todas las previstas por el ordenamiento para los servicios públicos locales: sociedad de capitales seleccionada mediante concurso de carácter público; sociedad de capital mixto público-privado en la que el socio privado se elige mediante concurso de carácter público; sociedad de capital totalmente público, siempre que el ente o los entes públicos titulares del capital social ejerzan sobre la sociedad un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios y que la sociedad realice la parte más importante de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (art. 113.5, D. Leg. 267/2000).

La Autoridad de Ámbito adjudica la gestión del servicio hídrico integrado mediante concurso regido por las disposiciones y los principios comunitarios, de conformidad con los criterios del art. 113.7 del D. Leg. 257/2000, referidos a la calidad, seguridad, condiciones económicas, niveles de prestación del servicio, planes de inversión e innovación tecnológica y gestora, elementos que forman parte integrante del contrato de servicio (art. 150, D. Leg. 152/2006).

Las relaciones entre la Autoridad de Ámbito y los gestores del Servicio Hídrico Integrado están reguladas por convenios especiales, elaborados por la Autoridad de Ámbito según acuerdos-tipo adoptados por las Regiones y las Provincias Autónomas. El contenido mínimo de estos acuerdos lo establece directamente el legislador, y abarca aspectos sobre la gestión del servicio, las relaciones con los usuarios, el mantenimiento de las instalaciones, las tarifas, el sistema de control de las garantías financieras y aseguradoras y las sanciones. El esquema del acuerdo elaborado por la Autoridad de Ámbito, con su correspondiente régimen jurídico, se adjuntará al pliego de condiciones del concurso. La concesión del servicio está subordinada a que el gestor presente la oportuna garantía bancaria, que deberá cubrir las actuaciones que se llevarán a cabo en los cinco años de gestión. El adjudicatario del Servicio Hídrico Integrado, con la autorización de la Autoridad de Ámbito, podrá gestionar otros servicios públicos compatibles con aquél (art. 151, D. Leg. 152/2006). Al gestor del Servicio Hídrico Integrado se le confían las infraestructuras hídricas propiedad de las entidades locales, trasladándole las cargas correspondientes (art. 153, D. Leg. 152/2006).

La Autoridad de Ámbito tiene la facultad de verificación y de acceso a las infraestructuras hídricas, incluso en su fase de construcción. En caso de que existan fallos que afecten al servicio, al recurso o al medio ambiente, la Autoridad de Ámbito está obligada a intervenir oportunamente, incluso con el ejercicio de poderes sustitutivos, que, en caso de inactividad de la Autoridad de Ámbito, podrán ser ejercidos por las Regiones o el Estado, a través de un comisario *ad acta* (art. 152, D. Leg. 152/2006). El gestor del Servicio Hídrico Integrado está obligado a dotarse de un servicio de control territorial adecuado y de un laboratorio de análisis para los controles de calidad de las aguas, o bien a estipular acuerdos con otros gestores de servicios hídricos (art. 165, D. Leg. 152/2006).

La tarifa del Servicio Hídrico Integrado, que constituye el pago por el servicio prestado, debe garantizar la cobertura íntegra de los costes de inversión y de ejercicio. Su determinación debe tener en cuenta la calidad del recurso hídrico y del servicio prestado, las obras y las adaptaciones necesarias, la cuantía de los costes de gestión, la adecuación de la remuneración del capital invertido, así como una participación en los costes de funcionamiento de la Autoridad de Ámbito.

El Ministerio de Medio Ambiente, habida cuenta de la necesidad de recuperar los costes medioambientales según el principio de «quien contamina, paga», definirá los componentes del coste para la determinación de la tarifa relativa a los servicios hídricos para los distintos sectores de empleo del agua. En este sentido,

el Ministerio de Economía y Finanzas, de acuerdo con el Ministerio de Medio Ambiente, establecerá los criterios generales para la determinación, por parte de las Regiones, con actualizaciones trienales, de los cánones de concesión para el usuario de agua pública, teniendo en cuenta los costes medioambientales y los costes del recurso. Hay previstas reducciones del canon en caso de que el concesionario efectúe una reutilización de las aguas.

La Autoridad de Ámbito determina la tarifa básica. Serán los gestores los que aplicarán la tarifa y recaudarán los pagos, respetando siempre el Convenio y la correspondiente reglamentación. En la modulación de la tarifa se garantizan facilidades para los consumos domésticos básicos y para los consumos de determinadas categorías, según una escalado de rentas predeterminado, mientras que existe la posibilidad de incrementos de tarifa para las residencias secundarias, para complejos turísticos de carácter estacional, así como para empresas artesanales, comerciales o industriales. La eventual gradación de la tarifa entre los Municipios contempla las inversiones *per cápita* por residente efectuadas por los propios Municipios que resulten útiles para los fines de la organización del Servicio Hídrico Integrado (art. 154, D. Leg. 152/2006).

Los usuarios deberán hacer frente a las tarifas para los servicios de alcantarillado público y depuración, incluso en el caso en que no existan plantas depuradoras, o estén inactivas. La tarifa no se aplicará si el usuario cuenta con sistemas de recogida y de depuración propios, específicamente aprobados por la Autoridad de Ámbito. Para determinar la tarifa de los servicios de alcantarillado público y de depuración, el volumen de agua descargada deberá ser equivalente al volumen de agua suministrada. Para los usuarios industriales, la tarifa de los servicios de alcantarillado y de depuración se determina en base a la calidad y la cantidad de las aguas residuales descargadas, en aplicación del principio de «quien contamina, paga», sin perjuicio de fijar una tarifa reducida para los usuarios que se encargan directamente de la depuración y que usan el alcantarillado público, previa aprobación específica de la Autoridad de Ámbito. Asimismo, para el fomento de procesos de ahorro de los recursos, la tarifa para los usuarios industriales se reduce también en función del empleo de aguas residuales o usadas en el proceso productivo (art. 155, D. Leg. 152/2006).

El gestor del Servicio Hídrico Integrado cumple también la función de información y sensibilización del usuario, promoviendo iniciativas para la difusión de la cultura del agua y garantizando el acceso de los ciudadanos a los datos relativos a los servicios gestionados en el Ámbito Territorial Óptimo de su competencia. Hay previstas otras formas de publicidad a nivel estatal y regional (art. 162, D. Leg. 152/2006).

Con el fin de planificar el uso de los recurso hídricos, allí donde pueda haber una necesidad real de transferir agua entre Regiones distintas, más allá de los perímetros de referencia de las Demarcaciones Hidrográficas, las Autoridades de Cuenca, previa consulta a las Regiones afectadas, promoverán acuerdos de pro-

grama entre las mismas. Las obras y las instalaciones necesarias serán declaradas de interés nacional (art. 158, D. Leg. 152/2006).

Con el fin de mejorar la protección medioambiental, hay previstas disposiciones especiales, en relación a las áreas de protección de los recursos hídricos destinados al consumo humano (art. 163, D. Leg. 152/2006) y a las áreas naturales protegidas nacionales y regionales (art. 164, D. Leg. 152/2006).

El Servicio Hídrico Integrado ha constituido una novedad sustancial para el ordenamiento italiano, interviniendo sobre un sistema cercano al colapso. En cualquier caso, no ha resuelto todos los problemas relativos a los servicios hídricos, tanto en lo que atañe a la eficiencia de los mismos, que sigue siendo inferior a la media europea, como en lo referente a las relaciones entre lo público y lo privado. La gestión del servicio, incluso cuando se confía a particulares según el principio de la subsidiariedad horizontal, por lo general no ha mostrado márgenes de mejora significativos, sino que generalmente ha planteando problemas en la relación entre gestor y usuario. También para el mecanismo de fijación de la tarifa, esto hace que no siempre se hayan producido los progresos esperados, con la posible aparición de nuevos problemas de carácter social en algunas realidades territoriales. La situación es tanto más delicada en la medida en que afecta a un bien-recurso como es el agua, necesario para la vida y para la dignidad de las personas, y con respecto al cual la colectividad puede reivindicar, si no un derecho absoluto, sí expectativas para el acceso a él en cantidades suficientes y a un coste razonable. La diferenciación territorial de las tarifas, y sobre todo su cuantificación, plantea una relación difícil con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, como son el principio de igualdad sustancial (art. 3.2, Const.) y el principio de solidaridad (art. 2, Const.).

## **6. LOS COSTES DEL AGUA**

La cada vez menor cantidad de agua disponible en el territorio nacional ha puesto de relieve en los últimos años su valor económico, lo que ha planteado el derecho a preguntarnos sobre la necesidad de utilizar instrumentos de mercado en la gestión de los recursos hídricos. Considerando que se trata no sólo de un bien en sentido jurídico y de un recurso de la colectividad, sino también de un valor social y medioambiental y de un «derecho» indispensable para garantizar la vida, la salud y la dignidad de las personas, no podemos dejarlo en manos del mercado ciegamente. Si no se consideran los aspectos de la sostenibilidad social y medioambiental, pueden aparecer fenómenos de disgregación y separación, dentro de un sistema que no protege a los sectores más débiles de la población.

Con una norma introducida en la Sección II de la Parte III del D. Leg 152/2006 (en particular en el apartado dedicado a los planes de gestión y a los planes de protección del agua), se afronta la problemática de la recuperación de los costes

de los servicios hídricos, planteada por el art. 9 de la Directiva 2000/60/CE<sup>37</sup>. Esta ubicación es peculiar, si se considera que es la Sección III la que se ocupa de los servicios hídricos. Peculiar es también la relación funcional que la norma establece entre el principio de recuperación de costes y la obtención de los objetivos de calidad del agua. La reglamentación de los costes no es un problema que afecta sólo a los servicios hídricos en sentido estricto, ni a la componente cualitativa de la protección, sino también a la gestión del recurso en general. Estas consideraciones aumentan la añoranza por la falta de sistematización de la normativa en materia de aguas, no existiendo una parte común en la que incorporar las disposiciones de principio que afectan a la gestión de los recursos hídricos en sentido lato.

De cualquier modo, la norma impone a las Autoridades competentes que «tengan en cuenta» el principio de recuperación de los costes de los servicios hídricos, incluidos los medioambientales y los relativos al recurso, aplicando el principio de «quien contamina, paga» y considerando el análisis económico efectuado de acuerdo con el Anexo 10 de la Parte Tercera del D. Leg. 152/2006. En particular, antes del año 2010, deben instaurarse adecuadas políticas de precios del agua para fomentar un uso responsable y eficiente de los recursos hídricos por parte de los usuarios y para conseguir una protección tanto cualitativa como cuantitativa. Asimismo, la recuperación de los costes de los servicios hídricos debe encomendarse a los diversos sectores de uso de los recursos hídricos (civil, industrial, agrícola), teniendo en cuenta las repercusiones sociales, medioambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas. De forma más concreta, mientras que los cánones de concesión para las derivaciones de las aguas públicas tienen en cuenta los costes medioambientales y los costes del recurso vinculados al uso del agua, las tarifas de los servicios hídricos a cargo de los distintos sectores de uso del agua deben contribuir a la recuperación de los costes con arreglo al análisis económico efectuado según el citado Anexo 10 (art. 119, D. Leg. 152/2006). El Anexo 10 exige que el análisis económico proporcione información suficiente y detallada que permita considerar el principio de la recuperación de los costes de los servicios hídricos, teniendo en cuenta la previsión a largo plazo, y valorar la efectividad de las medidas más rentables, teniendo en cuenta los respectivos costes, correspondientes a los usos hídricos.

En un futuro próximo, podemos vislumbrar que la cuestión del coste del agua jugará un papel especialmente delicado, e incluso decisivo, en el ámbito de los sistemas de gestión de los recursos hídricos. Gestionar recursos significa también atribuirles un valor, y este valor tiene repercusiones no sólo económicas, sino también sociales, especialmente desde el momento en que el objeto de la valoración es, como ocurre con el agua, no sólo un bien, sino también una necesidad vital y un elemento productivo.

---

37. UNNERSTALL, Herwig (2007), pg. 29.

#### IV. CONCLUSIÓN

Del examen de los datos científicos disponibles se deduce una situación compleja, que ve cómo se reduce progresivamente la cantidad de agua disponible para los distintos usos –en particular para los usos potables–, incrementándose la posibilidad de que se produzcan crisis hídricas. Las respuestas de carácter estratégico, con referencia a la gestión de los recursos hídricos, son distintas, pero tienen en común dos aspectos. El primero, de carácter sustancial, hace referencia a la necesidad de hacer que el sistema sea más eficiente, reduciendo los despilfarros, ahorrando, reciclando y reutilizando los recursos, incluso a través del incremento de las iniciativas de tratamiento de las aguas residuales. El segundo, de carácter organizativo, exige una integración real del sistema, a través de la simplificación del marco de competencias y la determinación de unos niveles de toma de decisiones más racionales.

Las pautas marcadas como prioritarias en los documentos oficiales hacen referencia a algunos objetivos fundamentales, como son la mejora e integración del marco cognoscitivo, la reducción de la demanda en los distintos sectores, la reducción de la contaminación, la consideración de los factores climáticos, la mayor flexibilidad de la gestión así como la investigación y la formación<sup>38</sup>. Pero sin un replanteamiento y una simplificación del marco institucional y normativo, perseguir estos objetivos no será nada fácil, y exigirá esfuerzos organizativos y procedimentales mayores, sin que además se puedan garantizar resultados satisfactorios. En realidad, lo que sigue faltando es la consideración unitaria de los problemas de gestión de los recursos hídricos, que debería abarcar aspectos cognoscitivos, aspectos relativos a la titularidad del recurso, a su planificación y programación, aspectos relativos a la explotación del recurso, aspectos de protección cualitativa y cuantitativa del mismo, aspectos relativos a los servicios hídricos y aspectos relativos a la aplicación de criterios económicos.

Por encima de todas estas consideraciones, está la exigencia de contar por fin con una verdadera reforma de la reglamentación de los recursos hídricos, en el ámbito de un código del agua que no sea una simple suma de normativas anteriores, sino una integración real de todas las normas que afectan a la gestión del agua, y que se fundamente sobre principios comunes que actualmente deben buscarse en las distintas partes sectoriales (y en la Directiva 2000/60/CE, con especial referencia al art. 1).

Entre estos principios están el carácter de dominio público que tienen las aguas superficiales y subterráneas (art. 144.1, D. Leg. 152/2006); el saneamiento hidrogeológico del territorio y la lucha contra la desertificación (arts. 53.1 y 73.1 D. Leg. 152/2006); el carácter de recurso que tiene el agua, que debe gestionarse según criterios de solidaridad en aplicación del principio del desarrollo sostenible (art. 144.2, D. Leg. 152/2006); las exigencias de protección cualitativa y cuantitativa, racionalizando los usos, limitando los despilfarros, reduciendo los consumos,

38. Fuente: APAT (2007), pg. 75.

fomentando la renovación de los recursos y persiguiendo usos sostenibles y duraderos y el ahorro del recurso (arts. 73.1, 98.1, 144.3, 146 D. Leg. 152/2006); la protección del agua en calidad de recurso, elemento y patrimonio medioambiental, a considerar con los demás componentes medioambientales, manteniendo su capacidad de soportar ecosistemas (arts. 73.1, 144.3, D. Leg. 152/2006); la prevención y la reducción de la contaminación y el saneamiento de las masas de agua contaminantes (art. 73.1, D. Leg. 152/2006); la jerarquía entre los usos, dando prioridad a los usos civiles, y el perseguimiento de un equilibrio en el balance hídrico (arts. 144.4 y 145, D. Leg. 152/2006); la recuperación de los costes de los servicios hídricos y de los usos hídricos, a través de un análisis económico puntual que considere también las consecuencias sociales, medioambientales y económicas (art. 119.1, D. Leg. 152/2006); la colaboración de los ciudadanos y los usuarios, a través de mecanismos de información, participación y consulta (art. 122.1, D. Leg. 152/2006); la recuperación de la eficiencia de los servicios hídricos (art. 141, D. Leg. 152/2006).

Partiendo de estos principios, y superando el enfoque sectorial de la reglamentación de los recursos hídricos, se podrá por fin llegar a un auténtico código, o texto único, de los recursos hídricos<sup>39</sup>, que aborde de modo coordinado las distintas problemáticas y plantee políticas integradas de la gestión del agua.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- CARINGELLA, Francesco (2007), *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè.
- CASSESE, Sabino (1969), *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milán, Giuffrè.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo (1988), «Acque pubbliche», *Enciclopedia Juridica*, Roma, Treccani, pgs. 1-18.
- DE BELLIS, Carlo (1984), *Acque ed interessi territoriali*, Bari, Cacucci.
- GORIA, Alessandra, LUGARESI, Nicola (2004), «The evolution of the water regime in Italy», *The evolution of national water regimes in Europe* (por KISSLING-NAF, I., KUKS, F.), Dordrecht, Kluwer, pgs. 265-291.
- GRECO, Nicola (1983), *Le acque*, Bologna, Il Mulino.
- LUGARESI, Nicola (1995), *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela e di gestione*, Padova, Cedam.
- (2000), «Rethinking Water Law». *The Italian Case for a Water Code*, Trento, Departamento de Ciencias Jurídicas.
- (2003), «Diritto delle acque, principi internazionali, etica», *La disciplina giuridica delle risorse idriche* (por N. LUGARESI, F. MASTRAGOSTINO) Rímimi, Maggioli, pgs. 17-78.

---

39. LUGARESI, Nicola (2000), pg. 127.



— (2006), «Acque pubbliche», *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milán, Giuffrè, pgs. 94-97.

LUGARESI, Nicola, BERCELLI, Jacopo, FERRAMOSCA, Annalisa (1998), «Revoca o modifica delle concessioni idriche per motivi di compatibilità ambientale», *Revista jurídica de urbanística*, pgs. 449-496.

UNNERSTALL, Herwig (2007), «The Principle of Full Cost Recovery in the EU-Water Framework Directive – Genesis and Content», *Journal of Environmental Law*, pgs. 29-42.

## VI. RELACIÓN DOCUMENTAL

APAT (Agencia de Protección del Medio Ambiente y de los Servicios Técnicos), *Anuario dei dati ambientali 2007 (Tematiche in primo piano)*, Roma 2007, [http://annuario.apat.it/docs/TEMATICHE\\_annuario2007.pdf](http://annuario.apat.it/docs/TEMATICHE_annuario2007.pdf).

APAT (Agencia de Protección del Medio Ambiente y de los Servicios Técnicos), *Ideambiente*, anno 5, n.37, 2008 [www.apat.gov.it/site/it-IT/IdeAmbiente/Sezioni/Articoli/Documenti/0809\\_2006\\_art\\_06.html?PageID=9643](http://www.apat.gov.it/site/it-IT/IdeAmbiente/Sezioni/Articoli/Documenti/0809_2006_art_06.html?PageID=9643).

A.V.R.I.R. (Autoridad de Vigilancia sobre Recursos Hídricos y Residuos), *Relazione annuale al Parlamento sullo stato dei servizi idrici, anno 2005*, Roma 2006, <http://www.gruppo183.org/mdb/file/relazioneannualecomitatovigilanza2005.pdf>.

CO.VI.R.I. (Comité para la Vigilancia del Uso de los Recursos Hídricos), *Rapporto sullo stato di attuazione dei servizi idrici 2007*, Roma 2008, [www.gruppo183.org/mdb/file/Relazione%20stato%20di%20attuazioneSII\\_anno\\_2007.pdf](http://www.gruppo183.org/mdb/file/Relazione%20stato%20di%20attuazioneSII_anno_2007.pdf).

ISTAT (Istituto Nacional de Estadística), *100 statistiche per il Paese*, Roma 2008, [www.istat.it/dati/catalogo/20080507\\_01/testointegrale20080507.pdf](http://www.istat.it/dati/catalogo/20080507_01/testointegrale20080507.pdf).

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (Ministerio del Medio Ambiente y de Protección del Territorio y del Mar), *Relazione sullo Stato dell'ambiente 2001*, Roma 2002, [www2.minambiente.it/sito/pubblicazioni/Collana\\_RSA/RSA\\_2001/Parte\\_b/6\\_acque-interne.pdf](http://www2.minambiente.it/sito/pubblicazioni/Collana_RSA/RSA_2001/Parte_b/6_acque-interne.pdf)

— (Ministerio del Medio Ambiente y de Protección del Territorio y del Mar), *Relazione sullo Stato dell'ambiente 2005*, Roma 2006, [www2.minambiente.it/sito/pubblicazioni/rsa\\_2005/docs/rsa\\_2005.pdf](http://www2.minambiente.it/sito/pubblicazioni/rsa_2005/docs/rsa_2005.pdf).



## Informe de España\*

ANTONIO EMBID IRUJO<sup>1</sup>

**Resumen:** En España la polémica sobre el reparto competencial sobre aguas y obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, comienza con la misma promulgación de la Constitución en 1978 dados los términos imprecisos que ésta utiliza en el art. 149.1.22. A través del tiempo y con intervención del Tribunal Constitucional se ha alcanzado una solución consistente en atribuir al Estado la gestión de las cuencas que abarcan el territorio de más de una Comunidad Autónoma (cuencas intercomunitarias) y a éstas la gestión de las cuencas que se encuentran íntegramente en su territorio (cuencas intracomunitarias). No obstante, se trata de una solución sometida a tensiones y en la que las últimas reformas de algunos Estatutos de Autonomía plantean nuevos retos de gobernación. Cuestión problemática es usualmente la de la transferencia de recursos hídricos entre distintos ámbitos territoriales de planificación hidrológica de cuenca, lo que suele conllevar conflictos territoriales (con aspectos políticos y sociales) en algunos casos de importante magnitud. Igualmente en la actualidad se debaten otras cuestiones con incidencia territorial como los informes de las Comunidades Autónomas en procedimientos administrativos de decisión estatal, la existencia, contenido y funcionalidad del llamado «derecho al agua» etc...

**Palabras clave:** Competencias, Comunidades Autónomas, Cuenca hidrográfica, Derecho al agua, Informes de Comunidades Autónomas, Organismos de cuenca, Transferencias entre distintos ámbitos territoriales de planificación hidrológica.

**Relación de Acrónimos.**

CCAA	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución Española (1978).
EA	Estatuto de Andalucía (2007).
EAr	Estatuto de Aragón (2007).
EC	Estatuto de Cataluña (2006).
ECL	Estatuto de Castilla y León (2007).
ECV	Estatuto de la Comunidad Valenciana (2006).
EEAA	Estatutos de Autonomía.
EIB	Estatuto de las Illes Balears.
LO	Ley Orgánica.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.

\* El texto, aun elaborado inicialmente para las fechas de celebración de la Conferencia, se ha puesto al día con fecha 1 de noviembre de 2008.

1. Catedrático de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TRLA	Texto Refundido de la Ley de Aguas (2001).
TS	Tribunal Supremo.

## I. INTRODUCCIÓN GENERAL

Se elabora este Informe en unos momentos en los que en España hace tiempo que se viene realizando un fuerte debate acerca del reparto competencial sobre el agua entre el Estado y las Comunidades Autónomas así como sobre otras cuestiones en materia de aguas que la nueva fase de reforma de los Estatutos de Autonomía ha traído otra vez a la actualidad si es que alguna vez había desaparecido de ella. En ese marco de discusión existen distintas controversias en torno a lo acertado o desacertado, constitucional y técnicamente hablando, de algunas de las fórmulas empleadas en dichos Estatutos. Con estas líneas introductorias solo pretendo resaltar el profundo significado político de las actuales discusiones frente a las que los argumentos jurídicos pasan necesariamente casi desapercibidos, aun cuando la resolución de muchas de estas polémicas deberá, necesariamente, tener una vestidura jurídica dada la apelación que se ha realizado al TC contra algunos de estos EEAA como luego recordaré.

Efectivamente, ese proceso de reformas estatutarias comenzó en 2006 con la tramitación parlamentaria de los EC y ECV y continúa en la actualidad. Estaríamos en la segunda fase de reformas estatutarias tras la redacción inicial de los EEAA (1979-1983) y las reformas de los EEAA de las CCAA de autonomía inicial limitada que se llevaron a cabo a partir de 1994 y hasta el 2000. En estos momentos y en esa segunda fase se han alcanzado aprobaciones de reformas del ECV (LO 1/2006, de 10 de abril), EC (LO 6/2006, de 19 de julio), EIB (LO 1/2007, de 28 de febrero), EA (LO 2/2007, de 19 de marzo), EAr (LO 5/2007, de 20 de abril) y ECL (LO 14/2007, de 30 de noviembre). También se formularon proyectos en relación a las Islas Canarias y Castilla-La Mancha que no llegaron a concluir su tramitación en la legislatura que concluyó en marzo de 2008. En los momentos en que se concluyen estas páginas (1 de noviembre de 2008), ha tenido lugar en el Congreso de los Diputados la admisión a trámite del proyecto de Estatuto de Castilla-La Mancha que también contiene importantes referencias en torno al agua, la más singular de todas ellas la de la declaración de caducidad del trasvase Tajo-Segura prevista para 2015.

Como he mencionado, este proceso de reformas ha llevado consigo fuertes polémicas con apelaciones hasta al Tribunal Constitucional, pues se han formulado recursos de inconstitucionalidad contra varios de los EEAA mencionados<sup>2</sup>. Así, Aragón formuló un recurso de inconstitucionalidad contra el ECV, en concreto contra

---

2. Ello quiere decir que una sentencia del TC aparecida en cualquier momento, puede convertir en absolutamente prescindibles algunos o muchos de los argumentos que en él se contengan.

su art. 17.1 que regulaba un derecho de los ciudadanos y ciudadanas valencianos al reparto de las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias. La STC 247/2007, de 12 de diciembre, resolvió el recurso afirmando la imposibilidad de que los EEAA regularan derechos relacionados con las competencias de las CCAA respectivas, con lo que el precepto mencionado quedaba reducido a un principio rector dirigido a los poderes públicos valencianos que, en todo caso, deberían estar supeditados a lo que el Estado indicara en relación a las aguas de las cuencas intercomunitarias<sup>3</sup>.

Igualmente la Comunidad Autónoma de Extremadura ha formulado recursos de inconstitucionalidad contra los preceptos de los EEAA de Andalucía y de Castilla-León que prevén la cesión de la parte andaluza y castellano-leonesa de las cuencas de los ríos Guadalquivir y Duero, respectivamente.

La Rioja, por su parte, ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra los EEAA de Cataluña y de Aragón también en relación a distintos preceptos que suponen intervención de las CCAA sobre aguas. Como podrá advertirse, solamente la Comunidad de les Illes Balears ha permanecido al margen de estos recursos (entendiendo por permanecer al margen no demandar ni ser demandada), a lo que muy probablemente coopera su carácter de Comunidad insular y, por tanto, la pertenencia al ámbito competencial de la Comunidad de cualesquiera aguas que se encuentren en su territorio.

En realidad esta polémica no es nueva sino que ha existido desde el mismo momento de la redacción de la Constitución española (1978) y de los primeros EEAA (1979-1983). Como vamos a advertir en el apartado II de este trabajo, la CE buscó una fórmula de reparto competencial en su art. 149.1.22 basada, en principio, en criterios hidrológicos (referencia a «aguas» con ciertas características) pero necesitada irremediablemente de interpretación ante lo sumamente indeterminado de la misma. Necesidad de interpretación que se ha extendido posteriormente a las fórmulas utilizadas por los EEAA de 1979-1983 que siguieron, cómo no, la difusa senda constitucional y que solo fue resuelta, parece que provisionalmente, por la STC 227/1988, recaída en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que operó una determinada forma de lectura de los preceptos constitucionales y estatutarios que fue considerada por el TC como adecuada a la CE sin ser la única fórmula posible según advirtió el mismo TC en la Sentencia mencionada.

3. La Sentencia citada, al margen de lo que resumo en el texto que es ciertamente significativo, es muy importante también por algunas otras de sus afirmaciones que, incluso, pueden estar predeterminando otras futuras Sentencias del TC en relación a la doctrina que se sienta sobre el papel de los EEAA en cuanto delimitador del reparto competencial entre el Estado y las CCAA (en general, no solo sobre el agua) y dada la práctica «desconstitucionalización» de la mayor parte del marco jurídico del Estado de las Autonomías. *Vid.* críticamente FERNÁNDEZ FARRERES (2008) que desautoriza el conjunto de la Sentencia y la respuesta a ese trabajo en alguna de sus afirmaciones del magistrado constitucional M. ARAGÓN REYES (2008) pgs. 149-152. En términos de crítica, pero solo para la doctrina sentada en dicha Sentencia en relación a la imposibilidad de que los EEAA regulen derechos de los ciudadanos relacionados con las competencias de las CCAA, *vid.* EMBID IRUJO (2008).

En realidad en un país con fuerte descentralización política como lo es España, la causa de las polémicas –al margen de la evidente importancia que tiene lo evanescente del criterio constitucional de reparto– reside en la difícil forma de articular principios de gobierno que se derivan de la autonomía política de las CCAA que se pretende ejercer sobre todo su territorio, con lo que podría deducirse del concepto, apellidado justamente como «natural», de la cuenca hidrográfica. Poder político territorial y división hidrográfica natural, no suelen ser conceptos coincidentes y su articulación con un cierto grado de coherencia es en todos los países que comparten principios de construcción territorial descentralizada del Estado, muy problemática (III).

Todo esto conduce a controversias continuas que, incluso, se exacerban grandemente cuando el Estado decide realizar transferencias de aguas entre ámbitos territoriales de distintos Planes hidrológicos de cuenca, lo que implica movimientos de agua entre distintas CCAA también (o dentro de la misma Comunidad como sucede, paradigmáticamente, con el caso de Cataluña aunque también existen ejemplos en Andalucía) lo que hace que los conflictos afloren de una forma impresionante como sucedió con el Plan Hidrológico Nacional de 2001 y su apuesta por realizar una gran transferencia de aguas desde la cuenca del Ebro a distintas cuencas del arco mediterráneo, regulación que fue derogada cuando el Gobierno cambió de signo político como consecuencia del resultado de las elecciones generales del 14 de marzo de 2004 (IV).

La compleja problemática jurídica que se está narrando se desarrolla, como corresponde a un país miembro de la Unión Europea, en el contexto de la aplicación de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y cuyas líneas fundamentales en relación a cuestiones organizativas conviene examinar (V). Finalizaré el trabajo con unas notas conclusivas (VI).

## **II. EL REPARTO COMPETENCIAL EN ESPAÑA SOBRE AGUA Y OBRAS HIDRÁULICAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA SITUACIÓN DERIVADA DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS DE 2006-2008**

Comienzo, entonces, con la cuestión del reparto competencial sobre agua y obras hidráulicas en España que se ha anunciado en el anterior apartado y que, en realidad, debe constituirse en elemento central de este trabajo. Y ello para volver a advertir que estamos ante una cuestión esencialmente discutida y debatida, tanto en el origen mismo de nuestro actual sistema jurídico, la Constitución española de 1978, como ahora<sup>4</sup>.

---

4. Todo el tema competencial con referencia a los nuevos EEAA es analizado con algo más de detenimiento en A. EMBID IRUJO (2007 a), pgs. 13 y ss. y en EMBID IRUJO (2007 b), pgs. 313 y ss, en la voz «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas». Allí pueden encontrarse referencias bibliográficas válidas para el contenido de la CE (1978) y de los EEAA de la primera fase (1979-1983) que ahora por motivos obvios omito sin desconocer la valía evidente de muchas

Como elementos sustanciales de esta rúbrica voy a analizar sucesivamente las competencias sobre aguas (1), sobre obras hidráulicas (2), la cuestión de la cesión de la parte andaluza del Guadalquivir y de la castellano-leonesa del Duero a las Comunidades Autónomas de Andalucía y de Castilla-León respectivamente que ha tenido lugar en las últimas reformas estatutarias (3) y la emisión de informes por las CCAA en procedimientos administrativos que debe decidir el Estado (4).

### 1. LAS COMPETENCIAS SOBRE AGUAS. CONCEPTO Y EXTENSIÓN DE LAS COMPETENCIAS «EXCLUSIVAS» DE LAS CCAA SOBRE AGUAS DE SUS PROPIAS CUENCAS

La situación polémica, como indicaba, se generó con la misma promulgación de la Constitución española de 1978 y continuó con la aprobación posterior de los EEAA, proceso que duró de 1979-1983. En aquellos años el origen formal de la discusión fue la indefinida frase del art. 149.1.22 CE utilizada para describir las competencias en materia de aguas del Estado que operaban sobre «las aguas (que) discurran por más de una Comunidad Autónoma» lo que equivalía a dejar un «hueco» para las competencias de las Comunidades Autónomas en relación a las aguas que discurrieran únicamente por su territorio si, obviamente, estas CCAA podían, además, optar a tales competencias en función del procedimiento de elaboración de su Estatuto de Autonomía (Comunidades Autónomas de autonomía inicial plena o de primer grado como en la época fueron definidas). Pero lo que el precepto constitucional –y los estatutarios que le siguieron– dejaba sin solventar era el entendimiento de la expresión «aguas que discurran» que tanto podía ser equivalente a ríos aislados que desembocaran en el mar, como a afluentes de ríos como a una cuenca hidrográfica en su conjunto.

Y es evidente que la interpretación no era neutral, pues el Estado tendría prácticamente el monopolio de las competencias sobre las aguas en España, si el equivalente de la expresión constitucional del art. 149.1.22 CE fuera el de la cuenca hidrográfica (mayor superficie referenciada, por lo tanto) mientras que serían las CCAA las que podrían aspirar a tener competencias muy sustantivas sobre aguas si la interpretación jurídica se decantaba por el concepto río o afluente que implicaba mucha menor superficie y, por tanto, probabilidades de que la misma pudiera estar incluida en el territorio de una sola Comunidad Autónoma.

Como es bien sabido, las polémicas sobre la cuestión no finalizaron formalmente hasta la aparición de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que consideró adecuado a la Constitución el criterio de reparto competencial de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, consistente en entender que la constitucional expresión «aguas que discurran» era semejante a la de «cuencas hidrográficas» y concluir, entonces, que las cuencas hidrográficas (en la definición que de las mismas daba

---

de estas intervenciones doctrinales (las de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER o A. MENÉNDEZ-REXACH, merecen una cita singular, por ejemplo). Una posición específica hay que conceder, en todo caso, al magnífico libro de GALLEGO ANABITARTE, MENENDEZ REXACH y DÍAZ LEMA (1986) en el que las cuestiones competenciales ocupan también un lugar relevante. Vid. también el libro de plural contenido de CARO-PATÓN y MACERA (2002).

la Ley 29/1985<sup>5</sup>) que se extendieran por el territorio de dos o más CCAA eran de competencia del Estado y que las incluidas en el territorio de una sola Comunidad Autónoma, eran las susceptibles de ser objeto de la competencia de dicha Comunidad si la misma podía, en virtud de la fundamentación constitucional de su proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía, acceder legítimamente a dicha competencia<sup>6</sup>. En el caso concreto se daba la paradoja de que una de las CCAA recurrentes ante el TC, la Comunidad de las Islas Baleares (como entonces era denominada en lengua española) aun insular y, por tanto, con aguas exclusivamente encerradas en sus límites territoriales, no podía ostentar competencias sobre sus cuencas por haber elaborado su Estatuto por el procedimiento marcado en el art. 143 CE y, por tanto, ver limitadas sus competencias al listado presente en el art. 148 CE en el que no se encontraban las aguas<sup>7</sup>.

Esa decisión por la cuenca hidrográfica de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, no era, obviamente, la única forma posible de entender el art. 149.1.22 CE pero, en opinión del TC, la decisión del Legislador de 1985 era congruente con la Constitución desde criterios técnicos, lógicos y de experiencia (fdo. jdo. 15), sin que fuera –insisto en ello porque la cuestión puede tener incidencia evidente en el futuro– la única forma posible de desarrollar la Constitución<sup>8</sup>.

En fin, se estaría tentado a decir que todo esto es historia, aunque historia que merece la pena recordar porque necesariamente hay que partir de lo establecido cuando se tiene que realizar un estudio y emitir un juicio en torno a las novedades normativas contenidas en los EEAA reformados. En todo caso lo que

5. El art. 14 indicaba que «a los efectos de la presente Ley, se entiende por cuenca hidrográfica el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único. La cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso se considera indivisible».
6. Cfr. arts. 15 y 16 de la Ley de 1985. La limitación «política» de la que se habla en el texto no se superaría hasta la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre (resultado del Pacto Autonómico de febrero de ese mismo año). A partir de ese momento, el requisito para tener competencias en materia de aguas era únicamente el geográfico: el tener espacios territoriales dentro de los límites de la Comunidad Autónoma que respondieran al concepto de cuenca hidrográfica utilizado por la Ley de Aguas de 1985.
7. Esta opción de la Ley de Aguas de 1985 era acompañada de una configuración de los Organismos de cuenca (Confederaciones Hidrográficas) como organismos autónomos estatales, sí, pero a los que podían incorporarse las CCAA cuyo territorio se encontrara en el ámbito específico del respectivo Organismo de cuenca (cfr. arts. 20 y ss.). Todas las CCAA hicieron las opciones específicas y se incorporaron a los Organismos de cuenca que les correspondían. Sobre el particular, en general A. FANLO LORAS (1996).
8. FANLO LORAS, A. (2007) pg. 293 y LÓPEZ MENUDO (2008) pg. 54, consideran poco relevante la reserva que el TC hace a que pueda haber otras interpretaciones jurídicas distintas de la que en la STC 227/1988 se considera adecuada a la CE. No me parece, sin embargo, que deba pasarse por alto ninguna expresión utilizada por el TC en su jurisprudencia, máxime cuando en este caso concreto pasar por alto esta expresión equivaldría a considerar consagrado constitucionalmente –o sea, para siempre, hasta una posible reforma constitucional que afectara a dicha interpretación– el criterio de la cuenca hidrográfica como decisivo para el reparto de competencias Estado-CCAA, lo que sería –en mi conocimiento– el único caso en el que una Constitución de un Estado descentralizado políticamente, utiliza tal criterio (en el caso español lo sería no expresamente, sino en virtud de una interpretación del TC que para estos autores ya estaría explicitada; no considero, e insisto expresamente en ello, que esa sea la consecuencia que deba extraerse de la STC 227/1988).



ahora no debe emprenderse es un estudio exhaustivo –otro más– de esa jurisprudencia ni de la doctrina que la precedió o explicó posteriormente, al menos desde la perspectiva del objeto de este trabajo, de finalidad tan concreta en cuanto a las referencias al actual momento normativo.

Lo cierto es que la STC 227/1988, si bien representó una cierta pacificación en buena parte de los temas hasta ese momento debatidos, no acabó completamente con las insatisfacciones que determinadas CCAA manifestaban en relación a cuestiones relativas a la gestión de las aguas<sup>9</sup>. La prueba es que el TC tuvo que intervenir posteriormente<sup>10</sup>, siempre en una línea de respeto hacia lo establecido en su Sentencia 227/1988, respeto congruente, es obvio, con el mantenimiento de la vigencia de la legislación (Ley 29/1985 de Aguas) que sirvió de base para su emanación<sup>11</sup>. En todo caso y al margen de los conflictos formalizados, se siguieron expresando por muy distintos representantes políticos –y también en la doctrina, obviamente– opiniones acerca de las contradicciones existentes entre la afirmación en los EEAA de determinadas competencias exclusivas de las CCAA (por ejemplo, sobre agricultura o industria) y la falta de directa intervención de esas mismas CCAA sobre el agua, elemento auxiliar imprescindible para el ejercicio de dichas competencias. Esta idea, por cierto, puede compartirse plenamente pues no es sino una conclusión lógica de un estado de cosas existente y sobre la que, objetivamente, no puede expresarse otra cosa que su constatación.

No hacía falta, por tanto, ser profeta para saber que si se volvía a poner en marcha un procedimiento de elaboración normativa en el que pretendiera decidirse algo sobre las competencias de las CCAA sobre el agua (la reforma estatutaria), también volverían a aparecer opiniones contrarias a determinadas partes del

9. Es constatable, y merecería una reflexión profunda que trasciende, obviamente, del plano de lo jurídico, cómo el número de CCAA insatisfechas con la política y el reparto competencial sobre el agua (de manera global, o en relación a cuestiones concretas) se ha incrementado grandemente hoy en día en relación a las CCAA que acudieron en 1985 al TC. Andalucía, Aragón, Castilla la Mancha, Castilla-León y Cataluña –al menos– se suman hoy como lo prueban múltiples hechos y datos de contenido jurídico y político, a las entonces recurrentes desde ese punto de vista de la insatisfacción.
10. Recuérdese la legislación de distintas CCAA sobre caudales ecológicos o mínimos que en ocasiones ha sido impugnada ante el TC con sentencias de éste que, con mayor o menos énfasis, son desautorizatorias de los intentos autonómicos de atribuirse competencias con exclusividad sobre la fijación de estos caudales. Cfr. STC 15/1998, de 22 de enero, 110/1998, de 21 de mayo, 166/2000, de 15 de junio y 123/2003, de 19 de junio.
11. Muy representativo de ese tipo de respuesta es el contenido de la STC 161/1996, de 17 de octubre, emitida en un recurso contra una normativa catalana sobre Administración hidráulica. El TC afirmará que «el modo más directo que tiene la Comunidad Autónoma para incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas que, como la del Ebro o la del río Garona, se extienden más allá de su territorio, es mediante su participación en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas, en los términos previstos por la legislación estatal... respetando siempre el marco constitucional que incluye como principio esencial el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas... Las actuaciones que pueda llevar a cabo directamente cada una de las Administraciones autonómicas sobre las aguas de las cuencas hidrográficas que discurren por varias Comunidades Autónomas no son más que complemento de las que desarrollan participando en la dirección y gestión de la propia Confederación Hidrográfica y sólo son factibles en la medida en que no interfiera la actuación de ésta ni la perturbe».

*statu quo* y que ello tendría su correspondiente reflejo normativo, al menos en cuanto al contenido de los proyectos aparecidos y con independencia del resultado final de los procesos de reforma estatutaria. Si a ello se le suma, además, el resque-  
mor que la agria polémica habida con motivo de la regulación de la transferencia desde la cuenca del Ebro a las cuencas mediterráneas por la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, y su derogación posterior (por Real Decreto-Ley 2/2004 recurrido en inconstitucionalidad por las CCAA Valenciana y de la Región de Murcia y un grupo político, luego elevado a la Ley 11/2005, de 22 de junio también recurrida), ha dejado en las distintas CCAA «partes» de dicha transferencia sea como territorios «cedentes» o «receptores» del recurso, resulta que están proporcionados todavía más elementos para el «fuego» o la catarsis de la elaboración de la reforma estatutaria. Además y en el caso de alguna Comunidad Autónoma como la de Castilla-La Mancha, el trasvase Tajo-Segura es una realidad presente, no un hipotético futurible como sucedía con la Ley 10/2001, de 5 de julio, y ello es considerado desde esa región como una herida territorial permanente que se pretende curar con ocasión de la elaboración del nuevo Estatuto de Autonomía para, a partir de su promulgación, conseguir progresivamente la futura utilización de las aguas de la cuenca del Tajo solo en el territorio de la propia cuenca. Sobre todo ello volveré más adelante.

Ahora quiero insistir en que los nuevos EEAA se sitúan, en general, en la línea de la jurisprudencia constitucional ya conocida (con las importantes matizaciones que se resaltarán en este trabajo) si bien hay algunas particularidades como la mayor profusión en la utilización del concepto de «competencias exclusivas» de las CCAA sobre las aguas de sus propias cuencas<sup>12</sup>. Ello parece chocar con las competencias que el Estado mantiene también sobre dichas aguas y que en ocasiones tienen la característica de la exclusividad y, en otras, de establecimiento de legislación básica<sup>13</sup> lo que induciría a creer en un exceso de los nuevos EEAA en esta cuestión conceptual previa.

En realidad la cuestión que se enuncia en este lugar y como ha dicho autor relevante en estos problemas competenciales, es de mera perspectiva, pues si se construye el concepto de exclusividad en relación solamente a algún aspecto de una potestad o al conjunto de una potestad concreta de que disfruta una Comunidad Autónoma en relación a una determinada materia, puede decirse que tiene competencia exclusiva sobre ella en cuanto que en ese concreto ejercicio no puede ser obstaculizada por el Estado<sup>14</sup>.

En esas condiciones, y recordando expresamente el art. 117.1 EC que sirve de modelo o de inspiración a los demás, la competencia exclusiva de Cataluña sobre las aguas de sus propias cuencas<sup>15</sup> abarca:

---

12. En esa línea vid. art. 117.1 EC, art. 50.1 EA, art. 72.1 EA...

13. La exclusividad también era nota de algún Estatuto de Autonomía de la primera época. *Vid.*, así, el art. 9.16 del EC de 1980.

14. Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES (2005), pg. 305, nota 16.

15. También los EEAA refieren la existencia de competencias sobre las aguas intercomunitarias,

«a) La ordenación administrativa, la planificación y la gestión del agua superficial y subterránea, de los usos y de los aprovechamientos hidráulicos, así como de las obras hidráulicas.

b) La planificación y la adopción de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua.

c) Las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua.

d) La organización de la administración hidráulica de Cataluña, incluida la participación de los usuarios.

e) La regulación y la ejecución de las actuaciones relacionadas con la concentración parcelaria y las obras de riego».

El conjunto del precepto me parece plenamente adecuado a la Constitución al margen de que no se haya recordado expresamente en el mismo la existencia de algunos condicionamientos constitucionales que matizan la dimensión de esa competencia exclusiva y ofrecen su verdadero perfil. Pero que no se recuerde expresamente la Constitución no quiere decir que ésta no exista<sup>16</sup> y que, por lo tanto, en el plano de la interpretación jurídica no tenga que servir para completar –como sucede en tantos ámbitos de la vida práctica del derecho– el régimen jurídico de una determinada regulación parcial. Así, cómo no tener en cuenta en este plano interpretativo la existencia del art. 149.1.18 CE en cuanto a las competencias estatales (básicas) sobre las concesiones administrativas o sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Ese precepto constitucional existe y el EC no ha podido obviarlo. Simplemente no ha repetido la mención siguiendo de esa forma la tónica de los EEAA de la primera época tanto en el ámbito del agua como en otras materias distintas al agua, lo que no quiere decir que los operadores jurídicos no tengan en cuenta la dicción constitucional en el respectivo trabajo que les corresponda en su momento en cuanto a la aplicación de los correspondientes preceptos estatutarios.

Y lo mismo sucede en lo relativo a la planificación hidrológica. Se afirma estatutariamente la competencia exclusiva sobre dicha planificación en relación a las cuencas intracomunitarias, pero el art. 149.1.13 CE contiene el papel del Estado en cuanto a la coordinación de la planificación económica, y es esa actividad de coordinación la que el TC adujo en su Sentencia 227/1988 para sostener la constitucionalidad de la atribución al Estado de la aprobación de la planificación hidrológica de las cuencas intracomunitarias llevada a cabo por la Ley de Aguas de 1985 y que no operaría, entonces, como una manifestación de jerarquía administrativa –imposible en la relación entre Estado y CCAA basada en la autonomía de éstas ex arts. 2 y 137 CE– sino como elemento de coordinación con otras manifestaciones

---

las de gestión del Estado. Sobre las mismas y dada la necesidad de contener este trabajo en límites de espacio razonables, me remito a EMBID IRUJO (2007 a y b).

16. En algún trabajo he hablado de «hartazgo de lealtad constitucional» con las continuas citas a la CE que siguen a apelaciones que claramente parecen inconstitucionales, como es el supuesto del art. 17.1 del EV y su regulación del derecho de reparto de las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias. Vid. 2007 a), pg. 33.

de la planificación administrativa y con el mismo Plan Hidrológico Nacional [cfr. fdo. jdo. 20 d) en relación al art. 38.6 de la Ley de Aguas de 1985].

En el caso del Estatuto de Andalucía, es el art. 50 en su apartado primero el que narra las competencias sobre las «aguas que transcurran íntegramente por Andalucía» con lo que se enlaza terminológicamente con lo que expresa el art. 149.1.22 CE dedicándose el apartado segundo a describir las competencias sobre las aguas o cuencas intercomunitarias (apartado en donde aparece la expresión «aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios»). El texto es ligeramente distinto al del EC pero presidido por la misma idea de competencia exclusiva; e igualmente y como en el caso anterior, me parece su contenido plenamente ajustado a la Constitución pudiendo llevarse a cabo la misma lectura interpretativa de la expresión «competencia exclusiva» que ya he indicado anteriormente.

Así, esa competencia andaluza juega sobre «recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas transcurran por Andalucía» y nada hay que oponer desde el punto de vista de la constitucionalidad a esta mención que se corresponde perfectamente con la que, al contrario, reserva al Estado el art. 149.1.22 CE.

Otorga el precepto comentado también competencias a Andalucía sobre «aguas subterráneas cuando su aprovechamiento no afecte a otro territorio». La expresión parece chocar, inicialmente, con la interpretación que el TC en su Sentencia 227/1988, fdo. jdo. 16, ofreció a la cuestión del reparto competencial sobre aguas subterráneas. En aquél supuesto y en relación a las aguas subterráneas «renovables», el Tribunal afirmó la inclusión de éstas dentro de la cuenca respectiva y, por tanto, las competencias sobre dichas aguas subterráneas pertenecían al ente que las tuviera sobre la cuenca. No es, por tanto, el criterio del «aprovechamiento» que no afecta a «otro territorio»<sup>17</sup> el determinante para el TC del reparto competencial, sino el respeto a los principios del ciclo hidrológico y, por tanto, la inclusión de las aguas subterráneas renovables controvertidas en la cuenca a la que pertenecen, aquélla en la que se entabla una determinada relación de continuidad con las aguas superficiales.

Ahora bien, no puede desconocerse que la definición de cuenca hidrográfica ha variado como consecuencia de la transposición de la Directiva marco de aguas de 2000 realizada en 2003. El art. 16 TRLA, que es el que define a las cuencas hidrográficas, hace referencia solamente a una «*superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos...*»; por tanto ninguna mención o posibilidad de incluir directamente en la definición —como sí sucedía en la vieja definición de cuenca de la Ley 29/1985— a las aguas subterráneas.

---

17. Por cierto que la palabra «territorio» es bastante equívoca en este contexto y también precisada de interpretación. Solo puede referirse a que no afecte a otro territorio distinto del andaluz, o sea a otra «Comunidad Autónoma».

Pero las aguas subterráneas se tienen ahora en cuenta en la definición del nuevo concepto de demarcación hidrográfica que contiene el art. 16 bis TRLA para el que «se entiende por demarcación hidrográfica la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, *subterráneas* y *costeras asociadas a dichas cuencas*». Las aguas subterráneas surgen, pues, en el contexto de la definición de demarcación hidrográfica y como una realidad material «asociada» a una cuenca (que comprende inicial y exclusivamente aguas superficiales) lo que lleva, como lógica, su incorporación al más amplio territorio de la demarcación hidrográfica que es desde el que se las tiene en cuenta. Se ha producido, pues, un cambio en la configuración general de estas aguas subterráneas aun cuando no pienso que el mismo sea de tal calibre como para conducir a variaciones sustanciales sobre lo ya conocido y sobre lo que conviene profundizar algo más.

Así, no debe ignorarse la regulación vigente acerca de la existencia de acuíferos (o Unidades hidrogeológicas) compartidos entre distintas cuencas hidrográficas y cómo se han llevado a cabo repartos de la gestión sobre los mismos. El principio general lo formula el art. 16 bis 3 TRLA<sup>18</sup> (precepto adicionado con ocasión de la transposición de la Directiva marco de aguas en 2003) profundizando sobre la base previa de los arts. 7 y 8 y del Anexo I de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. En esta última Ley se definen los acuíferos compartidos como los que están situados «en ámbitos territoriales de dos o más Planes Hidrológicos de cuenca» (art. 7.1 de la Ley 10/2001) previéndose tanto un sistema de delimitación como la asignación de recursos hídricos de cada acuífero compartido entre las distintas cuencas (art. 7.2)<sup>19</sup>. Eso determina una forma de gestión que lleva a cabo cada Organismo de cuenca en relación a los volúmenes asignados pero bajo el principio de cooperación y con la posibilidad de encomiendas de uno a otro Organismo (art. 8).

Parece que ésta sería la única forma de interpretar de manera adecuada a la Constitución la mención a las aguas subterráneas que lleva a cabo el art. 50 del EA. Andalucía, a través de los Organismos de cuenca de sus propias cuencas intracomunitarias, ejercería competencias sobre las aguas subterráneas asociadas a dichas cuencas o, en todo caso, sobre los recursos que se le asignaran por la legislación o planificación estatal sobre los acuíferos compartidos entre varias cuencas (entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca, deberíamos

18. El precepto indica que «los acuíferos que no correspondan plenamente a ninguna demarcación en particular, se incluirán en la demarcación más próxima o más apropiadas, pudiendo atribuirse a cada una de las demarcaciones la parte de acuífero correspondiente a su respectivo ámbito territorial, y debiendo garantizarse, en este caso, una gestión coordinada mediante las oportunas notificaciones entre demarcaciones afectadas».
19. En el caso de cuencas hidrográficas situadas en territorio andaluz, el Anexo I que se comenta asigna recursos entre las cuencas del Guadiana I y del Guadalquivir (Unidad hidrogeológica del Campo de Montiel), Guadiana II y Guadalquivir (Unidad hidrogeológica de Almonte-Marismas), y Guadalquivir y Sur –que hoy es cuenca transferida a Andalucía– (Unidades Hidrogeológicas de Sierra de Líbar, Sierra de Cañete, Sierra Gorda-Polje de Zafaraya y Tejera-Almijara-Las Guájaras) en unas determinadas cantidades que son indiferentes en este trabajo.

decir con completa propiedad) que sería el supuesto en el que las aguas subterráneas no afectarían a otros territorios.

El EA otorga también competencias exclusivas sobre aguas minerales y termales, en lógica correspondencia con lo establecido en el art. 148.1.10 de la Constitución.

Finalmente el EA dispone la existencia de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma sobre la participación de los usuarios, la garantía del suministro, la regulación parcelaria y las obras de transformación, modernización y consolidación de regadíos y para el ahorro y uso eficiente del agua. Son conceptos muy distintos los que acabo de transcribir en los que subyacen distintas realidades jurídicas por lo que conviene profundizar algo más.

Así y en primer lugar, nada decisivo se opondría a esa competencia exclusiva sobre la participación de los usuarios, aun cuando hoy no debe olvidarse la existencia de un precepto en el TRLA [art. 18.1.b)] que vincula a las CCAA a reservar una representación a los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica no inferior al tercio de los miembros que los integren. Esta norma es básica y su carácter básico fue aceptado como tal por el TC<sup>20</sup>, por lo tanto y si no desaparece dicha mención de la legislación estatal, está vinculando a la Comunidad Autónoma de Andalucía lo que pone en canción —en el estado actual de cosas, insisto—, el carácter exclusivo de esa competencia que, más bien, sería en la práctica compartida. La interpretación, posible, acerca de que el Estatuto habría querido dejar sin aplicación en Andalucía un precepto como el art. 18 1 b) TRLA, se opondría —otra vez— a la realidad de las competencias del Estado derivadas del art. 149.1.18 CE sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas, pues la determinación de la presencia de los usuarios en distintos órganos administrativos, es muestra inequívoca de tal régimen básico de la Administración hidráulica, con independencia del porcentaje que pudiera establecerse<sup>21</sup> u otra forma específica de referirse a tal presencia.

La garantía de suministro es un concepto extraño a cuanto estamos comentando en este lugar porque, en estricto sentido, hace referencia a aspectos de los servicios locales de abastecimiento urbano o, en todo caso, a los caudales otorgados concesionalmente sea cual sea su destino, por lo que sería una referencia que debería jugar dentro del régimen concesional y sus principios correspondientes, dentro de los que está la posibilidad de establecimiento de legislación básica por parte del Estado (art. 149.1.18 CE).

Finalmente los últimos conceptos reflejados en el precepto examinado guardan relación con actuaciones que deben entenderse incluidas dentro de la materia

---

20. Cfr. STC 227/1988, fdo. jdo. 21 letra e) que habla del carácter «natural» de esta norma básica.

21. Siempre podría discutirse, no obstante, si el establecimiento de un porcentaje «fijo» como, en este caso, del tercio no podría ser mejorado desde la perspectiva de la relación legislación básica-legislación de desarrollo (y la posición constitucional de las CCAA), con referencias en la normativa básica a un «marco», a un ámbito más flexible que el del porcentaje fijo.

agricultura (donde las CCAA poseen competencias exclusivas según sus EEAA) sabiendo, no obstante, la dificultad con que a veces tiene que juzgarse sobre el reparto competencial en el ámbito de la agricultura de regadío. En todo caso y conociendo que tanto las competencias en materia de aguas que comento como las de agricultura operan dentro de las cuencas intracomunitarias andaluzas, ello no presentará dificultades especiales de interpretación y de gestión en el futuro<sup>22</sup>.

## 2. LAS COMPETENCIAS SOBRE OBRAS HIDRÁULICAS

Me refiero ahora a las competencias sobre obras hidráulicas para lo que hay que referirse necesariamente al concepto de «obras hidráulicas de interés general» que son las de competencia del Estado<sup>23</sup> asumiendo el Estado tradicionalmente tal competencia por medio de la declaración del interés general de una obra<sup>24</sup> aun cuando hay una especificación legal de lo que se entiende por obras hidráulicas de interés general desde la reforma de la Ley 29/1985, de Aguas, operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, con su art. 46. También y según la CE (art. 149.1.24) son de competencia del Estado las obras públicas –y por tanto igualmente las hidráulicas– que afectan a dos o más CCAA.

Desde antiguo se ha dejado bien sentada la independencia del régimen y de las competencias sobre las obras hidráulicas en relación a las competencias y régimen sobre las aguas, pues es perfectamente posible que el Estado ejerza competencias sobre obras hidráulicas (las declaradas de interés general) dentro del territorio de una cuenca intracomunitaria (de competencia de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre dicha cuenca) y, a su vez, que las CCAA ejerciten competencias sobre obras hidráulicas (de interés autonómico, pues) dentro del territorio de una cuenca intercomunitaria (de competencia del Estado). Todo depende, insisto, de que la obra se considere de interés general del Estado (ahora según los criterios presentes en el art. 46 TRLA) y, por tanto, de la asunción formal, o no, de la competencia sobre la misma por parte del Estado<sup>25</sup>. Y si no es declarada de interés

22. En todo caso me parece conveniente recordar aquí que el único precepto del EA recurrido al TC (por la Comunidad Autónoma de Extremadura) es el art. 51, relativo a la competencia exclusiva de Andalucía sobre la parte de la cuenca andaluza del Guadalquivir. En modo alguno lo ha sido el art. 50, que es sobre el que se ha realizado el proceso discursivo que se contiene en el texto.

23. La CE se refiere, genéricamente, a la competencia del Estado sobre las obras públicas en el art. 149.1.24.

24. Cfr. A. EMBID IRUJO (1995). Posteriormente S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2000) y luego EZQUE-  
RRA HUERVA (2007).

25. Dada la evidente relatividad de la distinción competencial sobre obras hidráulicas, en mi trabajo «Las obras hidráulicas» (1995) me pregunté sobre el «criterio» último que serviría para diferenciar o separar las obras de competencia del Estado de las de competencia de las CCAA. Y entonces, en ausencia de norma legal definitoria (como luego lo ha sido el art. 46 TRLA), respondí que el criterio no podía ser otro que el tamaño o importancia de la obra hidráulica que arrastra una determinada financiación que no podría ser asumida por la Comunidad Autónoma (cfr. pgs. 94 y ss. y 115 y ss.). Esa es la causa de que, hasta el momento, no haya habido problemas especiales en este ámbito y sí un sumo interés por parte de todas las CCAA de conseguir del Estado la declaración por éste de obras de interés general o de, más recientemente, ubicar una obra dentro de las genéricamente establecidas en el art. 46 TRLA, lo que, por cierto, suele afectar siempre a las de coste económico más importante.

general del Estado, es que lo será de interés autonómico y con posibilidad de proyección, realización y explotación por parte de la Comunidad Autónoma respectiva con independencia del lugar donde se encuentre dicha obra.

Sobre esa realidad sucintamente descrita inciden varios artículos de los EEAA recientemente reformados en los que se trata de hacer derivar hacia la respectiva Comunidad Autónoma las competencias «ejecutivas» de las obras de interés general eso sí «en los términos establecidos en la legislación estatal». Eso es lo que afirma el art. 117.2 del EC añadiendo que «en estos mismos términos le corresponde la participación en la planificación y la programación de las obras de interés general».

En el caso de Andalucía, el art. 50.2 de su Estatuto reconoce a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva sobre ejecución y explotación de obras de titularidad estatal previo convenio. En la misma línea se mueve el art. 72.3 del EAR que manifiesta que le corresponde a la Comunidad Autónoma «la ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal, si se establece mediante convenio...».

Pues bien, todos los preceptos nombrados son perfectamente adecuados a la Constitución en cuanto que no atribuyen directamente competencias a las CCAA referidas sobre la ejecución y explotación de las obras hidráulicas de competencia del Estado sino en el marco de convenios (Andalucía y Aragón) o en los términos establecidos en la legislación estatal (Cataluña). Esta remisión a la legislación estatal representa también, entre otras cosas, una forma de nombrar a los convenios dada la previsión genérica de éstos en el art. 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y al margen de las menciones específicas que puedan existir en la normativa hídrica específica. Desde luego son múltiples los convenios que sobre el particular han tenido lugar hasta ahora entre el Estado y las CCAA<sup>26</sup> y lo mismo, creo, sucederá en el futuro, incluso de manera acrecentada, según todos los signos que aparecen.

En todo caso, que un Estatuto de Autonomía pueda atribuir competencias de gestión sobre obras de interés general del Estado no sería, en ningún supuesto, novedad del presente proceso de reforma estatutaria. Puede recordarse, así, cómo el art. 11.8 del EC de 1980 (entre otros EEAA) atribuía a la Generalitat competencia ejecutiva sobre «puertos y aeropuertos con calificación de interés general, cuando el Estado no se reserve su gestión directa». Los EEAA reformados, en cuanto que reconocen competencias de gestión sobre obras hidráulicas en el marco de convenios o pactos o con sujeción a lo que indique la legislación estatal, son más tímidos —aunque conduzcan al mismo resultado— que el ejemplo que he puesto del pasado estatutario catalán.

26. Hasta el punto de que llegué a sugerir la existencia de un *tertium genus* de obras hidráulicas al lado de las de interés general y las de interés autonómico: las convenidas entre Estado y CCAA. Sobre el particular EMBID IRUJO (1995), pgs.. 116 y ss.



### 3. LA CESIÓN DE LA PARTE ANDALUZA DE LA CUENCA DEL GUADALQUIVIR A ANDALUCÍA Y DE LA PARTE CASTELLANO-LEONESA DE LA CUENCA DEL DUERO A CASTILLA-LEÓN

#### A) El caso de la cesión de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir a Andalucía

Uno de los preceptos más resaltables del EA es su art. 51 que trata de las competencias «exclusivas» de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma. Sin duda es el hecho de que muy buena parte de la cuenca del Guadalquivir es andaluza (por extensión territorial, por importancia de los aprovechamientos y por el número de personas afectadas en relación al total de los que viven en la cuenca) lo que está en el origen de un texto que, sin embargo, no parece en principio enteramente adecuado a la Constitución, entendiéndose por adecuación a la Constitución la interpretación de la frase del art. 149.1.22 CE («aguas –que– discurran por más de una Comunidad Autónoma») según el concepto de cuenca que primero decidió la Ley 29/1985 de 2 de agosto, de Aguas, y que posteriormente el TC en su Sentencia 227/1988, fdo, jdo. 15, consideró adecuada a la Constitución por criterios «lógicos, técnicos y de experiencia» tal y como he referido anteriormente y teniendo en cuenta que en ningún caso el TC expresó que su doctrina fuera la única forma posible de interpretar el art. 149.1.22 CE.

El texto andaluz somete a un conjunto de «precauciones» la atribución de competencia «exclusiva» sobre la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir. Así, la competencia es exclusiva, sí, pero siempre y cuando las aguas no afecten a otra Comunidad Autónoma, todo ello sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general «y de lo previsto en el artículo 149.1.22 de la Constitución». Las menciones que realiza el artículo son muy importantes y algunas de ellas merecen un comentario específico.

El EA ha querido poner un acento especial en la mención a que las aguas que se cedan no afecten a otra Comunidad Autónoma. Así, se piensa, se respetaría la dicción constitucional (art. 149.1.22) que atribuye al Estado, simplemente, las aguas que «discurran» por el territorio de más de una Comunidad Autónoma<sup>27</sup>. El Estado seguiría gestionando las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren por más de una Comunidad Autónoma y que afectan a Comunidades Autónomas distintas de la andaluza, mientras que la Comunidad Autónoma andaluza gestionaría las que aun pertenecientes a una cuenca que se extiende por el territorio de

27. El origen intelectual de este concepto «afectar» a otra Comunidad Autónoma y referido a las aguas podría estar en el art. 149.1.24 CE que en relación a las obras públicas atribuye al Estado la competencia sobre las de interés general y también sobre aquellas «cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma». El Estatuto de Autonomía de Andalucía habría mezclado formalmente, pues, menciones constitucionales relativas a las aguas y a las obras hidráulicas en la búsqueda de un nuevo criterio de reparto competencial adecuado a la Constitución.

más de una Comunidad Autónoma, no afectan a otras Comunidades de la cuenca. Dicho lo anterior se comprenderá que nos encontremos ante una disquisición casi de corte escolástico en la que, sustancialmente, lo que se pide del lector, primero, es una creencia en que ese tipo de aguas existen y, segundo, que se puede delimitar claramente, en la práctica, esa existencia y, por lo tanto, proceder al correspondiente proceso de traspaso de medios personales y materiales correspondientes a la competencia asumida por el Estatuto, igual que sucede en el resto de las atribuciones estatutarias sobre distintas materias.

Como indiqué en un trabajo originalmente publicado en 2007, es posible que ello sea así desde un punto de vista técnico, aunque me parece bastante difícil su demostración y, desde luego y sobre todo, bastante difícil de realizar tal demostración en el seno de una Comisión mixta de transferencias que es lo que debería ser consecuencia lógica del criterio del art. 51 del EA. No obstante, el acuerdo de transferencias se ha firmado con fecha 20 de septiembre de 2008 habiéndolo aprobado el Consejo de Ministros en su reunión de 17 de octubre de 2008 y para tener efectos desde 1 de enero de 2009. En todo caso —y uniendo esta idea con otra de las menciones del precepto— una delimitación perfecta, incontestable, solo podría realizarse con el presupuesto previo de una nueva planificación hidrológica que hubiera señalado<sup>28</sup> —porque ése sería uno de sus objetivos primordiales— cuáles son esas aguas de la cuenca hidrográfica del Guadalquivir que al no afectar a otras Comunidades son susceptibles de cesión a la andaluza sin lesión constitucional, en cuyo caso habría que diferir en la realidad la eficacia del precepto hasta que se hubiera aprobado tal planificación hidrológica (o sea y si se cumplen las previsiones del TRLA, en un plazo que concluiría el 31 de diciembre de 2009). En cualquier supuesto también me parece que debería resolverse una cuestión temporal evidente: la «no afección», ¿se refiere a un estado actual de cosas o es proyectable hacia el futuro también? Quiero decir que es perfectamente posible que unas aguas pudieran ser teóricamente cedidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía porque no afectarían en la actualidad a otra Comunidad por razón, por ejemplo, de la ausencia de construcción de infraestructuras hidráulicas que permitieran su derivación hacia otra Comunidad Autónoma<sup>29</sup>, pero que ello no fuera descartable, en modo alguno, en el futuro pues no hay que olvidar que nos encontramos ante una sola cuenca hidrográfica con todas las virtualidades y posibilidades que ello tiene.

---

28. De la forma participativa, transparente, con aportaciones de todos, como es el régimen jurídico de la planificación hidrológica desde un punto de vista formal.

29. En esto es claramente advertible cómo un criterio del EA que, como antes he indicado, parece inspirado en la dicción del art. 149.1.24 CE relativa a las competencias sobre obras, puede no ser tan exactamente trasladable a un elemento esencialmente fluyente —las aguas— y cuya utilización en una u otra Comunidad Autónoma puede depender, precisamente, de la realización de obras hidráulicas. En todo caso también hay que recordar que la afección de una obra hidráulica siempre tiene que hacer referencia a la afección del recurso que la misma regula o canaliza. Es claro, finalmente, que aun con transferencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía nada impide que en el futuro, se realice una obra hidráulica que permita reconducir aguas en este momento atribuidas a Andalucía a otra Comunidad Autónoma de la cuenca. Todo depende, sustancialmente, de lo que sobre el particular decida la planificación hidrológica y del respeto a los procedimientos administrativos previstos para la aprobación y ejecución de esas obras.

Todo lo indicado hasta ahora sirve para afianzar las ideas anteriormente expuestas acerca de la dificultad del tema que nos ocupa y lo acertado de que sea, finalmente, el TC quien deba emitir un juicio sobre la constitucionalidad de la previsión estatutaria<sup>30</sup>.

En todo caso restaría un comentario a la última mención del precepto que comento, la referencia al art. 149.1.22 CE, constituida como la final de las condiciones del ejercicio de esa competencia exclusiva por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esa frase –en el estado actual de la legislación estatal y de la jurisprudencia del TC, y pongo hincapié en la palabra «actual»– puede significar, aunque no se haya reparado en ello, la negación de las competencias que el comienzo del precepto parece afirmar. No sería posible, así, tener competencias sobre parte de una cuenca hidrográfica con sujeción a lo dispuesto en el art. 149.1.22 de la Constitución, si este mismo precepto constitucional, por la interpretación llevada a cabo por el TC en la Sentencia 227/1988, es, precisamente, quien niega la posibilidad de tales competencias a las Comunidades Autónomas en cuanto que las reserva de manera exclusiva al Estado porque las aguas –las cuencas– son intercomunitarias con independencia de que afecten, o no, a otra Comunidad Autónoma. Todo ello, insisto, en el bien entendido, claro está, de que el TC sólo ha dicho hasta ahora que la interpretación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, es adecuada a la Constitución, no que no pudieran existir otros desarrollos legislativos que también pudieran ser adecuados, pues el mismo TC ha afirmado que no estamos ante la única forma posible de interpretar la expresión presente en el art. 149.1.22 CE<sup>31</sup>.

Resulta de todo ello un precepto ciertamente confuso y en el que se producen contradicciones internas que conducirían, en su caso, a la conclusión final de la negación de las competencias a la Comunidad Autónoma que, paradójicamente, el mismo precepto parece asumir y sin que deba tenerse en cuenta en este caso, por lo tanto y como primera condición, el hecho de que las aguas afecten, o no, a otra Comunidad Autónoma<sup>32</sup>. Como ya he indicado anteriormente, el precepto ha

30. Es conveniente indicar que aun cuando se decida la adecuación constitucional en el marco de los correspondientes condicionantes que ya se contienen en abstracto en el art. 51 EA, quedará la adecuación del TRLA a la nueva situación jurídica, puesto que el TRLA guarda entera relación con otro marco normativo que fue considerado adecuado a la CE por la STC 227/1988 como ya se ha dicho supra en este trabajo.

31. Ya he indicado con anterioridad que la hipotética decisión del TC sobre que el único entendimiento posible de la expresión constitucional de «aguas que surran» del art. 149.1.22 CE fuera el de cuenca hidrográfica, representaría el único supuesto –en lo que yo conozco, y nunca sabe uno hasta donde puede extenderse la propia ignorancia– del constitucionalismo mundial –en lo relativo a los Estados descentralizados políticamente, obviamente– en el que el criterio de la cuenca hidrográfica fuera la única forma posible de interpretar o entender la Constitución a los efectos del consiguiente reparto competencial que en todo Estado descentralizado políticamente debe existir entre la «Federación» o Estado central, y los entes o estados federados. En todo caso y finalmente, lo que subyace a toda esta problemática es el entendimiento de la expresión «cuenca hidrográfica» que en absoluto es el mismo en el conjunto de los Estados. Existe, sí, un determinado concepto en la Directiva marco de aguas de 2000 (aplicable hoy, por tanto, a 27 países europeos), pero los conceptos de cuenca hidrográfica varían en la teoría y en la práctica en otros países distintos de los mencionados.

32. La confrontación de esta frase del art. 51 del EA debería realizarse con los criterios «lógicos, técnicos y de experiencia» a que alude el TC, lo que nos llevaría bastante más lejos de lo

sido recurrido por la Comunidad Autónoma de Extremadura al TC quien tendrá, por tanto, ocasión de resolver las serias dudas que acabo de plantear.

Y lo cierto es, sin embargo, que existen razones objetivas más que suficientes para que Andalucía pueda gestionar efectivamente la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir en tanto en cuanto su gestión no ponga en peligro —ni ahora ni en el futuro— las posiciones de otras Comunidades Autónomas ni los poderes del Estado y, en todo caso, ser el elemento determinante de la mayor parte de decisiones a adoptar sobre la misma<sup>33</sup>, pero ello no puede conseguirse (a menos que el TC matice sustancialmente lo que indicó en su Sentencia 227/1988 fundamentándose, como primera parte de su razonamiento, en lo que ya indicó en dicha Sentencia acerca de que la fórmula de la Ley 29/1985 no era la única posible para interpretar la CE<sup>34</sup>), por medio de la técnica presente en el art. 51 del EA sino utilizando otras posibilidades constitucionales cuyo uso, en el futuro, no tendría porqué descartarse. Sobre ello habrá de volverse con más atención y extensión, en otro momento.

## **B) La cesión de la parte castellano-leonesa de la cuenca del Duero a Castilla-León**

También el ECL dispone la cesión a la Comunidad y como competencia exclusiva (art. 75.1), de las aguas de la cuenca del Duero «que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma» y ello «dada la relevancia que la cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León».

Aun con palabras distintas, en el fondo el criterio utilizado es semejante al que acabamos de contemplar en el caso de la asunción de competencias del Gua-

---

que en este lugar puede emprenderse. En todo caso, la «afección» es un concepto jurídico indeterminado que obligaría necesariamente a realizar labores de interpretación jurídica (¿qué es afectar?) reservadas al legislador estatal, no siendo imposible que alguien tachase, incluso, a esa misma legislación estatal de contraria al art. 149.1.22 de la Constitución por el mero hecho de su existencia (recuérdese, a esos efectos, el contenido de la STC 5/1983 relativa a la LOAPA, y en la que el TC negó facultades interpretativas al legislador estatal, si bien luego se ha producido un notable cambio jurisprudencial en este tema llegando la STC 247/2007 a afirmar la capacidad interpretativa de la CE de los EEAA a reserva, obviamente, de que tal interpretación pueda juzgarse desde un punto de vista material como adecuada a la Constitución).

33. Hay otras razones que subyacen a toda la problemática examinada y que no puedo dejar de mencionar aquí: la reserva completa al Estado, tal y como hoy sucede, de las posibilidades de decisión en torno al agua, empequeñece en grado sumo otras de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas en las que el elemento agua es decisivo para su ejercicio: piénsese, sobre todo, en la agricultura pero igualmente entraría aquí la industria, ámbitos los dos, en los que todos los Estatutos de Autonomía afirman la existencia de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. En el tema del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de agua, no está todo dicho, ni mucho menos, y es exigencia insoslayable la profundización en el conjunto de los criterios de nuestro sistema constitucional, materiales y organizativos, sin visiones parciales y teniendo en cuenta, además, la directriz general de eficacia que como principio constitucional válido para todas las Administraciones Públicas contiene el art. 103.1 de la Constitución española.
34. Y matización en la que debería jugar un papel clave la referencia a la planificación hidrológica, como instrumento del Estado por el cual se actualizan en cada momento la extensión de las aguas que por no afectar a otra Comunidad Autónoma, son susceptibles de gestión exclusiva por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

dalquivir por Andalucía. En este supuesto la clave era que las aguas cuya competencia se asumía «no afecten» a otra Comunidad Autónoma. Aquí se trata de que «deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma». Si el presupuesto básico es el mismo, también debe decirse lo mismo en relación a esta competencia: su presunta incompatibilidad con la interpretación que el TC dio al art. 149.1.22 CE en su Sentencia 227/1988 a no ser que la misma fuera cambiada por una nueva Sentencia. Y, desde luego, la necesidad de que hubiera un previo proceso normativo y/o planificador que aclarara de forma absolutamente indubitable de qué aguas se está hablando.

En todo caso lo que sí me parece necesario es descartar radicalmente que el carácter «internacional» (más bien comunitario) de la cuenca del Duero sea un obstáculo a su posible cesión parcial a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Eso no se sostiene con el ordenamiento jurídico actual y lo único que sucede es que el Estado español debe cumplir una serie de obligaciones (hacia Portugal y hacia las instituciones europeas) derivadas del carácter de la cuenca, pero sin que al derecho internacional (estoy pensando en el llamado Convenio de Albufeira de 1998 suscrito entre el Reino de España y Portugal y los convenios anteriores en lo que restan de vigencia) o al comunitario (la existencia de una demarcación supranacional<sup>35</sup> en el sentido de la Directiva marco de aguas de 2000) interese en lo más mínimo qué organismos del Estado dentro de las fronteras nacionales ejercitan unas determinadas competencias.

Y concluyo afirmando para Castilla y León lo mismo que ya indiqué para Andalucía pero, en este caso, todavía con mayor énfasis, si cabe: por la extensión territorial, por la importancia de los aprovechamientos y por la población afectada, la cuenca del Duero es prácticamente castellano-leonesa y debería existir un modo de actuación para que la Comunidad Autónoma tuviera una importancia decisiva sobre el conjunto de las aguas que pueden considerarse «propias» de la Comunidad. Con la expectativa acerca de lo que el TC pueda decir en su momento sobre este Estatuto, existen otros procedimientos constitucionales para dar una relevancia decisiva a la Comunidad de Castilla y León en la gestión de la cuenca del Duero «castellano-leonesa» y, por otra parte, con determinadas modificaciones normativas de la organización de los Organismos de cuenca estatales, podría conseguirse la misma finalidad. La rigidez de las interpretaciones constitucionales no puede conducir nunca a la falta de eficacia en la vida de las organizaciones y de las instituciones, y papel de los juristas, al margen de la tan fácil –muchas veces– afirmación de inconstitucionalidades, es la de encontrar caminos para que derecho y eficacia sean términos que puedan conjugarse conjuntamente.

35. Por eso el RD 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, se ha referido a la «parte española de las demarcaciones hidrográficas correspondientes a las cuencas hidrográficas compartidas con otros países» (art. 3).

#### **4. LA EMISIÓN POR LAS CCAA DE INFORMES EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LOS QUE DEBE DECIDIR EL ESTADO**

En esos términos de la generalidad con que trato estas cuestiones, debo ahora referirme a otra característica también general del actual momento de reforma estatutaria, como es la previsión de distintas formas de participación de las CCAA en procesos cuya decisión final pertenece al Estado. Se regula en los nuevos textos estatutarios considerados, así, la emisión de informes o la simple participación en el proceso de adopción por el Estado de decisiones sobre obras hidráulicas de interés general, transferencias u otras.

Se ha escuchado o leído que la regulación de estos informes representaría una inmisión o perturbación en las competencias del Estado y que, por ello, su presencia en los EEAA reformados sería inconstitucional<sup>36</sup>. Mi opinión, sin embargo, es la contraria y, además, creo que debe entenderse como síntoma de buena salud constitucional la intervención de CCAA en procesos en los que la competencia de resolución es del Estado y no se discute el contenido de su decisión ni su competencia sino que se pretende, solamente, que el Estado cuente con una opinión más y que ésta se formalice expresamente: la de la Comunidad Autónoma a la que pueda afectar tal decisión y que se pronuncia desde su evidente «interés», territorialmente hablando, en relación (y, quizás, prevención) a la decisión final que se adopte.

Es posible —no lo sé— que en el momento fundacional del Estado de las Autonomías pudiera haberse expresado con más rotundidad y fuerza de convicción la posición que ahora combato abiertamente, pero me parece que a casi 30 años vista de la aprobación del primer Estatuto de Autonomía (el del País Vasco en 1979), con la experiencia real del funcionamiento del Estado y la jurisprudencia del TC existente sobre cuestiones como la que trato, rechazar, por inconstitucional, que en los EEAA reformados pueda aparecer como previsión la emisión de informes no vinculantes por parte de las CCAA o la mera participación en procesos de decisión por parte del Estado, representa un mal entendimiento de lo que significa la Constitución y el mismo Estado de las Autonomías y ello porque:

a) Como el TC ha dicho repetidas veces, la colaboración entre las entidades públicas es un principio constitucional no escrito expresamente y que resulta esencial para el funcionamiento del Estado de las Autonomías<sup>37</sup>. Que fórmulas típicas de la colaboración como las que ahora estoy tratando, puedan considerarse inconstitucionales por su presencia en una norma relevante del bloque de la constitucionalidad me parece aberrante<sup>38</sup> o, desde otro punto de vista, también podría inter-

---

36. Por ejemplo, en el recurso formulado por diputados del grupo parlamentario popular contra el EC. Pero también hay escritos doctrinales con ese contenido.

37. La STC 34/1993, de 30 de julio, habla del deber de colaboración como de un «elemental principio de relación» y la STC 18/1982, de 4 de mayo, dice que es un «deber general que no es menester justificar en preceptos concretos... se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución».

38. Es lugar común en la doctrina —por ello no hacen falta citas específicas— expresar el lamento por la falta expresa de mecanismos de colaboración Estado-CCAA en la Constitución. Solo se regulan en el art. 145.2 CE los acuerdos y convenios de colaboración entre las CCAA. Por ello

pretarse como una confesión por parte de quien así se exprese de lo lamentable de la pérdida del Estado centralista antes conocido, aunque no sea ésta la directa opinión de quien se manifieste de la forma que discuto<sup>39</sup>.

b) Las leyes ordinarias han ido recogiendo poco a poco, la existencia de procesos de colaboración como los que ahora encuentran cobijo en los EEAA que estudio y la jurisprudencia del TC ha señalado como perfectamente constitucionales tal tipo de intervenciones siempre que no pretendan ser vinculantes (cfr. STC 40/1998). Se dirá que estos hechos que narro se han desarrollado en leyes estatales libremente modificables por el Estado, y es cierto. Pero también han aparecido en leyes autonómicas no recurridas –regularmente– por el Estado<sup>40</sup> y todas estas presencias normativas no son otra cosa que el reconocimiento de ese principio constitucional no escrito expresamente –insisto en la idea– de la colaboración.

c) Tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre, parece innegable que estas fórmulas de colaboración que refiero pueden formar parte, perfectamente, del contenido de los EEAA y que en modo alguno, además, esa inserción se opondría a la Constitución, único parámetro posible de la constitucionalidad de los EEAA. Obsérvese cómo en el fdo. jdo. 12 de la Sentencia citada, después de un amplio estudio sobre la función constitucional de los EEAA presente en el art. 147.2 CE, se afirma con rotundidad la posibilidad de que los EEAA contengan previsiones que vayan más allá de lo estrictamente previsto en el art. 147.2 CE y que se refieran, por ejemplo, a relaciones entre los poderes autonómicos y los estatales, relación en la que entraría –sobre ello creo que no puede haber dudas, al menos sustentadas en un proceso de razonamiento jurídico– todo lo relativo al principio de colaboración:

---

no puede expresarse sino satisfacción por el hecho de que se incorporen a un elemento relevante del bloque de la constitucionalidad los informes de los que se trata en el texto.

39. Por otra parte, el TC en su Sentencia 227/1988, ya se había referido a la necesidad de colaboración de Estado y CCAA con las siguientes palabras que, aun pronunciadas de forma general, luego se aplicarán al ámbito concreto del agua: «La proyección sobre un mismo medio físico o recurso natural de títulos competenciales distintos en favor del Estado o de las CCAA impone la colaboración entre ambas Administraciones; colaboración que “resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías” como ha señalado este Tribunal, por relación genérica a supuestos como el que ahora se plantea, en la STC 76/1983, de 5 de agosto. Más aún, este entrecruzamiento de competencias obliga, como queda dicho, a la coordinación entre las Administraciones implicadas, según se declara también en aquella Sentencia; coordinación que corresponde al Estado en la medida en que resulten afectados los objetivos de la planificación económica. Sentado esto, procede afirmar también que ni la competencia en materia de coordinación ni la competencia sobre las bases de la planificación autorizan al Estado para atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las CCAA por el mero hecho de que su ejercicio pueda incidir en el desarrollo de las competencias estatales sobre determinadas materias».

40. Distintas Leyes de Ordenación del Territorio de CCAA reconocen la existencia de informes preceptivos de las CCAA sobre procesos de planificación del Estado. *Vid.*, así, la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía de 1994 que prevé informes de órganos andaluces sobre la planificación hidrológica elaborada por el Estado. Igualmente la Ley 1/2001, de Aragón (recurrida por el Gobierno de la Nación, por cierto, ante el TC por recoger la necesidad de informes de un órgano autonómico –el Consejo de Ordenación del Territorio– sobre la planificación hidrológica estatal aunque posteriormente el TC levantó la suspensión de la Ley aragonesa y el Gobierno de la Nación retiró finalmente el recurso) va en el mismo sentido.

«De todo ello se desprende, en fin, que los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, *sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro*» (la cursiva es mía).

Y un poco más adelante se complementa esta decisiva afirmación inicial con las siguientes palabras, también muy importantes:

«Cuando se ha señalado justifica que hayamos de considerar que el contenido legítimo de los Estatutos no se restringe a lo literalmente previsto en el art. 147.2 y 3 CE y restantes previsiones constitucionales expresas, sino que dicho contenido se vincula al principio dispositivo en los términos expuestos. Sin embargo, dicho contenido no puede ser entendido de manera difusa, en atención, entre otras razones, a la especial rigidez que les caracteriza. *En definitiva, el contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 147.2 CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma*» (la cursiva es mía).

d) Finalmente y en otro orden de consideraciones, la presencia de informes o participaciones en determinados procedimientos de competencia estatal, no debe verse, en absoluto, como una suerte de «imposición» de la Comunidad Autónoma sobre el Estado. Al contrario, creo que tanto interés tiene la Comunidad Autónoma en emitir una opinión formal en relación al ejercicio de competencias estatales, como el Estado de conseguir esa opinión para tener más seguridad en el acierto de su decisión final. En tal sentido, el origen de las normas de que trato podría encontrarse tanto en la iniciativa de reforma estatutaria ejercida por las CCAA, como en los procedimientos parlamentarios de las Cortes Generales de tramitación de tales iniciativas estatutarias. Ello es indiferente porque, insisto, el mecanismo de que tratamos parece esencial para la eficacia en el funcionamiento del Estado de las Autonomías y por ello no debería considerarse nunca inconstitucional su presencia en normas tan relevantes del bloque de la constitucionalidad sino muestra representativa del vigor y eficacia del Estado de las Autonomías.

Posteriormente volveré sobre el tema de los informes cuando trate de la cuestión de las transferencias de aguas entre ámbitos territoriales de distintos Planes hidrológicos de cuenca, tema en el que también se prevé expresamente en distintos EEAA la posibilidad de emanación de informes por las CCAA afectadas.



### III. EL CONCEPTO DE CUENCA HIDROGRÁFICA Y SU PAPEL EN ESPAÑA

Visto todo lo cual y dadas las múltiples referencias realizadas hasta ahora al papel de las cuencas hidrográficas, parece imprescindible reflejar el concepto normativo de cuenca hidrográfica para saber con más exactitud lo que se quiere transmitir con todas las palabras anteriores. Reproduzco el que contiene la legislación española, a estos efectos constituida por el art. 16 del TRLA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

«A los efectos de esta ley, se entiende por cuenca hidrográfica la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta. La cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso se considera indivisible»<sup>41</sup>.

No es éste el único concepto posible de cuenca hidrográfica aunque, en mi opinión, sí el más correspondiente con las características «naturales» de división hidrográfica a la que me refiero y en el que destaca la desembocadura en el mar de la o las distintas corrientes de agua que forman la cuenca. La observación de las realidades de otros países permite constatar que la cuenca así definida, como unidad de gestión es una rara avis y que, al contrario, es dable encontrar también la utilización de otros conceptos –que para el anterior ejemplo serían, simplemente, subcuencas– que son, más bien, las que pueden tomarse como referencia de gestión en muchos países. En realidad son las concretas características de cada país las que suelen determinar esas definiciones<sup>42</sup>.

En otras ocasiones, es el mismo tamaño de las cuencas (cuando éste es enorme) el que les hace de muy difícil gestión unitaria en cuanto que abarcan varios o muchos países y es difícil articular organizaciones –necesariamente internacionales– capaces de realizar una gestión integral de las aguas de toda la cuenca, bien que el derecho internacional fluvial esté avanzando poderosamente en esta dirección<sup>43</sup>.

41. La virtualidad mayor de esta definición es que procede del art. 2 de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. En el apartado V llevo a cabo algún breve comentario sobre esta Directiva en cuestiones relacionadas con la gestión de las cuencas.

42. Imagínese –no es complicado este ejercicio de imaginación– países sin salida al mar o cortados por cadenas montañosas de las que parten cursos de agua que pronto se integran en otros países. Es evidente que en estos casos la definición española (y europea) no aporta ninguna utilidad a ese concreto país porque la desembocadura en el mar o no existe o tiene lugar allende las propias fronteras; eso a no ser que existan Tratados internacionales que algo determinen en relación a gestión conjunta con otros países de lo que no serían, desde el punto de vista del derecho interno, sino subcuencas.

43. Pensar en gestión integral de la cuenca del Amazonas (con 6.144.727 km<sup>2</sup>) o de la del río Congo (3.730.474 km<sup>2</sup>) o de la del río Nilo (3.254.555 km<sup>2</sup>) no deja de ser un planteamiento utópico (ahora y también en un futuro lejano) bien que, al margen de los mismos problemas internos de gestión en cada país miembro de esas cuencas, en todos los casos indicados y en función de la potencialidad que muchas declaraciones y conferencias internacionales han dado al concepto de cuenca hidrográfica, haya habido notables avances en los últimos años en el camino de la consecución de elementos de coordinación, al menos.

En algunos países federales, los poderes de los Estados federados sobre el agua son tantos, que en cuanto existan ríos o cuencas que sobrepasen los límites de los Estados o de las unidades políticas autónomas reciban el nombre que reciban, solo el pacto entre esas unidades políticas permitirá un «reparto» de los caudales y una gestión compartida de aguas que, es evidente, trascienden del puro interés territorial local. Es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos y de la República Argentina cuyos Estados y Provincias, respectivamente, tienen constitucionalmente aseguradas la mayor parte de las competencias sobre aguas y que, por tanto, tienen que recurrir a la suscripción de acuerdos entre Estados (EEUU, donde se denominan «compact») y Provincias (Argentina) para la gestión de los ríos supraestatales o interjurisdiccionales. En el primer supuesto, el pacto más conocido, y también polémico, es el «compact» del río Colorado de 1921 (revisado por otro de 2007) que se traduce en un mero reparto de caudales entre siete Estados, lo que podría ser aceptable en 1921 pero en la actualidad la ausencia en el mismo de referencias a calidad o formas de gestión causa múltiples problemas (GETCHES)<sup>44</sup>. También en Argentina existen varios tratados entre Provincias de esta índole<sup>45</sup> asistiéndose en los últimos años a un intento por parte del poder central de recuperar competencias sobre aguas determinando legislativamente (con la base de los llamados «presupuestos mínimos» que son semejantes a la legislación básica española) las competencias de las Provincias, lo que doctrina relevante (MATHUS) considera inconstitucional estando pendiente una sentencia de la Corte Suprema sobre el particular que resuelva el problema.

Pues bien, en función de todo lo anterior puede reflexionarse sobre el papel de la cuenca hidrográfica en España.

Lo primero que debo resaltar, entonces, es la antigüedad del concepto y del rol de la cuenca hidrográfica en España, antigüedad más resaltante todavía si se tiene en cuenta la llegada tan tardía del mismo a la mayor parte de los países, cuando ha llegado. Así, la cuenca como base para la confección de un plan coordinado de obras hidráulicas aparece ya en el Real Decreto-Ley de 15 de marzo de 1926 de creación de las Confederaciones Sindicales (como entonces se denominaron) Hidrográficas. Estos entes, que primitivamente solo tenían competencia sobre obras hidráulicas y que basaban su originalidad, además de en tomar la cuenca como elemento para la planificación y ejecución de obras, en la participación en dichos procesos de los usuarios (o sea, de los propietarios agrícolas de la cuenca), evolucionarán para asumir dentro de las mismas la gestión de las aguas, ámbito en el que el elemento participativo será muy tenue correspondiendo dicha gestión

---

44. No hay que desconocer, por otra parte, que la Federación siempre puede influir sobre la gestión sobre las aguas de los Estados, a partir de normas basadas en los poderes ambientales de la Federación. Recuerdo así, sin más referencias, el decisivo papel de las Leyes federales sobre el agua limpia (clean water) o sobre los ríos escénicos.

45. El último que conozco, entre las provincias de Mendoza y La Pampa y suscrito también por el Estado a través de dos Ministerios, es de 7 de agosto de 2008 y trata sobre el río Atuel, con lo que se soluciona felizmente un largo conflicto jurídico y político entre las dos provincias.

exclusivamente a la parte puramente «administrativa» de las Confederaciones (a través de la Comisaría y del Presidente en última instancia).

Además de eso en la actualidad la cuenca es en el derecho español:

a) *La base de la Administración hídrica estatal*: El TRLA regula, así, la existencia de organismos de cuenca con el nombre de Confederaciones Hidrográficas<sup>46</sup> a los que se pueden incorporar las CCAA que tengan territorio en el de la cuenca gestionada por el Estado<sup>47</sup>. Hoy y en virtud del nuevo concepto de Demarcación Hidrográfica que procede de la Directiva marco de aguas de 2000<sup>48</sup>, los Organismos de cuenca extienden su competencia al conjunto de la Demarcación debiendo coordinar sus competencias con las de otras Administraciones en el llamado Comité de Autoridades competentes (con solo funciones de coordinación y consultivas, no decisoras). También las CCAA con cuencas propias que gestionar, construyen su Administración hídrica con la base de las cuencas hidrográficas y avanzando en la idea de «autonomía» para dichos órganos<sup>49</sup>.

b) *El ámbito territorial de la planificación hidrológica (de cuenca)*. Una de las decisiones más importantes de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, fue la de estructurar jurídicamente la planificación hidrológica y hacer de ella una norma<sup>50</sup>. Los Planes hidrológicos de las cuencas de gestión del Estado se aprobaron en 1998 y también se han ido aprobando los Planes de las cuencas de gestión autonómica. La Planificación hidrológica, con alguna orientación distinta, ha sido también recogida por la Directiva marco de aguas de 2000 y ahora se están elaborando en España los Planes hidrológicos de cuenca con ámbito de Demarcación, adaptados a las prescripciones de esta Directiva y que deberán estar aprobados antes del 31 de diciembre de 2009.

c) *El elemento decisivo a la hora de la gestión de las aguas*. Si la planificación hidrológica es de cuenca (con la existencia de un Plan Hidrológico Nacional que fue aprobado por Ley 10/2001, de 5 de julio) y la organización administrativa también, puede concluirse en que la gestión «ordinaria» de las aguas es la que se lleva a cabo en la cuenca hidrográfica. «Saltar» los límites de la cuenca regulando una transferencia de aguas de una cuenca a otra (mejor, de un ámbito territorial de planificación hidrológica de cuenca a otro), requiere, como regla general, la

46. Jurídicamente son Organismos Autónomos cuyas decisiones agotan la vía administrativa y solo son susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Está clara, pues, la voluntad del Estado de conseguir la mayor autonomía administrativa posible para los Organismos de cuenca.

47. Todas las CCAA están incorporadas a los Organismos de cuenca correspondientes.

48. Las Demarcaciones Hidrográficas suman al territorio tradicional de las cuencas, las aguas de transición y las aguas costeras con las definiciones que para las mismas ofrece el art. 17 TRLA.

49. Se está generalizando la fórmula de las «Agencias» (Catalana del Agua, Andaluza del Agua, Vasca del Agua...) como denominación y peculiaridad organizativa de estos órganos de las CCAA. Pero su naturaleza jurídica suele ser la de entidades de derecho público que funcionan con arreglo al derecho privado. En modo alguno nos encontramos con realidad semejante a la de las Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos que refleja la Ley 28/2006, de 18 de julio, y que están caracterizadas por una gran autonomía orgánica, contractual, presupuestaria, financiera, de gestión de personal etc...

50. Sobre el particular EMBID IRUJO (1991) y unánimemente la doctrina posterior.

inserción de la misma en el Plan Hidrológico Nacional que se aprueba por Ley y no es una regulación «libre» sino que deben aparecer en ella las «condiciones» de dicha transferencia [cfr. art. 45.1.c) TRLA].

Los límites territoriales de los Organismos de cuenca –y por tanto de las cuencas hidrográficas– quedaron fijados en 1987 y han permanecido intocados prácticamente hasta ahora. Recientemente se ha aprobado la creación de un nuevo Organismo de cuenca estatal –el del Miño-Limia, que surge por segregación de un territorio de la cuenca (impropiamente llamada así) del Norte– y está por ejecutar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 que anuló determinados preceptos del Plan Hidrológico de la cuenca del Júcar porque extendían su vigencia a territorios que eran cuencas hidrográficas en sí mismos y quedaban dentro de la Comunidad Autónoma Valenciana debiendo, consiguientemente, ser gestionados por ella dados los términos de su Estatuto de Autonomía<sup>51</sup>.

#### **IV. LA PROBLEMÁTICA DE LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HÍDRICOS ENTRE DISTINTOS ÁMBITOS TERRITORIALES DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA DE CUENCA. SU PRESENCIA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA REFORMADOS**

Quizá sea éste de las transferencias de agua el elemento decisivo, al menos para España, donde se manifiestan más claramente las tensiones que lleva consigo la relación agua-territorio<sup>52</sup>. Ya se ha anunciado anteriormente el elemento conflictivo que en España han representado siempre las transferencias de agua entre cuencas hidrográficas. Elemento conflictivo en el ámbito de lo político y de lo social. En el presente apartado voy a tratar de las transferencias y de su problemática en general (1) y luego de la presencia de las mismas en los Estatutos de Autonomía recientemente reformados (2).

##### **1. LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HÍDRICOS ENTRE ÁMBITOS TERRITORIALES DE DISTINTOS PLANES HIDROLÓGICOS DE CUENCA**

La rúbrica de la que se parte corresponde a la dicción contenida en el art. 43.1 c) de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que encomendó la regulación de las transferencias así definidas, incluyendo sus «condiciones», a la Ley aprobatoria del Plan Hidrológico Nacional; [hoy el texto es art. 45.1.c) del TRLA de 2001]<sup>53</sup>. Pero antes de ellas ya se habían producido regulaciones específicas<sup>54</sup> y hasta inten-

51. Sobre la capital (y difícil) cuestión de la forma de ejecución de esta Sentencia vid. el trabajo de EMBID IRUJO (2006 a) cit. en la bibliografía final en el que se incluyen referencias a otra doctrina de no necesaria cita ahora.

52. En la última doctrina vid. el excelente trabajo de MENÉNDEZ REXACH (2007).

53. Sobre la cuestión en sus orígenes EMBID IRUJO (1991) pgs. 211 y ss.

54. Debo advertir que muchas de las transferencias existentes (algunas bien poco relevantes desde el punto de vista de los volúmenes de agua comprometidos) no cuentan con una propia regulación sino que arrancan de tiempos bastante lejanos en los que, cuando más, se dio una concesión administrativa como legitimadora de la actuación, pero en ocasiones ni siquiera ésta existe.

tos de producir una gran transferencia basándose, simplemente, en el otorgamiento de una concesión administrativa. Todo ello había conducido en muchos casos a una gran polémica política y social.

Así hay que comenzar hablando de los años 1973-1974, cuando se formuló por la Administración un anteproyecto de trasvase de un volumen anual de 1.400 Hm<sup>3</sup> desde la cuenca del Ebro a la del Pirineo Oriental que no llegó a ejecutarse y que se quería fundamentar en el otorgamiento de una mera concesión iniciándose la tramitación de la misma por la publicación de una Nota-anuncio en el Boletín oficial de la Provincia de Tarragona donde tendría lugar la captación; finalmente y ante las resistencias mostradas, se desechó la iniciativa<sup>55</sup>.

En 1981 se reguló por Ley 18/1981 un llamado vulgarmente «ministrasvase» (por su volumen relativamente pequeño, 125 Hm<sup>3</sup> de trasvase anual, en relación al anterior) desde la cuenca del Ebro a la provincia de Tarragona (obsérvese el ámbito territorial limitado, pues no se trataba del destino, sin más, a otra cuenca hidrográfica, la del Pirineo Oriental como entonces se llamaba, sino a una división administrativa –una provincia– en parte ubicada dentro de otra cuenca hidrográfica, la del Pirineo Oriental) que sí se ejecutó.

El trasvase más importante de todos los existentes es el denominado Tajo-Segura, regulado por Leyes de 1971 y 1980 que no fueron esencialmente polémicas en su momento pero que hoy conocen una contienda constante cada vez que se trata de decidir los volúmenes de agua que se tienen que trasvasar periódicamente. El trasvase se diseñó para mover cada año 1.000 Hm<sup>3</sup> de agua, pero se limitó jurídicamente de forma inmediata a 600 Hm<sup>3</sup> que solo raramente se han podido trasvasar por inexistencia de agua en los embalses de cabecera lo que mueve a la reflexión sobre la evidente imperfección técnica con la que se diseñó, lo que constituye una de las causas, sin duda, de muchas de las actuales críticas que recibe el mismo. La Comunidad de Castilla-La Mancha pretende declarar la caducidad de este trasvase incorporando una disposición específica a su Proyecto de Estatuto de Autonomía que luego examinaré.

Las mayores polémicas que se conocen hasta el momento han tenido lugar con ocasión de la regulación por la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, de la transferencia desde la cuenca del Ebro a las del arco mediterráneo (cuencas internas de Cataluña, Júcar, Segura y provincia de Almería). Al margen de los trastornos sociales (con manifestaciones variadas en distintas ciudades), por la Comunidad Autónoma de Aragón se formularon recursos de inconstitucionalidad, denuncias ante la Comisión Europea por infracción de directivas comunitarias, múltiples recursos contencioso-administrativos contra distintas actuaciones administrativas llevadas a cabo para ejecutar la transferencia... hasta que la transfe-

55. Es esencial sobre el tema el libro de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, J. BERMEO VERA y L. MARTÍN REBOLLO (1975).

rencia fue derogada por Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, elevado a Ley 11/2005, de 22 de junio<sup>56</sup>.

Recientemente han vuelto a surgir tensiones en virtud de la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona (BOE núm. 97, de 22 de abril), que supone una autorización temporal para trasvasar el agua no utilizada procedente de la autorizada a trasvasarse por la Ley 18/1981 (la reguladora del minitrasvase a la provincia de Tarragona que previó un volumen de trasvase de hasta 4 m<sup>3</sup>/s no utilizándose en la actualidad en la provincia de Tarragona más que 2,8 m<sup>3</sup>/s), a la provincia de Barcelona (que, por tanto, podría aprovechar hasta 1,2 m<sup>3</sup>/s pues el Real Decreto-Ley 3/2008 ordena respetar las utilizaciones actuales)<sup>57</sup>. Se trata de una norma amparada en una situación de sequía extraordinaria que, justamente, comenzó a cambiar con abundantes lluvias nada más llegar el Real Decreto-Ley 3/2008 al BOE. El texto contaba, por otra parte, con una curiosa disposición final tercera que ordenaba el cese de la vigencia del Real Decreto-Ley cuando cesara la causa de la situación extraordinaria o, en todo caso, a los treinta días de la entrada en servicio de una desaladora que se está construyendo en Barcelona y que se prevé que esté operativa en junio de 2009. El Consejo de Ministros celebrado el 6 de junio de 2008, y mediante Acuerdo ha considerado que la situación extraordinaria de sequía había cesado y, por tanto, el Decreto-Ley ya no estaría en vigor<sup>58</sup>.

## **2. LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HÍDRICOS EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

A continuación refiero cómo los nuevos EEAA tratan las transferencias de recursos hídricos, singularmente el de la Comunidad Autónoma de Aragón que es el que cuenta con más referencias a estos efectos.

---

56. Los motivos de la oposición a esta transferencia aparecen en el libro del GOBIERNO DE ARAGÓN, *Alegaciones...* (2001).

57. El art. 3 del Real Decreto-Ley preveía que los volúmenes a trasvasar pudieran obtenerse por medio de la celebración de contratos de cesión de derechos de uso de agua con regantes del Ebro y, por tanto, al margen del sistema de la Ley 18/1981. Sobre el significado de esta técnica en relación con las previsiones del Estatuto de Autonomía de Aragón sobre informes previos a emitir por esta Comunidad en relación a transferencias de recursos hídricos (cfr. los arts. 19.3 y 72.3 del EAr.) vid. el Dictamen 81/2008, de 12 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón.

58. La cuestión que en el plano especulativo podría plantearse es la de cuándo ha cesado, en realidad, la vigencia del Real Decreto-Ley, pues la disposición final tercera no exige, en absoluto, el acuerdo del Consejo de Ministros para que se produzca la derogación. Muy probablemente y desde luego antes del 6 de junio de 2008, ya no se daba la situación de extraordinaria y urgente necesidad y en los términos literales de la disposición final tercera, ya había cesado la vigencia del Real Decreto-Ley 3/2008. Se trata de una forma singular de cese de la vigencia que en otras circunstancias podría haber tenido determinadas consecuencias jurídicas (piénsese en la legitimación jurídica, o no, de contratos o expropiaciones habidas conforme a un texto normativo que ya tuviera necesariamente que considerarse derogado en los términos del propio Real Decreto-Ley). Sobre las características generales desde el punto de vista jurídico de esta curiosidad normativa creo que resulta adecuado remitirse al Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón 81/2008, de 12 de mayo, que prevé la forma de

a) Así esta Comunidad Autónoma debe «velar» para que no existan transferencias, tal y como dice el art. 19.3 EAr<sup>59</sup>:

«Corresponde a los poderes públicos aragoneses, en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con el principio de unidad de cuenca, la Constitución, la legislación estatal y la normativa comunitaria aplicables, velar especialmente para evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras».

El precepto que contemplamos puede ser entendido dentro de lo que podrían denominarse «principios» de la actuación de los poderes públicos (los que la CE regula en el Capítulo III del Título I). Los EEAA ahora reformados –también en algún caso los de la primera etapa, la inmediatamente posterior a la promulgación de la CE– han optado por configurar principios de la actuación de sus poderes públicos, regularmente al lado del establecimiento de los derechos de los ciudadanos. En el caso que nos ocupa y vista la redacción final que ha tenido el texto, puede observarse que lo que se encarga a los poderes públicos aragoneses<sup>60</sup> no es velar en relación a cualquier tipo de transferencia de recursos hídricos sino, solamente, sobre aquéllas que afecten a intereses de sostenibilidad; podría pensarse, entonces, que en realidad se está encargando a los poderes públicos una actuación dirigida a la observación del ordenamiento jurídico, pues difícilmente puede pensarse en una adecuación a derecho de una transferencia de aguas que no responda a intereses de sostenibilidad. Al menos no tras el art. 45.2 de la CE con su principio de «utilización racional de los recursos naturales» y, sobre todo, tras la Directiva marco de aguas de 2000 y su mandato de obtención de un buen estado ecológico de las aguas a conseguir para el 2015 [cfr. art. 4.1.a)] que tiene el claro objetivo de que en modo alguno se deteriore el estado de las aguas superficiales y subterráneas a partir de la entrada en vigor de tal texto<sup>61</sup>.

b) Igualmente en algunos de los nuevos EEAA se prevé la formulación de informes por las CCAA antes que por parte del Estado se aprueben transferencias de recursos hídricos. Es el caso del EC y del EAr. Así, el art. 117.4 EC indica que: «La Generalitat debe emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial». El EAr. en su art. 72.4 relaciona el informe con «la defensa de

---

producirse la derogación del texto lo que aun tardaría en constatarse oficialmente cerca de un mes.

59. Una interpretación jurídica del conjunto de los preceptos del EAr. sobre transferencias puede seguirse en el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón 81/2008, de 12 de mayo, emitido en respuesta a la consulta formulada por el Gobierno de Aragón sobre el Real Decreto-Ley 3/2008.
60. Operaría aquí el EAr desde la vertiente de su característica de texto cabecera del ordenamiento jurídico aragonés, con encargos específicos dirigidos a los poderes públicos aragoneses, tal y como la STC 247/2007, de 12 de diciembre, ha descrito con rotundidad para hablar de la doble virtualidad de los EEAA: como normas estatales y como cabeceras de ordenamientos autonómicos. Cfr. fdos. jdos. 10-12.
61. Y sobre lo que pueda significar jurídicamente «velar», remito otra vez al Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 81/2008 en el que se contiene una amplia exposición del significado jurídico de tal vocablo.

los derechos relacionados con el agua contemplados en el artículo 19» y para ello «la Comunidad Autónoma emitirá un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio» añadiéndose que «el Gobierno de España deberá propiciar de forma efectiva el acuerdo entre todas las Comunidades Autónomas que puedan resultar afectadas».

Finalmente, el art. 75.5 segundo inciso del ECL, también regula el informe al que nos referimos y que ahora aparece vinculado al principio rector de la acción política para garantizar un abastecimiento de agua en condiciones de calidad y lo hace con las siguientes palabras: «En aplicación de este principio y en el marco de la legislación del Estado, la Junta de Castilla y León emitirá un informe preceptivo sobre cualquier decisión estatal que implique transferencia de aguas fuera del territorio de la Comunidad».

Pues bien, sobre la tónica general indicada puede decirse que la regulación de estos informes es plenamente adecuada a la Constitución aunque ello se encuentra a discusión en el TC tal y como he referido anteriormente (apartado II del trabajo) cuando he tratado estos informes de manera general. E insisto ahora en mi punto de partida general: no es posible concluir que en un Estado como el de las Autonomías, con las características con las que lo regula la CE, pueda resultar inconstitucional —o sea, que repugne al sistema constitucional que los españoles se han dado libremente— la existencia de un informe no vinculante y que tiene la doble virtualidad de permitir que las CCAA expresen su opinión sobre proyectos del Estado de incidencia territorial innegable y, a la vez, que el Estado pueda recibir formalmente la opinión de las CCAA a través de las cuáles pueda orientar mejor su decisión final. Es obvio que si a eso condujera el sistema constitucional de un Estado como el nuestro, debería ser cambiado inmediatamente para propiciar formalmente la existencia de procedimientos mediante los cuáles pueda conseguirse un principio mínimo de comunicación y no el enfrentamiento radical, que es a lo que lleva inexorablemente la expulsión del sistema constitucional de procedimientos tan razonables —y limitados en su alcance— como los indicados<sup>62</sup>.

c) Por otra parte y aunque no habla directamente de transferencias, debe verse como una norma relacionada con ellas<sup>63</sup> la previsión del EAr. en su disposición adicional quinta según la cual:

«La planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos recogidos en el artículo 19 del

---

62. Es conveniente reiterar, otra vez, que al margen de todo lo ya dicho en el texto, con la STC 247/2007, de 12 de diciembre y sus párrafos resaltados supra, quedan perfectamente justificados todos los preceptos estatutarios que han aparecido sobre este tipo de informes.

63. Pues en el origen de la resolución parlamentaria que se lee en el texto citado, está la articulación de una línea de defensa de la Comunidad Autónoma de Aragón frente a las consecuencias indeseables que pudieran derivarse de las transferencias de aguas previstas en el Plan Hidrológico Nacional elaborado por la Administración del momento entre los años 1992 y 1993 y que no pasó de la categoría de Anteproyecto de Ley pues ni siquiera llegó a aprobarse por el Consejo de Ministros como Proyecto de Ley.



presente Estatuto, considerando que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 Hm<sup>3</sup>».

Aun cuando han existido discusiones sobre este precepto dado que la cuenca del Ebro es de gestión del Estado (intercomunitaria) y la Comunidad Autónoma de La Rioja ha incluido el mismo en su recurso de inconstitucionalidad contra el EAr., el contenido de la disposición me parece plenamente adecuado a la Constitución, pues con él no se hace otra cosa que encomendar a la planificación hidrológica estatal –respondiendo a la misma funcionalidad jurídica de dicha planificación según el TRLA, arts. 38 y ss.– que concrete las asignaciones, inversiones y reservas<sup>64</sup>. La cifra de 6.550 Hm<sup>3</sup> aparece de una forma en absoluto vinculante, pues simplemente se recuerda que procede de una Resolución de un Parlamento territorial y que debe ser tenida en cuenta o considerada por la planificación hidrológica estatal.

d) Refiero, por último, el mandato de caducidad del trasvase Tajo-Segura que se encuentra en el Proyecto de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que no pudo ser aprobado en la pasada Legislatura (2004-2008) y cuya tramitación parlamentaria en la actual ha comenzado con su toma en consideración por el Congreso de los Diputados (habida el 14 de octubre de 2008). Sin ninguna duda el texto que refiero (la disposición transitoria primera de este Proyecto de Estatuto) es la norma más «radical» que en relación a las transferencias contienen los EEAA que se examinan y ello porque, simplemente, dispone la extinción de tal trasvase en el año 2015. Me parece que eso es signo de clara inconstitucionalidad, pues la regulación de las transferencias entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca pertenece a la competencia del Estado ex art. 149.1.22 CE y debe, por tanto, ser libremente decidida por su legislación y con las condiciones que el propio Estado fije en ella [cfr. art. 45.1.c) TRLA] no pudiendo un Estatuto de Autonomía, creo, manifestarse de esa forma unilateral en función, entre otros argumentos, de la pérdida de libre disponibilidad sobre el contenido de los EEAA que tiene el Estado en función de lo previsto sobre la reforma de los EEAA no estando, tampoco, incluida tal posibilidad estatutaria en el amplísimo ámbito que la STC 247/2007, de 12 de diciembre, (en el texto que antes he reproducido en el apartado II de este trabajo) ha otorgado a la capacidad de los EEAA. Creo que esto es algo que tampoco desconoce la iniciativa normativa<sup>65</sup> que lo que, simplemente, hace es ofrecer una filosofía política «alternativa»

64. Y en relación a la mención a los «derechos» recogidos en el art. 19 del EAr., sabemos desde la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que los EEAA no pueden regular derechos de los ciudadanos relacionados con las competencias de la Comunidad, luego en el art. 19 no hay que ver otra cosa que un principio rector que se dirigirá a los poderes públicos aragoneses en la medida en que éstos tengan competencias sobre la gestión de las aguas y, desde luego, no vincula para nada a los poderes públicos estatales.

65. Sin que deba olvidarse, en modo alguno, que la disposición adicional primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, ya contenía unos mandatos dedicados a la reducción de los caudales trasvasables en el contexto de otras medidas destinadas a la más importante utilización por parte de la Comunidad de Castilla La-Mancha, de las aguas del Tajo. En la doctrina, vid. en DELGADO PIQUE-

a la realización y ejecución de este trasvase y dentro de la cuál como elementos resaltables deduzco que estarían los siguientes:

– La vinculación de la extinción del trasvase al plazo básico fijado por la Directiva marco de aguas de 2000 (y su transposición al derecho español), el año 2015, o sea el momento en el que debe conseguirse –si no antes– un buen estado ecológico de las aguas superficiales y subterráneas tal y como ya hemos contemplado en este trabajo (y con la posibilidad de extensión hasta el año 2027, en casos extremos, de la consecución de esos objetivos ambientales). Lo que se trasmite con un proyecto de norma como la disposición transitoria primera que comento es que la existencia de ese trasvase impide en la cuenca del Tajo la consecución de ese buen estado ecológico<sup>66</sup> de donde la extinción del trasvase sería la plasmación de una medida esencialmente ambiental y de cumplimiento del derecho comunitario, además.

– El planteamiento ambiental se refuerza ordenándose que una vez entre en vigor el Estatuto se lleve a cabo «la ordenación y reestructuración de los usos del agua, especialmente el regadío, de acuerdo a la oferta de agua disponible en la cuenca hidrográfica del Segura». La misma disposición transitoria segunda, en la que se encuentra este texto entrecomillado, dispone que cualquier nuevo recurso hídrico generado en la cuenca hidrográfica del Segura, se destine a la sustitución de los recursos trasvasados a través de la infraestructura del Tajo-Segura.

– Los ahorros que para la cuenca del Tajo se ofrecerían con tal política llevan consigo que se ordene que el nuevo Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo contenga ya la cadencia de la disminución de los recursos trasvasables y, coherentemente, la utilización de éstos dentro de la cuenca del Tajo y para atender «las necesidades de la propia cuenca hidrográfica». La amplitud de esta expresión permite deducir claramente que no se está pensando solo en necesidades ambientales sino en utilización de las aguas no trasvasadas para fines múltiples, incluyendo la posibilidad de los ambientales, claro está.

Además de lo indicado, la disposición prevé la emisión de informe sobre múltiples actuaciones relativas a transferencias de aguas entre cuencas<sup>67</sup> disponiéndose también la presencia de los representantes de la Junta de Comunidades, con voz y voto, en los órganos de gestión del trasvase hasta que éste se extinga.

---

RAS (2007) una explicación de las razones a que obedecería la previsión de caducidad contenida en el proyecto de Estatuto y en FANLO LORAS (2008) una defensa encendida de la regulación del trasvase Tajo-Segura existente.

66. Por eso, el último inciso del apartado primero de la disposición transitoria primera indica que: «Se deberá garantizar que el río Tajo y los espacios ambientales asociados a la explotación del mismo disponen de agua en calidad y cantidad suficiente para alcanzar los objetivos mencionados».

67. Este es el texto: «La Junta de Comunidades emitirá un informe preceptivo y determinante sobre cualquier propuesta de trasvase, transferencia, cesión, transacción o intercambio de agua dentro de una misma cuenca hidrográfica o entre cuencas hidrográficas que utilice infraestructuras o afecte a cauces que discurran total o parcialmente dentro del territorio de Castilla La Mancha, reservándose el derecho de ejercer la asignación y utilización preferente de dichos recursos para atender necesidades de la propia región».

## V. LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS DE 2000 Y LOS PRINCIPIOS QUE DE ELLA SE DERIVAN SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS CUENCAS HIDROGRÁFICAS

El hecho de ser España un país de la Unión Europea induce a realizar, finalmente, una breve incursión en el contenido de la Directiva marco de aguas de 2000 desde la perspectiva de las cuestiones analizadas en este trabajo. Esto es necesario a los efectos de observar la congruencia, o no, de sus decisiones con el contenido de los distintos EEAA examinados en este trabajo, sobre todo lo relativo a la relación entre la cuenca del Guadalquivir y Andalucía y la cuenca del Duero y Castilla y León en sus respectivos EEAA.

Y ello con algunas advertencias previas: es la primera que es obvio que las normas comunitarias no tienen en cuenta la estructura constitucional interna de un país y, con arreglo a principios ya muy viejos de interpretación del derecho comunitario, existe una cierta indiferencia en las normas comunitarias sobre la estructura orgánica interna de los Estados. Lo que importa para el derecho comunitario es que sus mandatos sean cumplidos por cada Estado, con independencia de cuál sea el órgano estatal que proceda a su cumplimiento, cuestión que será determinada por la estructura constitucional respectiva.

En segundo lugar, es evidente que se llegue a los resultados que se llegue en el análisis que ahora se inicia, nada de lo que aquí se observe tiene aplicación al juicio de constitucionalidad pendiente sobre diversos EEAA ante el TC. El derecho comunitario podrá (es) ser parámetro de la legalidad de las normas españolas, pero en modo alguno sus preceptos (incluyendo los del derecho originario) juegan respecto a las normas españolas en el plano de la constitucionalidad, ni siquiera como elemento auxiliar para apoyar, interpretativamente, determinados juicios que quieran establecerse en relación a las distintas cuestiones pendientes ante el TC y que se han ido mencionando a lo largo del trabajo.

Y, finalmente, digamos que el derecho comunitario no es, precisamente, un prodigio de técnica normativa y claridad de lo que, por cierto, son bien conscientes los propios órganos comunitarios que continuamente expresan la idea de que conviene proceder a una simplificación y claridad del derecho comunitario<sup>68</sup>. Ello es más que advertible en la muy deficiente, hablando solamente desde el punto de vista técnico, Directiva marco de aguas de 2000, deficiencia que será causa segura (lo es ya) de distintos problemas de interpretación en el futuro en relación a cuestiones nada baladíes. En el presente caso tendremos ocasión de advertir uno de ellos, pues no es posible deducir del texto de la Directiva con completa seguridad cuestión tan simple como la de si debe existir una única autoridad competente en cada demarcación hidrográfica o puede haber más de una, aun cuando, en mi

68. Las citas en este lugar podrían ser muy variadas, pero por su importancia recuerdo el «Acuerdo interinstitucional relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria de 22 de diciembre de 1998» (DOCE núm. C 73, de 17 de marzo de 1999).

opinión y sopesando los distintos argumentos posibles basados todos ellos en lo expresamente dicho en la Directiva, más bien la interpretación jurídica de los distintos textos a considerar se inclinaría por esta última opción. Veámoslo más despacio<sup>69</sup>.

Hay que comenzar indicando que para la Directiva marco de aguas hay dos conceptos básicos desde la perspectiva que ahora nos interesa: cuenca y demarcación hidrográfica que aparecen definidos en el artículo 2<sup>70</sup>. Estos conceptos son esenciales a la hora de regular los objetivos medioambientales a cumplir, el marco jurídico de la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación y la forma de gestión de las cuencas en la misma Directiva. Y en ese contexto importa resaltar que la Directiva quiere que la gestión del agua se base en las cuencas hidrográficas y en su agrupación en demarcaciones tal y como prevé el art. 3, pero es dudoso que exija una única «autoridad competente» (es la terminología de esta Directiva) para cada una de ellas. Así, existe un precepto del que podría derivarse tal principio de autoridad única (art. 3.2)<sup>71</sup>, pero ello es desmentido en otro conjunto de preceptos construidos bajo el principio de que debe informarse a las autoridades comunitarias de «las» autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica nacional. Ese es el objeto del art. 3.8 precisando algo más en ese sentido el Anexo I del que también se desprende que puede haber más de una autoridad competente en cada demarcación hidrográfica<sup>72</sup> lo que desde la amplitud con que se define a la demarcación hidrográfica en la Directiva, es más que prudente y no solamente desde la perspectiva específica de una situación de gobierno territorial tan compleja como la española. En fin, en unión de todos los preceptos anteriores puede ser decisiva en la interpretación que aquí se sigue, la definición de autoridad competente contenida en el art. 2. 16 según el cual por

---

69. Cfr. una visión general de esta Directiva en la monografía de C. TIRADO ROBLES (2004), pgs. 57 y ss. especialmente. Igualmente vid. CARO-PATÓN (2006) y DELGADO PIQUERAS (2001).

70. Así, cuenca hidrográfica es la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta y demarcación hidrográfica es la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, designada con arreglo al apartado 1 del artículo 3 como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas.

71. El precepto indica que «Los Estados miembros adoptarán las disposiciones administrativas adecuadas, incluida la designación de la autoridad competente apropiada, para la aplicación de las normas de la presente Directiva en cada demarcación hidrográfica situada en su territorio». El apartado 7 del mismo precepto indica que «Los Estados miembros designarán la autoridad competente a más tardar en la fecha mencionada en el artículo 24». El art. 24 se refiere al 22 de diciembre de 2003.

72. Así, en este Anexo I se utiliza el plural para referirse a la lista de las autoridades competentes que se debe enviar: «En aplicación del apartado 8 del artículo 3, los Estados miembros facilitarán la información siguiente sobre todas las autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica nacional... Y el plural sigue cuando se pide que se envíe también “una descripción de las responsabilidades legales y administrativas de cada autoridad competente y su función en el seno de la demarcación hidrográfica” y en lo relativo a la composición se dice que “cuando la autoridad competente se haga cargo de la coordinación de otras autoridades competentes, debe facilitarse una lista de estas autoridades junto con un resumen de las relaciones institucionales establecidas para garantizar la coordinación”».

tal debe entenderse «la o las autoridades designadas con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 3».

Estas afirmaciones de la Directiva marco de aguas de 2000 deben tenerse en cuenta en relación a las competencias de las CCAA de Andalucía y Castilla y León sobre las partes «andaluza» y «castellano leonesa» del Guadalquivir y del Duero, ya examinadas. En concreto, se podrán hacer reproches de distinto fuste a dichos textos jurídicos –como los contenidos en este trabajo– pero no desde la perspectiva del incumplimiento de lo previsto en la Directiva marco de aguas de 2000, aun con las dudas interpretativas que se han formulado. Y ello porque la Directiva marco de aguas es tan poco clara en esta cuestión<sup>73</sup> –como en otras– que de la misma se puede deducir perfectamente y como yo he hecho, la posibilidad de existencia de distintas autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica<sup>74</sup> con lo que la situación que reflejan los EEAA andaluz y castellano-leonés es plenamente adecuada al texto comunitario. Naturalmente que lo que sí exigiría la Directiva marco, supuesta la perfecta posibilidad de distintas autoridades competentes, es una efectiva coordinación en la actuación entre todas ellas, coordinación que tendría como primer presupuesto la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación, puesto que en eso sí que no hay la más mínima duda acerca de la existencia de un único plan demandado por dicha Directiva. Esta cuestión no es discutida, en absoluto, en los dos textos estatutarios examinados.

## VI. NOTAS CONCLUSIVAS

Finalmente es llegado el momento de formular algunas conclusiones específicas deducidas de todo lo examinado anteriormente. Y lo primero que en ese sentido tiene que hacerse es resaltar la aparente paradoja de que el avance en la descentralización política en España (avance constituido por las últimas reformas de los EEAA) plantee algunos problemas en relación al gobierno del agua. Desde mi punto de vista, sin embargo, esa paradoja es solo «aparente», como ya he dicho,

73. Esa puede ser la causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de noviembre 2006, recaída en el asunto C-32/05, Comisión vs. Luxemburgo. La Sentencia resulta de lectura obligada, sobre todo en lo relativo a los principios generales sobre la aplicación del derecho comunitario y sobre la consideración de la Directiva marco de aguas que «no busca una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua» (del apartado 42 de la Sentencia). En las cuestiones que ahora nos ocupan, la Sentencia deduce la obligación de Luxemburgo de llevar a su legislación interna la definición de los conceptos de cuenca y de demarcación hidrográfica, bien que no deban sacarse excesivas consecuencias de ello puesto que, como Luxemburgo aduce, en su territorio no existen demarcaciones nacionales sino partes nacionales de demarcaciones internacionales reguladas por convenios internacionales; luego es en el marco de estos convenios y de los órganos por ellos regulados en los que debe procederse al cumplimiento de los objetivos medioambientales establecidos por la Directiva para las demarcaciones como específicamente establece la Sentencia.
74. Cuestión distinta sería que se introdujeran en este lugar valoraciones respecto a la «eficacia» de los preceptos citados o al verdadero «espíritu» de la Directiva marco de aguas. Ello es perfectamente posible hacerlo y en un trabajo de distinto objetivo y metodología que éste, hasta sería conveniente realizarlo. Pero aquí me he querido ceñir, exclusivamente, a lo que el legislador comunitario ha escrito textualmente sobre el particular.

pues lo que cualquier observación del derecho comparado en Estados federales o semejantes a los federales (Estados de descentralización política, en todo caso) muestra, es la tensión que se establece entre el gobierno político del territorio y los principios «naturales» de gestión del agua por cuencas, tan difíciles siempre de realizar.

Esos problemas que noto en la nueva situación estatutaria española tienen una raíz singular en el cuestionamiento del papel de la cuenca hidrográfica como unidad indivisible de gestión que realizan los EEAA de Andalucía y de Castilla-León. No cabe duda de que la posibilidad de «fraccionamiento» de cuencas hidrográficas y de la cesión de una parte de las mismas a estas CCAA (la que no afecte a otras CCAA) es un mecanismo distinto de gestión que el planteado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (y prolongado en el TRLA de 2001). Al margen de la cuestión de su constitucionalidad y hasta de la misma compatibilidad con lo preceptuado en la Directiva marco de aguas de 2000 como se ha examinado cumplidamente en páginas anteriores, también debería existir un planteamiento de «funcionalidad», de «eficacia» sobre la buena gestión de las aguas que no parece haberse realizado por completo con ocasión de esos procesos normativos pero que hay que esperar que se produzca en los nuevos documentos normativos que vayan apareciendo<sup>75</sup>. En todo caso llama la atención cómo el país pionero en construir una administración de las aguas basada en el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión indivisible, puede orientarse a desmontar —siquiera sea parcialmente<sup>76</sup>— dicha forma de administración si bien y en última instancia, una única planificación hidrológica por cuenca y en manos del Estado serviría para coordinar las actuaciones de los distintos órganos de gestión existentes si, obviamente, el TC diera por buena la fórmula de los EEAA examinada. Este hecho resaltaría en grado sumo el papel de la planificación hidrológica, ámbito en el que también España es pionera en su consideración como norma<sup>77</sup> y en el descubrimiento de las múltiples virtualidades de la misma, apareciendo ahora una más derivada del fraccionamiento de las cuencas hidrográficas y del papel de esta planificación en la coordinación de la gestión de las mismas.

Por otra parte y aunque solo he hecho referencia muy limitada a la cuestión que sigue, también debe resaltarse la presencia en los EEAA reformados de un «derecho al agua» que se traduce en la afirmación de posiciones específicas de ciudadanos de las CCAA en relación al abastecimiento y al saneamiento hasta para

---

75. En ese sentido habrá que esperar a la publicación del RD de transferencia de funciones y servicios a Andalucía aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 17 de octubre (no publicado todavía en la fecha que se redactan estas líneas) y, sobre todo, es necesario remitirse al futuro Plan Hidrológico de la Demarcación del Guadalquivir, plan único, obviamente, en relación a cualquier ámbito de gestión administrativa que en dicha cuenca exista.

76. Aun cuando la referencia «parcial» la pronuncio con cautela, pues cuando se acepta una primera excepción a un principio, no puede sospecharse nunca cuántas surgirán posteriormente, fundamentadas en los mismos razonamientos que dieron lugar a la primitiva excepción. Sobre eso creo que hay que ser claro prediciendo con facilidad un futuro en función de todo lo que ha venido sucediendo en el pasado.

77. Cfr. EMBID IRUJO (1991) *in totum*.

llevar a cabo «actividades económicas». No cabe duda de lo atractivo de la expresión «derecho al agua»<sup>78</sup>, pero la misma en los planteamientos internacionales habituales sólo hace referencia al abastecimiento para agua de boca y al saneamiento. Nada que ver con un pretendido «derecho» a la realización de actividades económicas que sería, además, contradictorio con las bases constitucionales del dominio público en nuestro país<sup>79</sup>. En todo caso, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, afirmando la imposibilidad de que los EEAA regulen derechos subjetivos relacionados con las competencias de las CCAA, ha desvalorizado cualquier posibilidad de deducir consecuencias de tal pretendido derecho al agua.

Indico, finalmente, mi confianza en que estas polémicas políticas y jurídicas alcancen, finalmente, una componenda constitucionalmente correcta y técnicamente adecuada, que permita continuar lo esencial de las fórmulas de gestión que tienen una antigüedad y prestigio evidente entre nosotros. Pero ello sin que deba realizarse una servil adoración hacia un pasado al que debe examinarse con lupa y nunca con visión utópica y acrítica. Cada generación debe ir buscando sin excesivos condicionamientos previos y no sólo en el ámbito del agua, las fórmulas jurídico-organizativas que crea más apropiadas para la resolución de los problemas que, también cada generación, afronta de manera singular. En ese sentido, las recientes llamadas al realismo de LÓPEZ MENUDO<sup>80</sup> son muy adecuadas y se sitúan claramente en esta línea conectando perfectamente con lo que he defendido aquí y en distintos trabajos anteriores acerca de la necesidad de adaptación a las exigencias propias de un Estado de las Autonomías, de fórmulas organizativas nacidas bajo circunstancias muy distintas, tanto de configuración territorial del Estado como de su misma sustancia liberal-democrática. Sin que ello signifique, obviamente, despreciar ni dejar atrás lo más notable y útil de aquello que nuestros antecesores nos han legado. La Constitución de 1978 permite y alienta, sin duda alguna, la consecución de fórmulas organizativas adecuadas para la gestión de las aguas basadas en la mejor de nuestras tradiciones que se fundamenta en un espíritu de colaboración y cooperación territorial que en forma alguna debe despreciarse.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ARAGON REYES, M. (2008) «A propósito de la crítica de Germán Fernández Farreres a la STC 247/2007», en *REDC* 83, pgs. 149-152.

78. Cfr. EMBID IRUJO (2006, b) pgs. 15 y ss.

79. Cfr. art. 132 CE y la STC 227/1988. Nadie tiene un «derecho» a que se le otorgue un aprovechamiento de aguas. Eso sería contradictorio con la posición constitucionalmente asegurada del titular del dominio público hidráulico, el Estado.

80. Copio textualmente: «El tercer punto de partida consiste en admitir del modo más realista que lo importante a retener por el Estado son las grandes decisiones, entendiendo por tales la legislación, la planificación hidrológica con su séquito de medidas necesarias para hacer efectivo el principio de solidaridad interterritorial consagrado en el artículo 2 de la Constitución, ello con el complemento del acervo de medidas compensatorias para la justa distribución de la riqueza. Aunque seguramente la pérdida del monopolio estatal en la gestión de los «asuntos corrientes» de carácter administrativo pueda considerarse como la pérdida de un valor estimable, no parece que hubiera que lamentarse excesivamente por ello si los pilares

- CARO-PATÓN CARMONA, I., MACERA, B. F. (2002), *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección ambiental y aguas*, Universidad de Valladolid, Valladolid.
- CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006), «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 9, pgs. 37 y ss.
- DELGADO PIQUERAS, F. (2001), «El nuevo marco comunitario de la política de aguas: la Directiva 2000/60/CE», en *European Public Law Series*, vol. XVIII, Esperia Publications, London.
- DELGADO PIQUERAS, F. (2007), «Organización de las cuencas hidrográficas», en las pgs. 185 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.), *Agua y territorio. (Consideración especial de la reforma de los Estatutos de Autonomía)*, Thomson-Civitas, Madrid.
- EMBID IRUJO A. (1991), *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid.
- (1995) «Las obras hidráulicas de interés general», en *Las obras hidráulicas* (A. EMBID IRUJO dir.), Civitas, Madrid.
- (2006 a), «La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 en relación a las cuencas internas de las Comunidades Autónomas Valenciana y de Castilla-La Mancha desde la perspectiva de su ejecución y cumplimiento», *RAP* 169, pgs. 429-455.
- (2006 b), «El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas», en las pgs. 15-56 de A. EMBID IRUJO (dir.), *El derecho al agua*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- (2007 a), «Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en las pgs. 13 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.), *Agua y territorio. Consideración especial de la reforma de los Estatutos de Autonomía*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 313 pgs.
- (dir.) (2007 b), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 2007.
- (2008), «El derecho al medio ambiente en los nuevos Estatutos de Autonomía», en *El derecho a un medio ambiente adecuado* (A. EMBID dir.), Iustel, Madrid.
- EZQUERRA HUERVA, A. (2007), *El régimen jurídico de las Obras Hidráulicas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.
- FANLO LORAS, A. (1996), *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones Hidráulicas*, Civitas, Madrid.
- (2007) *La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas*, Fundación Instituto Euro-mediterráneo del agua, Murcia.

---

fundamentales del sistema quedan debidamente controlados. No parece que el sistema deba quedar cerrado a la desconcentración de competencias ejecutivas, a las fórmulas de colaboración intercomunitarias, a la coordinación estatal, quedando el Estado en todo caso en un papel subsidiario para cuando esas fórmulas de gestión se revelasen insuficientes» (LÓPEZ MENUDO, 2008, pg. 82).



- (dir.), (2008), *La ordenación jurídica del trasvase Tajo-Segura*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005), «Planteamientos generales», en A. EMBID IRUJO (dir.) *Derecho Público Aragonés*, 3ª ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza.
- (2008), *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Thomson-Civitas, Madrid.
- GALLEGO ANABITARTE, A., MENENDEZ REXACH, A., DÍAZ LEMA, J. M. (1986), *El derecho de aguas en España*, dos vols, MOPU, Madrid.
- GETCHES, D. H. (1999), «Resolución jurídica de los conflictos sobre aguas transfronterizas en los Estados Unidos», en A. EMBID IRUJO (dir.), *Planificación hidrológica y política hidráulica. (El Libro Blanco del Agua)*, Civitas, Madrid, 1999, pgs. 19-67.
- GOBIERNO DE ARAGON (2001), *Alegaciones al Plan Hidrológico Nacional de 2000*, Civitas, Madrid.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2008), «Agua y territorio», pgs. 46-83 de *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., BERMEJO VERA, J. y MARTÍN REBOLLO, L. (1975), *Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro*, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1997), *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid.
- (2000), *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid.
- MATHUS ESCORIHUELA, M., (2007), «Los conflictos de competencia sobre las aguas en países federales. La situación en Argentina», en A. EMBID IRUJO (dir.), *Agua y territorio*, Thomson-Civitas, Madrid.
- MENÉNDEZ-REXACH, A. (2007), «Transferencias de recursos hidráulicos», en las pgs. 913 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.) *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid.
- TIRADO ROBLES, C., (2004), *La política del agua en el marco comunitario y su integración en España*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.



# Gestión del Agua en estados con una estructura constitucional federal: la situación en Alemania

RÜDIGER BREUER<sup>1</sup>

**Resumen:** Pese a las condiciones marco favorables para la gestión del agua, el análisis realizado en 2004 de conformidad con la Directiva Marco del Agua de la UE demuestra que las numerosas aguas superficiales y masas de aguas subterráneas en Alemania no alcanzará el estatus definido en los objetivos medioambientales antes del año 2015. La reforma del federalismo del 28 de agosto de 2006 en la República Federal de Alemania cambió el sistema y la asignación de competencias en gestión de recursos hídricos a favor del «Bund» (federación alemana). Sin embargo, la mencionada reforma sólo alude a la legislación. La ejecución administrativa todavía se asigna a los «Länder» (estados federales alemanes individuales). La necesidad de gestionar el agua en las demarcaciones hidrográficas, estipulada en la Directiva Marco del Agua de la UE, ha provocado que la administración alemana se haya enfrentado a nuevas tareas y retos para mejorar la coordinación y la eficiencia.

**Palabras clave:** estructura geográfica de Alemania, precipitaciones, balance hídrico, disponibilidad y aprovechamiento del agua, Directiva Marco del Agua UE, estructura constitucional de la República Federal de Alemania, reforma federal, gestión del agua por demarcaciones hidrográficas, acuerdos administrativos apropiados, práctica jurídica.

**Relación de Acrónimos.**

GG	Ley Fundamental,
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal Alemán, en lo sucesivo
UGB	Código Medioambiental, en lo sucesivo
WHG	Ley Alemana de Recursos Hídricos, en lo sucesivo
UGB	Código Medioambiental, en lo sucesivo
DMA	Directiva Marco del Agua

## I. INTRODUCCIÓN GENERAL

### 1. ESTRUCTURA GEOGRÁFICA

El territorio de la República Federal de Alemania abarca una superficie de

1. Profesor Dr. Rüdiger Breuer, abogado, Köhler & Klett Rechtsanwälte Partnerschaft, Colonia/Berlin/Bruselas.

356.733 km<sup>2</sup>. Con más de 82 millones de habitantes, la densidad media de población ronda los 230 residentes por km<sup>2</sup>. Con todo, grandes regiones en el norte y el este de Alemania registran una baja densidad de población con menos de 150 habitantes por km<sup>2</sup>. Por el contrario, las regiones occidentales de Alemania se caracterizan por los núcleos de población con una elevada densidad. En la mayoría de estas áreas hay más de 300 residentes y, en núcleos urbanos congestionados, pueden llegar a concentrarse más de 4.000 residentes por km<sup>2</sup>.

La estructura geográfica de Alemania se divide en cuatro zonas que van de norte a sur: las tierras bajas centroeuropeas, la «Mittelgebirge» (montañas medias), la «Alpenvorland» (región subalpina) y la cadena montañosa al norte de los Alpes. Estas zonas presentan diferentes condiciones para la gestión del agua. Se trata de inmensos cuerpos de grava ubicados en las profundidades de las tierras bajas de Centroeuropa y en la zona prealpina, que funcionan como un gran depósito de aguas subterráneas. Las principales fuentes de alimentación para las aguas superficiales proceden de la región prealpina y las zonas de altas precipitaciones de las montañas medias. La mayoría de estos cursos de agua fluyen hacia el norte (o el noroeste). Así pues, el Rín, el Elb, el Ems y el Weser desembocan en el Mar del Norte y el Oder en el Mar Báltico, mientras que el Danubio fluye en dirección sureste hacia el Mar Negro debido a la principal cuenca de captación europea.

## **2. PRECIPITACIONES**

Alemania está situada en climas templados, donde el aire húmedo del mar puede llegar en todas las estaciones, trayendo consigo precipitaciones. Es una zona de transición entre el clima oceánico, que predomina en el país, y las influencias climáticas continentales. Las precipitaciones medias anuales en todo el territorio alemán alcanzan los 770 mm aproximadamente. No obstante, existen diferencias sustanciales en las precipitaciones anuales por regiones: en el oeste de Alemania, la media es de 873 mm; en las regiones al este de las montañas medias más altas, el promedio es de 612 mm y en algunas partes es inferior a 500 mm. En las regiones altas de las montañas medias, las precipitaciones anuales en algunas zonas oscilan entre 1.200 y 1.400 mm y, en algunas regiones concretas, la cifra supera incluso los 1.800 mm. En los Alpes, las lluvias anuales sobrepasan los 2.000 mm en general.

## **3. BALANCE HÍDRICO, DISPONIBILIDAD Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA**

El balance hídrico en Alemania se establece teniendo en cuenta la cantidad de precipitaciones, las corrientes específicas de entrada y salida en cada zona y la evaporación. Tomadas en conjunto y a largo plazo, las cantidades de agua que salen del territorio alemán son significativamente más altas que las entran (concretamente un 38% más). A partir de estos datos es posible calcular la disponibilidad real de agua, esto es, la cantidad disponible de aguas subterráneas y aguas superfi-

ciales. Con una cantidad de agua disponible de 188.000 millones de m<sup>3</sup>, Alemania es un país con abundancia de agua. Esta cantidad ha sido calculada como valor medio a lo largo de 30 años. A pesar de este abastecimiento de agua abundante en general, existen en Alemania algunas zonas limitadas con escasez de agua, en particular los núcleos urbanos congestionados. La escasez de agua y la abundancia de agua dentro de cada región se equilibran allí. Existen depósitos naturales de aguas subterráneas en unos casos y sistemas de embalses regionales en otros casos para este fin.

Los recursos hídricos disponibles en Alemania son utilizados por la explotación industrial (incluyendo centrales térmicas y minería), los hogares privados y la agricultura. Las extracciones de agua llegaron a un total de 35.600 millones de m<sup>3</sup> en 2004, lo que supone 10.700 millones de m<sup>3</sup> menos que en 1991. Así pues, las cantidades de agua disponible no utilizadas rondaron el 81%. La utilización de agua para fines agrícolas tiene una relevancia menor en Alemania; la cantidad en 2004 fue de 140 millones de m<sup>3</sup>, lo que equivale al 0,1% del total disponible. La mayor parte del agua utilizada se atribuye a la industria: el 85%, donde se incluye una gran proporción de agua para refrigeración de centrales térmicas del 75%, concretamente 22.500 millones de m<sup>3</sup>. El 25% restante utilizado por el sector industrial corresponde a extracciones de la industria minera y de procesamiento, que asciende a 7.700 millones de m<sup>3</sup>. La demanda de agua de los hogares privados en Alemania supone el 15% del consumo global; asimismo, la proporción de abastecimiento público de agua ascendió a 5.500 millones de m<sup>3</sup> en 2004.

El abastecimiento público de agua estaba asegurado por 6.383 empresas en Alemania durante 2004 (5.043 de los cuales llevaban a cabo la explotación/producción por su cuenta). El agua de boca procedía en gran parte de aguas subterráneas y de manantial (73,5%). La demanda restante se cubrió con aguas superficiales y filtraciones de orillas. En Alemania, el 99% de la población tiene conexión a la red de abastecimiento público de agua. El consumo per capita de agua de boca por habitante y día disminuyó de 147 litros en 1990 a 126 litros en 2004. La causa de este descenso, además de las medidas de «ahorro de agua», radica en las inversiones para reducir las pérdidas de agua realizadas por empresas del sector público (que se debían p.ej. a reventones de tuberías y fugas). Asimismo, en las grandes industrias (incluyendo las centrales térmicas), en la minería y en las plantas de procesamiento (manufactureras), el consumo de agua se ha reducido enormemente en el período comprendido entre 1991 a 2004, gracias a las innovaciones técnicas.

#### **4. RESULTADOS DEL ANÁLISIS EN 2004 SEGÚN LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA UE (DMA)**

La denominada «Bestandsaufnahme 2004» (análisis 2004) realizado en cumplimiento del art. 5 de la Directiva Marco del Agua de la UE (Directiva 2000/60/CE), de fecha 23 de octubre de 2000<sup>2</sup> investiga el impacto actual sobre las aguas y

2. DOCE, L 327/1.

valora si las aguas en los Estados Miembros alcanzarán el estatus definido por los objetivos medioambientales según el art. 4 en conjunción con el Anexo V de la DMA de la UE antes del año 2015. Según el análisis 2004 de las masas de aguas superficiales en la República Federal de Alemania:

- Aproximadamente el 14% de estas aguas alcanzarán probablemente el estatus definido por los objetivos medioambientales antes de 2015,
- Aproximadamente el 60% de estas aguas no llegarán probablemente a este punto si no se toman medidas adicionales, y
- Para aproximadamente el 26% de las masas de agua analizadas, hay una incertidumbre total sobre si alcanzar el estatus definido.

Las declaraciones oficiales confirman que el impacto morfológico sobre las estructuras hídricas y las construcciones transversales que impiden la migración natural de peces y pequeños organismos son las causas más frecuentes que llevan a concluir que muchas aguas superficiales de Alemania no alcanzarán posiblemente los objetivos marcados por la DMA de la UE. Además de esto, habitualmente son varios los motivos por los que las aguas no alcanzan un buen estado. Por ejemplo, existen ríos con embalses u otros cursos de agua que además están contaminados por nutrientes y presentan un incremento muy acusado en las poblaciones de algas. Cuando los usos técnicos y constructivos (en particular por la navegación, aprovechamiento de la energía hidráulica o rehabilitación de zonas ribereñas) han provocado un cambio sustancial y permanente en la morfología de las aguas, éstas se pueden considerar sin duda alguna como «considerablemente modificadas».

Las autoridades alemanas tienen razón al señalar que la protección de las aguas tuvo éxito en el pasado en Alemania. En la mayoría de cursos de agua actuales la contaminación por sustancias peligrosas solamente es marginal. Muchos de ellos tienen un balance de oxígeno satisfactorio. La cuestión clave es que la DMA, dado su enfoque integral en las cuencas hidrográficas y los objetivos medioambientales integradores (art. 3, 4 DMA), estipula requisitos más diversos y de mayor alcance. Básicamente exige estructuras hídricas más naturales. Con este propósito, la Directiva requiere el desarrollo de programas de medidas y planes de gestión (art. 11, 13 DMA) así como el debido cumplimiento de tales programas y planes. Éstos se centrarán asimismo en el estado de los objetivos ecológicos y en la multiplicidad de usos.

En lo relativo a aguas subterráneas, el análisis 2004 reveló que en Alemania

- Aproximadamente el 47% de las masas de agua analizadas alcanzarán probablemente el estatus definido por los objetivos medioambientales antes de 2015 y
- Aproximadamente el 53% de estas las masas de agua analizadas no llegarán probablemente a este punto si no se toman medidas adicionales.

Los informes de los «Länder» alemanes señalan que la cantidad de agua subterránea en Alemania rara vez se ve afectada negativamente. Es peor su calidad quí-

mica. Esto se deduce del hecho de que en el 52% de las masas de agua subterránea resulta incierto o improbable que puedan alcanzar un estado químico favorable sin que se tomen medidas adicionales. En muchos casos, estos problemas de calidad se deben a los nutrientes de la agricultura.

## II. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

### 1. PRINCIPIOS GENERALES DEL «BUNDESSTAAT» ALEMÁN

El «Bundesstaat» alemán es «una federación constitucional de estados individuales, basada en la constitución del estado global». Los estados individuales son los «Länder» alemanes; siguen siendo estados en términos jurídicos y actúan como estados constituyentes. El «Bund» es una unión organizada y un estado federal global. El factor esencial en la constitución federal es el reparto de competencias. Las responsabilidades públicas se transfieren bien a los estados constituyentes bien al estado federal global, es decir, al «Bund» o a los «Länder», dependiendo de las áreas de competencia respectivas. El art. 79 párr. 3 de la «Grundgesetz» (Ley Fundamental, en lo sucesivo «GG») garantiza la división del «Bund» en «Länder». Además, asegura la participación general de los «Länder» en la legislación así como las características esenciales de un «Bundesstaat»<sup>3</sup>.

El «Bundesverfassungsgericht» (Tribunal Constitucional Federal Alemán, en lo sucesivo «BVerfG») confirmó que la República Federal de Alemania debía ser un estado federal en dos niveles. Así pues, la GG asigna competencias al «Bund» por un lado y a los «Länder» por otro lado. El «Bund», como estado global superordinado es, en principio, superior a los «Länder»; «la igualdad se concede únicamente en ámbitos para los que no existe una regulación específica en la constitución»<sup>4</sup>. Esta postura general superordinada del «Bund» se combina con el principio sistemático de las competencias asignadas a los «Länder» (art. 30, 70, 83 GG). El «Bund» sólo puede actuar si le han sido asignadas competencias específicas y sólo hasta cierto punto (principio de subsidiariedad). Durante mucho tiempo, este equilibrio ha sido alterado por la ampliación y el agotamiento de competencias asignadas concretamente al «Bund» y, más recientemente, por la europeización de la legislación.

Algo característico del «Bundesstaat» alemán es que las competencias se asignan por separado en lo referente al poder legislativo por una parte y al poder ejecutivo por otra parte (art. 70 y ss., art. 83 y ss. GG). Las competencias legislativas del «Bund» tienen mucho mayor alcance que sus competencias administrativas, y viceversa, se asignan a los «Länder» competencias mucho más extensas a escala administrativa que a escala legislativa. Las leyes de los «Länder» («Landesgesetze»)

3. Tal y como se define en el art. 20 párr. 1 GG.

4. Véase BVerfGE –resoluciones del BVerfG– 13, pgs. 54, 79.

son ejecutadas en principio por los «Länder» dentro de su ámbito de responsabilidad, mientras que la «Bundesauftragsverwaltung» (administración por orden del «Bund») es un caso excepcional poco común (arts. 83 a 85 GG). La aplicación de las leyes de los «Länder» recae imperativamente bajo competencia exclusiva de los «Länder» (art. 30 GG). Su independencia como estados se basa esencialmente en su poder ejecutivo.

El «Bund» ejerce sobre los «Länder» la denominada «abhängige Bundesaufsicht» (supervisión del Gobierno Federal) (art. 84 párr. 3 a 5, art. 85 párr. 3, 4 GG) que hasta ahora sólo ha cobrado cierta importancia. Además, el «Bund» puede ejercer la llamada «Bundeszwang» (obligación del Gobierno Federal) (art. 37 GG), que se considera la ultima ratio y hasta ahora no se ha utilizado nunca. Resulta característico de la práctica del «Bundesstaat» alemán que sus estados constituyentes prefieran resolver cualquier conflicto existente por trámites judiciales y no por planteamientos políticos. Para ello, bien apelan al BVerfG<sup>5</sup> o se busca un remedio mediante trámites de tribunales administrativos<sup>6</sup>.

El «Exekutivföderalismus» (federalismo ejecutivo) alemán se complementa con la garantía de autogobierno de las comunidades locales<sup>7</sup>. En el «Bundesstaat» alemán, los Länder, en virtud de lo dispuesto por la Constitución, se dividen en «Gemeinden» (comunidades) y «Gemeinverbände» (personas jurídicas del derecho público en un nivel superior a las comunidades, responsables de las tareas de autogobierno) en calidad de autoridades locales. Esta organización implica que la estructura de estado global se subdivide en varias autoridades territoriales, en concreto el «Bund», los «Länder» y las autoridades locales (separación vertical de poderes).

En realidad, la práctica del estado federal alemán ha conocido numerosas cooperaciones entre el «Bund» y los «Länder», así como entre los distintos «Länder» y entre las autoridades estatales por un lado y las autoridades locales por otro lado. No obstante, se considera contrario a la Constitución formar «organismos comunes que adopten decisiones mayoritarias vinculantes, debido a la interferencia con la responsabilidad democrática de cada *Land* por separado (art. 28 GG) relacionado con la misma...» u organizar para «cualquier ejercicio fiduciario de las responsabilidades de los *Länder* por un determinado *Land* autorizado»<sup>8</sup>. El «Bundesstaat» alemán en dos niveles «no está familiarizado con ningún organismo común de los “Länder” que crearía un nuevo nivel común de los Länder además del “Bund” y que se daría además de los organismos del estado federal global que ejecutan uniformemente responsabilidades comunes»<sup>9</sup>. Todas las atribuciones de

---

5. Véase «Bund-Länder-Streit»/litigio Bund-Länder de conformidad con el art. 93 párr. 1 núm. 3 GG.

6. Art. 40 párr. 1, art. 50 párr. 1 núm. 1 VwGO –Legislación Alemana de los Tribunales Administrativos, jurisdicción del Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)– Tribunal Administrativo Federal Alemán; BVerwGE –resoluciones del BVerwG– 87, pg. 169; 102, pg. 119.

7. Kommunale Selbstverwaltung, art. 28 párr. 2 GG.

8. Véase SCHEUNER, DÖV 1962, pgs. 641, 648.

9. Ebda.



los «Länder» deben ser pues decididas y llevadas a cabo por los organismos democráticos de cada «Land»; «no existe un nivel de instituciones comunes de los *Länder*»<sup>10</sup>. La administración mixta por el «Bund» y los «Länder» se considera una contravención de la responsabilidad democrática de las autoridades ejecutivas de cada uno de los «Länder».

## 2. ASIGNACIÓN FEDERAL DE COMPETENCIAS PARA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS

La GG de la República Federal de Alemania fue enmendada recientemente por la denominada reforma del federalismo, a saber, por la ley modificativa del 28 de agosto de 2006<sup>11</sup>, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2006. Esta reforma tiene relevancia para el sistema y numerosos ámbitos de competencias, en particular para la competencia legislativa en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos.

### A) Los reglamentos constitucionales anteriores

Según los anteriores reglamentos constitucionales<sup>12</sup>, al «Bund» se le asignaba únicamente la competencia de una «Rahmengesetzgebung» (legislación marco) en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos<sup>13</sup>. Según la BVerfG, el término «gestión de recursos hídricos» incluye cualesquiera normas legales que regulen «la gestión del agua disponible en la naturaleza en lo referente a su cantidad y su calidad»<sup>14</sup>. Esta competencia del Bund estaba limitada a establecer un marco que requería como complemento normas detalladas y estaba además limitada por el requisito de la «necesidad» de tal legislación por parte del «Bund». La potestad para adoptar normas detalladas de los «Länder». Esta competencia se limitó aún más con el requisito de «necesidad» de esa legislación por parte del «Bund». La potestad para adoptar reglamentos detallados sobre cuestiones hídricas se asignó a las autoridades legislativas de los «Länder». La «Wasserhaushaltsgesetz» (Ley Alemana de Recursos Hídricos, en lo sucesivo WHG)<sup>15</sup> como ley marco del «Bund» y las leyes hídricas de los 16 «Länder» se basan en la antes mencionada asignación de competencias.

La BVerfG declaró que la «Bundesgesetz zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen» (Ley Federal Alemana sobre cursos de agua federales limpios), de fecha 17 de agosto de 1960, aprobada en un primer momento, era contraria a la Constitución y en consecuencia quedó invalidada por falta de competencia legislativa del

10. Ebd.

11. Véase BGBl. (Diario Oficial de la República Federal de Alemania) parte I pg. 2034.

12. Es decir, antes de la ley modificativa de agosto de 2006, en vigor hasta el 1 de septiembre de 2006.

13. Art. 75 párr. 1 núm. 4, anterior versión de la GG.

14. Véase BVerfGE 15, pg. 1, 15.

15. Ley Alemana de Recursos Hídricos en su versión actual del 19 de agosto de 2002, BGBl. I pg. 3245, habiendo sido enmendada varias veces después.

«Bund»<sup>16</sup>. En 1994, la competencia del «Bund» para una legislación marco se vio temporalmente más restringida incluso por una enmienda a la GG<sup>17</sup>.

Según los reglamentos constitucionales anteriores (es decir, antes de la ley modificativa de agosto de 2006), el «Bund» recibía plena «*konkurrierende Kompetenz*» (potestad legislativa concurrente) para el ámbito de los cursos de agua federales, pero sólo en lo relativo a su funcionamiento como rutas de tráfico (para fines de navegación). En cumplimiento de los fallos judiciales relevantes, la potestad administrativa del «Bund» en el ámbito de los cursos de agua federales según lo dispuesto en el art. 89 párr. 2 GG se limita igualmente a la función de estos cursos de agua como rutas de tráfico, excluyendo las cuestiones de gestión y drenaje de aguas. En consecuencia, las leyes o resoluciones administrativas relativas a la gestión del agua tomadas por las autoridades federales con respecto a los cursos de agua federales constituyen una vulneración de la competencia administrativa de los «Länder»<sup>18</sup>.

Los límites de la legislación marco, la interpretación restrictiva de la BVerfG en lo concerniente al mero marco y la necesidad de legislación por parte del «Bund»<sup>19</sup> así como la creciente europeización de la legislación administrativa y las obligación cada vez más estricta de aplicar la legislación europea de conformidad con el art. 249 párr. 3 del Tratado de la CE desacreditaron el modo de legislación marco en Alemania. Dos estadios nacionales de implantación se han considerado demasiado complicados, en particular porque la legislación marco del «Bund» estaba demasiado constreñida por sus límites constitucionales.

## **B) Los reglamentos constitucionales actuales**

La reforma del federalismo mediante ley modificativa del 28 de agosto de 2006 reforzó y amplió la competencia legislativa concurrente del «Bund». En la actualidad abarca además la gestión de los recursos hídricos (art. 74 párr. 1 núm. 32 GG). La legislación marco fue abandonada por completo<sup>20</sup>. Sin embargo, las leyes marco que fueron aprobadas por el «Bund» de acuerdo con la normativa constitucional anterior continúan en vigor (art. 125 b párr. 1 frase 1 GG). Lo mismo cabe decir de la «*Wasserhaushaltsgesetz*» (Ley Alemana de Recursos Hídricos).

Por lo que respecta a las áreas clave de la protección medioambiental, incluyendo la gestión de los recursos hídricos, el ejercicio de la potestad legislativa concurrente por el «Bund» ya no está sujeto al requisito de necesidad<sup>21</sup>. No obstante,

16. BVerfGE 15, pg. 1.

17. Véase art. 72 párr. 2, art. 75 párr. 2, anterior versión de la GG.

18. Arts. 30, 83 GG; BVerfGE 21, pg. 312.

19. BVerfGE 106, pgs. 62, 144; 110, pgs. 141, 174 y ss.; BVerfG, NJW 2004, pgs. 2363 y 2803; BVerfG, NJW 2005, pgs. 493 y ss.

20. Se anuló el art. 75 GG.

21. Conclusión viceversa del art. 72 párr. 2 GG.

en virtud del art. 72 párr. 3 GG, los «Länder» pueden aprobar reglamentos a pesar de la legislación existente del «Bund». Esta competencia incluye el ámbito de la gestión de los recursos hídricos; con todo, los reglamentos dentro de la legislación federal concernientes a sustancias o instalaciones concretas no están sujetos a esa competencia derivativa de los «Länder». Además, los «Länder» sólo pueden aprobar normas al margen de las leyes federales si y solo si el «Bund» ejercía su potestad legislativa después del 1 de septiembre de 2006 y no más tarde del 1 de enero de 2010 (art. 125 b párr. 1 frase 3 GG). Esta situación constitucional permitirá al «Bund» adoptar sin «problemas» un «Umweltgesetzbuch» (Código Medioambiental, en lo sucesivo UGB). Se le denomina «moratoria UGB». Sin embargo, en general la nueva situación constitucional con referencia a las potestades legislativas en el campo del derecho medioambiental es complicada y propensa a los conflictos.

El «Bundesumweltministerium» (Ministerio Federal Alemán de Medio Ambiente) está preparando actualmente un proyecto de ley de UGB. Este proyecto de ley incluye, entre otras cosas, un «book II (gestión del agua)». El proyecto no ha sido adoptado todavía por el «Bundesregierung» (Gobierno Federal Alemán) y tampoco ha sido presentado ante el Parlamento. El proyecto está siendo objeto de polémica en el terreno político. La controversia política concierne básicamente al apartado general del proyecto de ley (UGB I, el problema de la aprobación de proyectos integrados). Por un lado, el código de gestión del agua propuesto (UGB II) parecer tener más opciones de lograr el consenso. Un aspecto clave en este sentido es una vez más la obligación de aplicar la legislación europea, más recientemente la Directiva de Inundaciones 2007/60/CE del 23 de octubre de 2007<sup>22</sup>. La nueva situación constitucional ha provocado que el «Bund» hiciera un esfuerzo por ejercer su nueva potestad legislativa concurrente en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos y crear así un derecho de aguas alemán uniforme.

En última instancia, la reforma del federalismo alemán no cambió la norma general de las competencias administrativas en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos en manos de los «Länder». Aunque el «Bund» ejerce en realidad su competencia legislativa concurrente según el art. 74 párr. 1 núm. 32 GG, la competencia administrativa de los «Länder» deriva del art. 83 y art. 84 GG. Los «Länder» pueden asignar a su criterio las tareas de gestión del agua a las autoridades locales dentro del marco del autogobierno local de las comunidades o a los denominados «Wasserverbände» (organismos responsables de cuestiones relativas al agua) dentro del derecho público, que también funcionan como autoridades con autogobierno. En particular, Renania del Norte-Westfalia cedió gran parte de estas responsabilidades a grandes «Wasserverbände» (por ejemplo, Ruhrverband, Lippeverband y Erftverband).

22. DOCE, L 288/27.

### III. GESTIÓN DEL AGUA DENTRO DE LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS EN ALEMANIA

#### 1. SITUACIÓN INICIAL Y PROBLEMAS POR RESOLVER

La situación inicial de la gestión del agua se caracteriza por dos características típicas alemanas.

En primer lugar, toda el agua que circula en la naturaleza está sujeta a estrictas normas de utilización dentro del derecho público y a una gestión pública. Por regla general, cualquier uso que se le vaya a dar al agua (ya sea aguas superficiales, subterráneas o costeras) requiere el permiso o licencia oficial de las autoridades competentes en material de aguas<sup>23</sup>. Éstas deciden conceder o denegar los permisos o licencias a su propio criterio de gestión. El BVerfG ha considerado acorde con la GG el hecho de que la «Wasserhaushaltsgesetz» también someta las aguas subterráneas a las normas de utilización del derecho público, independientemente de la propiedad específica de las tierras, a fin de garantizar el funcionamiento de la gestión del agua y, en particular, el abastecimiento público del agua<sup>24</sup>. Esta disposición que define el contenido, el alcance y los límites de la propiedad privada se considera en línea con la Constitución<sup>25</sup>. Del mismo modo, la propiedad privada de la tierra no autoriza a ningún uso del agua que precise un permiso o licencia en el marco de la «Wasserhaushaltsgesetz» o las leyes hídricas de los distintos «Länder», ni tampoco otorga el derecho de explotar las masas de agua<sup>26</sup>.

En segundo lugar, la situación inicial se caracteriza por que los territorios de cada uno de los «Länder» alemanes no se corresponden con las cuencas hidrográficas o los cursos de ríos naturales. Las fronteras territoriales de los «Länder» fueron delineadas por los «avatares» de la historia política. A menudo dividen las cuencas hidrográficas y las áreas de captación. La estructura federal y la asignación federal de competencias han supuesto que cada «Land» alemán lleve a cabo su propia gestión administrativa del agua basándose en sus poderes legislativos anteriores y en particular sus poderes administrativos.

Esto provoca problemas en la aplicación de la Directiva Marco del Agua de la UE y en la administración de las cuencas hidrográficas que la mencionada Directiva impone a los Estados Miembros para la consecución de los objetivos medioambientales<sup>27</sup>.

Ni la estructura territorial interna del «Bundesstaat» alemán ni la tradición de la gestión del agua autónoma por parte de los «Länder» alemanes están adaptadas a una administración que respete los territorios naturales de las cuencas fluviales.

23. Art. 2 y ss. WHG.

24. BVerfGE 58, pgs. 300 y ss.

25. Art. 14 párr. 1 frase 2 y párr. 2 GG.

26. Art. 1 a párr. 4 WHG.

27. De conformidad con el art. 4 en conjunción con el Anexo V a la DMA.

## 2. REQUISITOS DE LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA DE LA UE CON RESPECTO A «ACUERDOS ADMINISTRATIVOS APROPIADOS» DENTRO DE LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS

Los requisitos de la DMA de la UE hacen referencia, en términos objetivos, a los objetivos medioambientales arriba mencionados y, en términos territoriales, a las distintas demarcaciones hidrográficas. La Directiva define estas demarcaciones como una «zona de tierra y mar, formada por una o varias cuencas hidrográficas unidas, junto con sus aguas subterráneas y aguas costeras asociadas, las cuales se estipulan en el art. 3 (1) como la principal unidad de gestión de las cuencas fluviales» (art. 2 núm. 15). Los Estados Miembros deben identificar cada una de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro de su respectivo territorio nacional y las transfieren a una demarcación hidrográfica concreta a los efectos de la Directiva (art. 3 párr. 1 frase 1). Además, la versión alemana de la Directiva establece que los Estados Miembros deben garantizar «geeignete Verwaltungsvereinbarungen» (acuerdos administrativos apropiados), «incluyendo la determinación de la autoridad competente apropiada, para la aplicación de las normas de esta Directiva dentro de cada demarcación hidrográfica que se encuentre dentro de su territorio» (art. 3 para. 2). Las demarcaciones hidrográficas obligatorias son parámetros de referencia para la organización administrativa. No están limitadas ni por las demarcaciones administrativas existentes del estado o las autoridades locales ni por las fronteras de los «Länder» alemanes. Serán más bien definidas por la Directiva en función de las características naturales del territorio.

La Directiva no requiere la creación de autoridades de cuenca específicas. Por ello, los Estados Miembros no necesitan tener autoridades especiales a las que sean cedidas las competencias de gestión del agua según el modelo británico de las Autoridades de Cuenca. Un estado federal como la República Federal de Alemania puede mantener su estructura constitucional descentralizada pero debe garantizar una administración de cuencas hidrográficas apropiada mediante la coordinación entre las autoridades existentes. Esto requiere planteamientos de cooperación a escala organizativa y de procedimiento.

El art. 3 párr. 3 y 4 de la Directiva Marco del Agua estipula la necesidad de identificar demarcaciones hidrográficas internacionales. Los Estados Miembros deben asegurar que una cuenca fluvial que abarca el territorio de más de un Estado Miembro sea asignada a una demarcación hidrográfica internacional. La versión alemana de la Directiva requiere asimismo que los Estados Miembros garanticen «geeignete Verwaltungsvereinbarungen» (acuerdos administrativos apropiados), «incluyendo la determinación de la autoridad competente apropiada» para la aplicación de la Directiva dentro de sus respectivos territorios nacionales. En virtud de lo establecido en el art. 3 párr. 4 de la Directiva, los Estados Miembros han de asegurar que los requisitos de esta Directiva para la consecución de los objetivos medioambientales establecidos en el art. 4, y en particular todos los programas de medidas, se coordinen para el conjunto de la demarcación hidrográfica. Es necesario cumplir con deberes de coordinación especiales en el caso de las demarcaciones hidrográficas internacionales.

La coordinación transfronteriza entre los distintos «Länder» es conforme con la Constitución alemana, siempre y cuando esa coordinación tenga un mero carácter consensual y consultivo, por ejemplo mediante acuerdo o decisiones unánimes tomadas entre las autoridades implicadas. No obstante, esa coordinación constituiría una administración mixta contraria a la ley si se ejerciera por medio de decisiones mayoritarias vinculantes tomadas por las autoridades de varios «Länder». En virtud de los principios del «Bundesstaat und Demokratie» (federalismo y democracia), cada organismo individual y cada administrador individual dentro de las autoridades territoriales («Bund», «Land» o «Kommune») debe estar específicamente legitimado. Lo mismo cabe decir sobre su responsabilidad democrática concreta. Cualquier participación de personas u organismos externos vulneraría e infringiría la conexión democrática que garantiza la legitimación y la responsabilidad.

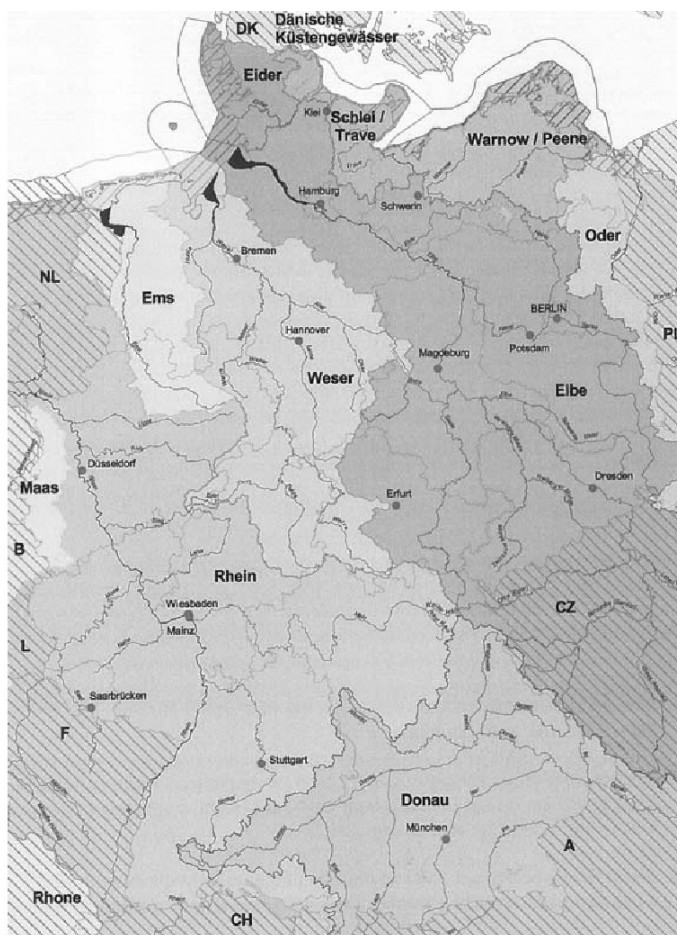
### **3. LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS SEGÚN LA LEGISLACIÓN ALEMANA**

La legislación alemana define 10 demarcaciones hidrográficas, a saber<sup>28</sup>:

- (1) Danubio,
- (2) Rin
- (3) Maas
- (4) Ems
- (5) Weser
- (6) Elba
- (7) Eider
- (8) Oder
- (9) Schlei/Trave
- (10) Warnow/Peene

---

28. Art. 1.b) párr. 1 WHG.



La mayoría de estas demarcaciones hidrográficas abarcan varios «Länder» alemanes. A excepción de las demarcaciones hidrográficas Weser y Warnow/Peene, son también demarcaciones hidrográficas internacionales.

Demarcaciones hidrográficas	Espacio de coordinación en zona alemana	Länder en las demarcaciones hidrográficas	Estados limítrofes de las demarcaciones hidrográficas
Danubio		Baden-Württemberg, Bayern	Österreich, Schweiz, Tschechische Republik
Eider		Schleswig-Holstein	Dänemark
Elba	Mulde-Elbe-Schwarze Elster Saale Havel Mittlere Elbe/Elde	Bayern, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen,	Österreich, Polen, Tschechische Republik

Demarcaciones hidrográficas	Espacio de coordinación en zona alemana	Länder en las demarcaciones hidrográficas	Estados limítrofes de las demarcaciones hidrográficas
	Tideelbe	Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen	
Ems		Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen	Niederlande
Maas		Nordrhein-Westfalen	Belgien, Frankreich, Luxemburg, Niederlande
Oder	Mittlere Oder Lausitzer Neiße Untere Oder Stettiner Haff	Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen	Polen, Tschechische Republik
Rin	Alpenrhein/ Bodensee Hochrhein Neckar Oberrhein Mosel/Saar Main Mittelrhein Niederrhein Deltarhein	Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Thüringen	Belgien, Frankreich, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Schweiz
Schlei/Trave		Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein	Dänemark
Warnow/Peene		Mecklenburg-Vorpommern	
Weser	Fulda/Diemel Werra Weser	Bayern, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Thüringen	

En virtud de lo establecido en el art. 1 b párr. 2 WHG como reglamento marco del «Bund», la coordinación de la gestión de las demarcaciones hidrográficas es regulada por las leyes de los «Länder» para la consecución de los objetivos de gestión estatutaria definidos por la legislación europea. Las autoridades competentes de los «Länder» asignan las cuencas o áreas de captación individual que están dentro de sus fronteras estatales a una demarcación hidrográfica específica<sup>29</sup>.

29. Art. 1.b) párr. 3 WHG.



Las leyes hídricas de los diferentes «Länder» alemanes no contienen ninguna reglamentación organizativa o de procedimiento para una asociación formal de organismos administrativos para coordinar la gestión del agua en las demarcaciones hidrográficas. Sólo existen acuerdos administrativos y comités de trabajo para la coordinación informal de las actuaciones de las autoridades con relación a las demarcaciones hidrográficas transfronterizas e internacionales. Estos comités de trabajo no toman decisiones vinculantes; se limitan a la mera coordinación informal y preparatoria. Este procedimiento se basa en el consenso correspondiente entre los «Länder» alemanes. Sin embargo, las asociaciones genuinas de organismos administrativos y administraciones mixtas no son aceptables por las objeciones del derecho constitucional presentadas más arriba.

Desde el punto de vista del derecho comunitario, es suficiente si los Estados Miembros crean estructuras administrativas apropiadas y en especial autoridades competentes apropiadas para la gestión del agua a fin de garantizar la aplicación de la Directiva Marco del Agua de la UE dentro de cada demarcación hidrográfica que se encuentre dentro de sus respectivos territorios<sup>30</sup>. La coordinación informal mediante acuerdos administrativos y comités de trabajo puede satisfacer este requerimiento en principio, pero la Comisión Europea supervisará la idoneidad de este enfoque de coordinación. Si surgen controversias, el Tribunal de Justicia Europeo tendrá que decidir.

En el caso de que los acuerdos administrativos y los comités de trabajo resulten ineficaces, ya no cumplirán los requisitos del derecho comunitario, en cuyo caso es posible que no superaran el control y la supervisión de la Comisión y del Tribunal de Justicia Europeo. En este sentido cabe señalar que la versión inglesa de la Directiva Marco del Agua hace referencia a «acuerdos administrativos apropiados». La versión francesa requiere también «dispositions administratives appropriées». La formulación empleada en la versión alemana de la Directiva «geeignete Verwaltungsvereinbarungen» es un término comparativamente más restrictivo, porque se limita a los tratados y convenios. Las versiones inglesa y francesa utilizan términos de mayor alcance que incluyen órdenes, soluciones, medidas y precauciones. Estos términos amplios deberán considerarse decisivos para la práctica europea.

El programa de medidas para la respectiva demarcación hidrográfica<sup>31</sup> y los planes de gestión para las cuencas fluviales<sup>32</sup> deben cumplir ya los citados requisitos. Ambas leyes de planificación deberán redactarse antes del 22 de diciembre de 2009. Tendremos que esperar para ver si esto se conseguirá a tiempo y de un modo suficientemente transparente y concluyente. Lo mismo sucede con la posterior ejecución de los programas de medidas y planes de gestión. En este sentido, el primer período de ejecución entre 2009 y 2015 será el esencial, pues constituirá la prueba de fuego para las administraciones nacionales en las respectivas demarcaciones

30. Art. 3 párr. 2 Directiva Marco del Agua.

31. O, respectivamente, para la parte de una demarcación hidrográfica internacional que esté dentro del territorio nacional del respectivo Estado Miembro, art. 11 Directiva Marco del Agua.

32. Art. 13 DMA.

hidrográficas. Esto es más cierto si cabe en el caso de Alemania, donde la coordinación informal entre las autoridades de los «Länder» y las autoridades locales con autogobierno en las demarcaciones hidrográficas transfronterizas e internacionales tendrá que superar la prueba.

#### 4. CONSIDERACIONES DE INTERÉS Y CUESTIONES DE JURISPRUDENCIA

Desde el punto de vista de la práctica jurídica, cabe señalar que para las demarcaciones hidrográficas internacionales, es decir, aquéllas del Rín, Elba y Danubio, se crearon comités internacionales para la protección de estos ríos en base a tratados internacionales. Estos comités destacan debido a su cooperación durante décadas reconocida en general como un éxito. Concretamente, han colaborado con estudios comunes, conceptos de soluciones jurídicas y programas de medidas. Su potencial con respecto a la cooperación internacional puede y debe aprovecharse en beneficio de los requisitos de gestión del agua europeos y nacionales en las respectivas demarcaciones hidrográficas. En consecuencia, aumentarán las probabilidades de conseguir una administración eficaz en las demarcaciones hidrográficas y una preparación y ejecución correctas y satisfactorias de los programas de medidas y planes de gestión conforme al art. 11 y 13 DMA. Debido al requisito obligatorio de la cooperación internacional, las deficiencias en la coordinación nacional informal, si las hubiera, se podrán superar<sup>33</sup>.

Aún así, la gestión del agua dentro de las demarcaciones hidrográficas de Alemania no es un área exenta de problemas. Se prevén deficiencias allí donde no haya motivación y requisitos de cooperación internacional. Sucederá con las demarcaciones hidrográficas de carácter meramente nacional, como por ejemplo la demarcación hidrográfica del Weser. Allí, el manantial Werra está muy contaminado por el vertido extremo de sales de una industria cercana (producción de potasa). Las malas condiciones climatológicas en el sistema fluvial Werra-Weser son completamente contrarias a los objetivos medioambientales definidos por el art. 4 y Anexo V de la Directiva Marco del Agua. Los «Länder» alemanes involucrados, en particular Hesse, Turingia, Baja Sajonia y Renania del Norte Westfalia, adoptaron posturas controvertidas sobre cómo afrontar la situación, con respecto tanto a la valoración jurídica como a las cuestiones de gestión de las aguas. Esta polémica alude a la valoración del contexto actual y al desarrollo futuro de los ríos Werra y Weser. Sorprendentemente, no existe todavía una coordinación institucionalizada entre los «Länder» involucrados. Ni siquiera hay acuerdos administrativos informales ni comités de trabajo para garantizar la necesaria coordinación, que estos «Länder» podrían aprovechar como foro de coordinación administrativa y gestión de demarcaciones hidrográficas. Estos asuntos precisan una aclaración jurídica. Son objeto de procesos judiciales actualmente en trámite.

---

33. Incluyendo disfunciones en la relación entre las autoridades de los «Länder» y las autoridades locales con autogobierno en Alemania.

#### IV. CONCLUSIÓN

Para terminar, la situación se puede resumir del siguiente modo: la gestión del agua en las demarcaciones hidrográficas ha provocado que la República Federal de Alemania deba enfrentarse a tareas y requisitos nuevos que cumplir, lo que se atribuye en particular a la estructura constitucional federal del «Bundesstaat» alemán. La Directiva Marco del Agua de la UE requiere por ahora la «asunción de tareas pioneras». No obstante, la opinión prevaleciente en Alemania es que los poderes descentralizados de las autoridades administrativas de los «Länder» y el autogobierno de las autoridades de locales y de los organismos regionales están a favor de la realización de una gestión del agua efectiva. Las estructuras federales y descentralizadas se consideran la mejor garantía de la legitimación democrática y el control de decisiones y medidas, para la participación de todas las partes interesadas y para una consideración equilibrada de los intereses en el ámbito de las políticas hídricas. Merece la pena coordinar esfuerzos para este fin, porque ese enfoque traerá consigo probablemente una conciliación razonable de los distintos intereses.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, Juliane (2007), *Umweltqualitätsziele im Gewässerschutzrecht*, Duncker & Humblot: Berlin.

— (2008), «Rechtliche und organisatorische Aspekte grenzüberschreitender Flussgebietsverwaltung», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, pgs. 1027-1035.

BREUER, Rüdiger, «Gewässerschutz und Föderalismus aus Sicht der Wissenschaft», in: KLOEPFER (Ed.) (2002), *Umweltföderalismus*, pgs. 403-439.

— (2004), *Öffentliches und privates Wasserrecht*, 3<sup>rd</sup> edition.

— (2007), «Praxisprobleme des deutschen Wasserrechts nach der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie», in: *Natur und Recht*, pgs. 503-513.

BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT (BMU) UMWELTBUNDESAMT (UBA) (Eds.) (2004), *Die Wasserrahmenrichtlinie – Neues Fundament für den Gewässerschutz in Europa*, 2<sup>nd</sup> edition.

— (eds.) (2005), *Die Wasserrahmenrichtlinie – Ergebnisse der Bestandsaufnahme 2004 in Deutschland*, 2<sup>nd</sup> edition.

CZYCHOWSKI, Manfred/REINHARDT, Michael (2007), *Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar*, 9<sup>th</sup> edition.

HASCHE, Frank (2005), *Das neue Bewirtschaftungsermessens im Wasserrecht*.

KAPPERT, Jan (2006), *Qualitätsorientierter Gewässerschutz in Deutschland*.

VON KEITZ, Stephan; KESSLER, Peter (2008), «Grenzen des Flussgebietsmanagements – Folgt die Wasserwirtschaft dem falschen Ansatz?», in: *KW Korrespondenz Wasserwirtschaft*, pgs. 354-360.

KRAEMER, Andreas R.; JÄGER, Frank (1997), «Deutschland, Länderbericht», in: *Länderar-*

*beitsgemeinschaft Wasser (LAWA)/CORREIA/KRAEMER (Eds.), Eurowater Vol. 1, Länderberichte, Institutionen der Wasserwirtschaft in Europa, pgs. 13-187.*

RUMM, Peter; VON KEITZ, Stephan; SCHMALHOLZ, Michael (Eds.) (2006), *Handbuch der EU-Wasserrahmenrichtlinie*, 2. edition.

SOLF, Sandra, (2006), *Europkisches Flussgebietsmanagement und deutsche Wasserwirtschaftsverwaltung*.

STARCK, Christian (Ed.) (2007), *Föderalismusreform, Einführung*.

Informes Nacionales (4)

Experiencias de países en vía de desarrollo



# Gestión del Agua en países federales: India<sup>1</sup>

RAKESH HOOJA<sup>2</sup>

**Resumen:** En esta contribución se pretenden analizar diversos aspectos de la gestión del agua en La India dentro del marco federal. A continuación se van a describir, en primer lugar, las disposiciones constitucionales respecto a la función del Gobierno Central (Unión), los Gobiernos de los Estados y los organismos locales en la gestión de los recursos hídricos, además de las organizaciones relacionadas con el agua a nivel de Gobierno de la Unión, de los Estados y subestatal en La India. Y en segundo lugar se analiza la presión sobre los recursos hídricos en La India resultado del aumento de la población, de los cambios de la sociedad, y las oportunidades de las nuevas tecnologías para la mejor gestión del agua.

**Palabras clave:** Gobierno de la Unión, Gobiernos de los Estados recursos, organismos locales hídricos, recursos hídricos, la India, estilo de vida, Gestión Integrada de Cuenca Hidrográficas.

## Relación de Acrónimos.

DZM	Desarrollo de Zona de Mando
URH	Utilización de Recursos Hídricos
CCA	Comisión Central de Aguas
CIIA	Consejo Indio de Investigación Agraria
MDRH	Ministerio de Recursos Hídricos
BNADR	Banco Nacional de Agricultura y Desarrollo Rural (antes llamado Corporación para Refinanciación de la Agricultura o CRA)
ANZS	Autoridad Nacional de Zonas de Secano
CNA	Comisión Nacional del Agua
CNRH	Consejo Nacional de Recursos Hídricos
DISP	Departamento de Ingeniería de Sanidad Pública
AUA	Asociación de Usuarios de Agua
PRI	Instituciones Panchayati Raj <ul style="list-style-type: none"> <li>• Zila Parishad – Consejo de Distrito</li> <li>• Panchayat de nivel intermedio (denominados Panchayat Samiti o Mandal Panchayat según los Estados)</li> <li>• Panchayat municipales o Gram Panchayats</li> </ul>

1. Las visiones y opiniones expresadas en este artículo pertenecen exclusivamente al autor y no necesariamente reflejan las del organismo gubernamental donde el autor trabaja.
2. Doctor, Director del Instituto Nacional Harish Chandra Mathur Rajasthan de la Administración Pública (HCM RIPA)

DRH	<ul style="list-style-type: none"><li>• Organismos locales urbanos (Corporaciones Municipales y Consejos Municipales)</li></ul> Departamento de Recursos Hídricos: alude también al Departamento de Riego (del Estado) y al Departamento de Obras Públicas (DOP)
-----	--

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. COMENTARIOS GENERALES

En esta contribución se pretenden describir inicialmente las disposiciones constitucionales respecto a la función del Gobierno Central (Unión), los Gobiernos de los Estados y los organismos locales en la gestión de los recursos hídricos, además de las organizaciones relacionadas con el agua a nivel de Gobierno de la Unión, de los Estados y subestatal. A partir de entonces, los asuntos, administrativos y de otra índole, sobre la gestión de los recursos hídricos en la India, que es un país federal (o, como algunos prefieren llamarlo, un modelo de gobierno «cuasifederal» o «de Unión»), se debatirán seguidos de una revisión sobre cómo se han gestionado las disputas interestatales. A efectos de esta ponencia, el término «Gestión de recursos hídricos» se emplea en su significado más amplio de la gestión de los recursos hídricos, que incluye el desarrollo de planes hidrológicos, la operación y mantenimiento de sistemas de abastecimiento de agua y otros asuntos sobre gestión del agua como el reparto entre los usos compartidos y entre las distintas regiones, además de medidas para garantizar el aprovechamiento óptimo del agua, la mayoría de las cuales son emprendidas por organismos gubernamentales. Teniendo en cuenta que las estrategias de gestión de recursos hídricos deben ser específicas del contexto y que no existe un marco que satisfaga a todos los países, esta ponencia pretende ofrecer al lector una buena sensación de cómo se están gestionando los recursos hídricos a nivel estatal y subestatal en la India y la función que el Gobierno de la Unión ha tratado de desempeñar.

### 2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Muchos de los acuerdos constitucionales de India que entraron en vigor en la década de 1950 se remontan a los días del imperio británico, o como lo llamamos en India, el Raj británico. Numerosos acuerdos de tipo federal datan al menos de la ley *Government of India Act* de 1935, promulgada antes de la independencia.

India no es un país compuesto de Estados amalgamados. Todo lo que constituye India actualmente era parte del Raj británico, directamente gobernado por los británicos o como Estados principescos bajo el dominio de los británicos.

La Constitución de India creó simultáneamente la Unión India y los Estados, cuyas fronteras pueden alterarse o incluso se pueden formar nuevos Estados. El término federal nunca se menciona en la Constitución. Cuando se formuló la Constitución, India acababa de sufrir una división dolorosa y violenta del Raj británico



en India y Pakistán. Por eso, los padres de nuestra Constitución la inclinaron en favor de la Unión y no en favor de los Estados. Sin embargo, esto no es aplicable para los asuntos relacionados con el agua, tal y como se explica en este artículo.

Cabe señalar que India es una Unión de 28 Estados y siete Territorios de la Unión con dos Territorios de la Unión que poseen sus propias legislaturas. A su vez se divide en 607 distritos, que son unidades administrativas del Gobierno del Estado. La mayoría de los distritos rurales tienen además un Zila Parishad (Consejo de Distrito) como el más elevado de los tres escalones de las Instituciones Panchayati Raj (PRI) u organismos locales de carácter rural. El número total de PRI en India asciende a 239.544, de las cuales 537 son Zila Parishads y 6094 Panchayats de nivel intermedio (llamadas Panchayat Samiti o Mandal Panchayat según los distintos Estados), siendo el resto Panchayats municipales o Gram Panchayats. Existen 3551 organismos local urbanos (Corporaciones Municipales y Consejos Municipales) en el país.

### 3. **HIDROLOGÍA EN INDIA**

Más del 70% de las precipitaciones anuales en casi todas las regiones de India (aunque las precipitaciones medias anuales del país corresponden a 105 cm, la cuantía de lluvia difiere notablemente de una región a otra en India) se concentra habitualmente en los tres meses del monzón, entre julio y septiembre. En ese lapso de tres meses, hay unos 40 días de lluvia al año. En muchas zonas del país, grandes proporciones de las precipitaciones anuales se acumulan en tres, cuatro o cinco días de lluvias intensas. Numerosas áreas del país sufren inundaciones cada año tras las lluvias del monzón, mientras que hay otras zonas importantes del país proclives a carecer de las lluvias monzónicas, lo que resulta en sequías y hambrunas. Evidentemente, esto afecta a la manera de pensar de todos, desde los representantes de los Gobiernos de la Unión y de los Estados hasta los agricultores que tienen la vista puesta en sus estanques de sus municipios. Hay preocupaciones sobre el almacenamiento del agua, los embalses, los muros de contención para retener el agua y utilizarla más tarde o para prevenir inundaciones, los trasvases y el aprovechamiento de las aguas subterráneas.

Además, al menos desde 1860, los Gobiernos de los Estados asumieron todos los derechos para construir proyectos hidráulicos, así como todos los derechos sobre ríos, masas de agua, etc. Por eso, la gestión privada o comunitaria del agua solamente se puede efectuar si el gobierno lo permite. La única excepción es la extracción y el uso de aguas subterráneas de los terrenos propios, dado que las derechos de aguas subterráneas van anejos a las tierras. Aunque se pueden vender las aguas subterráneas extraídas, los derechos sobre las aguas subterráneas no se pueden vender por separado: van de la mano de las tierras. Recientemente, el Gobierno ha decidido considerar el acceso privado mediante partenariados público-privados (PPPs) para el desarrollo hidroeléctrico.

Las tasas de agua de los Gobiernos de los Estados por el abastecimiento de agua de riego y de agua doméstica/potable han sido tradicionalmente muy bajas y ningún Gobierno estatal ha mostrado ni parece que quiera mostrar coraje político (por miedo a perder votos en las elecciones) para incrementar significativamente esas tasas aunque sea sólo para costear los gastos de mantenimiento con los impuestos recaudados. Esto limita evidentemente las capacidades de los gobiernos en lo concerniente a la gestión del agua.

Podemos añadir que mientras la India posee casi el 16% de la población mundial, tiene que arreglárselas con el 4% de los recursos mundiales de agua dulce. Los flujos medidos de aguas superficiales en India se han estimado en 1869 mil millones de metros cúbicos, de los cuales 690 mil millones de metros cúbicos se pueden aprovechar (disponibilidad condicionada) si se crean medios de almacenamiento adecuados. Asimismo, existen recursos de aguas subterráneas dinámicos (reponibles), cuyo potencial ha sido estimado en 432 mil millones de metros cúbicos, incluyendo la reposición debido a riego por canales. En definitiva, los recursos hídricos explotables estimados ascienden a 1122 mil millones de metros cúbicos. (690 más 432). La disponibilidad de agua en las cuencas hidrográficas se indica en la Tabla 1. A finales del siglo XX, la utilización de agua del país en miles de millones de metros cúbicos se evaluó del siguiente modo: (i) riego 501, (ii) usos domésticos (incluyendo agua de boca) 30, (iii) usos industriales 20, (iv) energía 20 y (v) otros 34, en total 605 mil millones de metros cúbicos. India tiene una población de 1028 millones (Censo de 2001) y su superficie total es de 3.287.263 km<sup>2</sup> o aproximadamente 329 millones de hectáreas, de las cuales 146 millones de hectáreas están degradadas y 85 millones de hectáreas corresponden a tierra arable de secano. La superficie neta cultivada es de 145-150 millones de hectáreas. Fuera de la zona de cultivo de la India, el 40% es de regadío y produce el 55% de los alimentos del país, mientras que el 60% es de secano y produce el 45% restante. Todavía más al interior de la zona de regadío el 31% está cubierta por agua canalizada, el 58% por aguas subterráneas y el 11% por depósitos y otras fuentes.

#### **4. EL AGUA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN**

La Constitución de la India (adoptada en 1949) establece la jurisdicción legislativa y funcional de los gobiernos de la Unión y de los Estados inclusive con respecto al agua. El agua es fundamentalmente una cuestión de Estado y ha sido así desde que la Ley del Gobierno de la India de 1935 de la India Británica transfirió el riego del control central a las provincias y el gobierno de la Unión tiene una función constitucional únicamente en el caso de las aguas interestatales. El Anexo Siete de la Constitución contiene listas de temas sobre los cuales el Parlamento de la Unión puede legislar (Lista I, Lista de la Unión), sobre los cuales tanto el Parlamento de la Unión como la asamblea legislativa de un Estado pueden legislar (Listado III, Lista concurrente) y sobre las cuales sólo la asamblea legislativa de un Estado puede legislar (Lista II, Lista de los Estados). La entrada 17 de la Lista de los Estados dice: «El agua, es decir, los sistemas de abastecimiento, riego y canales,

drenaje y diques, reservas de agua y energía hidráulica [están] sujetos a las disposiciones de la entrada 56 de la Lista I (Lista de la Unión)». La entrada 56 de la Lista de la Unión dice: «La regulación y el desarrollo de los ríos interestatales y de las cuencas fluviales hasta el extremo en el que dicha regulación y desarrollo bajo el control de la Unión sea declarada por el Parlamento por ley como de interés público». El artículo 262 de la Constitución trata sobre la declaración de controversias relacionadas con los aspectos de los ríos interestatales o las cuencas fluviales que conceden al Parlamento de la Unión el derecho a legislar con el fin de «declarar cualquier controversia o demanda con respecto al uso, distribución o control de agua de cualquier río o cuenca fluvial interestatal». Sólo se han promulgado dos de dichas leyes: la Ley de Consejos Fluviales de 1956 y la Ley de Controversias Hídricas Interestatales de 1956 (y su correspondiente enmienda de 2002). Existe además un artículo en la Constitución que aborda los conflictos interestatales generales, pero en el caso del agua prevalece el artículo 262.

Otra entrada importante es la Entrada 5 de la Lista de los Estados que dice: «El gobierno local, es decir, la constitución y los poderes de las corporaciones municipales, los *improvement trusts* (en español, fideicomisos de mejora o serie de medidas tomadas para mejorar las condiciones de higiene y salubridad de la ciudad), las juntas de distrito, las autoridades de establecimiento de minería y otras autoridades locales a efectos de autogobierno local o administración municipal». Esta entrada junto con las Enmiendas núm. 73 y 74 a la Constitución (ambas de 1992) relacionadas con la *Panchayats* y los municipios, otorga poder a la asamblea legislativa de los Estados para determinar las funciones que dicha asamblea legislativa puede conferir a las *Panchayats* o a los municipios. El Anexo Once a la Constitución ha indicado que las asambleas legislativas de los Estados pueden considerar la restitución de algunos poderes y responsabilidades relacionadas con los riegos menores, la gestión de los recursos hídricos y el desarrollo de las cuencas, y con el agua potable, los organismos de los *Panchayat* a diversos niveles dentro de su Estado, y el Anexo Doce indica que las asambleas legislativas de los Estados pueden considerar devolver algunos poderes y responsabilidades relacionados con el abastecimiento de agua para uso doméstico, industrial y comercial a los organismos municipales de su Estado. Las decisiones a este respecto pueden variar y han variado de un Estado a otro, los cuales no han tenido por lo general muchas ganas de restituir sus poderes a los organismos locales urbanos y rurales.

«Agricultura» (y, por implicación, desarrollo rural) íntimamente relacionada con la gestión de los recursos hídricos y «salud pública» que incluye la disposición del agua potable, son también asuntos incluidos en la Lista de los Estados.

Otra disposición constitucional que vale la pena resaltar es la Entrada 10 de la Lista de la Unión, que dice: «Los Asuntos Exteriores, todos los asuntos que relacionan a la Unión con cualquier país extranjero». Esto se lee junto con la entrada 14 de la Lista de la Unión «La formalización de tratados y convenios con países extranjeros y la entrada en vigor de tratados, acuerdos y convenios con países extranjeros» significa que el Gobierno de la Unión no está obligado a consultar a

los Estados, ya sean ribereños o de otra índole, al negociar sobre asuntos tales como el reparto del agua y el uso de los recursos hídricos con los países vecinos.

Una enmienda a la Constitución para modificar el Anexo Siete exige la aprobación de dos tercios de los miembros presentes y la votación en el Parlamento Central y por las asambleas legislativas de la mayoría de los Estados de la Unión India.

En esta coyuntura sería pertinente echar un vistazo a algunas de las instituciones y organizaciones a escala de la Unión, estatal y subestatal que juegan papeles significativos en la gestión de los recursos hídricos.

## **II. ADMINISTRACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL AGUA EN INDIA**

### **1. ORGANIZACIONES RELACIONADAS CON EL AGUA DENTRO DEL GOBIERNO DE LA UNIÓN**

El principal organismo del Gobierno de la Unión relacionado con el agua es el Ministro de Recursos Hídricos o MDRH (anteriormente denominado Departamento de Riego) que es la organización nacional responsable de la planificación general y la gestión de los recursos hídricos del país. El MDRH se creó en 1985. Anteriormente el Departamento de Riego formaba parte del Ministerio de Agricultura. Este Ministerio se implica hasta el extremo de que las controversias interestatales sobre el agua (debatidas más adelante) tienen que ser tratadas por el Gobierno de la Unión. La Comisión Central de Aguas (CCA), el Consejo Central de Aguas Subterráneas y la Agencia Nacional de Desarrollo del Agua proporcionan ayuda técnica general al MDRH. La CCA también ofrece asesoramiento técnico si los gobiernos de los Estados así lo solicitan, y se espera que examinen a nivel técnico todos los grandes proyectos de irrigación que superen un cierto tamaño (proyectos de irrigación de tipo medio con una zona de mando cultivable –CCA– de 2.000 a 10.000 hectáreas y grandes proyectos de irrigación con una CCA de 10.000 hectáreas como mínimo) de los gobiernos de los Estados, antes de que la Comisión de Planificación (véase más adelante) acepte permitir que los fondos sean destinados a dichos proyectos. Sin embargo, la CWC es un organismo puramente centralizado, al igual que el Consejo Central de Aguas Subterráneas a través de este Consejo también dispone de oficinas en muchos Estados y ha emprendido catas y el trazado de mapas de aguas subterráneas por todo el país.

El MDRH también hace funcionar Planes Patrocinados a nivel Central (PCC) particularmente en la esfera del Desarrollo de las Zonas de Mando (o DZM) que se debatirán más tarde, siendo un Plan Patrocinado a nivel Central uno en el que se entregan fondos centrales a los Estados que tienen que poner a disposición una contraprestación o «fondos equivalentes» en una proporción predeterminada para cada PCC. El Gobierno Central proporciona las pautas para un PCC en calidad de principal proveedor de fondos para el plan (que puede consultar a los Gobiernos

de los Estados mientras formula dichas pautas), mientras que la implantación es responsabilidad de cada Gobierno de los Estados con el proceso de supervisión del Ministerio Central pertinente en el campo antes de entregar más fondos. El MDRH también ha estado administrando un Programa Acelerado de Beneficios para el Riego (PABR) en calidad de PCC, en el que los gobiernos de los Estados proponen proyectos de riego al MDRH para sancionar fondos para los mismos y después construir los proyectos. El Gobierno Central también puede declarar, con el consentimiento del Gobierno del Estado implicado, un proyecto de importancia nacional, en cuyo caso el Gobierno de la Unión asumiría la responsabilidad de su financiación como proyecto del sector central.

Que los gobiernos de los Estados gestionan sus recursos hídricos a su discreción se puede entender porque un proyecto de ley de modelo de regulación de las aguas subterráneas preparado y puesto en circulación por el MDRH no encontró ningún gobierno de los Estados que deseara adoptar la legislación en las líneas propuestas por el modelo de proyecto de ley. Se ha diseñado un método indirecto para el control central de la sobreexplotación, por el cual el Banco Nacional de Agricultura y Desarrollo Rural (BNADR, antes llamado Corporación para Refinanciación de la Agricultura o CRA), que está vinculado al Departamento de Banca y a la Reserva Bancaria de la India, no vuelve a financiar a los bancos en cuanto a préstamos a agricultores relacionados con aguas subterráneas (riego menor) en aquellos bloques del país en los que la explotación de las aguas subterráneas ha traspasado cierto nivel.

Asimismo, las Políticas Nacionales sobre el Agua de 1987 y 2002 en cuya formulación participó activamente el MDRH, que trató de llegar a un acuerdo entre los Estados sobre un conjunto mínimo de declaraciones básicas sobre el agua, no se pusieron en funcionamiento puesto que no eran vinculantes entre los Estados que podían escoger la formulación de sus propias políticas sobre el agua.

El MDRH también presta servicio al Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) fundado en 1983 y al Consejo Nacional del Agua (CNA), fundado en 1990.

El CNRH está presidido por el Primer Ministro e incluye al Ministro de Recursos Hídricos de la Unión, a los Ministros titulares de todos los Estados, a los Gobernadores de los Territorios de la Unión y a los Ministros Centrales importantes. Lamentablemente, se ha reunido con poca frecuencia (un total de cuatro reuniones a lo largo de 20 años hasta 2004) y no ha demostrado ser muy efectivo. Dada la naturaleza política del organismo y la necesidad de que estén de acuerdo el gobierno de los Estados y la Unión, sus deliberaciones sobre la mayoría de los asuntos permanecen inconclusas.

El CNA está presidido por la Secretaría del Gobierno del MDRH e incluye a los Secretarios Jefes de todos los Estados y de los Territorios de la Unión, a los Secretarios de los ministerios pertinentes de la Unión y al Presidente del CWC. Dada su composición, aunque el CNA es menos político, no está libre del proceso

político. Antes de 2004 se había reunido once veces. No obstante, en vista de la necesidad de que todos los Estados estuviesen de acuerdo, muchos asuntos se mantienen pendientes durante años.

Existe además un Consejo Interestatal con el Primer Ministro, algunos ministros de la Unión y los Ministros principales y Asistentes de los Gobernadores de los Estados y Territorios de la Unión como miembros que abordan los diversos asuntos entre el Centro y los Estados y entre los Estados. Se consiguen pocas decisiones de calado y los asuntos quedan pendientes durante largos períodos de tiempo.

El MDRH también coordina con el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre todos los asuntos relacionados con el agua que implican tratados e interacciones con los países vecinos cuyas cuencas fluviales atraviesan fronteras internacionales.

El MDRH está también asociado con diversos consejos interestatales de gestión que constituyen acuerdos burocráticos intergubernamentales por los que los Gobiernos de los Estados implicados (y en algunos casos el propio MDRH) se encuentran representados por burócratas o ingenieros (tecnócratas) en organismos responsables de coordinar las operaciones diarias en cuanto a la asignación previamente acordada de recursos hídricos de un canal o río en algunos sistemas que abarcan más de un Estado. Esto sólo existe en algunos casos. Aunque algunos observadores se refieren a estos consejos de gestión interestatales como consejos fluviales, son distintos de las organizaciones de cuenca, que no existen pero que se han defendido durante años. Estos organismos propuestos estarían compuestos por diversos interlocutores, incluyendo los usuarios del agua, los organismos locales (tanto urbanos como rurales), los representantes del Gobierno Estatal y el líder de la oposición en las Cortes Estatales.

Otros organismos centrales asociados con el sector del agua incluyen el Ministerio de Desarrollo Rural, que proporciona fondos para proyectos de agua potable (y uso doméstico) en el sector rural a los Gobiernos de los Estados. Los fondos proporcionados por el Ministerio de Desarrollo Rural a los Estados para Programas de Generación de Empleo también se utilizan entre otras cosas para obras de construcción relacionadas con el agua. Este Ministerio y el Ministerio de Agricultura, se han visto implicados en ofrecer ayuda principal a los gobiernos de los Estados y en marcar las pautas para los PCC y los planes del sector central relacionados con los proyectos de desarrollo de cuencas en zonas de secano. En ocasiones los dos ministerios han colaborado en la elaboración de pautas comunes, mientras que otras veces dichas pautas (y los correspondientes objetivos mencionados de desarrollo de las cuencas) han sido diferentes.

En 2006 se constituyó una Autoridad Nacional de Zonas de Secano (ANZS) bajo la protección del Ministerio de Agricultura, aunque varios Ministerios habían presionado para que se creara la ANZS bajo su amparo. Recientemente el Ministerio de Desarrollo Rural ha hecho circular por todos los Gobiernos de los Estados las Pautas Comunes para Proyectos de Desarrollo de las cuencas formalizadas por la ANZS en marzo de 2008.

El Ministerio de Agricultura y su adjunto Consejo Indio de Investigación Agraria (CIIA), que posee sus estaciones centrales y subestaciones de investigación repartidas por todo el país, también es responsable de fomentar la ampliación de la agricultura y la transferencia tecnológica tanto para zonas de regadío como para zonas de secano, y para la investigación agraria incluyendo la agricultura de regadío. Sin embargo, las universidades agrícolas normalmente están establecidas por los gobiernos de los Estados.

El Ministerio de Agricultura también hace funcionar PPCs como el de la propagación de riego por goteo y aspersión para horticultura y agricultura.

El Ministerio de Desarrollo Urbano y de la Vivienda proporciona planes y financiación a los Gobiernos de los Estados para proyectos de aprovechamiento de los recursos hídricos para uso doméstico y de boca.

El Ministerio de Medio Ambiente y Bosques participa en la Ley de (Protección) de Medio Ambiente de 1986, la Ley de (Prevención y Control de la Contaminación) de las Aguas Centrales de 1974 y la ley de Conservación de Bosques de 1980, que plantean restricciones al desarrollo de nuevos además de la ampliación de antiguos planes de desarrollo de recursos hídricos en zonas ecológicamente sensibles y en consecuencia los Gobiernos de los Estados tienen que transferir muchas obras hidráulicas al Ministerio de Medio Ambiente o sus organismos para conseguir la aprobación medioambiental.

De una forma u otra, otros Ministerios tales como Transportes, Energía o Desarrollo Industrial están implicados en la gestión de los recursos hídricos.

El MDRH (y los ingenieros civiles que lo dominan a éste y al CWC) aspiran a que todos los aspectos relacionados con el agua de todos los ministerios centrales vayan a parar a él, como afirmaba un documento del MDRH de 2003 sobre Desarrollo y Gestión Integradas de Recursos Hídricos. Recientemente, el Ministerio de *Panchayati Raj* ha reclamado que todos los planes de las zonas rurales pasen previamente por él.

Antes de concluir nuestro breve resumen de las organizaciones relacionadas con el agua a nivel del Gobierno de la Unión, debe hacerse mención a la Comisión de Planificación de la India. La Comisión de Planificación no es un organismo legal dirigido por el Primer Ministro con un Vicepresidente a jornada completa, miembros a jornada completa a cargo de diversos sectores de la economía y una secretaría bien provista de personal. Junto con el Consejo de Desarrollo Nacional (CDN) que consta del Primer Ministro e importantes Ministros Centrales además de Ministros principales y Asistentes de los Gobernadores de los Estados y de los Territorios de la Unión y que se reúne como mínimo una vez al año, la Comisión de Planificación prepara un enfoque para cada Plan Quinquenal, así como el propio Plan Quinquenal y, después de un proceso de consultas detalladas con los gobiernos de los Estados y los Ministerios Centrales, determina la envergadura del plan anual en cuestión de fondos para cada Ministerio Central y cada Gobierno del Estado. Naturalmente, muchos planes/proyectos relacionados con el agua y

presupuestos para planes se ven afectados e influenciados por este tema. La Comisión de Planificación también ofrece vía libre a los proyectos de diversos planes y a proyectos mayores de Ministerios Centrales para su implantación en los Estados.

## **2. ORGANIZACIONES RELACIONADAS CON EL AGUA A NIVEL DE GOBIERNO DE LOS ESTADOS**

Como ya se ha indicado, los gobiernos de los Estados son responsables de la gestión real del sector de los recursos hídricos. La administración estatal del agua, conocida de muy diversa forma, a veces como Departamento de Riego (Estatal), o Departamento de Obras Públicas (DOP), o Departamento de Recursos Hídricos en los distintos Estados, es responsable de la construcción, mantenimiento, operación y gestión de proyectos de almacenamiento de agua y riego superficial. Normalmente existe un departamento independiente para las aguas subterráneas, y otro independiente para el agua de boca (y de uso doméstico) que en algunos Estados se denomina Departamento de Ingeniería para la Salud Pública (DISP) y que también se ocupa del saneamiento. Como las responsabilidades acerca de la gestión de recursos hídricos con frecuencia son asumidas por los ministerios que tienen relación con las obras públicas, la sanidad o la conducción interna de aguas, se agrupan dentro de actividades tales como la construcción de carreteras y se les conoce habitualmente como «departamentos de ingeniería» o «departamentos de obras» dentro del Gobierno de los Estados.

El Departamento de Riego, sea cual fuere el nombre por el que se le denomine, está cambiando su nombre de forma gradual en cada uno de los Estados a Departamento de Recursos Hídricos (por eso en lo sucesivo aludiremos a él como Departamento de Recursos Hídricos). Además de los sistemas de canalización para riego y de las presas, y de las obras de control de las avenidas, normalmente se ocupa de la asignación del agua para usos alternativos (riego, uso doméstico y de boca, uso industrial, fines ambientales y usos relacionados con el ocio) y la planificación a largo plazo del desarrollo de los recursos hídricos y del aprovechamiento del agua dentro del estado dado que, con el crecimiento de las poblaciones, los cambios tecnológicos en los sectores agrícola e industrial y el cambio en los estilos de vida de las personas (todo ello conducente a un aumento de la demanda de agua) y el cambio gradual pero sostenido desde la independencia de la India de la ganadería de subsistencia a la ganadería comercial, cada vez más regiones se están transformando de zonas con excedentes de agua a zonas con carencias de agua. El Departamento de Recursos Hídricos normalmente posee también una Dirección de Investigación y Diseño de Ingeniería del agua (o riego) adjunta a él, y un Instituto de Gestión del Agua y de la Tierra (IGAT) o un Instituto de Formación y Gestión del Riego (IFGR) asociado a él con fines de capacitación e investigación de posibles acciones.

El Departamento de Recursos Hídricos (antes denominado de riego) también se ha ocupado tradicionalmente de los asuntos relacionados con los recursos hídri-



cos a nivel interestatal y del gobierno central por medio de una célula especial creada para tal fin, y sigue haciéndolo.

Ya se ha hecho mención a los Departamentos DISP y de Aguas Subterráneas. Otros departamentos de los Gobiernos de los Estados que se ocupan del agua son el Departamento de Agricultura (con las Universidades agrícolas de los estados vinculadas a él), el Departamento de Desarrollo Rural y *Panchayati Raj*, el Departamento de Desarrollo Urbano y Autogobierno Local, el Departamento de Ganadería y Pesca y el Departamento de Utilización de Recursos Hídricos y Zonas de Control. El Departamento de Gestión de Catástrofes también está implicado: en épocas de sequía el suministro de agua potable para las personas y el ganado es un componente de alivio de la sequía y en época de inundaciones, la gestión de las ayudas está coordinada y financiada por el Departamento de Gestión de Catástrofes.

Los Departamentos de Industria, Minería y Energía interactúan separadamente con los Departamentos de Recursos Hídricos para obtener cantidades concretas de agua de los canales, lagos, etc. asignadas para grandes proyectos en sus sectores. El Departamento de Energía, a través de un Consejo Estatal de la Electricidad o empresa de producción de energía eléctrica también es responsable del funcionamiento de proyectos de energía hidroeléctrica normalmente situados en los emplazamientos de las presas.

El Departamento de Medio Ambiente y el Consejo Estatal de Contaminación tienen que ser consultados para la eliminación ambiental de todos los proyectos relacionados con el agua, como hace el Departamento de Bosques.

A nivel de Gobierno de los Estados, cada uno de los departamentos consta de un Departamento Administrativo o de Secretaría dirigido por un Ministro y un Secretario Principal del Gobierno o un Secretario del Gobierno, y uno o varios Departamentos Ejecutivos o de Área segmentados por funciones, cuyo jefe de departamento pueda ejercer designaciones tales como Director, Ingeniero Jefe o Comisario. En algunos casos, también se establecen empresas del sector público. Por ejemplo, algunos estados tienen empresas de pozos tubulares, o empresas de ordenación del territorio.

La asignación de funciones entre los diversos departamentos de los gobiernos de los Estados se rige por las reglas comerciales que dicta o modifica el Consejo de Ministros del Gobierno de los Estados.

Puesto que los diversos Gobiernos de los Estados van siempre escasos de recursos económicos en comparación con el Gobierno de la Unión, se busca ayuda económica basada en el plan en forma de PPCs o Planes del Sector Central y los gobiernos de los Estados tienden a dar prioridad a los planes y programas para los cuales el Gobierno Central les proporciona fondos. Esto también sirve para el sector de los recursos hídricos y todas las actividades relacionadas con el agua. Estos fondos del Gobierno Central relacionados con los planes se añaden al reparto de impuestos, etc. entre la Unión y los Estados para los que existen disposiciones constitucionales independientes porque aquéllas se convirtieron en parte de los

recursos de los Estados por derecho y no se consideran parte de ninguna ayuda del gobierno Central a los Estados.

Un ejemplo de un departamento de un gobierno estatal del sector de recursos hídricos completamente dependiente de un PPC es el Departamento de Zonas de Mando y Utilización de Recursos Hídricos (Departamento DZM y URH) (este autor ha trabajado como Secretario del Gobierno de este departamento). Desde 1974, el Ministerio de Agricultura de la Unión, y posteriormente el MDRH, han estado trabajando con un PPC para DZM. El objetivo es que el potencial de riego creado a través de las obras de riego se aproveche de manera óptima a través de la zona de mando o zona controlable del proyecto de riego. Para esto el canal menor tiene salidas al terreno de cada agricultor por medio de la construcción de cursos de agua. Asimismo, se construyen tubos de drenaje y caminos de explotación para atender el servicio de los terrenos de los agricultores. Podemos añadir que una gran proporción de los agricultores de cada control de riego son pequeños agricultores con propiedades diseminadas, mientras que una salida del canal puede estar diseñada para regar entre cinco y ocho hectáreas o incluso más (anteriormente esta zona tenía 40 hectáreas) y así cada curso de agua puede suministrar agua a varios terrenos agrícolas. El programa DZM también contempla ofrecer servicios de ampliación en el sector agrícola e investigación agrícola de apoyo de tipo adaptativo y adoptivo, plantación de árboles, y si se trata de una nueva zona que está siendo «colonizada» gracias al proyecto de riego, o se está transformando de agricultura de secano a agricultura de regadío, entonces el programa DZM también puede atender la organización del abastecimiento de entrada y la comercialización de la producción agrícola, e incluso la planificación y la creación de nuevos pueblos y ciudades, la organización del agua potable, el desarrollo de pastos y la cría de ganado, forestación y carreteras para unir pueblos y ciudades con la zona de riego (esto es parecido al enfoque de «ventajas de las cuencas» que se está adoptando en las zonas de secano). En el caso de los proyectos integrados DZM, el funcionamiento y mantenimiento del sistema de riego también formaría parte del proyecto DZM. DZM también supone la difusión de la Gestión Participativa del Riego (GPR) y la cesión de ciertas funciones de riego y gestión del agua a las Asociaciones de Usuarios de Agua (AUA). Mientras los proyectos integrados DZM son gestionados en su totalidad por el Departamento de DZM y URH y se comentarán más ampliamente en el siguiente apartado, para los proyectos DZM no integrados el departamento de DZM y URH solicita que los departamentos implicados asuman los trabajos relacionados con el DZM en el proyecto en cuestión a través de sus respectivos presupuestos y personal y el mismo departamento asume algunas actividades importantes del DZM, especialmente la construcción de cursos de agua y tubos de drenaje a través de su propio personal del departamento. Quizás, si la ayuda para el DZM en el marco de un PPC no hubiese estado próxima, muchos estados no habrían adoptado el enfoque DZM. La Política Nacional sobre el Agua de 1987 defendía que todos los proyectos de riego deberían adoptar el enfoque DZM y la Política Nacional sobre el Agua de 2002 también recomienda un enfoque multidisciplinar que incluye el DZM.

Otro grupo de actividades relacionadas con los recursos hídricos en el marco de los PPC de los Ministerios de Agricultura y de Desarrollo Rural de la Unión pertenece a los programas individuales de beneficiarios y programas de creación de empleo para las zonas rurales. En un estado de la India, Rajasthán, se creó un Departamento de Planes Especiales de Agricultura para dichos proyectos (y este autor fue enviado tres veces a él, dos como Subsecretario de Gobierno y una vez como Secretario Especial del Gobierno). Posteriormente, el departamento cambió su nombre a Departamento de Desarrollo Rural Integrado y Planes Especiales y actualmente se encuentra fusionado dentro del Departamento de Desarrollo Rural del Estado y *Panchayati Raj*. Los programas beneficiarios individuales incluían la ayuda a los agricultores individuales para acceder a créditos bancarios para pozos, instalaciones de bombeo, sistemas de aspersión, canalizaciones, etc., junto con el ofrecimiento de subvenciones del gobierno a los agricultores pequeños y marginales y a aquellos situados por debajo del umbral de la pobreza, con el fin de reducir la carga de la devolución.

A tal fin se preparan pequeños planes de riego (se puede observar que el término riego menor se usa independientemente de riego a base de pozos de agua subterránea y para los planes de riego de pequeñas superficies). Los planes de riego menor son aprobados por el BNADR para refinanciar bancos comerciales o cooperativos específicos en ciertas áreas sobre créditos concedidos a agricultores individuales. Las ayudas se entregan mediante organizaciones especiales de proyectos establecidas a nivel de distrito (que se describirán más adelante en el siguiente apartado).

En cuanto a los planes de creación de empleo, los Gobiernos de los Estados los han ido ejecutando a través de diversos departamentos segregados funcionalmente a nivel estatal o a través de organizaciones especiales de proyectos a nivel de distrito, o a través de entidades locales de tipo rural (PRI), y algunos de los trabajos para la creación de empleo pertenecen al riego o al agua potable.

En India se utiliza el término «cuenca» comúnmente para hacer referencia a cuencas receptoras relativamente pequeñas en áreas de secano donde no existen ríos ni canales; el término «cuenca» *no* se emplea como sinónimo de «cuenca hidrográfica». El desarrollo de las cuencas (principalmente de las cuencas de entre 40-50 hectáreas y 250-300 hectáreas) es otra actividad que ha dependido en gran manera de la ayuda del gobierno central en el marco del PCC. Las direcciones de cuencas a nivel estatal evolucionaron a partir de las antiguas direcciones de conservación del terreno. Anteriormente estaban unidas al Departamento de Estado de Agricultura mediante parte de la ayuda del gobierno central recibida por ellos que estaba dentro del Programa de Desarrollo de los Desiertos o del Programa de Zonas Propensas a la Sequía, y en programas o planes de desarrollo integrado de cuencas. Hace un par de años, la dirección de cuencas se transfirió desde el Departamento de Estado de Agricultura al de Desarrollo Rural del Estado y Departamento Panchayati Raj. Como consecuencia de los aspectos técnicos relacionados con el uso y tratamiento adecuados de los terrenos (tanto las tierras comunes como

la propiedad privada de las personas), en la actualidad recibe menos énfasis que los aspectos participativos (y políticos) durante el desarrollo de las cuencas.

Como ya se ha indicado anteriormente en esta ponencia, los PPC del Gobierno de la India atañen a los Gobiernos de los Estados y proporcionan fondos de contravalor (acción de contrapartida) con arreglo a índices predeterminados e implementan el programa/plan conforme a las pautas del Gobierno de la Unión. En consecuencia, el Departamento de Planificación de los Estados, que fija los máximos anuales del presupuesto del plan para cada departamento del gobierno de los Estados incluidos aquellos que tratan proyectos de gestión de recursos hídricos y desarrollo de recursos hídricos, es otro departamento del Gobierno de los Estados que influye sobre la gestión de los recursos hídricos.

### **3. ORGANIZACIONES RELACIONADAS CON EL AGUA A NIVELES SUBESTATALES**

#### **A) Segundo nivel de federalismo indio**

Los departamentos de los Gobiernos de los Estados y sus funcionarios y personal en la capital del Estado a nivel regional (o de división), a nivel de distrito (en el que normalmente cada departamento tiene un funcionario a nivel de distrito o DLO) y en las unidades administrativas del subdistrito (subdivisiones y *tehsils*) y de ahí hacia abajo hasta el nivel de pueblo (todos los cuales son transferibles de un puesto a otro, de una zona a otra, por el Departamento del Gobierno del Estado) forman parte del segundo nivel del federalismo indio (el primer nivel es el Gobierno Central o de la Unión y sus trabajadores, sea cual fuere su puesto en el país). Parecido es el caso de las entidades de proyectos especiales (dirigidas por personal de los departamentos de los Estados que pueden ser organismos multidepartamentales o monodepartamentales) creados con fines específicos y situados a niveles subestatales, con frecuencia a nivel de distrito. Los DLO de todos los departamentos relacionados con el agua tienen importantes funciones que desempeñar en la gestión de los recursos hídricos.

El distrito es la principal unidad administrativa del Gobierno del Estado que realiza todas las numerosas tareas de regulación y de desarrollo. La coordinación local del trabajo de los DLO y de los demás funcionarios de todos los diversos departamentos a nivel estatal la realiza el o la Recaudadora del Distrito (también conocido como Subcomisario o Magistrado de Distrito en algunos Estados) que es un funcionario del Servicio Administrativo indio asignado a un distrito por el Gobierno del Estado (este autor ha trabajado como Recaudador en dos distritos). El o la Recaudadora es a la vez jefe de la administración general y agente y representante del Gobierno del Estado en el distrito y ha sido así desde los días en los que los británicos gobernaban la India, por lo que ha recibido una posición privilegiada dentro de la administración local remontándonos a 1786. Por medio de un sistema de más de 70 comités a nivel de distrito, el o la Recaudadora coordina el trabajo de los departamentos individuales o departamentos agrupados por sectores dentro

del distrito. Así pues, el o la Recaudadora posee una función importante en la coordinación del desarrollo de la agricultura y la ganadería, el desarrollo industrial, el desarrollo del riego y del agua potable, la protección frente a sequías del distrito, la planificación de las labores de protección frente a inundaciones, como también en la elaboración de los aspectos generales del Plan de (Desarrollo) del Distrito. A través del Comité de coordinación de bancos a nivel de distrito, él coordina los préstamos de desarrollo de todos los sectores incluyendo el sector del agua. Es Presidente/a o miembro importante de todos los organismos de proyectos especiales creados por el Gobierno del Estado en el distrito. De hecho, durante más de tres décadas desde principios de 1970, el o la Recaudadora ha sido Presidente del Organismo de Desarrollo Rural del Distrito (ODRD), que ejecutaba programas de beneficiarios individuales, planes de creación de empleo, programas de riego menores, programas de riego comunitarios, y algunos planes de desarrollo por zonas, etc. en el distrito. Ahora que el ODRD se ha fusionado con el Zila Parishad o Consejo de Distrito, el o la Recaudadora continúa desempeñando un papel relevante. En tiempos de sequía o hambruna, el o la Recaudadora dirige los trabajos de alivio de la hambruna en el distrito, incluyendo el aprovisionamiento de agua potable para uso humano y animal en cada municipio afectado por la hambruna. Asimismo, en tiempos de inundaciones, el o la Recaudadora dirige las operaciones de flood relief. El o la Recaudadora posee ciertas potestades de supervisión sobre las PRI (entidades rurales locales) y las entidades urbanas locales. La adquisición de terrenos privados o la asignación de tierras del gobierno para todos los proyectos, incluyendo proyectos sobre aguas del distrito son competencia del Recaudador o Recaudadora. Para cada proyecto del Departamento de Riego (o Recursos Hídricos) del distrito, el o la Recaudadora preside un encuentro entre diversos grupos de interés en forma de comité de regulación de aguas antes del inicio de cada temporada de cultivos, para valorar la disponibilidad de agua probable para esa temporada en particular y para determinar, con el asesoramiento de los ingenieros del Departamento de Riego, cuándo hay que dejar pasar el agua a los canales, el número de riegos permitidos y el consiguiente programa de gestión de canales para toda la temporada de cultivos. Coordina además el Departamento de Recursos Hídricos Jal Chetna Yatra (marchas de concienciación sobre el agua) dentro del distrito, con el objetivo de concienciar sobre la mejor utilización del agua y sobre los esfuerzos de conservación de los recursos hídricos. En lo relativo al agua de boca, el DISP prepara propuestas de proyectos, pero el o la Recaudadora aporta sugerencias sobre su prioridad antes de que el Gobierno del Estado decida qué proyectos quiere aprobar. Como el o la Recaudadora también es responsable del mantenimiento de la ley y el orden en los distritos, cualquier conflicto potencial o existente sobre usos del agua debe ser abordado por el o la Recaudadora desde el punto de vista de la ley y el orden (los derechos del agua son determinados por los tribunales o son tratados por el Departamento de Recursos Hídricos, de cuyos proyectos se suministra el agua). Si los ciudadanos tienen una queja referente a un canal de riego, o aprovisionamiento de agua de boca, o un préstamo para un pozo de riego/equipo de bombeo, etc., pueden acudir al DLO competente o al director

de la sucursal bancaria, pero igualmente pueden recurrir al Recaudador o Recaudadora del distrito, quien es responsable de reparar los agravios públicos en el distrito y de remitir las quejas al organismo del gobierno competente, además de supervisar las actuaciones emprendidas.

Otra organización importante del Gobierno del Estado a nivel subestatal es un proyecto integrado DZM. Ciertos proyectos de riego son gestionados como proyectos integrados DZM. Un solo funcionario dirige el proyecto, y los funcionarios de los Departamentos de Riego, Agricultura, DISP, Forestación, Ganadería, Carreteras, etc. actúan como delegados u oficiales de segundo nivel en el proyecto. El Departamento DZM y WU del Estado asigna presupuestos integrados, y las obras y otras actividades que encajan con el enfoque DZM se planifican y ejecutan de manera integrada dentro de la zona de mando del proyecto de riego. Naturalmente, la zona de mando del proyecto se define atendiendo a consideraciones topográficas. Por ello, es obligatoriamente distinta de las fronteras actuales de las unidades administrativas, como p.ej. el distrito o sus subunidades, así como de las fronteras de las entidades rurales locales. Un proyecto integrado DZM (como otros proyectos de riego) puede atravesar fronteras de distrito y abarcar áreas en más de un distrito, o puede estar confinado dentro de un distrito. La Autoridad de Desarrollo de las Zonas de Mando (CADA) normalmente tiene como miembros a los Recaudadores de distrito, miembros locales de la legislatura del Estado, directores de los Zila Parishads y funcionarios de alto rango de los departamentos de Gobierno del Estado competentes, con diversos componentes del proyecto DZM. En los proyectos integrados DZM de mayor envergadura, el director es un miembro del Servicio Administrativo Indio nombrado por el Gobierno del Estado en calidad de Comisario de Desarrollo de Área (el autor de esta ponencia ha trabajado como Comisario de Desarrollo de Área y como Comisario Adjunto de Desarrollo de Área en dos proyectos DZM). Para proyectos similares que no sean tan grandes, el Gobierno del Estado designa como director a un ingeniero de riego, o a un funcionario de agricultura o del servicio administrativo del Estado.

## **B) Tercer nivel de federalismo indio**

Este nivel comprende las entidades rurales locales, PRI (compuestas por el Zila Parishad, órgano Panchayat intermedio y Panchayats municipales o Gram Panchayats) y las entidades urbanas locales (Corporaciones Municipales y Consejos Municipales). Todas las entidades locales están formadas por representantes electos y funcionarios del gobierno, que desempeñan las funciones de estos organismos. Antes de las Enmiendas 73 y 74 a la Constitución de 1992, que conferían a las entidades carácter constitucional, éstas tenían carácter estatutario, es decir, eran constituidas y regidas por Leyes aprobadas en cada asamblea legislativa estatal). Se aprobaron diversas Leyes Panchayati Raj en varios Estados, comenzando en 1959, mientras las Leyes Municipales habían comenzado a aprobarse bajo dominio británico. Incluso actualmente, el funcionamiento de estas entidades locales es determinado por Leyes de Municipios y Leyes Panchayati Raj legisladas por los Gobiernos

de los Estados. Cada entidad local es independiente y no existe una jerarquía de entidades locales (p.ej. el Zila Parishad, no puede emitir órdenes a un organismo local de menor rango, el Panchayat intermedio o Gram Panchayat, dentro de su jurisdicción).

Como señalábamos antes, los Gobiernos de los Estados no han mostrado demasiado entusiasmo por restituir las funciones a las entidades locales. Aunque las entidades locales tienen legalmente potestad para obtener recursos mediante determinados impuestos y cánones, son reacias a hacerlo. Tienden a depender del Gobierno del Estado para los fondos y los funcionarios. A estas entidades locales les gusta más recibir fondos del Gobierno del Estado que a los Gobiernos de los Estados recibir Asistencia Central mediante PPCs, puesto que los Gobiernos de los Estados son capaces de funcionar sin esa ayuda mientras que las PRI no lo son. Por ello, muchos departamentos del Gobierno del Estado suelen tratarlas como organismo para ejecutar sus planes y les proporcionan fondos y directrices para ello. El desarrollo de cuencas es una de las actividades en que los organismos panchayat se asocian para la implantación. Los Planes de creación de empleo, tales como los incluidos en la Ley Nacional de Garantía del Empleo Rural (LENGER), representan otra actividad en que los Departamentos de Desarrollo Rural del Estado y Panchayati Raj proporcionan fondos directamente al Departamento de Recursos Hídricos, DISP, etc. para obras de agua, y también a los organismos Panchayat como por ejemplo el Gram Panchayat (o municipal). Los Gram Panchayats se utilizan a menudo como organismos para acometer la construcción de obras para creación de empleo, como parte de planes de mitigación del hambre en tiempos de sequía.

Sin embargo, los organismos hídricos por debajo de un determinado tamaño (aquellos que puedan regar un máximo de 40 hectáreas) se transfieren normalmente al Gram Panchayat en muchos estados, y el Departamento de Recursos Hídricos asume los proyectos de riego mayores.

En lo relativo a programas rurales de agua potable, normalmente el DISP los prepara y los ejecuta en consulta con Panchayat Samiti y Gram Panchayat por un lado y el o la recaudadora del distrito por otro lado. Se hacen esfuerzos para que el Gram Panchayat asuma el mando y gestione Planes de Fuentes Tradicionales (TSS) basados en pozos comunitarios de los municipios, con agua propulsada por pozos tubulares, y también para que asuma la responsabilidad de las reparaciones menores de los TSS y las bombas manuales de agua potable, pero los panchayats prefieren generalmente que el DISP haga ese trabajo.

En realidad, ninguno de los tres niveles de organismos Panchayat han demostrado mucho interés por actividades de gestión del agua; en su lugar, prefieren intentar ganar cierto control sobre el personal de campo de los departamentos de Gobiernos de los Estados en los sectores de educación o sanidad, u obtener poderes para aprobar ciertas obras pequeñas llevadas a cabo con fondos del Gobierno

del Estado. Eso no significa que no haya algunos organismos panchayat ilustrados donde los representantes electos tengan una actitud más positiva.

Las entidades locales participan además en el proceso de preparación de Planes (de Desarrollo) de Distritos.

Aunque en algunas ciudades las entidades municipales gestionan programas urbanos de saneamiento y agua potable, suele ocurrir que el DISP es quien se encarga de ello. Asimismo, cuando el agua debe transferirse largas distancias desde fuentes rurales a las ciudades (o incluso a algunos pueblos), sólo el DISP es capaz de hacerlo y no la entidad urbana local.

### **C) Cuarto nivel de federalismo indio**

Existen determinadas organizaciones de base comunitaria (OBC), o grupos de usuarios o beneficiarios como las Asociaciones de Usuarios de Agua (AUA), Comités de Cuencas, Comités de Gestión Conjunta de Bosques, Asociaciones para el Bienestar de los Residentes o Comités de Residentes Locales con respecto a agua doméstica y de boca o captación de agua de lluvia en tejados de viviendas urbanas, que pueden desempeñar una función significativa en la gestión del agua. El autor de esta ponencia considera estos órganos como una especie de cuarto nivel en la estructura federal india. En algunos Estados, las AUA en sistemas de canales de riego poseen un carácter estatutario porque, comenzando con la legislación de Andhra Pradesh en 1997, han sido constituidos en virtud de Leyes de Gestión por Agricultores de Sistemas de Riego en los distintos Estados. En otros casos, estos órganos son sociedades registradas o cooperativas, o se constituyen por órdenes administrativas, o incluso son grupos informales. Estas entidades o sus miembros asumen pequeñas tareas de gestión de aguas o actúan como grupos de presión para que los organismos gubernamentales mejoren la provisión de servicios públicos. Funcionan sobre la base del capital social local que poseen y las necesidades de los miembros que satisfacen. Sus fronteras territoriales atienden frecuentemente a consideraciones hidrológicas o topográficas y por eso rara vez son colindantes con las fronteras de los organismos locales o de las unidades de la administración general. A decir verdad, normalmente son mucho más pequeños. Algunos defensores de las Panchayati Raj quieren que pasen a estar bajo control de entidades Panchayat. El autor de esta ponencia cree que, al igual que las PRI presionan por conseguir autonomía y espacio político frente a las entidades de los Gobiernos de los Estados, habría que conceder a estos organismos de «cuarto nivel» autonomía y espacio para funcionar por sí mismos.

Las organizaciones no gubernamentales (ONG), con patrocinio público (gubernamental) o privado, se han involucrado en algunas ocasiones en aspectos de gestión del agua. Los defensores del Panchayati Raj las consideran «organismos paralelos» con los que las PRI podrían tener que competir.



### III. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE GESTIÓN DEL AGUA EN INDIA

Resultaría adecuado comenzar este apartado señalando que en el campo de los recursos hídricos, el derecho del Gobierno de los Estados es predominante y así lo ha sido desde 1866, cuando el gobierno asumió la principal función en el desarrollo del regadío con proyectos que serían construidos por los organismos estatales. Se han utilizado distintas disposiciones de la Constitución, así como leyes centrales y de Estados, para garantizar este derecho. No se garantizan ni los derechos ribereños ni los derechos de apropiación anterior de representantes privados incluyendo los agricultores. Por este motivo, la iniciativa privada en el desarrollo de recursos hídricos está limitada a terrenos privados mediante pozos y pozos tubulares.

Desde los días del imperio británico en Asia del Sur/India, la política ha consistido en desarrollar sistemas de canales de riego para regadío extensivo en lugar de regadío intensivo. El agua disponible se extendía por superficies más grandes. Esta extensión con canales de riego más largos y asignaciones de agua menores era más propicia a la agricultura de subsistencia que a la agricultura comercial. Esta estrategia fue heredada por la India independiente. Como resultado, cada agricultor de cada sistema de riego cree que tiene poco agua, sobre todo porque actualmente se aboga más por la agricultura comercial, aunque haga falta más agua por unidad de tierra. Esto ha generado problemas entre los tramos altos y los tramos bajos de los sistemas de riego. El Gobierno del Estado, los recaudadores y las administraciones de distritos tienen que resolver a menudo estas controversias entre tramo superior e inferior, que incluso se tornan violentas en ocasiones. Si se trata de un proyecto entre varios distritos, se convierte en una disputa entre agricultores/ciudadanos/políticos de los distritos afectados. Si hay más de un Estado implicado, la disputa por el agua es de carácter interestatal. El problema puede agravarse si los sistemas de canales de un gran proyecto tardan varios años en construirse. Los agricultores en los tramos altos se acostumbran a recibir y a utilizar más agua de la que tienen asignada. más adelante, cuando se construyen canales en los tramos medios o inferiores y los regantes de los tramos superiores tienen que limitarse a su cantidad de agua asignada y privarse del agua adicional que han estado aprovechando hasta entonces para que llegue a los agricultores situados aguas abajo, éstos protestan y pueden y de hecho se han producido agitaciones políticas. En algunos casos, se han generado controversias interestatales sobre agua alentadas por agricultores de subsistemas en tramos superiores en un estado y agricultores de subsistemas en tramos medios o inferiores en otro.

Otro legado del Raj británico son los Departamentos de Recursos Hídricos, derivados de los ingenieros militares británicos que solían llevar a cabo estas obras, por lo que se convirtieron en departamentos dirigidos por ingenieros civiles (ni siquiera por personas que habían estudiado ingeniería de irrigación/ingeniería hidráulica). En mi opinión, esto difiere mucho de la tradición en las colonias españolas u holandesas más antiguas, donde los Departamentos de Riego tenían un carácter más multidisciplinar. Los ingenieros civiles de los Departamentos de Re-

cursores Hídricos solían ser funcionarios con tendencia a las construcciones unidimensionales y, salvo excepciones, no se acostumbraban a interactuar con los agricultores de regadío. A decir verdad, incluso hoy se sienten algo constreñidos e incómodos al comunicarse con el personal del Departamento de Agricultura que opera en la zona del proyecto de riego, aún cuando el objetivo de todo proyecto de riego es la agricultura de regadío. Como consecuencia, en cada problema de gestión de aguas, el departamento de riego intenta encontrar soluciones técnicas o de ingeniería, mientras muchos de los asuntos precisan intervenciones sociopolíticas. Muchas cuestiones que se podrían resolver con diálogos, negociaciones y la involucración de los usuarios locales del agua y otros grupos de interés, tienden a complicarse por incidir demasiado en los detalles técnicos. Asimismo, acuerdos comunitarios existentes para gestión de agua, como por ejemplo numerosos sistemas de riego con depósitos antiguos en el sur de India o sistemas tradicionales de recogida de aguas en zonas con escasez de agua, proclives a la sequía y desérticas del país, fueron pasados por alto e ignorados por los ingenieros de riego, que intentaron imponer sus normas y procedimientos departamentales. Así pues, los planes tradicionales de gestión comunitaria se han consumido con el tiempo. Los ingenieros del Departamento de Recursos Hídricos no muestran mucho interés por facilitar una gestión del riego genuinamente participativa, donde las AUA se hagan cargo de los canales menores y los sistemas de canales y tomen sus propias decisiones sobre el control rotativo de los canales y el funcionamiento, mantenimiento y gestión del sistema de canales. Preferirían que las AUA se limitaran a operar como agentes de los departamentos de riego y se ocuparan de tareas como la recaudación de las tasas de riego, algo que a los ingenieros les resulta difícil de gestionar.

Además, los ingenieros de los Departamentos de Recursos Hídricos no están demasiado complacidos con la idea de implantar proyectos de desarrollo de aguas, gestionados y mantenidos de manera multidisciplinar como en el caso de los proyectos integrados DZM. Esta implantación multidisciplinar de proyectos de aguas es necesaria no sólo porque actualmente un proyecto necesita atender a las necesidades de múltiples usuarios de agua (no únicamente el riego) sino además porque, a diferencia de muchos países occidentales desarrollados donde ya existe la infraestructura física y social, en la India el desarrollo de un proyecto de aguas se tiene que llevar a cabo junto con la construcción de carreteras, escuelas, hospitales, instalaciones de almacenamiento y marketing y otras zonas de desarrollo en el área comunal.

En muchos casos, aunque se proponen nuevos proyectos de riego, no se dispone el control de posibles inundaciones y de la salinidad del suelo mediante saneamiento (superficial o subsuperficial, horizontal o vertical). Esto puede deberse a una falta de entendimiento entre los ingenieros de riego. Como resultado, los costes proyectados se reducen y las proporciones entre coste y beneficio aumentan, lo que facilita la aprobación de los proyectos de riego. Más adelante, cuando se producen inundaciones o aumenta la salinidad y la producción agrícola merma,

las medidas paliativas pueden resultar más costosas y difíciles que las medidas preventivas. Es necesario disponer el saneamiento en la fase de planificación inicial de cada proyecto de riego.

Tradicionalmente, los dos departamentos estatales responsables de la disponibilidad de agua, el Departamento de Recursos Hídricos y el Departamento de Aguas Subterráneas, no fomentan la coordinación y la interacción. La utilización conjunta de aguas superficiales y subterráneas ha sido más un lema publicitario que una realidad, y además las evaluaciones de disponibilidad de agua en cada región para planificar su aprovechamiento no se han coordinado suficientemente. La captación y el desarrollo de aguas superficiales se deja en manos del Departamento de Recursos Hídricos, si bien han participado también el Departamento de Cuencas, el Departamento DISP y, en el caso de las estructuras mucho más pequeñas, las instituciones Panchayatí Raj y la Agencia de Desarrollo Rural de Distritos. La captación de aguas subterráneas es realizada mayoritariamente por agricultores individuales, aunque el DISP utiliza una gran cantidad de agua subterránea para sus planes de agua potable urbanos y rurales. El Departamento de Aguas Subterráneas realiza labores de exploración, estudios periódicos de disponibilidad de suministros de aguas subterráneas en diferentes bloques y proyectos futuros de disponibilidad de agua subterránea según el desarrollo y la utilización previstos.

En ocasiones, los agricultores individuales, el DISP y empresarios que piden agua de uso industrial utilizan los pozos excavados en la misma zona, y a veces se planifican proyectos de riego comunitarios en la misma zona, lo que provoca una sobreexplotación de las aguas subterráneas. Tal y como está organizada la administración hoy en día, ningún departamento del gobierno puede supervisar estas situaciones.

El Departamento de Recursos Hídricos actualmente responsable de la planificación de recursos hídricos a escala estatal muestra un sesgo aparentemente no intencionado pero real hacia la planificación y el desarrollo de recursos para riego a favor de aquellos que reciben riego superficial. Los otros usos del agua, como p.ej. abastecimiento de agua para la industria, suministros domésticos y de agua potable, aguas para protección medioambiental o para preservar la calidad de las aguas están desatendidos en la planificación. Un motivo podría ser que en la primera mitad del siglo XX, o incluso antes, cuando se estaban consolidando las tradiciones de los Departamentos de Recursos Hídricos de la India, se suponía con frecuencia que el agua de riego que percibían los agricultores de proyectos de riego superficial también podía ser aprovechada por ellos como agua doméstica y de boca y en aquellos años los niveles de industrialización y urbanización eran bajos. Por ello, normalmente no se formulaban disposiciones separadas sobre agua para actividades aparte del riego en los proyectos de riego superficial (aunque algunos proyectos pequeños específicos de agua potable para abastecimiento a localidades cercanas se construían a veces por separado). En aquellos días, el agua subterránea era una opción limitada, porque la electricidad se reducía prácticamente a los núcleos urbanos y no existían préstamos y acuerdos de financiación

institucional para pozos e instalaciones de bombeo. Por eso los Departamentos de Recursos Hídricos se habituaron a centrarse en los proyectos de riego superficial y los usos del agua para riego. Esta tendencia se mantiene en la actualidad.

Hoy en día, la mayoría de Gobiernos de los Estados dan la máxima prioridad al agua de boca. Muchos proyectos de riego deben reducir el agua que antes concedían para riego y en su lugar facilitársela al DISP como agua de boca. En algunos casos, los proyectos construidos en un principio para riego han sido cedidos en su totalidad para usos domésticos y potables. De hecho, el agua de uso doméstico y de boca no se suministra por separado sino conjuntamente para ambos fines.

Supuestamente, los departamentos de los Gobiernos de los Estados deben atender simultáneamente a sus deberes de desarrollo, gestión y regulación. En la práctica, los departamentos tienden a prestar más atención al desarrollo que a la gestión, y en general son poco efectivos en cuanto a la regulación. El desarrollo de proyectos, la gestión de la prestación de servicios de agua y la gestión de los recursos hídricos con múltiples usos deben ser atendidos por separado aunque el mismo departamento participe en las tres actividades.

Las Panchayats que asumen obras locales pequeñas no las transfieren al Departamento de Recursos Hídricos o de Aguas Subterráneas desde el punto de vista de la macroplanificación de los recursos hídricos para la zona. Como el estrés hídrico y la escasez de agua se agravan año tras año, las personas tienden a acaparar y almacenar toda el agua dentro de sus aldeas, ya sea de lluvia o de cursos superficiales. La gente habla de que «ni una sola gota de agua debe dejarse escapar del municipio» (en el sistema indio de gestión de la tierra, un municipio es una determinada superficie de terreno y no el núcleo habitado en esa área). Las Panchayats locales, o incluso grupos de agricultores, construyen pequeños anicuts o diques de consolidación para bloquear el caudal de agua y almacenarlo allí mismo, propiciando el aumento de los niveles de aguas subterráneas. No obstante, con este bloqueo de caudales, las presas, embalses, arroyos y ríos aguas abajo sufren efectos adversos.

Este desarrollo local no planificado puede tener consecuencias inaceptables desde el punto de vista macro. Los Gobiernos de los Estados han tenido que destruir con frecuencia los anicuts o diques de consolidación pequeños, porque sino podrían bloquear las cuencas de captación de los embalses aguas abajo o provocar la desecación de los ríos.

Sin embargo, las ideas expresadas por los habitantes de los municipios como se señala en el párrafo anterior son similares a la filosofía de los líderes estatales, quienes no quieren que el agua salga de su estado hacia otro estado aguas abajo porque en su opinión se derrocharía el agua. Con todo, los estados aguas abajo recibieron esas aguas durante siglos y protestarán ante cualquier intento actual por desviar o bloquear esas aguas. Muchas de las controversias interestatales por el agua se basan en esta asunción. En algunos casos, los gobiernos han intentado incluso

no cumplir los acuerdos interestatales de proporcionar ciertas cantidades de agua de algunos sistemas de ríos o canales a estados aguas abajo.

En la década de 1950 y 1960, muchos trabajos de conservación del suelo se realizaban dentro de los límites de las explotaciones agrícolas y no según criterios topográficos. Uno de los objetivos de las obras en las cuencas era superar estos tratamientos para que la topografía y las condiciones del suelo junto con el uso apropiado de cada terreno (ya fuera de propiedad comunal o privada) se convirtieran en componentes del desarrollo de cuencas en áreas de secano. Con la reciente transferencia de las direcciones de cuenca en algunos estados del Departamento de Agricultura del Estado al Departamento de Desarrollo Rural y Panchayati Raj del Estado, esta posibilidad se ha visto amenazada. El Gram Panchayat, responsable de la ejecución de obras de cuencas, podría ver cómo los agricultores locales hacen presión para que las obras de conservación del suelo se vuelvan a hacer dentro de los límites de sus explotaciones y no atravesando los campos en cumplimiento de criterios topográficos. Si tienen éxito, no se alcanzará el principal propósito del enfoque de cuenca.

Los Departamentos de Agricultura de los Estados garantizan el lanzamiento de mensajes de extensión agrícola a los agricultores, que contienen aspectos que este autor prefiere denominar «extensión del riego», puesto que se incluyen técnicas de aplicación de aguas en campos, cantidades óptimas de agua y momentos adecuados para la aplicación de agua para diversos cultivos. No obstante, no se encomienda a ningún organismo la tarea de lanzar mensajes en favor del desarrollo y la gestión de los recursos hídricos. No hay organismos públicos dedicados a la transferencia de tecnología y a proporcionar un paquete de prácticas recomendadas a los diversos usuarios del agua: metodologías de gestión y funcionamiento de canales, utilización óptima de agua doméstica y de boca, incluyendo conservación del agua, uso eficiente del agua para usos industriales, control de contaminación por efluentes industriales en el agua: ningún organismo se ocupa de la transferencia de conocimientos ni de proporcionar un paquete de buenas prácticas recomendadas para los usuarios del agua. Como mínimo, los Departamentos de Recursos Hídricos o el Departamento DZM y WU deberían proporcionar la extensión de riego en línea con la extensión agrícola.

Los Departamentos de los Gobiernos de los Estados se han beneficiado de la financiación por medio de proyectos de ayuda externa, tanto multilaterales como bilaterales. Se han recibido ayudas para desarrollo de cuencas, rehabilitación de depósitos, DZM, drenaje, seguridad de presas, modernización de sistemas de riego superficial existentes, electrificación rural que facilita la explotación de aguas subterráneas, crédito agrícola incluyendo pozos y equipos de bombeo, control de inundaciones, propagación de la Gestión de Riego Participativa, proyectos estatales de Consolidación de Recursos Hídricos y Proyecto de Desarrollo Agrícola múltiple, etc. Con todo, la Constitución permite solamente al Gobierno Central relacionarse con organismos extranjeros para esa ayuda. El Departamento de Asuntos Económicos (DAE) en el Ministerio de Finanzas de la Unión es el organismo nodal para

canalizar las ayudas a los Estados. Mejora la labor de la Unión en las decisiones de asignación. Si bien el DAE puede solicitar asesoramiento de expertos del Ministerio central en cuestión para decidir qué organismo extranjero de préstamos o ayudas debería vincularse con qué sector en qué Estado, nunca podrá tener la cercanía a la realidad sobre el terreno en un sector particular en un Estado particular que tienen los Departamentos del Estado involucrado.

Desde el mismo momento en que la Asamblea Constituyente comenzó a elaborar la Constitución de la India, se ha generalizado la opinión de que el Gobierno de la Unión debería poder desempeñar una función más efectiva en la gestión del agua. De vez en cuando se renueva la sugerencia de que el agua, a través de una Enmienda a la Constitución, debería pasar de la Lista de los Estados a la Lista concurrente del Anexo Siete de la Constitución, lo que permitiría al Parlamento Central y a los legisladores estatales legislar en cuestiones relativas al agua. Este asunto también está relacionado con el hecho de que la Política Nacional del Agua de 1987, o la posterior de 2002, no es vinculante para los Estados y las sugerencias subsiguientes de que el Parlamento debería poder promulgar una Ley Nacional, en interés de una mejor gestión del agua, que fuera vinculante para los Estados. Podría debatirse si esto es deseable o no. Sin embargo, aunque esta Enmienda a la Constitución podría haber sido factible en la década de 1950 o principios de 1960, cuando el mismo partido político estaba en el poder a escala del Gobierno de la Unión y de los Estados, en la actualidad esta Enmienda sería prácticamente imposible, puesto que hay varios partidos o coaliciones en el poder en los distintos Estados y en la Unión, y los miembros del mismo partido político a menudo tienen posturas divergentes en cuestiones de agua interestatales. El país tiene que vivir con las disposiciones constitucionales tal y como existen.

Así las cosas, con los PPC y la canalización de la ayuda extern por el Gobierno Central, así como el requisito de conseguir proyectos más grandes con aprobación técnica de la CWC, la Unión ha incrementado su influencia sobre los Estados en lo referente al agua. Esta tendencia también se aprecia en otros sectores. Esta tendencia también se aprecia en otros sectores aparte del agua, pero políticamente es una tendencia de los Gobiernos de los Estados que se reafirman respecto al Gobierno Central.

Cabe añadir que, si bien muchos defienden que el Departamento de Recursos Hídricos del Gobierno del Estado debería tener un carácter más multidisciplinar, han empezado a publicarse documentos que sugieren que la CCA habría de ser transformada de un organismo técnico de ingenieros a un organismo de naturaleza multidisciplinar.

Terminamos este apartado con el comentario de que al acometer el desarrollo y la gestión del agua existe la necesidad de entender las zonas de regadío (con agua superficial o subterránea) y las zonas de secano o áridas (que atraviesan las fronteras de las Panchayat municipales, los distritos o las regiones) como parte de un continuo interrelacionado. Lamentablemente esto no se hace siempre.

#### IV. REPARTO DEL AGUA Y CONTROVERSIAS INTERESTATALES

Normalmente, cualquier estudio de la gestión del agua en el contexto federal de la India comenzaría con un análisis de las controversias entre Estados sobre el reparto del agua, y de los acuerdos federales y constitucionales para dirimirlas. El autor de esta ponencia ha decidido dejar este tema para el final, porque de lo contrario existiría la tentación de minusvalorar o incluso ignorar mucho de lo que se ha comentado en otros apartados anteriores, aunque los apartados comentados anteriormente sean igualmente relevantes y significativos.

Excepto en dos cuencas más pequeñas, 16 de las 18 cuencas más importantes de la India abarcan más de un Estado y las cuencas interestatales incluyen más del 90% de la superficie geográfica del país. Excepto la cuenca hidrográfica de Brahmaputra, las otras cuencas hidrográficas principales sufren presiones de agua aunque no escasez, considerando la disponibilidad de agua per capita según el Censo de 2001. Los Estados que comparten cuencas pueden tener litigios sobre regulación de caudales (el agua utilizada por un Estado aguas arriba frente al agua que llega al Estado aguas abajo para su aprovechamiento allí, o aún más abajo en un tercer Estado), reparto de costes y beneficios en los proyectos de desarrollo de agua, o cuestiones cuando las personas afectadas por el proyecto se encuentran en un Estado y los beneficiarios en otro. El Gobierno de la Unión considera estas controversias/conflictos como impedimentos para aprovechar todo el potencial del agua en cada cuenca hidrográfica. Recientemente, el Gobierno de la Unión ha mostrado interés por tener más voz en la búsqueda del desarrollo de ríos interestatales. Los Estados se resisten siempre a estos avances porque los consideran intentos por vulnerar sus derechos.

Como ya hemos señalado, el derecho del Estado significa realmente los derechos del Gobierno del Estado y no los derechos directos de los grupos de usuarios del agua dentro de los Estados.

Cuando los Estados intentan lograr progresos dentro de una cuenca interestatal, a menudo surgen problemas y controversias interestatales. Las negociaciones entre Gobiernos de Estados que dan lugar a acuerdos entre Estados han sido una solución desde los días previos a la independencia cuando los británicos tenían el poder. En el año 2000 había 58 acuerdos interestatales (bilaterales o multilaterales): 39 para proyectos conjuntos sobre costes y beneficios compartidos y 19 sobre aguas compartidas. No obstante, las negociaciones que acaban en acuerdos sobre agua tampoco están exentas de problemas. En algunos casos, es posible que las aguas subterráneas no se incluyan en el acuerdo. A veces, los acuerdos entre Estados en una subcuenca compartida dejan fuera a otros Estados que comparten la misma cuenca y que posteriormente se quejan. Puede que a los Estados no les agrade cumplir los acuerdos que han firmado, o que cambien de opinión acerca del agua que necesitan (o que desean). La creación de nuevos Estados dividiendo los existentes también puede complicar las cosas.

La reciente creación en esta década de tres Estados nuevos dividiendo Estados más grandes podría cambiar la naturaleza de las diferencias existentes entre los Estados o crear nuevas controversias interestatales, y no se puede descartar la redefinición de las fronteras entre Estados o la creación de más Estados de menor tamaño en el futuro.

Los Estados no han querido renunciar a ninguno de sus derechos ante las organizaciones de cuencas fluviales. La Ley de Consejos Fluviales (River Boards Act) de 1956 aprobada por el Parlamento Central en virtud del artículo 262 de la Constitución, y que dispone la creación de consejos por el Gobierno de la Unión en consulta con los Gobiernos de los Estados para prestrar asesoramiento sobre el desarrollo integrado de las cuencas interestatales, se ha convertido en un instrumento inútil puesto que no se ha creado ningún consejo. Asimismo, a escala nacional no ha sido posible ninguna declaración formalmente aceptada de principios de reparto de agua. En la década de 1990 se hicieron intentos por preparar un borrador de declaración de tales principios, que se presentó al CNRH. No obstante, los distintos Estados no se pusieron de acuerdo, e incluso hoy parece improbable que se llegue a un consenso. Cada Gobierno de Estado tiene sus propias ideas sobre lo que es deseable atendiendo a su situación concreta, y políticamente ningún Estado parece estar dispuesto a hacer concesiones mutuas sobre asuntos de reparto de aguas.

En capítulos anteriores de este artículo se ha indicado por qué los regantes en zonas de mando de riego opinan invariablemente que tienen un abastecimiento de agua escaso y por qué los Gobiernos de los Estados se muestran posesivos con el agua que fluye por los ríos de su Estado. IYER ha señalado que se está generando una demanda de agua competitivamente insostenible<sup>3</sup>. La oferta crea demanda y necesita más oferta. La disponibilidad de agua conduce a la adopción de patrones de cultivos hídricamente más intensivos que requieren más agua. Existe el deseo de ampliar la superficie agrícola de regadío alegando motivos de crecimiento económico. La mayor industrialización y urbanización y la explosión demográfica aumentan asimismo la demanda de agua. Los requisitos medioambientales de agua se entendían menos en el pasado a nivel universal y se añaden a la necesidad creciente de agua. En general, los Estados grandes han ido avanzando con una explotación intensificada de las aguas superficiales y subterráneas. Todavía hay margen para una gestión y utilización más eficiente del agua, proceso que brindaría más agua para diversas necesidades; pero gradualmente la demanda se torna insostenible en cada vez más zonas, que sufren ya un fuerte estrés hídrico.

Esto también influye en las propuestas de trasvases entre cuencas mediante la transferencia de aguas a larga distancia. La coalición que estaba en el poder en el Gobierno de la Unión entre 2000 y 2004 defendió un proyecto de interrelación de ríos en todo el país (Inter-linking of Rivers Project, ILR). Una de las justificaciones aducidas fue que el agua podía trasvasarse de áreas excedentarias a áreas deficitarias.

---

3. IYER, (2007).



rias. Pero sin criterios acordados previamente (e investigaciones y valoraciones sobre esos criterios que sean consensuadas por todos), resulta subjetivo definir qué es «excedente» y qué es «déficit». ¿Deberían considerarse los requisitos futuros? De hecho, en los casos en que se han firmado acuerdos estatales, los Gobiernos de los Estados han optado por enormes inversiones en infraestructuras hídricas para garantizar que puedan aprovechar sus proporciones de agua disponibles y no dejar que otros Estados reclamen ese agua con el pretexto de que el Estado no está utilizando toda el agua concedida y por ello debería dejarse libre para otros Estados. Con todo, en esos casos la percepción de lo que es un excedente o un déficit de agua es más importante que el estado del agua potencialmente disponible en años mejores o en años de escasez. Quizás cada Gobierno de Estado cree que en general no tienen excedentes (aún cuando durante el monzón o la estación lluviosa algunas partes del Estado puedan sufrir inundaciones). En consecuencia, resulta difícil pensar que cualquier Gobierno de Estado vaya a aceptar un trasvase desde el Estado a otras cuencas o Estados mediante la interrelación de ríos.

¿Qué ocurre cuando surge una controversia entre Estados? La Ley de Controversias Hídricas Interestatales de 1956 aprobada en virtud del artículo 262 de la Constitución dispone que una parte agraviada puede pedir al Gobierno de la Unión que someta una disputa a un tribunal. Se nombra un Tribunal de Controversias de Aguas que incluye un juez permanente del Tribunal Supremo y otros dos jueces del Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores del Estado. Puede elegir evaluadores y expertos para asesorarle y, una vez emitido, su laudo es definitivo más allá de la competencia de los tribunales.

La Ley fue enmendada en 2002 para establecer determinados límites con el fin de acelerar el trabajo del tribunal y conferir a las resoluciones del tribunal la misma validez que un auto o un decreto del Tribunal Supremo.

Se han creado cinco Tribunales de Controversias Hídricas Interestatales desde la promulgación de la Ley. En las causas de Godavari y Narmada, los fallos del Tribunal pueden considerarse satisfactorios, aunque en la causa de Godavari una serie de acuerdos interestatales y bilaterales/trilaterales entre los estados implicados durante el mandato del Tribunal, y en la causa de Narmada las discusiones informales entre los Estados bajo el liderazgo del Primer Ministro por un período de tres años, que se desarrollaron en paralelo a las diligencias del Tribunal y que finalizaron en un acuerdo previo sobre la asignación de aguas entre los Estados y sobre la altura de la presa de Narmada, facilitaron la aceptación y la ejecución de los fallos. La disputa de Cavery data de 1892, y no tuvieron buena acogida ni el Fallo Provisional ni el Fallo Definitivo del Tribunal. En la causa de Krishna, el Tribunal creado en 1969 emitió su fallo en 1976, pero la disputa continuó enconándose y tuvo que crearse un nuevo Tribunal en 2004. El fallo de Ravi-Beas ha sido cuestionado posteriormente por un Estado: el Punjab.

En realidad, cada vez más Estados se muestran reacios a acatar los Fallos de los Tribunales a pesar de las disposiciones expresas en la Constitución. Se plantean

cuestiones de interpretación y no hay ningún mecanismo para obligar a su cumplimiento.

Otras críticas al procedimiento conforme a la Ley de Controversias Hídricas Interestatales (LCHI) son<sup>4</sup>:

(a) la adjudicación podría no ser el medio mejor o más apropiado de resolver tales controversias; un acuerdo negociado, con la asistencia de mediación o conciliación, puede ser más ventajoso,

(b) los Tribunales de Controversias Interestatales sobre Aguas no tienen una declaración formal de principios de reparto de aguas que puedan guiarles en su trabajo,

(c) el sistema de adjudicación en virtud de la Ley es pesado y dilatorio,

(d) las diligencias son contradictorias and divisivas además de costosas. Cada parte contrata a un letrado eminente, plantea reclamaciones máximas y lucha por cada centímetro de terreno. El procedimiento descarta un enfoque de resolución de problemas, o los esfuerzos hacia la conciliación de diferencias. Las partes (Estados) desempeñan el papel de litigantes y la responsabilidad de la resolución recae únicamente en los jueces, y

(e) una o más partes pueden sentirse víctimas de injusticia o agravio al escuchar el Fallo, para lo cual no hay remedio posible.

Sin embargo, la Ley no insiste en que un Tribunal deba seguir el estilo de diligencias adversarias y nada impide al Tribunal adoptar un procedimiento de consulta, interactivo, objetivo, enfocado a explorar soluciones al emitir su resolución judicial. Con todo, un breve examen de la literatura existente deja traslucir que no parece haberse sugerido ningún procedimiento alternativo que resulte más eficiente.

Se prevé que los diferentes Gobiernos de los Estados sean cada vez más agresivos al hacer oír sus demandas de agua incrementadas a costa de otros Estados en las cuencas.

Como señalaba en el apartado anterior, las enmiendas a la Constitución de India tienen cada vez más dificultades políticas para ser promulgadas y no existe suficiente consenso entre las partes políticas contendientes en los diversos Estados y en el plano de la Unión, donde a menudo ocupa el poder una colación de partidos políticos con mayorías ajustadas en las cortes. Además, el Tribunal Supremo de India ha declarado que las características básicas de la Constitución de India no se pueden modificar mediante una enmienda a la Constitución. Así pues, las características federales del país no pueden cambiar y las mejoras en la gestión del agua habrán de efectuarse dentro de los límites marcados por la estructura federal de India. La adopción de una Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas

---

4. Ebd.

podría resultar complicada, porque los Gobiernos de los Estados (que han demostrado ser muy reacios a delegar poderes y funciones a las entidades locales) quizás no deseen renunciar a su control, poderes, autoridad y derechos ante ninguna organización de cuenca hidrográfica. En la práctica está resultando difícil incluso asumir una Gestión Integrada de los Recursos Hídricos.

## V. CONCLUSIÓN

Hemos analizado diversos aspectos de la gestión del agua en la India dentro del marco federal. La presión sobre los recursos hídricos crece día tras día. Las poblaciones están aumentando. Los cambios de estilo de vida han incrementado la demanda de agua per capita. La sociedad agraria tradicional se transforma en una sociedad más compleja, multisectorial, y las tecnologías plantean nuevas posibilidades de actividad económica, lo que conlleva un repunte de los requisitos de agua. Muchas de las fuentes de agua, superficiales o subterráneas, que eran fáciles de aprovechar ya se han agotado y el desarrollo de nuevas fuentes de agua resulta más costoso e implica más conflictos técnicos, medioambientales e incluso políticos que se deben solucionar. Gran parte de las infraestructuras relacionadas con el agua creadas en los siglos XIX y XX precisan una profunda renovación, modernización y conservación. Están emergiendo competencias por el agua, disputas e incluso conflictos por el reparto del agua.

El almacenamiento y la distribución del agua por canales, el bombeo de agua subterránea, la captación de agua de lluvia y el desarrollo de cuencas: todos se enfrentan a importantes desafíos por resolver.

Todo el tema de la gobernanza en el sector del agua y la gestión de los recursos hídricos en los distritos estatales, los proyectos de desarrollo de agua y los niveles locales deben mirarse desde otra perspectiva, al tiempo que se revisa la función que desempeña el Gobierno de la Unión, para que en la India tengamos sistemas que funcionan para resolver las cuestiones que surjan en el futuro.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BRISCOE, John y R. P. S. MALIK (eds.) (2007), *Handbook of Water Resources in India: Development, Management and Strategies* Oxford University Press Nueva Delhi; especialmente artículos de A. D. MOHILE, A. SEKHER y Tushar SHAH.

CHAMBERS, R. (1992), *Managing Canal Irrigation*, Oxford e IBH, Nueva Delhi.

DINESH KUMAR, M. (2007), *Groundwater Management in India*, Sage Publications, Nueva Delhi.

DUA, B. D. y M. P. SINGH (eds.) (2003), *India Federalism in the New Millennium*, Manohar Publishers, Nueva Delhi.

- FARRINGTON, John, Cathryn TURTON y A. J. JAMES (eds.) (1999), *Participatory Watershed Development*, Oxford University Press.
- GOBIERNO DE INDIA (1996), *Constitution of India*, Ministerio de Derecho y Justicia, Nueva Delhi.
- (2003), *Vision for Integrated Water Resources Development and Management*, Ministerio de Recursos Hídricos, Nueva Delhi.
- GOBIERNO DE RAJASTHAN (2005), *Report on Integrated Water Resources Development in Rajasthan*, Departamento de Riego, Jaipur.
- HOOJA, Rakesh (1987), *Administrative Interventions in Rural Development*, Rawat Publications, Jaipur.
- (2004), «Water Users Associations as the Fourth Tier of Indian Federalism», *South Asian Journal of Socio Political Studies*, enero-abril 2004.
- (2006), *Management of Water for Agriculture: Irrigation, Watersheds and Drainage*, Rawat Publishers, Jaipur.
- HOOJA, Rakesh y George MATHEW, (2007), «Partners in Development: Local Government in India» en Raoul BLINDENBACHER y Chandra PASMA (ed.) *Dialogues in Local Government and Metropolitan Regions in Federal Countries*, Foro de Federaciones de Canadá y Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales.
- HOOJA, Rakesh, Ganesh PANGARE y K. V. RAJU (eds.) (2002), *Users in Water Management: The Andhra Model and Its Replicability in India*, Rawat Publications, Jaipur.
- HOOJA, Rakesh y Meenakshi HOOJA (2005), *Panchayati Raj: Continuity and Change in Rajasthan*, HCM Instituto Estatal de Administraciones Públicas de Rajasthan, Jaipur.
- HOOJA, Rakesh y Meenakshi (2007), *Democratic Decentralization and Planning: Essays in Panchayati Raj, District Planning and Development Administration*, Rawat Publications, Jaipur.
- HOOJA, Rakesh, Ramesh K. ARORA y K. K. PARNAMI (eds.) (2007). *Water Management: Multiple Dimensions*, Rawat Publications, Jaipur.
- HOOJA, Rakesh, y R. K. CHOUBISA (eds.) próximamente, (2008), *Administration of Desert, Drought Prone and Dry Farming Areas*, Rawat Publications, Jaipur.
- SOCIEDAD INDIA DE RECURSOS HÍDRICOS (Indian Water Resources Society) (1998) *Theme Paper on Five Decades of Water Resources Development in India*, Día de los Recursos Hídricos 1998.
- IYER, Ramaswami, R. (2007), «Water Sharing in a Federal Context» (mimeo) Artículo presentado en un *Congreso Regional organizado por el Consejo Interestatal en Kochi* los días 26 y 27 de julio de 2007 como preparación para el 4º Congreso Internacional sobre Federalismo.
- JOSHI, L. K. y Rakesh HOOJA (eds.) (2000), *Participatory Irrigation Management: Paradigm for 21<sup>st</sup> Century* (en dos volúmenes) Rawat Publications, Jaipur.
- MAJEED, Akhtar, Ronald L. WATTS y Douglas M. BROWN (EDS.) (2006), *Distribution of Powers*

*and Responsibilities in Federal Countries*, McGill-Queen University Press, Montreal y Londres.

MALONEY, C. y K. V. RAJU (1994), *Managing Irrigation Together: Practice and Policy on India*, Sage, Nueva Delhi.

MATHEW, George (2002), «India in Ann L Griffiths» (ed.) *Handbook of Federal Countries 2002*, McGill-Queen University Press, Montreal y Londres.

MATHEW, George y Rakesh HOOJA forthcoming (2009), «Local Government and Metropolitan Regions in India» en Nico STYLER (ed.) *Local Government and Metropolitan Regions in Federal Countries*, McGill-Queen University Press, Montreal y Londres.

MEINZEN-DICK, R. y M. SVENDSEN (eds.) (1991), *Future Directions for Indian Irrigation: Research and Policy Issues*, IFPRI, Washington DC.

SALETH, R. Maria (2004), *Strategic Analysis of Water Institutions in India*, Informe de Investigación 79 del Instituto Internacional de Gestión del Agua, Colombo, Sri Lanka.

SEGUNDA COMISIÓN DE REFORMAS ADMINISTRATIVAS (2008), Séptimo Informe sobre *Capacity Building for Conflict Resolution – Friction to Fusion* (Capacitación para la resolución de conflictos: de fricción a fusión), Nueva Delhi; Capítulo 5 «Water Related Issues» (Cuestiones relativas al agua).

SHIVAKOTI, G., Douglas VERMILLION, Wai-Fung LAM, Elinor OSTROM, Uwal PRADHAN y Robert YODER (eds.) (2005), *Asian Irrigation in Transition*, Sage, Nueva Delhi, especialmente el artículo de Nirmal Sengupta.

SINGH, Ajay Kumar (2005), *Union Model of India Federalism*, Centre for Federal Studies, Hamdard University, Nueva Delhi.

SIVAMOCHAN, M. V. K. y Christopher A. SCOTT (eds.) (1994), *India: Irrigation Management Partnerships*, Booklink Corporation, Hyderabad.

SVENDSEN, M. y A. GULATI (eds.) (1995), *Strategic Change in Indian Irrigation*, Macmillan India, Nueva Delhi.

VAIDYANATHAN, A. (1999), *Water Resource Management: Institutions and Irrigation Development in India*, Oxford University Press, Nueva Delhi.

**Tabla 1: POTENCIAL DE RECURSOS HÍDRICOS EN LAS CUENCAS HIDROGRÁFICAS DE INDIA**

Núm.	Nombre de la Cuenca hidrográfica	Potencial medio anual de aguas superficiales Km <sup>3</sup>	Caudal utilizable estimado excluyendo aguas subterráneas Km <sup>3</sup>	Recursos totales de aguas subterráneas reponibles Km <sup>3</sup>	Población en 1991 millones	Aguas superficiales disponibles per capita m <sup>3</sup>	Aguas superficiales y subterráneas per capita m <sup>3</sup>
1	2	3	4	5	6	7	8
1	Indus (hasta la frontera)	73,31	46,00	26,49	41,90	1.750	2.382
2	a) Ganga	525,02	250,00	170,99	356,80	1.471	1.951

Núm.	Nombre de la Cuenca hidrográfica	Potencial medio anual de aguas superficiales Km <sup>3</sup>	Caudal utilizable estimado excluyendo aguas subterráneas Km <sup>3</sup>	Recursos totales de aguas subterráneas reponibles Km <sup>3</sup>	Población en 1991 millones	Aguas superficiales disponibles per capita m <sup>3</sup>	Aguas superficiales y subterráneas per capita m <sup>3</sup>
1	2	3	4	5	6	7	8
	b) Brahmaputra, Barak y otras	585,60	24,00	53,91	35,24	16.617	18.147
3	Godavari	110,54	76,30	40,65	53,98	2.048	2.801
4	Krishna	78,12	58,00	26,41	60,78	1.285	1.720
5	Cauvery	21,36	19,00	12,30	29,33	728	1.148
6	Pennar	6,32	6,86	4,93	9,70	652	1.160
7	De flujo hacia el este	22,52	13,11		23,60	954	831
	Ríos entre Mahanadi y Pennar			18,22			
8	Ríos que fluyen al este entre Pennar y Kanyakumari	16,46	16,73		45,20	364	
9	Mahanadi	66,88	49,99	16,46	26,60	2.514	3.133
10	Brahamani y Baitarni	28,48	18,30	4,05	9,77	2.915	3.329
11	Subernarekha	12,37	6,81	1,82	9,46	1.308	1.500
12	Sabarmati	3,81	1,93	18,42	10,58	360	1.120
13	Mahi	11,02	3,10		10,48	1.052	
14	De flujo hacia el oeste	15,10	14,98		22,10	683	
	Ríos de Kutch, Saurashtra incluyendo Luni						
15	Narmada	45,64	34,50	10,83	14,70	3.105	3.842
16	Tapi	14,88	14,50	8,27	14,80	1.005	1.564
17	Ríos que fluyen al oeste desde Tapi hasta Tadri	87,41	11,94	17,69	25,80	3.388	3.744
18	De flujo hacia el oeste	113,53	24,27		32,60	3.483	
	Ríos desde Tadri hasta Kanyakumari						
19	Área de drenaje interior en el Desierto de Rajasthan	NEG			7,10		

X. *Gestión del Agua en países federales: India*

Núm.	Nombre de la Cuenca hidrográfica	Potencial medio anual de aguas superficiales Km <sup>3</sup>	Caudal utilizable estimado excluyendo aguas subterráneas Km <sup>3</sup>	Recursos totales de aguas subterráneas reponibles Km <sup>3</sup>	Población en 1991 millones	Aguas superficiales disponibles per capita m <sup>3</sup>	Aguas superficiales y subterráneas per capita m <sup>3</sup>
1	2	3	4	5	6	7	8
20	Cuencas hidrográficas menores en dirección a Bangladesh y Burma	31,00			2,10	14.762	14.762
	Total	1.869,35	690,31	431,44	842,62	2.218	2.731

Fuente: *Artículo temático sobre agua: Visión 2050 AD*, Sociedad India de Recursos Hídricos, 1999.





# Gestión del Agua en países federales y semejantes a los federales: Perspectivas de Nigeria

I. J. GOLDFACE-IROKALIBE<sup>1</sup>

**Resumen:** Nigeria es una Federación situada en la Costa Occidental de África. Se considera que este país está bendecido con suficientes recursos hídricos y se divide en 8 zonas hidrológicas bañadas principalmente por los ríos Níger y Benue y sus numerosos afluentes menores así como lagos interiores.

Los tres niveles de gobierno, Federal, Estatal y Local, comparten responsabilidad en la gestión de los recursos hídricos, provocando así la fragmentación, la duplicación y la falta de coordinación intersectorial, donde cada segmento aplica su propia agenda independiente del agua.

Las características más destacables de la gestión de los recursos hídricos en Nigeria incluyen, entre otras: base de datos incompleta, responsabilidad fragmentada y marco institucional débil.

Debido al enfoque fragmentado y poco coordinado en cuestiones relativas al control del agua, la maquinaria de regulación y supervisión en el sector del agua nigeriano es diversa, difusa e ineficiente. La fuerza ejecutiva en tales circunstancias resulta laxa. Las leyes del agua actuales carecen de disposiciones y mecanismos adecuados para la coordinación intersectorial, la fijación de precios y la resolución de conflictos.

Por ello se ha expresado la necesidad de una nueva ley del agua en Nigeria así como de un nuevo mecanismo regulador, para asegurar un enfoque sostenible e integrado en la gestión de los recursos hídricos.

**Palabras clave:** fragmentación, regulación, coordinación intersectorial, agenda independiente del agua, resolución de conflictos, gestión integrada de los recursos hídricos.

## Relación de Acrónimos.

PDA	Proyectos de Desarrollo Agrícola
Cap.	Capítulo
LLE	Lista Legislativa Exclusiva
TCF	Territorio Capital Federal
AFPM	Agencia Federal de Protección Medioambiental

1. Profesor de Derecho Nacional e Internacional de Aguas, Facultad de Derecho, Universidad Ahmadu Bello, Zaria, Nigeria.

MFARH	Ministerio Federal de Agricultura y Recursos Hídricos
PCHHN	Proyecto de Conservación de Humedales Hadejia-Nguru
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
LFN	Leyes de la Federación de Nigeria
ANVI	Autoridad Nacional de Vías Navegables Internas
PNGRH	Política Nacional de Gestión de Recursos Hídricos
ADCH	Autoridad para el Desarrollo de Cuencas Hidrográficas
AEA	Agencia Estatal del Agua
EGRH	Estrategia de Gestión de Recursos Hídricos

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. RECURSOS HÍDRICOS EN NIGERIA

Nigeria, con una superficie terrestre de 924.000 Km<sup>2</sup>, es una federación compuesta por 36 estados, 776 áreas de gobierno local y el Territorio Capital Federal (TCF) de Abuja. El país se sitúa en África Occidental y está enmarcado entre los trópicos, donde el clima es semiárido en el norte y progresivamente más húmedo conforme se llega al sur. Las precipitaciones anuales oscilan entre 4.000 mm en el sureste y menos de 250 mm en el extremo nororiental y están sujetas a una significativa variación temporal. Los recursos potenciales de aguas superficiales en el país se estiman en 267.300 millones de metros cúbicos, mientras el potencial de agua subterránea es de 51.900 millones de metros<sup>2</sup>.

Existe una variación temporal y espacial en la disponibilidad de agua; las precipitaciones en el norte son bajas, con sólo 500 mm en el extremo nororiental, y en el sur superan los 4.000 mm, sobre todo en el sureste. El Cinturón Saheliano de Nigeria se encuentra en la frontera sureña del desierto del Sahara y allí es donde el país se enfrenta a los desafíos de la elevada variabilidad de las precipitaciones, que se han manifestado en forma de una pertinaz sequía durante las tres últimas décadas, con el consiguiente impacto de la extensión reducida de humedales en la zona de Hadejia-Nguru y la pérdida casi total del Lago Chad.

Nigeria se considera bendecida por la abundancia de sus recursos hídricos. El país está dividido en 8 áreas hidrológicas regadas principalmente por los ríos Níger y Benue y sus numerosos afluentes menores, así como por el Lago Chad y el Lago Guta y sus tributarios. Existen otros ríos perennes, por ejemplo Gongola, Hadejia-Jama'are, Kaduna, Zamfara y Yobe en el norte, y Ogun, Osun, Imo, Cross y Anambara en el sur. La escorrentía superficial total es amplia. La aportación anual máxima registrada en la estación de aforo de Lokoja en el río Níger ha alcanzado los 165.800 millones de metros cúbicos. El volumen de aguas subterráneas disponibles también es considerable en grandes cuencas sedimentarias (las cuencas del Chad y del Sokoto) situadas en las fronteras internacionales del norte, y esta última repre-

2. Política Nacional de Gestión de Recursos Hídricos 1995.

senta el segmento nigeriano del **Sistema acuífero Iullemeden** (SAI) compartido por varios países. Al sur, Nigeria también posee una importante proporción de aguas subterráneas, en especial los acuíferos costeros transfronterizos del Golfo de Guinea: **Sistemas acuíferos Tano y Keta**.

Para evaluar los recursos hídricos del país se crearon 163 estaciones hidrométricas automatizadas en las 8 áreas hidrológicas del país, y al mismo tiempo se actualizaron 26 estaciones primarias existentes para cumplir las normas de la OMM. El Plan Hidrológico Nacional de Nigeria tiene como fin la creación de 486 estaciones hidrológicas que constituyan la red primaria básica.

## 2. RIEGO Y PRESAS

El potencial total de riego se aproxima a los 3,14 millones de hectáreas y está formado por:

- 2,04 millones de hectáreas para sistemas oficiales bajo propiedad y gestión de los agricultores basados en la crecida conjuntiva de aguas superficiales y los acuíferos someros de la fadama, y
- 1,1 millones de hectáreas para proyectos de riego públicos oficiales bajo control del gobierno

En los días del boom petrolífero durante la década de 1970 y principios de 1980, Nigeria invirtió enormemente en desarrollo de recursos hídricos, particularmente en la construcción de presas multifuncionales. Estas presas tenían la función de controlar las inundaciones, suministrar agua para usos domésticos e industriales, controlar la cesión de derechos ribereños y el medio ambiente, generación hidroeléctrica, pesca, ganadería, cursos de agua continentales y agricultura de regadío, entre otros. Nigeria ha construido 200 presas que almacenan 31.000 millones de metros cúbicos. De éstos, 11.000 millones de metros cúbicos abastecen hasta 340.000 hectáreas de tierra de regadío. Hasta ahora, se han equipado con infraestructuras cerca de 100.000 hectáreas, aunque actualmente sólo se pueden regar cerca de 60.000 hectáreas; así pues, las 40.000 hectáreas restantes de campo equipado necesitan una importante rehabilitación. El balance de 240.000 hectáreas de tierra que pueden abastecerse con el agua almacenada hasta la fecha precisa una completa dotación de instalaciones de riego para que el país pueda sacar el máximo partido posible.

Un alto porcentaje de la población del país, estimada en 120 millones de personas, no tiene acceso a agua potable. Según una encuesta con grupos de multiindicadores realizada en 1999 por el Instituto Federal de Estadística, se estima que solamente el 52% de los habitantes urbanos (48% incluyendo las zonas periurbanas) y el 39% de los habitantes rurales tienen acceso a agua potable.

### **3. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL**

El abastecimiento de agua está incluido en la agenda legislativa actual, que plantea el reto de la coordinación y la definición de roles.

En la actualidad, las siguientes leyes federales, Ley de Recursos Hídricos de 1993, Ley de Minerales de 1990, Ley ANVI de 1997, Ley ADCH de 1990 y una serie de edictos estatales sobre aguas y leyes comunes, son relevantes para el desarrollo y la gestión de los recursos hídricos nacionales.

Los tres niveles de gobierno, federal, estatal y local, comparten responsabilidad en la gestión de los recursos hídricos, provocando así la fragmentación, la duplicación y la falta de coordinación intersectorial, donde cada segmento aplica su agenda independiente del agua.

Éstos son los acuerdos institucionales para los recursos hídricos nigerianos:

- Nivel de Gobierno Federal – MFARH, Ministerio Federal de Agricultura y Recursos Hídricos (incluye 12 Autoridades para el Desarrollo de Cuencas Hidrográficas) (ADCH) y el Instituto Nacional de Recursos Hídricos (INRH). El MFARH es responsable de formular y coordinar las políticas nacionales del agua, desarrollar y gestionar grandes infraestructuras de recursos hídricos, embalses, presas y planes de riego y abastecimiento de agua.

- Nivel de Gobierno Estatal, responsable del abastecimiento de agua potable (a través de las Agencias Estatales del Agua) (AEA).

- Nivel de Gobierno Local, responsable del abastecimiento de agua y de las instalaciones de saneamiento en zonas rurales.

Nivel Comunitario: participa en el suministro de agua y saneamiento.

### **4. LA LEYENDA**

Durante muchos años, la falta de una política global para el agua en forma de estrategias, planes directores funcionales de agua a escala nacional, mecanismos apropiados de coordinación intersectorial, fijación de precios y resolución de conflictos ha hecho que la responsabilidad de la gestión del agua para cada segmento de uso haya sido diversificada y difusa. Diversos organismos en todos los niveles de gobierno (federal, estatal y local) siguen una agenda del agua distinta, lo que fragmenta enormemente la toma de decisiones políticas para el desarrollo de los recursos hídricos, tales como extracción de agua, control de la contaminación y gestión de cuencas hídricas. Estas fragmentaciones afectan al núcleo de la gestión de los recursos hídricos. Las diferentes entidades que utilizan el agua para múltiples fines deben planificar, coordinar y gestionar sus actividades adecuadamente, con el propósito de conservar estos recursos escasos y e importantes para las generaciones futuras. Para lograrlo, una combinación apropiada de marco institucional, político, económico, financiero y regulatorio, que reconozca la necesidad de un enfoque

intersectorial para la gestión de los recursos hídricos, se ha convertido en una necesidad urgente de nuestros tiempos.

## **II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN NIGERIA**

### **1. BASE DE DATOS INCOMPLETA**

La gestión del agua no se puede abordar con una mala gestión de los datos. En los últimos diez años no se ha publicado ni un solo anuario hidrológico pan-nigeriano. Sin una evaluación del agua no puede haber modelos de sistemas de apoyo a las decisiones (SAD) necesarios para entender el impacto de la extracción y de los acuíferos subterráneos.

En la actualidad, la nación carece de un sistema eficiente de gestión de datos sobre recursos hídricos. Por ello, Nigeria necesita crear redes nacionales para la recopilación de estos datos, pero también un instituto que aproveche los datos para hacer modelos. Aunque la Estrategia de Gestión de Recursos Hídricos recomendaba la creación de un Centro de Modelos sobre Agua, el Gobierno Federal ha ido más allá al crear una Agencia Hidrológica Nacional para asistirlos.

### **2. RESPONSABILIDAD FRAGMENTADA**

La práctica sectorial fragmentada ha provocado además un desarrollo dispar y generado una situación crítica donde actualmente no se dispone de ningún mecanismo para garantizar una calidad mínima del agua. No hay responsabilidades claras marcadas, ni normativas obligatorias sobre calidad de las aguas, ni una supervisión efectiva, no se hace cumplir la ley, no hay sanciones para los contaminadores, no se aplican remedios y no se tiene una perspectiva clara sobre la magnitud del problema. Estas cuestiones se están empezando a debatir, aunque de una manera fragmentada. Éstos son los ministerios federales que participan en diversos aspectos: Ministerio Federal de Agricultura y Recursos Hídricos, Ministerio Federal de Medio Ambiente y Vivienda, Ministerio Federal de Sanidad y diversos organismos estatales. Aún así, no se sabe todavía quién tiene la responsabilidad general de la calidad de las aguas superficiales y subterráneas en Nigeria.

### **3. MARCO INSTITUCIONAL DÉBIL**

#### **A) Autoridades para el Desarrollo de Cuencas Hidrográficas (ADCH)**

Las Autoridades para el Desarrollo de Cuencas Hidrográficas (ADCH) nacieron como consecuencia de la promulgación del Decreto 25 de 1976. Fueron concebidas como vehículos para la creación de un Programa pan-nigeriano de desarrollo de recursos hídricos. La ley actual sobre las ADCH es la Ley ADCH, cap. 396, y las

Leyes sobre la Federación de Nigeria de 1990. Esta ley explica detalladamente diversas funciones y objetivos para estas Autoridades, de lo que se infiere que su existencia en toda la nación fomenta su aceptación como unidad apropiada para gestión del agua.

El apartado 4 (1) (a) – (d) de la Ley ADCH confiere a las Autoridades poderes legales para emprender un desarrollo integral de las aguas superficiales y subterráneas, construir y mantener sistemas de riego y drenaje de presas, suministrar agua a todos los usuarios, y construir y mantener servicios de infraestructuras, incluyendo carreteras y puentes entre los emplazamientos del proyecto.

(a) Las disposiciones del apartado 4 (1) (a) – (d) que estipulan las funciones de las ADCH constituyen un importante problema debido a sus defectos inherentes. Al aprobarse esta medida, las ADCH se convierten al mismo tiempo en proveedores y consumidores de agua, así como gestores de desarrollo y reguladores del agua y los recursos hídricos. En efecto, esta ley convierte a las ADCH simultáneamente en reguladores y usuarios. Esta situación ha generado conflictos de intereses.

(b) Los dominios operativos de todas las Autoridades para el Desarrollo de Cuencas Hidrográficas (ADCH) de la nación están definidos por fronteras políticas y no por fronteras hidrológicas. Así las cosas, la plantilla de estas Autoridades parece reflejar la composición política de los estados que constituyen la esfera de actuación de cada Autoridad de Cuenca. Atendiendo a este contexto y basándose en sus mandatos de desarrollo, las ADCH han explotado el agua de las cuencas de manera independiente y descoordinada para desarrollar la agricultura de regadío.

La evidente falta de coordinación entre las ADCH, la firme determinación por seguir el mandato de la agricultura de regadío que no impone una obligación legal concomitante para el control de la contaminación o la gestión de cuencas hídricas han perpetuado un enfoque insostenible del uso del agua, ante la falta de un planteamiento integrado para la gestión de los recursos hídricos.

(c) A escala institucional, la legislación de las ADCH tiene otros defectos manifiestos. El apartado 4 (1) (c) autoriza a las ADCH a suministrar agua de los sistemas de almacenamiento completos de la Autoridad a todos los usuarios, por un importe fijado por la Autoridad relevante. No obstante, la ley no confiere a la Autoridad poderes de aplicación ni tampoco estipula sanciones para los defraudadores. Este defecto, sumado a las consideraciones políticas, ha sido el responsable de la incapacidad de las ADCH para recuperar algunas tasas especialmente en los estados de Kano y Borno, en concepto de extracción de aguas brutas por las agencias estatales del agua en ambos estados.

Las Autoridades de Cuencas Hidrográficas son, en el mejor de los casos, órganos administrativos públicos, con personalidad civil e independencia financiera. Su objetivo es promover actividades relacionadas con la cuenca que sean de interés público.

Para lograr esta meta, la Autoridad solamente puede imponer pagos a los usua-

rios del agua, públicos o privados, con el fin de ayudar a financiar proyectos necesarios para mejorar los recursos o aplicar medidas de protección medioambiental.

Se trata, pues, de aplicar los principios de «el que contamina paga» y «el usuario paga» en la gestión de los recursos hídricos y de dar incentivos financieros para suprimir la contaminación y el despilfarro y economizar agua.

La situación actual de las ADCH nigerianas es que carecen de independencia financiera y padecen verdaderos apuros económicos; son entidades paraestatales federales dependientes de su ministerio principal (MFARH). Las propuestas presupuestarias, aunque hayan recibido la aprobación ministerial, no son financiadas, y como resultado el rendimiento es inferior al óptimo y los equipos valiosos y costosos se dejan pudrir o permanecen inactivos. El SCIP de New Marte es una prueba evidente de esta situación.

Habrá que revisar la organización actual de las ADCH en toda la nación para reestructurarlas y establecer nuevas prioridades. Un enfoque nuevo a la orientación y el mandato de las ADCH requerirá cambios estatutarios e institucionales.

## **B) Instituto Nacional de Recursos Hídricos (INRH)**

La ley de habilitación del INRH es la Ley INRH, Cap 284 LFN 1990. El apartado 2 de esta Ley especifica las funciones del instituto de carácter general y específico. Tiene facultad para realizar investigaciones de ingeniería relacionadas con proyectos importantes de recursos hídricos que son necesarios para control de inundaciones, regulación de los ríos, recuperación, drenaje, riego, abastecimiento de agua para uso doméstico e industrial, vertidos y tratamiento de aguas residuales. El instituto cumple asimismo las funciones de planificar la gestión de los recursos hídricos y desarrollar las cuencas fluviales.

Resulta significativo que el instituto tenga el mandato legal específico de fomentar la creación de un sistema nacional uniforme de recopilación de datos relacionados con aguas superficiales y subterráneas. Todavía no ha cumplido este mandato, debido a múltiples factores, como p.ej. la escasez de fondos, la falta de mano de obra capacitada y los equipamientos inadecuados.

## **4. RESPUESTA A LAS CATÁSTROFES NATURALES**

Las inundaciones, incluyendo la rotura de presas, tienden a considerarse como causas de «fuerza mayor» y se interviene poco para evitar estos fenómenos o para mitigar su impacto. Las presas aguas arriba que lograron absorber los volúmenes de avenida han sido más bien la causa de las riadas; nadie se ha encargado de regular los cursos de agua, construir muros de contención y diques y prohibir la construcción de viviendas en las llanuras de inundación. Incluso la ventaja de estar situadas aguas abajo de casi todas las principales aguas transfronterizas, con las avenidas desplazándose a un ritmo constante a lo largo del río, se ha desaprovechado para hacer buenas previsiones de crecidas.

Igualmente, las sequías no siempre se pueden prever con eficacia pero sí se pueden anticipar. La gestión de las sequías requiere una buena gestión de la demanda y un control efectivo de los recursos hídricos. Otros temas plateados son la falta de mano de obra capacitada y experimentada, la definición insuficiente de derechos de propiedad de la tierra y del agua, el escaso reconocimiento de la interrelación entre derechos sobre la tierra y sobre el agua y las lagunas de inversión importantes con poca atención prestada a la movilización de recursos del sector privado y la sociedad civil.

Considerando lo antedicho, el documento sobre Política Nacional del Agua (PNA) recomendó que la gestión nacional de los recursos hídricos se sustentara, entre otros, en la gestión integrada de recursos hídricos (GIRH) para toda la nación y la creación de un sistema para la gestión de los recursos hídricos en Nigeria basado en cuencas de captación (Cuencas Hidrológicas), donde las instituciones al nivel de las cuencas de captación fueran capaces de equilibrar cuidadosamente los usos del agua y facilitar protección mediante un sistema regulador de gestión de cuencas de captación y distribución regulada de los recursos hídricos con un marco jurídico apropiado.

### **III. MARCO JURÍDICO**

#### **1. DERECHO CONSUECUDINARIO**

En todas las comunidades nativas de Nigeria, existen leyes de derecho común o consuetudinario para derechos de aguas. Todo el mundo conoce y cumple las normas y reglamentos. Estas leyes son transferidas oralmente de generación en generación. La antigüedad prístina de estas leyes y su cumplimiento hasta nuestros días tiene una importancia notable, sobre todo porque estas leyes consuetudinarias tienen valor legislativo.

Según el derecho consuetudinario, la noción común es que los cursos de agua o masas de agua en cualquier comunidad, al igual que la clasificación según el Derecho Romano, son *res omnium communes* o un recurso común para todos, sujeto al control de la comunidad y sin posibilidad de propiedad privada. La única distinción evidente se formuló con respecto al agua subterránea de pozos privados, pues debido a su uso limitado en términos de valor comunal, no se consideró necesario formular una reglamentación comunitaria. A decir verdad, en algunas comunidades los cursos de agua se asocian a deidades particulares como sus propietarias.

La propiedad pública del agua, casi siempre indiscutida, es defendida celosamente a pesar de que un lago, arroyo o estanque esté ubicado por completo dentro de los terrenos privados de un individuo.

Los ancianos o los gobernantes tradicionales, según el caso, hacen cumplir las normas de la comunidad sobre usos y preservación del agua.



**2. PROMULGACIÓN DE LEYES**

**Tabla 1.–Lista de leyes sobre recursos hídricos en Nigeria**

N/S	Nombre de la ley	Disposiciones principales
1.	Ley de Instalaciones de Abastecimiento de Agua de 1915	La Nigeria colonial (poco después de la Fusión en 1914) aprobó la ley concretamente para evitar la contaminación del agua; prohíbe la contaminación del agua en Nigeria por sustancias tóxicas o perniciosas.
2.	Ley de Minerales de 1917 (enmendada), ahora Cap. 226	Esta ley confiere al Jefe de Estado de Nigeria potestad para formular reglamentos para prevenir la contaminación de cualquier curso de agua.
3.	Ley de Sanidad Pública de 1917	Prohíbe contaminar las aguas y viciar la atmósfera.
4.	Ley de Petróleo en Aguas Navegables, 1968	Prohíbe contaminar las aguas con vertidos de petróleo.
5.	Ley del Petróleo, 1969	Abarca la prevención de la contaminación en aguas continentales, ríos, lagos y cursos de agua.
6.	Decreto 25 de 1976 de la Autoridad para el Desarrollo de Cuencas Hidrográficas (ADCH) (derogado por Núm. 87 de 1979 y después por la Ley ADCH, Decreto 35 de 1987, Cap. 396).	En su forma actual, el Cap. 396 estipula las diversas funciones y objetivos para que estas Autoridades garanticen un programa pannigeriano para el desarrollo de los recursos hídricos.
7.	Decreto Núm. 86 de 1992 sobre Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)	Esta ley tiene el propósito de proteger el medio físico y acuático.
8.	Decreto sobre Recursos Hídricos, Núm. 101 de 1993	Otorga al Gobierno Federal el derecho de utilizar y controlar todas las aguas superficiales y subterráneas y todas las aguas de cursos que afecten a más de un estado, disponiendo que cualquier persona pueda coger agua gratuitamente para consumo humano y animal (en cualquier curso de agua al que la población tenga acceso)
9.	Constitución de la República Federal de Nigeria de 1999	La Constitución incluye en la Lista Legislativa Exclusiva (LLE) el transporte fluvial y la navegación en el río Níger y sus afluentes y en cualquier curso de agua continental designado por la Asamblea Nacional como un curso de agua internacional o curso de agua interestatal. La LLE incorpora el agua de los nacimientos declarados por la Asamblea Nacional como nacimientos que afectan a más de un estado.

**Tabla 2.—Lista de otros reglamentos relacionados con los recursos hídricos en Nigeria**

N/S	Nombre de la ley	Disposiciones principales
1.	Política Nacional de Medio Ambiente 1989	Protección del medio ambiente
2.	Directrices y Normas Nacionales para Control de la Contaminación Medioambiental en Nigeria 1991	Control de la contaminación en cursos de agua como parte del entorno
3.	Reglamento Nacional de Limitación de Efluentes 1991	Control de vertidos industriales y aguas residuales en los curso de agua
4.	Reglamento para Suprimir la Contaminación en Industrias e Instalaciones Generadoras de Residuos 1991	Control de la contaminación industrial
5.	Reglamento para la Gestión del Agua 1991	Gestión del agua

Históricamente, y comenzando con la Nigeria colonial, la Ley de Instalaciones de Abastecimiento de Agua de 1915 es la única ley nigeriana promulgada especialmente para evitar la contaminación del agua; prohíbe contaminar las instalaciones de abastecimiento de agua con sustancias tóxicas o perniciosas. La Ley de Minerías de 1917 (enmendada) confiere potestad al presidente de Nigeria para formular reglamentos que impidan la contaminación de cualquier suministro o curso de agua natural. La Ley de Sanidad Pública de 1917 prohíbe contaminar el agua y viciar la atmósfera; incorporaba disposiciones contra la introducción de sustancias perjudiciales en las fuentes de abastecimiento de agua para consumo humano y animal. Todas estas leyes fueron promulgadas por las Autoridades coloniales antes de lograrse la soberanía.

### 3. LEYES FEDERALES

Desde el punto de vista federal, tres componentes en la legislación postcolonial constituyen el núcleo de las leyes sobre el agua y el fundamento de la administración de las leyes sobre el agua en Nigeria. Las leyes relevantes son: Ley de Autoridades para el Desarrollo de Cuencas Hidrográficas 1976, Ley de Recursos Hídricos 1993 y Ley de Evaluación de Impacto Ambiental 1992. Estas leyes forman el núcleo normativo, mientras que las normas y disposiciones relevantes se encuentran en múltiples fuentes, incluyendo el derecho constitucional, el derecho sobre la propiedad del suelo y el derecho sobre minas.

La Ley de Recursos Hídricos de 1993 otorga al gobierno federal de Nigeria la propiedad de todos los cursos de agua que discurren por más de un estado de la federación, así como todas las aguas subterráneas en toda la federación. En virtud

de esta ley, las aguas de todos los ríos y lagos transfronterizos de Nigeria pertenecen al gobierno federal.

A pesar de la propiedad federal, el apartado 2 de esta Ley estipula que cualquier persona puede tomar agua gratuitamente para consumo doméstico o animal. También es posible aprovechar el agua para pesca o navegación, siempre y cuando ese uso no contravenga otra ley vigente en ese momento. Cabe destacar que este apartado establece que cualquier persona con un derecho estatutario o consuetudinario de ocupación de un terreno puede coger y utilizar agua gratuitamente de la fuente de agua subterránea, y si la propiedad linda con la orilla de un curso de agua, del curso de agua para uso doméstico, consumo animal y planes de riego personales. Esta disposición adquiere un significado añadido y revela la manera descoordinada en que se realizan perforaciones y se extrae agua sin atender a directrices o normas.

Los derechos de aguas no están y no deben estar limitados al derecho de coger agua gratuitamente para consumo humano o animal de cualquier curso de agua al que la población tenga acceso sin obstáculos. Estos derechos incluyen el derecho más amplio de libre paso (prioridad de paso) en vías navegables, derecho de pesca y toda una serie de derechos concomitantes con la construcción, funcionamiento y mantenimiento de presas, diques, pólders, pozos, perforaciones, sistemas de riego y canalización, así como otras obras necesarias para lograr un uso satisfactorio del agua en todas las tierras donde se han efectuado inversiones para estos fines.

Vista así, la administración de los derechos de agua en Nigeria no está restringida a un nivel particular de gobierno, sino que en esta situación los gobiernos federal y estatal influyen en la administración de los derechos del agua a través de diversos organismos y ministerios. Estos organismos son, entre otros, las juntas de aguas estatales, las ADCH, los Ministerios de Medio Ambiente, la Junta de Pesca y la Autoridad Nacional de Vías Navegables Internas.

El MFARH es el órgano relevante del Gobierno Federal que asume la responsabilidad general de gestionar los recursos hídricos de la nación mediante el fomento de la planificación, el desarrollo y el aprovechamiento óptimos de los recursos hídricos de Nigeria, garantizando la coordinación de todas las actividades que puedan influir en la calidad, cantidad, distribución, uso y gestión de los recursos hídricos. Además, este ministerio es responsable de asegurar la aplicación de normas y técnicas apropiadas para la investigación, utilización, control, protección, gestión y administración de los recursos hídricos.

Al cumplir su deber de administrar los derechos de agua, el ministerio se relaciona con profesionales y organismos de recursos hídricos relevantes, como por ejemplo las AEA, las ADCH, el INRH y más recientemente, el sector privado al que se le ha pedido que participe en el sector hídrico. Las consultas hacen referencia a cuestiones de prestación de asistencia técnica y rehabilitación de suministros de aguas.

Ha habido poca (o ninguna) coordinación intersectorial en asuntos hídricos entre el MFARH y otros intereses. No obstante, hay pruebas que sugieren que el MFARH está trabajando duro consultando a otros ministerios y organizaciones relevantes en un intento por diseñar una política del agua nacional amplia para Nigeria. Basta mencionar sucintamente el Decreto sobre Evaluación de Impacto Ambiental de 1992, que incorpora disposiciones específicas referentes al agua. Puede afirmarse que los puntos 3, 18 y 19 del Anexo al Decreto guardan relación con el agua. Considerando el apartado 7 del Decreto, el MFARH y las autoridades medioambientales pertinentes pueden colaborar para considerar el efecto sobre las cuencas fluviales de cualquier actividad prevista que pueda influir sobre las aguas, ya sean superficiales o subterráneas.

En cuanto a normas de funcionamiento y autoridades, cabe destacar los esfuerzos que está realizando aún el MFARH por crear modalidades apropiadas para aplicar las disposiciones del Decreto sobre Recursos Hídricos, y por lograr una coordinación esencial con los ministerios subordinados, como p.ej. los Ministerios Federales de Medio Ambiente, Agricultura e incluso Sanidad, con el propósito de minimizar o resolver los conflictos.

#### **4. LEYES ESTATALES**

A escala estatal, los edictos y reglamentos hídricos constituyen la base y la autoridad legal para el uso y la gestión del agua en tanto en cuanto se relacionan con cursos y masas de agua interestatales. La organización actual de Nigeria es tal que casi todos los estados de la federación cuentan con una Agencia Estatal del Agua con sus leyes habilitadoras. Estas agencias abordan aspectos concretos del uso del agua para atender a sectores individuales de la economía.

Dicho de otra forma, la ausencia de una Estrategia de Gestión de los Recursos Hídricos efectiva y funcional ha hecho que los diversos estados y el Gobierno Federal persigan sus propios intereses separadamente. Incluso al nivel de los estados, las leyes sobre el agua presentan características similares a las leyes federales. Casi todas las leyes estatales sobre agua se basan en normas. Las Agencias Estatales del Agua (AEA) tienen atribuciones difusas y contrapuestas. Por ejemplo, son a la vez abastecedoras y reguladoras (combinan las funciones de prestación de servicios y regulación). Además, las leyes estatales no estipulan la coordinación intersectorial entre los distintos intereses por el agua, tales como agricultura, generación de electricidad, preservación medioambiental y abastecimiento de agua. Finalmente, las leyes estatales sobre agua promulgadas en la actualidad no reconocen la necesidad de participación de todos los interesados en la toma de decisiones sobre políticas, planificación y gestión.

#### **5. NIVEL DE GOBIERNO LOCAL**

En cuanto al gobierno local, se observa que el derecho consuetudinario sobre usos del agua puede ser igualmente importante y vinculante en cualquier ley escrita

para regular actividades relativas a los recursos hídricos, especialmente en las comunidades rurales. Un principio aceptado universalmente es que todas las personas pertenecientes a una comunidad tienen derecho a utilizar el agua que atraviesa la comunidad. Sin embargo, el derecho al agua que todos poseen está sujeto a un uso razonable, entendiendo como tal la garantía de que la calidad del agua no se vea mermada.

#### **IV. ADMINISTRACIÓN DE LAS LEYES SOBRE EL AGUA**

##### **1. CUESTIONES JURÍDICAS**

Teniendo en cuenta la necesidad de una utilización y una gestión equitativas y sostenibles de las aguas en las cuencas, se plantean dos cuestiones jurídicas principales. La primera alude a cómo responden las leyes sobre el agua a los problemas en general. La segunda está relacionada con el contenido sustantivo de la ley que se aplica al problema en particular<sup>3</sup>.

En el contexto de la federación nigeriana, ¿cuáles son las cuestiones jurídicas relacionadas con la consecución de una gestión efectiva y eficiente de los recursos hídricos? Wouters señala cuatro aspectos destacados que merecen especial consideración:

- Legitimación legal – (cuantía de los recursos disponibles y quién tiene derecho a utilizarlos)
- Marco de asignación – (en vista de los recursos hídricos en descenso y la demanda creciente, ¿quién tiene derecho a qué cantidad y cuándo?)
- Acuerdos institucionales, incluyendo cuestiones de gobierno del agua – (quién se encarga de implantar las leyes sobre el agua)
- Supervisión y verificación del cumplimiento, resolución de conflictos – (aplicación de derechos y obligaciones)

##### **A) Legitimación legal**

Respecto a la legitimación legal, hay que abordar y resolver dos asuntos principales. Primero, cuál es la cuantía de los recursos hídricos disponibles, es decir, la definición física cuantitativa y cualitativa de las aguas superficiales y subterráneas disponibles para uso dentro de la cuenca. Esto alude a la necesidad de una auditoría del agua adecuada y el interrogante relacionado de qué institución deberá realizar la auditoría nacional del agua, así como el alcance de sus facultades jurídicas en cualquier régimen de regulación de los usos del agua tras una evaluación y una cuantificación científicas de los recursos hídricos de la nación. Segundo, cuál es el alcance de la demanda hídrica en toda la cuenca, esto es, quiénes son los interesa-

3. WOUTERS (2000).

dos y cuáles son sus necesidades en cuanto a consumo de agua. El enfoque práctico en cada uno de estos problemas debe comenzar por el reconocimiento de que el derecho a utilizar las aguas de la cuenca de una parte está ligado a los derechos legítimos semejantes de otros usuarios. Es necesario, pues, concretar derechos y obligaciones.

### **B) Marco de asignación**

El crecimiento imparable de la demanda hídrica en todo el país y la disminución de la cantidad disponible, sobre todo en las zonas áridas del norte de Nigeria, obligan a definir una serie de opciones para un uso óptimo y beneficioso de las aguas fluviales superficiales y subterráneas. La demanda en competencia de agua potable, agua para riego, gestión de ecosistemas, biodiversidad y pastoreo plantea la cuestión de si es posible establecer prioridades de uso y, en tal caso, qué criterios deben aplicarse para lograr este objetivo. El consenso actual es que hay demasiados usuarios de agua y todos ellos ejercen una influencia significativa sobre los otros. El aprovechamiento óptimo de los recursos hídricos de las cuencas se conseguirá cuando todos los usos potenciales se consideren al mismo tiempo. Este enfoque implicará soluciones de compromiso entre los distintos usos y demandas potenciales en toda la nación.

### **C) Acuerdos institucionales**

El fracaso de la «Declaración de Bagauda» de 1977 para la implantación de la fórmula acordada de reparto del agua reafirma la necesidad de mecanismos institucionales que garanticen la aplicación de las «normas de reparto y gestión» aprobadas. La composición, el mandato y el margen de responsabilidad de cada institución deberán estipularse con claridad. Dadas las circunstancias, podría ser necesario revisar la ley actual de las ADCH y las estructuras institucionales con el fin de preparar a las ADCH para los retos de la regulación del agua y la gestión de los ecosistemas.

El desarrollo institucional procede de y es un reflejo de la legislación y la política del gobierno de turno. El agua debería entenderse como un activo nacional. Las fronteras de cuencas fluviales son formaciones naturales y rara vez coinciden con las fronteras administrativas y políticas. Los cursos de agua no entienden de fronteras estatales. Éste es uno de los principales motivos por los que la gestión del agua dentro del país debería ser una función federal. Institucionalmente, no puede haber responsabilidad sin autoridad, de lo que se deduce que cualquier institución dotada de responsabilidades de regulación y cumplimiento debe tener autoridad para hacer valer su mandato. La gama de opciones es variada y debe considerarse detenidamente.

#### *a) Consideraciones políticas*

La coordinación intersectorial para toda la cuenca y la gestión de las actividades del sector del agua basadas en principios jurídicos implican la existencia de un

acuerdo institucional adecuado que garantice la asignación racional de los recursos hídricos disponibles para los usuarios más beneficiosos.

Actualmente, Nigeria está tratando de establecer un régimen nacional de gestión del agua exhaustivo en forma de estrategias, planes directores de aguas funcionales para toda la nación, sistemas de coordinación intersectorial, fijación de tarifas y resolución de conflictos. En tanto en cuanto hasta el momento no se habían llevado a cabo estas medidas, el país ha permitido así que distintos organismos de todos los niveles del gobierno (Gobierno federal, estatal y local) lleven a término diversos programas sobre agua. Podemos verlo reflejado en la situación de la cuenca del río Komadugu-Yobe dónde los consumidores domésticos, agricultores de regadío, pescadores, trashumantes y protectores de los humedales se emplean a fondo para satisfacer sus intereses respecto al agua.

Dado el predominio de la agricultura en esta cuenca, se consideró que la política agrícola nacional (Proyecto de Conservación de los Humedales de Hadejia-Nguru 1997) guardaba una estrecha relación con la gestión de los recursos hídricos de la cuenca. Esta política propició la construcción de presas y planes de riego a gran escala como medios para reducir el grado de dependencia de la agricultura de secano. Dicha política también originó el diseño de los Proyectos de Desarrollo Agrícola (PDA) que han popularizado los regadíos de pequeños agricultores en la cuenca, con la consiguiente demanda de más agua para riego.

Por tanto, existe la convicción de que toda intervención jurídica a través de acuerdos institucionales que trate de facilitar el consumo y la gestión sostenible de las aguas del país debería tener en cuenta la implicación de las políticas anteriormente nombradas y de otras políticas semejantes.

#### *b) Consideraciones socioeconómicas*

Las dificultades económicas a nivel general han obligado a la población a ganarse la vida utilizando cualquier recurso a su disposición. Por consiguiente, la implantación de la gestión de ecosistemas en las cuencas hidrológicas del país, vinculándola al desarrollo de medios de subsistencia sostenibles, deberá adaptarse a las circunstancias y necesidades locales. Por ejemplo, la práctica de «propiedad» privada de derechos de pesca sobre tramos de algunos de los ríos del país y de diversas masas de agua existentes en algunas comunidades exigirá su reconocimiento y conocimiento en cualquier reforma del acceso al agua para la pesca. Hacerlo de otra manera generaría un conflicto evitable en ese marco sociocultural.

Los hogares constituyen una unidad fundamental para la gestión sostenible de los recursos hídricos. Una gran proporción de los hogares más pobres depende directamente de los recursos naturales como medio de subsistencia a través de la pesca, la agricultura, la caza, la trashumancia o el cultivo y la recolección. Por lo tanto, es esencial cimentar alianzas entre los hogares y los grupos locales con el fin de tratar a mayor escala (cuenca hidrográfica y/o de captación) las cuestiones sobre recursos naturales.

El empoderamiento y la participación de las comunidades y los grupos locales es, por lo tanto, una cuestión *sine qua non* para la gestión y conservación sostenible del agua. Únicamente el reconocimiento y la integración de decisiones bien informadas de la población y de estrategias de subsistencia para cuencas enteras lograrán una gestión sostenible de los recursos hídricos.

c) *Verificación del cumplimiento*

El siguiente paso del proceso hace referencia a la cuestión relacionada de la administración de las leyes sobre agua y cómo deben aplicarse dichas leyes. A menudo, la función de los órganos institucionales es asegurar el cumplimiento de los regímenes jurídicos establecidos. Por consiguiente, la pregunta que se plantea es qué medidas sustantivas y procesales son las más apropiadas para supervisar el cumplimiento de los derechos y obligaciones enunciados. Wouters considera que, en la mayoría de casos, son necesarios indicadores mensurables para evaluar el nivel de implantación de los regímenes jurídicos. El diseño y la operatividad de ese sistema exige una contribución coherente de todos los especialistas en recursos hídricos: abogados, científicos, gestores y responsables políticos<sup>4</sup>.

El apartado 4 de la ley ADCH, capítulo 396 de la Legislación de la Federación de Nigeria, en tanto que enumera las funciones conferidas a las ADCH en el proceso, otorga poderes para regular y gestionar los recursos hídricos así como el suministro de agua. De este modo, las ADCH combinan funciones reguladoras y de consumidoras de suministro de agua. Este hecho hace que las ADCH sean tanto gestoras como promotoras. Existe la necesidad de modificar el acuerdo actual de manera que un organismo regulador no se convierta en usuario del agua. Por ejemplo, la HJRBDA (Autoridad para el Desarrollo de la Cuenca Fluvial Hadejia Jama'ara) explota las presas para satisfacer sus propias necesidades de agua en el Proyecto de Riego del Río Kano (KRIP) y el Proyecto de Riego del Valle Hadejia (HVIP). Esta doble condición provoca conflictos de intereses que son perjudiciales para llevar a cabo una gestión adecuada y profesional de los recursos de las cuencas fluviales.

## V. EVALUACIÓN DE LAS LEYES VIGENTES

A partir de la información de los apartados anteriores y de las Tablas 1 y 2 presentamos las siguientes observaciones:

- No existe un enfoque coordinado referente a la administración de la legislación hídrica en Nigeria. Una clara manifestación de este hecho queda plasmada por las disposiciones del Decreto sobre Recursos Hídricos 101 de 1993 y la Ley de Minerales, capítulo 226 de la Legislación de la Federación de Nigeria. Según el apartado 5 del Decreto de 1993, el «Secretario» (ministro) responsable de cuestiones relacionadas con los recursos hídricos tiene competencia para expedir licencias

---

4. Ebd.



de agua, ordenar el cese de obras hidráulicas e imponer cánones, controlar la contaminación y aplicar tasas, impuestos y cargos. En virtud de la parte IV (apartados 46-63), dichos poderes son también conferidos al ministro responsable de Minas. Según la legislación federal, ambos ministros comparten amplias facultades, sin embargo, nada se ha dicho sobre la resolución de conflictos en caso de litigio o desacuerdo provocado por el ejercicio de dichos poderes debidamente otorgados según la legislación.

Del mismo modo, en virtud del apartado 9 (i) del Decreto Núm. 13 de 1997, la Autoridad Nacional de Vías Navegables Internas (ANVI) tiene potestad para conceder permisos y licencias para toma de agua. Esta potestad abarca todos los cursos de agua navegables federales mencionados en el segundo anexo del Decreto. Estos cursos de agua son prácticamente los mismos sobre los que el Ministro de Recursos Hídricos tiene poder para conceder licencias de toma de agua en virtud del Decreto sobre Recursos Hídricos 101 de 1993. Además, según el apartado 9 (i) del Decreto ANVI, la Autoridad tiene potestad para proveer estructuras hidráulicas para ríos y embalses, para estabilizar cauces y orillas, presas y espigones. Según el apartado 4 de la Ley ADCH, recogido en el cap. 396 de la Legislación de la Federación de Nigeria de 1990, se confiere un poder similar a las ADCH. Además, el apartado 13 (b) del Decreto 101 de 1993 autoriza al Ministro de Recursos Hídricos a imponer una tasa a toda persona o autoridad pública que trate de construir, explotar, mantener, reparar o reformar obras hidráulicas situadas en o junto a un manantial. Según el apartado 20, «autoridad pública» se interpreta como «cualquier comisión, autoridad o corporación legal creada por el Gobierno de la Federación». Esto muestra otro ejemplo de poderes legislados en oposición y deja aún más constancia de la falta de coordinación intersectorial y de mecanismos de solución de conflictos en el sector hídrico nigeriano.

- El suministro de agua y las funciones reguladoras a menudo se fusionan en una única institución, sobre todo en el caso de las ADCH y las AEA estatales.

- Según la legislación actual, los distintos organismos de todos los niveles del gobierno tiene una agenda hídrica distinta. Este enfoque ha provocado la fragmentación de las políticas de desarrollo de los recursos hídricos, incluyendo extracción, control de la contaminación y gestión de cuencas fluviales.

- La infraestructura reguladora y de supervisión dentro del sector hídrico de Nigeria es diversa, difusa y débil. En estas circunstancias, el carácter ejecutorio resulta deficiente.

- Prácticamente todas las leyes sobre recursos hídricos (tanto federales como estatales) están orientadas a la norma y no reconocen el papel y la posición del sector privado y de las comunidades como partes interesadas importantes.

- Las leyes actuales carecen de disposiciones y mecanismos adecuados de coordinación intersectorial, fijación de tarifas y solución de conflictos.

- En algún momento, las leyes estatales deberán sincronizarse con las leyes federales sobre agua ya que los cursos de agua no entienden de fronteras estatales. Por tanto, ningún sistema reglamentario desarrollado por un estado puede sobrevivir aislado.

Todas las leyes nigerianas mencionadas se encuentran en los volúmenes oficiales de la legislación de la Federación de Nigeria así como las leyes estatales, incluyendo los boletines oficiales del gobierno. La autenticidad de las fuentes de información es, pues, satisfactoria.

Finalmente, la Constitución de la República Federal de Nigeria, la ley más importante del país, incluye en la Lista Legislativa Exclusiva (LLE) las actividades de transporte y navegación por el río Níger y su afluente y por cualquier otra vía fluvial considerada curso de agua interestatal. La LLE incluye asimismo masas de agua de otros manantiales considerados por la Asamblea Nacional como propios de más de un estado.

Sin embargo, la Constitución contempla el suministro de agua en la misma lista legislativa, convirtiendo así la gestión de suministro de agua en una función del gobierno a todos los niveles: federal, nacional y local.

## **VI. PRINCIPALES CUESTIONES Y DESAFÍOS**

### **1. NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE PARA APROBAR LEYES SOBRE AGUAS**

La consecución de un desarrollo sostenible en el sector del agua de Nigeria está ligada inextricablemente a la promulgación, institución y cumplimiento de normas, disposiciones, reglamentos y criterios de control sobre extracción de agua, control de la contaminación, gestión de cuencas y gestión medioambiental. Una correcta implantación de las leyes para protección y mejora de los recursos hídricos de Nigeria debe comenzar con el reconocimiento y la valoración del vínculo existente entre las actividades diurnas de la población y otras dinámicas del ecosistema natural. Por consiguiente, las leyes y reglamentos sobre agua deberían ser una herramienta eficaz para gestionar el suministro y saneamiento del agua. La obligación de acabar con la degradación de la calidad del agua e invertir las tendencias a la contaminación depende de la aprobación de métodos de actuación correctamente aplicados y respaldados por una legislación apropiada. En toda Nigeria (niveles de gobierno federal, estatal y local) las leyes y reglamentos sobre agua derivan principalmente del legado que dejaron nuestras colonias. Tal y como muestra la Tabla 1, el sistema jurídico heredado hizo una importante provisión para la protección de los recursos hídricos y marinos, y la regulación de actividades que pudieran dañar la salud del medio ambiente del país.

El reto actual es cómo desarrollar nuevas pautas que den cabida al crecimiento y la expansión de las ciudades tras la independencia, núcleos urbanos y poblaciones

que hasta el momento consideraban el suministro de agua como un servicio social únicamente dentro del ámbito de la responsabilidad gubernamental.

Los expertos en aguas, procedentes de diversas ramas profesionales relacionadas, no pueden exigir competencias para formular la legislación que proteja y potencie el suministro y la gestión del agua a través de una política de acción, del mismo modo que los abogados y juristas no pueden valorar y entender la terminología científica y profesional en boga de la protección y mejora de la calidad del agua y del saneamiento medioambiental. Por lo tanto, se considera que las leyes de aguas, la legislación medioambiental y los reglamentos conexos deberían estar orientados a la gestión y no a la norma. En tanto que la legislación orientada a la norma hace hincapié en prohibiciones y sanciones como consecuencia de infracciones por incumplimiento de la ley, la legislación medioambiental y de suministro de agua orientada a la gestión debe basarse en incentivos prácticos para el uso racional y la protección de los recursos hídricos y para la promoción de una política firme en cuanto a medio ambiente y agua que fomente el desarrollo sostenible.

Estos son objetivos que nuestro sistema actual sobre legislación de aguas, los organismos reguladores y nuestra jurisprudencia medioambiental no pueden permitir, ya que se basan en el enfoque normativo, que ignora los intereses de las partes implicadas, inversores privados y comunidades. Evidentemente, la necesidad actual y futura radica, por lo tanto, en la delimitación de nuevas fronteras para la gestión del agua. La nueva metodología prevista como base para alcanzar un marco jurídico alternativo para el suministro de agua y la gestión de cuencas hidrográficas puede compararse al planteamiento empírico de la ciencia y la tecnología. Según ambos enfoques, el proceso consiste en identificar el problema, recopilar la información adecuada y analizarla para, posteriormente, desarrollar hipótesis. Tras estos pasos, se propone una teoría o principio científico como precursor al desarrollo o elección de la tecnología que pueda utilizarse para solucionar los problemas detectados. Al formular el marco jurídico y regulador para el suministro y la gestión del agua, la fase de definición de problemas debería plantear cuestiones prácticas y relevantes para recopilar datos y recomendar un método para sintetizar dicha información. La fase de hipótesis consiste en elaborar opciones políticas que hagan referencia a los pasos que podrían adoptarse para solucionar el problema.

Así las cosas, debería tomarse una decisión sobre las opciones políticas seleccionadas para elaborar una legislación eficaz que contemple la consulta entre las autoridades decisorias, los responsables de planificación, autoridades, interesados, inversores y gestores para elegir la política más adecuada. De este modo, un modelo político conceptual se concreta con recomendaciones, opciones y estrategias basadas en la naturaleza y los contenidos del derecho.

## **2. INEXISTENCIA DE UN MARCO POLÍTICO**

La coordinación intersectorial y la gestión de las actividades del sector del agua implican la asignación racional de los recursos hídricos disponibles para los

usuarios más beneficiosos. En este caso, el beneficio se mide en términos de cumplimiento de una serie de objetivos económicos, sociales o ambientales, siendo los tribunales los responsables de declarar que ciertos usos son socialmente más valiosos que otros en caso de conflicto. Sin embargo, Nigeria carece actualmente de una política nacional del agua exhaustiva en forma de estrategias, planes directores de aguas nacionales funcionales, sistemas de coordinación intersectorial, fijación de tarifas y solución de conflictos, y la nación ha permitido que distintos organismos de todos los niveles de gobierno (federal, estatal y local) persigan sus propios intereses sobre el agua.

Este enfoque ha asegurado que decisiones políticas sobre el desarrollo de los recursos hídricos tales como la extracción, control de contaminación, gestión de cuencas y conservación medioambiental hayan fracasado sin la coordinación entre las acciones de un segmento y las acciones de otros. Las cuestiones relacionadas con el reglamento han quedado divididas entre las ADCH, SWA, ANVI, FEPA, el Ministro de Recursos Hídricos y el Ministro de Aguas, así como entre los Gobiernos Locales. Este tipo de fragmentación y propuesta sectorial constituyen el núcleo de la gestión de los recursos hídricos. El uso que diversos organismos y partes interesadas hacen del agua para sus propias utilidades exige, entre otras cosas, la planificación, coordinación y gestión a través de instrumentos jurídicos y reglamentarios. El vacío actual pone de manifiesto el reto de instaurar un marco legal y reglamentario que reconozca la necesidad de una propuesta intersectorial, ya que determinados objetivos de algún sector a veces parecen ser distintos a aquellos de otros sectores.

### **3. REGLAMENTACIÓN**

El concepto de reglamento tal y como se conoce en los países democráticos que cuentan con una Gestión Integrada de los Recursos Hídricos (GIRH) es relativamente nuevo para Nigeria. Sin embargo, las investigaciones actuales concluyen que se ha convertido en una de las necesidades del momento. La necesidad de una reglamentación adecuada aumenta a medida que se privatizan más empresas de suministros públicos. Tal y como señalamos anteriormente, la infraestructura reguladora y de supervisión dentro del sector del agua de Nigeria es diversa, difusa y débil. En estas circunstancias, el carácter ejecutorio resulta deficiente.

La falta de una Estrategia de Gestión de Recursos Hídricos (EGRH) nacional eficaz y bien establecida ha provocado que los estados y el Gobierno Federal persigan sus propios intereses individuales sobre agua. Los estados carecen tanto de la experiencia como de la facilidad para fijar un reglamento eficaz independiente del Gobierno Federal. Como los cursos de agua no entienden de fronteras, ningún sistema legal desarrollado por un estado puede funcionar en aislamiento. En algún momento, las leyes estatales deberán sincronizarse con las leyes federales sobre agua, de forma que un gobierno estatal que desee instaurar un mecanismo regula-

dor apropiado deberá hacerlo en colaboración con el Gobierno Federal en el ámbito de una EGRH nacional.

El reto de instaurar una reglamentación puede considerarse desde una perspectiva tridimensional:

- A escala de planificación federal para conservar y compartir los recursos hídricos que resultan limitados así como para facilitar la solución de conflictos.
- A escala del consumidor para fijar tarifas, controlar la calidad del agua y la naturaleza y el alcance del servicio así como para proteger a los consumidores de abusos de monopolio.
- A escala local y estatal para controlar a los inversores privados y protegerlos de actuaciones políticas arbitrarias.

#### **4. PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD Y DEL SECTOR PRIVADO**

Uno de los rasgos principales de todas las estrategias de gestión de los recursos hídricos modernas radica en que reconocen el papel y la posición que ocupan los inversores y las comunidades privadas en la gestión de los recursos hídricos dentro de un marco legal y reglamentario que reconoce las asociaciones entre los sectores público y privado. Dado que existe un nivel creciente de privatización de las empresas públicas de Nigeria, se considera que la ley debería alentar al sector privado para que participara activamente en la gestión y suministro del agua. El mismo tipo de estímulo debería extenderse a las comunidades para que consigan la integración beneficiosa de las comunidades rurales y semi-urbanas a través del reconocimiento de prácticas y leyes consuetudinarias.

El reto de la participación es el reto de un proceso en el que los interesados (incluyendo a las mujeres como gestoras del agua doméstica) influyen en la enunciación de perfiles de inversión de políticas de aguas, decisiones de gestión y otros diseños alternativos que conciernan a sus comunidades. De esta manera, el centro de atención de la gestión participativa de los recursos hídricos deberá ser la población y la defensa de sus propias prioridades.

#### **5. CONTAMINACIÓN**

Con el tiempo, la calidad de muchos de los cursos de agua de Nigeria (incluyendo riachuelos y lagunas) se ha deteriorado. Dicho deterioro se ha producido porque, tanto los productores como los consumidores, han generado y vertido residuos. Se producen bienes de consumo y los residuos, productos que no se han utilizado durante el proceso de producción, se vierten con frecuencia en el agua. Las actividades del hombre a menudo producen residuos tales como lixiviados agrícolas, vertidos industriales (petróleo), aguas residuales, botellas y latas, monóxido de carbono, periódicos, piezas de motores de vehículos y basura. Todos estos desechos pueden terminar en el agua y contaminarla. Muchos de estos residuos

deberían emplearse para otros usos valiosos. Cuando los desechos son vertidos en los cursos de agua del país provocan una degradación de la calidad del agua y, de ese modo, pueden hacer que el agua quede inservible para otros usos. Por eso la calidad del agua de los ríos y del vapor de agua de los centros urbanos y semiurbanos de Nigeria se ha degenerado.

Según los entornos presentes y futuros, el reto de frenar la contaminación consiste en controlar y valorar los recursos de agua dulce del país como prioridad, estipular una legislación ejecutoria, establecer estándares de calidad del agua y diseñar un programa para lograr una reducción sistemática y eficaz de las fuentes de contaminación regulares e irregulares

## **6. DEGRADACIÓN MEDIOAMBIENTAL**

La lluvia tropical y la erosión que produce constituyen la principal causa de degradación del suelo de Nigeria. El proceso además se ve acentuado por las prácticas agrícolas que acarrear la deforestación: quema de matorrales y tala de árboles para obtener madera o para fines constructores.

Todo tipo de proyectos alteran el medio ambiente. El reto de los problemas medioambientales provocados por el uso del agua tiene tanto facetas cualitativas como cuantitativas y aspectos consuntivos y no consuntivos.

La respuesta jurídica a estos problemas, la cual se presenta en forma de soluciones, está profundamente anclada en la legislación de aguas. Según la legislación nigeriana actual, diversos problemas relacionados con la gestión de las cuencas fluviales tales como la degradación del suelo, la erosión en cárcavas, inundaciones, fauna y flora y caladeros no se abordan con una propuesta integrada. Los aspectos de los problemas de gestión de las cuencas fluviales son competencia del Ministro Federal de Agricultura y Recursos Naturales mientras que otros lo son del Ministro de Medio Ambiente. Las ADCH también se encargan de responsabilidades similares. De hecho, antes de la promulgación del Decreto sobre Recursos Hídricos de 1993 (el cual todavía no está en funcionamiento), no existía ningún equipo estatal responsable de una gestión integrada de los ríos basada en el uso y conservación de los recursos hídricos y de los sistemas fluviales.

El desafío legal actual considerado en el contexto hace referencia, por tanto, a hasta qué punto puede usarse la legislación reglamentaria y consuetudinaria de Nigeria para crear «derechos privados» que potencien el disfrute público de las aguas y hasta qué punto pueden los controles públicos excluir o restringir el uso del agua para proteger sus valores. Asimismo, hace referencia a la medida en que pueda prohibirse el uso privado y comunal de los recursos hídricos a favor de valores medioambientales que prohíban la degradación de las cuencas y de los humedales y la destrucción de los hábitats acuáticos, estuarios y marinos a la vez que se promueve una política firme defensora del medio ambiente y del agua que fomente el desarrollo sostenible.

## **VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **1. PREÁMBULO**

Se considera apropiado y necesario sacar conclusiones y formular recomendaciones sobre los hallazgos en este estudio.

Los temas clave sobre los que se hacen recomendaciones incluyen derechos tradicionales y leyes consuetudinarias, debilidades o inadecuaciones en las leyes y reglamentos existentes, incentivos para la protección de cuencas hídricas y objetivos regulatorios aplicables.

Las conclusiones y las recomendaciones obtenidas al considerar estas cuestiones están inextricablemente ligadas y combinadas. En consecuencia, las conclusiones y las recomendaciones se presentan conjuntamente y las cuestiones relacionadas están asociadas principalmente en cuanto a modificaciones necesarias en la legislación existente además de la necesidad de asegurar la imparcialidad.

### **2. RECOMENDACIONES**

#### **A) Creación de una Comisión Nacional del Agua**

El objetivo del actual estudio del marco jurídico y regulador es revisar las leyes estatutarias y consuetudinarias sobre agua y las que afectan a la gestión de los recursos hídricos, con el fin de conseguir los objetivos previstos de gestión del agua en Nigeria, recomendar medidas para reforzar o modificar las leyes existentes y/o proponer la ejecución de nuevas leyes y medidas (instituciones y prácticas).

Al destacar antes los principales asuntos y desafíos, se señaló que no existe un marco político para la gestión de los recursos hídricos en Nigeria, que ha provocado la existencia de diversas agendas del agua independientes, fragmentación y falta de coordinación intersectorial así como la ausencia de mecanismos para la resolución de conflictos. En pocas palabras, existe una brecha institucional identificable junto a la brecha legal.

Por ello se recomienda la creación de una Comisión Nacional del Agua para salvar esta brecha, cuyo su mandato incluya el desarrollo de un marco político para la gestión de los recursos hídricos.

Además, la comisión se encargará de tareas de regulación. Como organismo regulador, se le debería conceder una independencia que permita el funcionamiento de mecanismos de regulación y supervisión sin la presión ni la influencia del gobierno o de los grupos de presión, de manera que se prepare el camino para un mejor proceso de aplicación de la ley que fomente la confianza de los inversores en los sectores privado y público.

Asimismo, su independencia garantizará la continuidad de las políticas del agua durante los cambios de gobierno.

Como organismo regulador, la Comisión se ocupará de:

- Concesión de licencias de agua con criterios técnicos
- Regulación y ajuste de precios (fijación de tarifas)
- Servicio de supervisión y normas de calidad (aplicación de la normativa)
- Control de la competencia (comprobar los abusos por monopolio)
- Facilitar el arreglo de las disputas (resolución de conflictos).
- Imponer sanciones por incumplimiento
- Prestar asesoramiento en otras cuestiones.

Para que la Comisión funcione eficientemente en el cumplimiento de su mandato, su organización deberá estructurarse a escala federal, estatal y local para que participen todas las partes implicadas.

La Comisión será el organismo principal que proporcione orientación para la gestión de los recursos hídricos en Nigeria. Del mismo modo, promoverá la coordinación intersectorial eficiente y el desarrollo de los recursos hídricos, facilitará la protección de la vida productiva de las inversiones federales actuales en infraestructuras construidas para núcleos de población, y proporcionará un marco jurídico y regulador claro y adecuado para los inversores (públicos y privados) en el sector del agua nigeriano con vistas a planificar y evaluar sus inversiones. La Comisión será además responsable de salvaguardar a la población nacional contra fallos en las estructuras hidráulicas, inundaciones, contenidos de sólidos, sedimentación en lechos fluviales y embalses, y también facilitará la participación de todos los usuarios del agua, incluyendo mujeres (como gestoras del agua doméstica), agricultores y ganaderos, en la gestión de los recursos hídricos a nivel de las cuencas y las organizaciones de base.

## **B) Marco regulatorio justo**

El análisis revela que factores políticos y sociales son los principales responsables de la limitación que impide la aplicación de las leyes de agua y saneamiento en particular y las leyes medioambientales en general. La disponibilidad de agua y la regularidad del suministro son productos de un aparato estatal sesgado en favor de los intereses de segmentos identificables de la sociedad. Las políticas responsables de esta situación apenas incorporan en sus bases la igualdad social y reflejan la distribución de poder en la sociedad.

Para que podamos establecer un marco regulador justo y aceptable, será necesario que el nuevo régimen se transforme de manera que se aleje de los estratos más altos. Por lo que concierne a las consideraciones políticas, será preciso permitir que los mecanismos de regulación y supervisión funcionen sin presiones ni influencias del gobierno o de grupos de presión, a fin de preparar el camino para un



mejor proceso de aplicación de la ley que infunda confianza a los agentes del sector privado y público.

*En segundo lugar*, hay que romper el vínculo entre poder político/burocrático, corrupción y poder económico. Es posible conseguirlo separando las responsabilidades de construcción de infraestructuras hidráulicas de las responsabilidades de producción y distribución. La separación mejorará asimismo la solución de los conflictos y políticas interinstitucionales que han provocado que determinados organismos gubernamentales y ciudadanos de las capas sociales más altas paguen poco o nada por el consumo de agua.

*En tercer lugar*, el marco regulador basado en la gestión participativa será justo para todos. La gestión participativa de los recursos hídricos tendrá como centro de atención las personas y respaldará la realidad de sus propias prioridades. Cuando se eduque a la población correctamente sobre la necesidad de un uso y una gestión apropiados del agua, y cuando los ciudadanos se conviertan en sujetos de las políticas y las leyes en el marco de una gestión de los recursos hídricos orientada a las personas, éstos cooperarán voluntariamente con las autoridades reguladoras para satisfacción de los responsables del sector público y privado.

*En cuarto lugar*, el propio proceso de aplicación de la ley debe ser justo y equitativo. No ha de ser favorable a los poderosos y ricos de la sociedad. El enfoque equilibrado de las prácticas reguladoras mejorará el proceso de aplicación sostenible, que a su vez suscitará la receptividad social y la aceptación de los agentes privados y públicos. En última instancia, esto ayudará a preservar los recursos actuales, sin objetivos de desarrollo sostenible atenuantes para las generaciones futuras.

Concretamente sobre reglamentos de salubridad, el Decreto Federal de la Agencia de Protección del Medio Ambiente de 1988 es bastante exhaustivo. Hay disposiciones referentes al agua que prohíben los vertidos indiscriminados de residuos en las lagunas y aguas de Nigeria. Las malas condiciones de salubridad y de tratamiento de aguas residuales, la eliminación inadecuada de residuos sólidos y la canalización de aguas pluviales constituyen algunos de los problemas que afectan a la calidad del agua y al mismo tiempo plantean amenazas para la sanidad y el bienestar en todo el país. La Ley Medioambiental no distingue entre actividades del sector público y privado. Se considera que la aplicación escrupulosa de las disposiciones de esta ley contribuirá notablemente a mantener elevados niveles de calidad del agua en Nigeria.

### 3. CONCLUSIÓN

El bienestar general de la nación nigeriana requiere que los recursos hídricos del país se aprovechen al máximo de sus posibilidades, que el despilfarro, el uso irracional del agua o los métodos irracionales de uso del agua se eviten. La conservación del agua y la preservación de la calidad de ese agua deberán garantizarse con el objetivo de lograr un aprovechamiento razonable y adecuado de la misma en el interés de la mayoría, y que los fondos (públicos y privados) para el fomento

y la expansión del consumo adecuado de los recursos hídricos se inviertan en el fin que mejor sirva al interés y el bienestar de las personas. El agua es uno de los recursos básicos de Nigeria, sujeto a apropiación en virtud de lo dispuesto en la ley. El control, el desarrollo, así como el aprovechamiento del agua para fines adecuados deben ser potestades atribuidas a una «Comisión Nacional del Agua», que en cumplimiento de sus funciones tomará las medidas necesarias para asegurar una óptima utilización, conservación y protección de los recursos hídricos de Nigeria.

El despegue de la recién creada Agencia Reguladora Nacional para el Medio Ambiente y el Saneamiento (*National Environmental and Sanitation Regulatory Agency*, NESREA), responsable de las normas de calidad de las aguas, el control de la contaminación, el freno a la degradación medioambiental y de los humedales, entre otras funciones, se considera una representación de un avance satisfactorio en los ámbitos relacionados de gestión de los recursos hídricos y del medio ambiente.

No obstante, conviene mencionar que la mejor legislación sobre recursos hídricos y la mejor estrategia de gestión medioambiental deben contar con el respaldo de una regulación, ejecución e implantación efectivas sobre el terreno. Esta conclusión se afirma con la máxima gravedad, porque muchas leyes y planes de bienestar en Nigeria han tenido escasas ventajas y se han desaprovechado. Los intereses más elevados de consumo adecuado del agua y prosperidad económica exigen una gestión y una administración nacional de los recursos hídricos limpia, viable y sostenible, preservada con métodos legislativos e institucionales que sean a la vez dinámicos y reformadores, pero siempre motivados y moderados por las necesidades de cada época. Si esto se consigue, el presente legará al futuro un rico patrimonio de agua capaz de perdurar durante muchas generaciones.

## **VIII. BIBLIOGRAFÍA**

### **LEYES PROMULGADAS/DOCUMENTOS SOBRE POLÍTICAS**

1. *Waterworks Act 1915*
2. *Minerals Act 1917 (Cap 226)*
3. *Public Health Act 1917*
4. *Oil in Navigable Rivers Act 1968*
5. *Petroleum Act 1969*
6. *Environmental Impact Assessment Act (LFN, 2004) (EIA Act)*
7. *River Basin Development Authorities Act (LFN, 2004) (RBDA Act)*
8. *Water Resources Act (LFN, 2004)*
9. *Constitution of Federal Republic of Nigeria, 1999*
10. *National Policy on Environment 1989*

11. *National Guidelines and Standards for Environmental Pollution Control in Nigeria 1991*
12. *National Effluent Limitation Regulation 1991*
13. *Pollution Abatement in Industries and Facilities Generating Wastes Regulation 1991*
14. *Waste Management Regulation 1991*

#### **OTRAS FUENTES**

- GOLDFACE-IROKALIBE, Joe (1999), «The Application of Water Resources Decree to the Development and Management of River Basin Development Authorities», *Current Jos Law Journal* (vol. 5 No. 5). Pages 139-152.
- (2002), *Hacia un Marco Jurídico e Institucional Efectivo para una Gestión Integrada de los Recursos Hídricos en Nigeria*, A.B.U. Zaria.
- et al (2001), *WRMS, Legal and regulatory Framework (GAC) Final Report FMWR*.
- INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE (2002), *Water and Nature Initiative Part I: Strategy*.
- MUSA, Inuwa K. (2008), *NIWRMA Memo FMAWR*, Abuja, Nigeria.
- WOUTERS, Patricia (2000), *National and International Water Law: Achieving Equitable and Sustainable use of Water Resources*, Water International, Carbondale.
- OTEZE, Geoffrey, et al (2004), *Assessment of the Legal and Institutional Framework of the RBDA's in the Komadugu-Yobe Basin*.



## Las reformas institucionales en Sudáfrica

EIMAN KARAR<sup>1</sup>

**Resumen:** En Sudáfrica el gobierno se encuentra fragmentado verticalmente en tres esferas de gobierno: nacional, provincial y local, y horizontalmente en departamentos con mandatos diferentes pero interrelacionados. Con los retos de la implementación en un entorno de responsabilidad compartida, cada vez se reconoce más que las instituciones públicas/gubernamentales deben favorecer la cooperación institucional y la interacción para proporcionar unos servicios públicos eficaces, tanto a nivel de estrategia política como de implementación operativa.

La Constitución sudafricana exige a todos los órganos estatales y a las esferas de gobierno que observen y se adhieran a los principios y dirijan sus actividades dentro de los parámetros de gobernanza cooperativa. Aunque existe aceptación y apoyo generales con respecto a este requisito, el sector hídrico no ha sido especialmente eficaz en lo que se refiere a la implantación de estos sentimientos ni a hacerlos operativos. Como los Organismos de Gestión de Cuencas están establecidos y el gobierno local sigue haciéndose cargo de los mandatos constitucionales, la necesidad de cooperación entre estas dos instituciones será crítica para la implantación efectiva, eficaz y sostenible de una gestión de recursos hídricos.

**Palabras Clave:** reformas hidrológicas, organismos de gestión de cuencas, equidad, reparación, gobernanza cooperativa.

### Relación de Acrónimos.

WRC	Comisión de Investigación sobre el Agua
MAR	Aportación media anual
WSA	Autoridad en materia de Suministro de Agua
DEAT	Departamento de Asuntos Ambientales y Turismo
DWAF	Departamento de Asuntos Hídricos y Bosques
WMA	Zonas de Gestión de Recursos Hídricos
CMA	Organismos de Gestión de Cuencas
SALGA	Asociación Sudafricana de Gobiernos Locales
MEC	Miembro del Comité Ejecutivo del Parlamento sudafricano
MINMEC	Ministro y MEC
NIGF	Foro Nacional Intergubernamental
NCOP	Consejo Nacional de Provincias
IEC	Comisión Electoral Independiente
DPLG	Departamento del Gobierno local y provincial

1. Directora: Gestión de Recursos Hídricos, Comisión de Investigación sobre Agua de Sudáfrica.

IDP	Planes de desarrollo integrado
NWRS	Estrategia Nacional de Recursos Hídricos, primera edición de 2004
NEMA	Ley Nacional de Gestión Ambiental 107 de 1998
DFA	Ley para la facilitación del desarrollo, 1995
PPA	Ley de planificación física. 1991
CARA	Ley de Conservación de Recursos Agrícolas 43 de 1983
SSA	Ley de Costas de 1935
MLRA	Ley de Recursos Marinos Vivos de 1998
NFA	Ley Nacional de Bosques de 1998
MA	Ley de Minerales de 1991
MPRDA	Ley de Desarrollo de Recursos Minerales y Petrolíferos 28 de 2002
NHRA	Ley Nacional de Recursos Patrimoniales de 1999

## I. INTRODUCCIÓN GENERAL

La ley de aguas sudafricana proviene de una historia de conquista y expansión. Los legisladores coloniales trataron de utilizar las reglas de los países colonizadores europeos bien abastecidos de agua en el seco y variable clima de Sudáfrica. Aprovecharon las leyes y el agua en interés de una clase dominante y de un grupo que tenía un acceso privilegiado a la tierra y al poder económico. Por esta razón según el nuevo gobierno democrático se ha enfrentado a una situación en la que no sólo la mayoría de la población sudafricana ha sido excluida de la tierra, sino que se les ha negado el acceso directo al agua para uso productivo o el acceso a los beneficios procedentes del uso del agua de la nación<sup>2</sup>.

En términos hidrológicos, Sudáfrica está situada en una parte predominantemente semiárida del planeta. El clima varía de desértico y semidesértico en el oeste a subhúmedo a lo largo de la zona costera oriental, con una precipitación media del país cercana a los 500 mm anuales, que está muy por debajo de la media mundial de aproximadamente 860 mm anuales. Como resultado, los recursos hídricos de Sudáfrica son, en términos generales, escasos y extremadamente limitados en extensión. No hay ríos verdaderamente grandes o navegables en Sudáfrica y la suma total del caudal de todos los ríos del país asciende a aproximadamente unos 50 millones de m<sup>3</sup> anuales, menos de la mitad del caudal del río Zambeze, el gran río más próximo a Sudáfrica. Aunque las aguas subterráneas juegan un papel fundamental en el abastecimiento de las zonas rurales, el país se encuentra situado por lo general sobre formaciones de roca dura sin grandes acuíferos de aguas subterráneas que puedan ser utilizados a escala nacional<sup>3</sup>.

Atribuible a la mala distribución espacial de las lluvias, la disponibilidad natural del agua en el país es también muy desigual. Esta se compone del fuerte carácter estacional de las lluvias sobre todo el país así como también de la elevada variabilidad intraestacional de las lluvias y, por consiguiente, de la escorrentía. Como resul-

2. DWAF, (1997).

3. DWAF, (2004).

tado, el caudal de los ríos sudafricanos se encuentra durante la mayor parte del tiempo a niveles relativamente bajos, con flujos altos esporádicos, características que limitan la proporción de caudal de la que se puede disponer para el uso. Para agravar la situación, la mayor parte del desarrollo urbano e industrial, además de algunos densos asentamientos rurales, se han establecido en localidades alejadas de los grandes cursos de agua, dictado por la aparición de riquezas minerales e influida por la peculiar disposición política anterior, en lugar de por la abundante disponibilidad de recursos hídricos. Como resultado, las necesidades de agua ya superan la disponibilidad natural de recursos hídricos en varias cuencas hidrográficas. En el pasado proliferaron en Sudáfrica los trasvases de agua, a menudo a gran escala.

Estos desequilibrios entre la existencia y las necesidades de agua son profundamente evidentes al comparar algunos parámetros básicos con respecto a las distintas Zonas de Gestión de Recursos Hídricos, como presentan las estadísticas siguientes. De las 19 WMA del país, sólo la WMA Mzimvubu a Keiskamma no está actualmente vinculada a otra WMA por medio de trasvases intercuencas. Esto da vigencia a uno de los principales fundamentos de la NWA que designa el agua como un recurso nacional.

Cuatro de los principales ríos sudafricanos también son compartidos con otros países: los ríos Limpopo, Inkomati, Pongola (Maputo) y Orange, que juntos desaguan aproximadamente el 60% de la zona terrestre y contribuyen al 30% de la superficie total de escorrentía del país (caudal). Aproximadamente el 70% del producto interior bruto (PIB) de Sudáfrica y un porcentaje similar de la población del país están respaldados por el agua de estos ríos, convirtiendo la juiciosa gestión conjunta de los mismos de importancia primordial para Sudáfrica. Once WMS comparten ríos internacionales.

La **Figura 1** ofrece referencia a la situación de las respectivas WMA, que muestran los trasvases interWMA. La **Figura 2** presenta una comparación gráfica de la aparición natural del agua, la población y la actividad económica por cada WMA, en la que se demuestran claramente las condiciones excesivamente variadas entre las zonas.

Figura 1.—Situación las WMA y trasvases inter-WMA

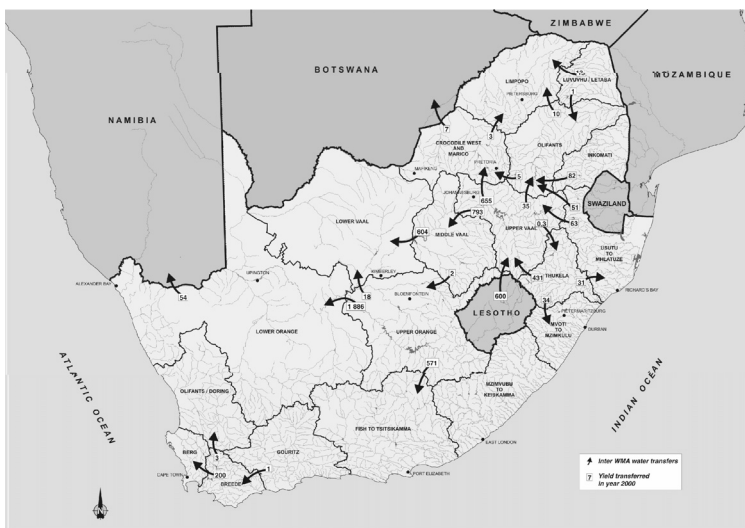
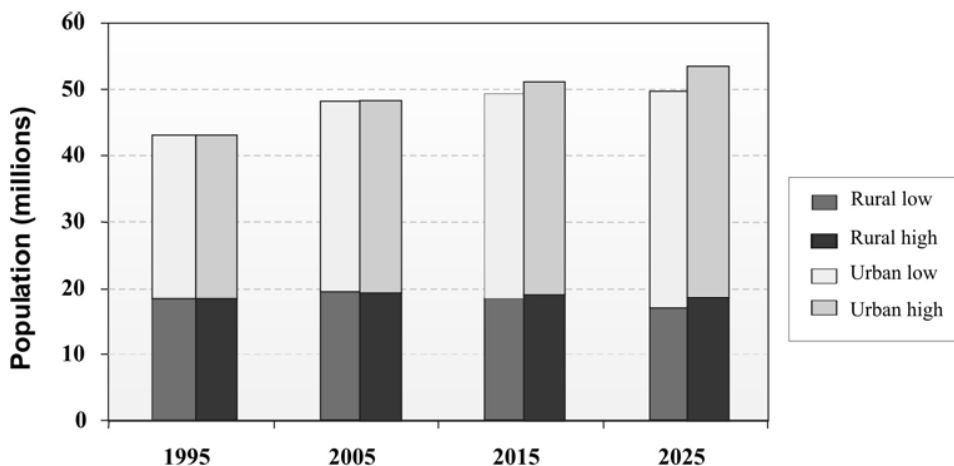


Figura 2.—Comparación de la aportación media anual (MAR), la población y la actividad económica por WMA



La aportación media anual (MAR) de Sudáfrica en condiciones naturales (sin desarrollar) se estima en 49.500 millones de m<sup>3</sup>/a, que incluye unos 4.650 millones de m<sup>3</sup>/a que se originan en Lesotho y aproximadamente 2.500 millones de m<sup>3</sup>/a que proceden de Swazilandia, y que desaguan de manera natural en Sudáfrica. Esto representa el total de recursos renovables de agua dulce que existen en el país, como media a largo plazo. Una parte de la MAR tiene que permanecer en el río para satisfacer las necesidades de los componentes ecológicos de la Reserva,



mientras que sólo una parte del resto se puede aprovechar de manera práctica y económica como rendimiento utilizable.

## II. MOTORES DE LAS REFORMAS HIDROLÓGICAS<sup>4</sup>

Los enfoques dirigidos al abastecimiento por la crisis de recursos hídricos han agotado la disponibilidad limitada de recursos a través de la construcción de numerosas presas de gran tamaño con la intención de abastecer a la limitada población blanca. Tras el fin del *apartheid*, se iban a satisfacer por diez las demandas de agua, lo que promovió un enfoque dirigido a la demanda que recondujo las asignaciones equitativas de agua como temas centrales<sup>5</sup>. A principios de los años 80, datos reales procedentes de redes nacionales de control de calidad de las aguas que se fundaron a partir de 1970 empezaron a ofrecer muestras concretas de la continua y en algunas zonas rápida degradación de la calidad de los recursos hídricos en Sudáfrica<sup>6</sup>. En aquel momento el mundo empezó a darse cuenta de las amenazas del clima mundial y de la comprensión inicial de las causas nació el aumento del énfasis en la sostenibilidad ambiental como elemento fundamental para el crecimiento económico sostenido. Era evidente que existían fuertes motivaciones técnicas para la revisión de la política y en este sentido los políticos proporcionarán el hueco para una necesaria revisión técnica<sup>7</sup>.

La reforma institucional a la que nos referimos aquí pertenece principalmente a la transformación política y organizativa de Sudáfrica, que tiene la intención de llevar la democratización a la gestión de los recursos hídricos. Se pondrá más atención en los Organismos de Gestión de Cuencas (CMA); los procesos para su fundación y los éxitos y retos de los mismos.

«Las reformas deberán reflejar las necesidades de justicia y equidad, valores que constituyen las piedras angulares de la nueva Constitución sudafricana. También deberán reflejar los límites de los recursos hídricos de los que disponemos como nación<sup>8</sup>. La importancia del acceso al agua fundamentado en la equidad ha formado parte del debate político desde el desarrollo de la Carta de la Libertad y la instauración de la nueva Constitución sudafricana<sup>9</sup>. El objetivo de las reformas hidrológicas institucionales es por lo tanto producir una mejor gestión de los recursos hídricos cuando los procesos sean más eficaces para lograr el objetivo de desarrollo en Sudáfrica de «una vida mejor para todos».

La finalidad de la reforma en Sudáfrica, como se manifiesta en el artículo 2 de la NWA es «garantizar que los recursos hídricos de la nación sean protegidos,

---

4. WRC, (2006).

5. DWAF, (1997).

6. ROUX, et al (2006).

7. McKAY, (2005).

8. DWAF, (1997).

9. WRC, (2004).

utilizados, desarrollados, conservados, gestionados y controlados de manera que se tengan en cuenta:

1. la satisfacción de las necesidades humanas básicas de las generaciones actuales y futuras;
2. la promoción del acceso equitativo al agua;
3. la reparación de los resultados de la antigua discriminación racial y por razones de género;
4. la promoción del uso eficaz, sostenible y beneficioso del agua para interés público;
5. la facilidad del desarrollo económico y social;
6. el abastecimiento de la creciente demanda de uso del agua;
7. la protección de los ecosistemas acuáticos relacionados y de su biodiversidad;
8. la reducción y la prevención de la contaminación y la degradación de los recursos hídricos;
9. el cumplimiento de las obligaciones internacionales;
10. la promoción de la seguridad de las presas y
11. la gestión de sequías e inundaciones.

Y para lograr este objetivo, establecer las instituciones adecuadas y asegurar que tienen la representación adecuada de la comunidad, racial y de género».

La Constitución sudafricana sirve de base para el establecimiento y la promoción de la gobernanza cooperativa entre las instituciones gubernamentales. Los sistemas de gobierno sudafricanos de las esferas de gobierno distintivas, interdependientes e interrelacionadas sirven como el otro motor de la gobernanza cooperativa. Basados en estos factores, se han desarrollado diversos mecanismos e iniciativas para promover la cooperación entre las instituciones gubernamentales. Dichos mecanismos se comentarán posteriormente en este documento.

La Constitución establece tres esferas de gobernanza independientes y distintas, pero al mismo tiempo interdependientes e interrelacionadas. Las tres esferas son el Gobierno Local, el Gobierno Provincial y el Gobierno Nacional. A diferencia del anterior sistema de gobierno del Apartheid, la constitución reconoce la independencia de cada una de las esferas de gobierno a la vez que permanece su vinculación al gobierno central. El carácter **distintivo** de cada esfera de gobierno, según la constitución sudafricana, significa que cada esfera posee cierto grado de autonomía legislativa y ejecutiva. Cada esfera se distingue de las demás y tiene capacidad para elaborar leyes y ejecutarlas. La **naturaleza independiente** de cada esfera está relacionada con el grado del que depende de otra esfera para el adecuado cumplimiento de sus funciones constitucionales. Dentro de este carácter de interdepen-

dencia existe una obligación de supervisar otras esferas, la responsabilidad de conferir poderes y supervisar e intervenir cuando una esfera incumple su papel constitucional. Esto sucede de manera jerárquica cuando el gobierno nacional supervisa e interviene a nivel provincial y el gobierno provincial hace lo mismo con el gobierno local. La **naturaleza interrelacionada** de las esferas de gobierno favorece la cooperación entre ellas con confianza y buena fe mutuas por el bien mayor del país en su conjunto.

Las tres características (**naturaleza distintiva, interdependiente e interrelacionada**) por si mismas plantean retos a la gobernanza cooperativa, ya que exigen que cada esfera de gobierno tenga autonomía ejecutiva mientras dependen y cooperan entre si.

Las implicaciones de todo lo anterior son que, aun cuando las tres esferas de gobernanza puedan ser distintas e independientes unas de otras, no pueden funcionar sin colaborar ya que sus respectivas planificaciones y tomas de decisiones reciben influencias unas de otras. Además de esto, el artículo 155 (7) de la constitución otorga a las esferas Nacional y Provincial autoridad ejecutiva para supervisar la actuación de los municipios en relación con sus funciones, concretamente los asuntos indicados en los anexos 4 y 5 de la constitución y cualesquiera otros asuntos asignados por la legislación a las instituciones de los gobiernos locales.

Para lograr esta cooperación, el artículo 41 (1) de la Constitución establece tres principios específicos que deberían guiar la cooperación entre las instituciones:

- a. Unidad
- b. Descentralización
- c. Cooperación, que incluye lo siguiente:
  - I. Favorecimiento de las relaciones cordiales a todos los niveles de gobierno;
  - II. Asistencia y ayuda mutua;
  - III. Información y consulta entre unos y otros sobre asuntos de interés común;
  - IV. Coordinación de sus acciones y de la legislación con cada uno;
  - V. Adhesión a los procedimientos acordados; y
  - VI. Intento de evitar los procedimientos jurídicos unos contra otros.

Las implicaciones que nacen de todo lo anterior son que todas las esferas de gobierno y órganos de estado deberían trabajar para promover las buenas relaciones de trabajo de entre unos y otros con el fin de ofrecer servicios eficaces y eficientes a los ciudadanos. A la hora de trabajar juntos, los gobiernos nacional y provincial deberían apoyar y reforzar las instituciones de los gobiernos locales a la hora de realizar sus funciones.

### **III. LAS RELACIONES GUBERNAMENTALES**

#### **1. TIPOS DE RELACIONES GUBERNAMENTALES**

(i) Relaciones intergubernamentales:

(a) Relaciones intergubernamentales de tipo horizontal, es decir, las relaciones entre las dos o más instituciones gubernamentales dentro de la misma esfera de gobernanza, por ej. el Departamento de Asuntos Hídricos (DAHB) y el Departamento de Asuntos Ambientales y Turismo (DEAT).

(b) Relaciones intergubernamentales de tipo vertical, es decir, las relaciones entre las instituciones u organismos de diferentes esferas de gobernanza.

(ii) Relaciones intragubernamentales

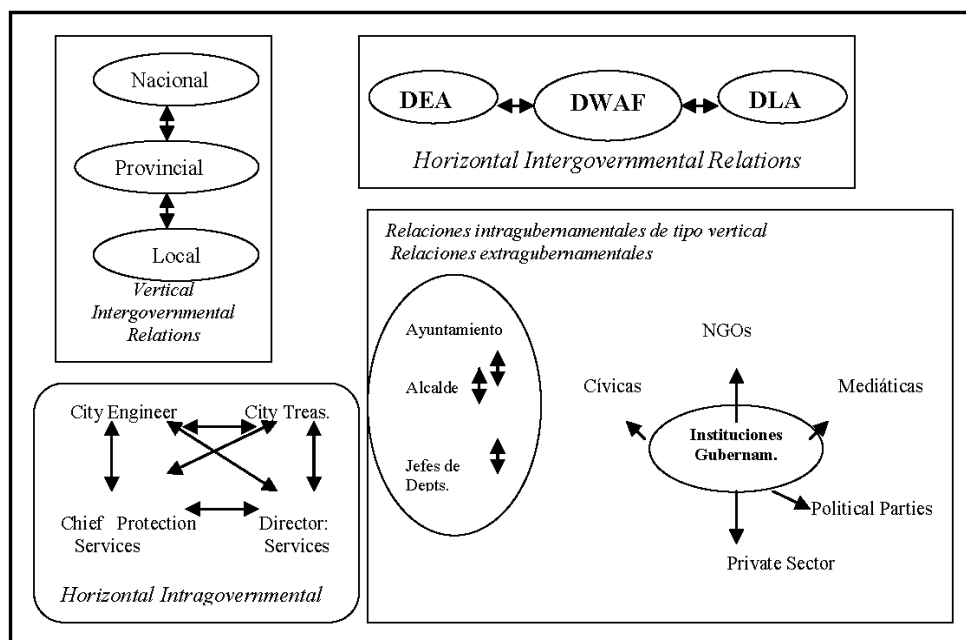
(a) Relaciones intragubernamentales de tipo vertical, es decir, las relaciones que existen dentro de la jerarquía de la institución, por ej. el Ayuntamiento, el Alcalde y los jefes de los departamentos.

(b) Relaciones intragubernamentales de tipo horizontal, es decir, la interacción de los oficiales y las secciones funcionales dentro de las organizaciones.

(iii) Relaciones extragubernamentales

Se refiere a las relaciones e interacciones entre los funcionarios de los organismos gubernamentales e instituciones externas, entre las que se incluyen las instituciones del sector privado además de las instituciones no gubernamentales. Estas relaciones se manifiestan en distintas dimensiones, dependiendo de las funciones y mandatos del departamento. Las siguientes categorías o dimensiones pueden corresponder a las relaciones extragubernamentales:

Figura 3.-Tipos de relaciones gubernamentales

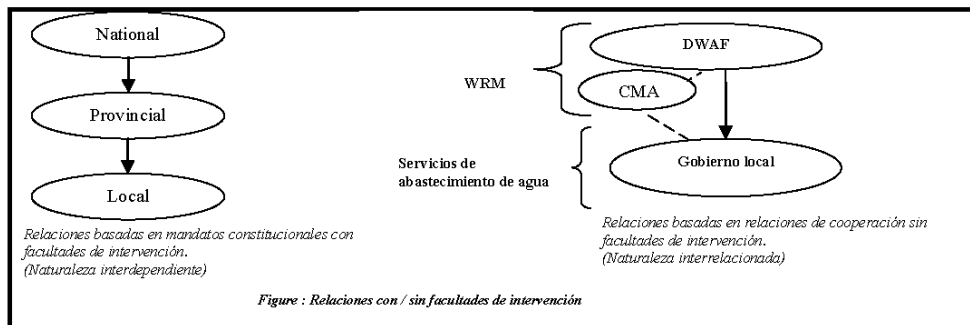


Fuente: Du Toit, Van Der Walddt, Bayat and Cheminais

La figura anterior hace referencia a los diversos tipos de relaciones que podrían existir entre las instituciones y dentro de las mismas. Las relaciones intergubernamentales de tipo vertical presentan un caso de mandato constitucional en el que las relaciones también se rigen por ciertas disposiciones de la constitución. Estas disposiciones son relaciones de jerarquía entre los gobiernos local, provincial y nacional. También son los poderes fundamentales concedidos al parlamento si existe un incumplimiento demostrado por parte de alguna esfera de gobierno en la realización de las funciones esperadas. Las implicaciones son que el parlamento, el gobierno nacional y la provincia reciben poderes para intervenir e implementar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos pretendidos.

Contrario a que intervengan los poderes, el sector de los recursos hídricos presenta un escenario distinto. Tanto las relaciones intergubernamentales de tipo vertical como las de tipo horizontal plantean un caso en el que existen mandatos que inciden sobre otra esfera o departamento, si bien es cierto que no hay poderes que intervengan si no se cumplen ciertas obligaciones. Este hecho se refiere a los mandatos nacionales que interfieren en los mandatos gubernamentales de carácter local. Se puede hacer referencia al objeto del estudio, es decir, al mandato de la gestión de recursos hídricos que incide sobre el mandato del gobierno local y viceversa. La otra referencia pueden ser las actividades de planificación ambiental por parte del DEAT que requieren la cooperación del (DAHB). La consecuencia

de estos ejemplos es la necesidad de crear relaciones de cooperación entre las instituciones con el fin de completar el ciclo de los mandatos. No obstante, estas relaciones de cooperación no deberían crear una oportunidad para que otras instituciones realicen funciones para las que no tienen potestad. La gestión de los recursos hídricos sigue siendo potestad nacional y el CMA tiene orden de realizar esta función en representación del DAHB. Funciones tales como el abastecimiento de agua siguen siendo potestad del gobierno local; ninguna otra institución puede realizarla salvo que esté fundamentado en un contrato con la Autoridad en materia de Suministro de Agua (WSA).



Las relaciones en este ejemplo no están basadas en una jerarquía, sino en relaciones de cooperación que necesitan desarrollarse y complementarse con mecanismos relevantes. La cooperación que tiene lugar entre las instituciones debería respetar la autonomía de los demás y verlos como socios iguales.

## 2. MECANISMOS Y ESTRATEGIAS ACTUALES DE COOPERACIÓN

Procurando fomentar la cooperación entre las instituciones, el gobierno de Sudáfrica se ha comprometido con varios mecanismos y estrategias. Sin embargo, dentro de estos mecanismos y estrategias existen varios retos que se plantean como principales obstáculos frente al objetivo que se pretende. La cooperación entre las instituciones gubernamentales tiene lugar a distintos niveles, por consiguiente es importante observar dónde existe interacción y los retos que se afrontan.

### A) Cooperación a nivel político/de gestión

MINMEC es el comité/la reunión entre el ministro de un departamento específico y el MEC del departamento de las nueve provincias. Dependiendo de la naturaleza del departamento, el comité puede incluir a los representantes de otras estructuras intergubernamentales, es decir, a los presidentes de SALGA (Asociación Sudafricana de Gobiernos Locales) que sean miembros del Minmec de Asuntos Provinciales y al Ministro de Desarrollo Constitucional y a los MEC del Gobierno Local. La función del Minmec es garantizar la gobernanza cooperativa, la consulta y la cooperación a nivel político entre las esferas de gobierno en los asuntos relacio-

nados con el ministerio. Los asuntos pueden estar relacionados con los debates legislativos, es decir, proposiciones de ley, planificaciones y estrategias de desarrollo, etc. El objetivo del Minmec es gestionar los acuerdos institucionales y de partenariado que cruzan las fronteras.

### **B) El reto del MINMEC**

En tanto el Minmec demuestra ser una de las principales estructuras en lograr la cooperación y la coordinación, se ha visto como si anulara la autonomía de las provincias en ciertos aspectos de gobierno. Actualmente vistos como la principal zona de contención, están los poderes provinciales y el grado al que el Minmec anula la legislatura y el ejecutivo provinciales para determinar la política. En ciertos ejemplos, el Minmec tiende a proporcionar una vía alternativa a los canales provinciales establecidos con el objeto de legislar. En principio, el procedimiento es que el ejecutivo, encabezado por el Primer Ministro, determina la política provincial. Los MEC se encuentran así vinculados por la decisión a este nivel así como por la legislatura provincial. Sin embargo, en realidad los asuntos políticos acordados en el Minmec pueden dar como resultado el reemplazo del trabajo de la legislatura provincial. Los resultados son que el ejecutivo provincial puede terminar afrontando la necesidad de implementar una política que no ha sido aprobada. El reto es ¿quiénes son los MEC responsables entre el ministro y las estructuras provinciales?

### **C) Foros intergubernamentales**

Un Foro que se comprende de titulares de oficinas políticas procedentes de las tres esferas de gobernanza. El foro sirve para promover la cooperación intergubernamental y la toma de decisiones entre los distintos niveles de gobierno.

#### *a) Foro (nacional) intergubernamental*

El Foro Nacional Intergubernamental (NIGF) se fundó en 1994 para promover el diálogo entre los gobiernos nacional y provincial además de la cooperación, la consulta y el consenso en materias de interés común. Este organismo lo constituyen el presidente estatal oficial, el vicepresidente ejecutivo, los primeros ministros, todos los ministros y sus viceministros, los MEC, el presidente de NCOP, los presidentes de los comités de cartera sobre (asuntos constitucionales, comité de finanzas y fiscal, comisión de servicios públicos), presidente de SALGA, directores generales de todos los departamentos nacionales y gobiernos provinciales, representante del IEC (auditoría del IGR, diciembre de 1999). El gobierno local se encuentra representado por el Departamento de Gobierno Local y Provincial (DPLG) y SALGA en este foro.

Se han indicado varios retos como afrontados por el NIGF. El informe IGR de diciembre de 1999 indica los siguientes retos y críticas basados en la auditoría que se había realizado en el Foro:

- Con frecuencia, los resultados de las reuniones del NIGF no estaban claros;
- Carecía de autoridad ejecutiva en tanto en cuanto no toma decisiones y por lo tanto se convierte en una «charla sobre trabajo»;
- Principalmente servía como plataforma para compartir información;
- El gobierno nacional dominaba los procedimientos; y
- Había pocos o insustanciales debates sobre política estratégica;
- Había una interacción limitada a través de las esferas de gobierno;
- El sistema de comunicación entre los gobiernos provincial y nacional era deficiente;
- Se decía que no era rentable;
- Vínculos inadecuados con otras estructuras como los MINMECS;
- Había un apoyo inadecuado por parte del personal;
- Se convirtió en una sesión informativa para el gobierno.

Basándose en estos problemas, la recomendación era el desmantelamiento del Foro y la formación de un organismo más pequeño que se pudiera utilizar como instrumento para coordinar los programas de gobierno, para fomentar y añadir valor a las decisiones del gabinete.

#### *b) Foro provincial intergubernamental*

Los foros provinciales intergubernamentales se fundaron para ayudar a los departamentos provinciales a contemplar los asuntos que trascendían de sus responsabilidades. Su composición incluye a los Miembros de los Comités Ejecutivos (MEC), alcaldes, presidentes de los consejos de distrito, directores regionales y organizaciones de gobiernos locales (SALGA). Los principales resultados de la auditoría sobre IGR sobre el PIGF fueron que con frecuencia eran demasiado grandes y sus agendas estaban demasiado sobrecargadas para que fueran eficaces. Por lo tanto, no habían tenido demasiado éxito en muchas provincias. Una restricción adicional es que el PIGF no es un organismo encargado de la toma de decisiones: sus miembros comentan y debaten los asuntos. Sin embargo, se veía como un instrumento educativo mediante el cual los miembros se ayudan unos a otros a comprender los asuntos delicados. También se veían como buenas entidades de trabajo en equipo si se coordinaban adecuadamente.

#### **D) El Consejo de coordinación presidencial**

El Consejo de coordinación presidencial se fundó en octubre de 1999 en sustitución del Foro de Primeros Ministros, que quedó desinstitucionalizado. Su finalidad y función es reunir a todos los primeros ministros, al presidente del estado y al gobierno de los departamentos locales, provinciales y nacionales para debatir



asuntos de interés común. Se instituyó para desarrollar una política provincial, preparar e iniciar la legislación de la provincia, implementar la legislación nacional dentro de las áreas relacionadas en los Anexos 4 y 5 y promover el desarrollo del gobierno local con poderes y supervisión de largo alcance e intervención con arreglo al artículo 155 (7) de la Constitución (auditoría del IGR, diciembre de 1999). El gobierno local se encuentra representado por el DPLG en esta estructura con el objetivo de llevar a cabo asuntos que impacten sobre el gobierno local a nivel político y estratégico.

### **E) Cooperación a nivel de planificación y desarrollo**

La gobernanza cooperativa a nivel de planificación se rige por los mismos principios que se rige la cooperación a nivel político: los principios estipulados en la constitución. Sin embargo, el concepto de gobernanza cooperativa a nivel de planificación se amplía todavía más y se coloca en perspectiva por las políticas y estrategias que rigen la planificación en las distintas instituciones. La mayoría de estas estrategias y políticas consideran la gobernanza cooperativa como central para la realización de los objetivos de planificación. Estas políticas y estrategias incluyen Planes de desarrollo integrado (IDP) y la Ley Municipal de Sistemas. Las estrategias y políticas de planificación dentro de la gestión de recursos hídricos incluyen la Estrategia Nacional de Recursos Hídricos (NWRS) y la Ley Nacional de Aguas.

## **3. LOS ACTUALES ACUERDOS INSTITUCIONALES**

**La constitución y el agua:** El primero de los principios rectores afirma que la nueva ley de aguas sudafricana «estará sujeta y será coherente con la Constitución en todas las cuestiones» y «promoverá activamente los valores consagrados en la Carta de Derechos». La necesidad de la existencia de una ley de aguas en Sudáfrica y de un cambio fundamental en los enfoques de la gestión de los recursos hídricos queda reafirmada por la Constitución, tanto en relación con la creación de una sociedad más justa y equitativa como en relación con la gran necesidad de un uso más adecuado y sostenible de nuestros escasos recursos, conducido por el deber de lograr el derecho de acceso al agua suficiente<sup>10</sup>.

**El Derecho a la Igualdad:** uno de los derechos importantes para el desarrollo de la nueva política sobre recursos hídricos afirma que las personas no sólo son iguales ante la ley, sino que también tienen derecho a la misma protección y beneficios ante la ley. La Constitución define la igualdad que incluye «el disfrute completo y equitativo de todos los derechos y libertades», a la vez que también afirma que para promover el logro de la igualdad, se pueden tomar «medidas legislativas y de otros tipos diseñadas para proteger o avanzar personas, o categorías de personas, con desventajas por una discriminación injusta».

---

10. DWAF (1997).

El Derecho a la Dignidad y a la Vida: el agua proporciona y mantiene la vida. El fracaso del gobierno del *apartheid* en cuanto a garantizar el suministro de los servicios de abastecimiento y saneamiento para necesidades humanas básicas tales como lavarse, cocinar y beber, cultivos y desarrollo económico impactó de manera significativa tanto en el derecho a la dignidad como en el derecho a la vida entre la mayoría negra. La Constitución dispone que todas las personas tienen derecho a la vida y garantiza que la «dignidad inherente» a todas las personas y el «derecho que les respeten y les protejan su dignidad» y obliga al estado a asegurar que se respete este derecho, entre otras cosas, mediante el acceso al agua.

**Derechos ambientales:** La Carta de Derechos también otorga a todos los sudafricanos el derecho a un medio ambiente que no sea «perjudicial para la salud y el bienestar», así como el derecho a proteger el medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras. Por consiguiente, es obligación del estado asegurar la prevención de la contaminación de las aguas, que existe suficiente agua para mantener la integridad ecológica de los recursos hídricos y que se promueven la conservación de las aguas y el «desarrollo económico y social justificable» sostenible. Esto se diferencia del anterior enfoque en que competían los objetivos ambientales contra los económicos y de desarrollo y exige en su lugar que se integren.

**Derechos de propiedad:** aunque la Constitución garantiza ciertas protecciones con respecto a la propiedad, existen distintos modos en los que el estado puede interferir en el derecho a la propiedad de una persona. La Constitución distingue entre deprivación y expropiación. La cláusula de propiedad también hace una disposición específica para la acción correctiva. Afirma que ninguna disposición sobre la cláusula de los derechos de propiedad puede impedir al estado la toma de medidas legislativas y de otro carácter para conseguir tierras, agua y reformas relacionadas, con el fin de reconducir los resultados de la pasada discriminación racial.

**El Derecho de acceso al agua suficiente:** La cuestión sobre los derechos de propiedad no se puede entender sin contemplar la importante disposición de la Constitución que garantiza a toda persona el derecho de acceder a «agua y alimentos suficientes» y a los «servicios de atención sanitaria». El gobierno ha recibido instrucciones para «tomar las medidas legislativas y de otro carácter que sean razonables dentro de los recursos disponibles para lograr la ejecución progresiva» de estos derechos.

**Gobernanza cooperativa:** la gestión de los recursos hídricos es constitucionalmente una función nacional y el papel del fideicomisario público es en última instancia un deber impuesto sobre el gobierno nacional. Pero como el agua también contempla asuntos tales como el control del medio ambiente y de la contaminación, que son funciones nacionales y provinciales de carácter simultáneo, el gobierno nacional contemplará estos asuntos en el ámbito de la gobernanza cooperativa.

#### IV. **POLÍTICAS OFICIALES RELACIONADAS CON EL AGUA Y LOS RECURSOS RELACIONADOS**

**La Ley Nacional de Aguas (NWA), 1998:** El objetivo de la NWA es asegurar la protección, el uso, la conservación, la gestión y el control de los recursos hídricos de la nación de modo que se tengan en cuenta entre otros factores:

- la satisfacción de las necesidades humanas básicas de las generaciones actuales y futuras,
- la promoción del acceso equitativo al agua,
- la reparación de los resultados de la antigua discriminación racial y por razones de género,
- la promoción del uso eficaz, sostenible y beneficioso del agua en el interés público,
- la facilidad del desarrollo económico y social,
- el abastecimiento de la creciente demanda de uso del agua,
- la protección de los ecosistemas acuáticos relacionados y de su biodiversidad,
- la reducción y la prevención de la contaminación y la degradación de los recursos hídricos,
- el cumplimiento de las obligaciones internacionales,
- la promoción de la seguridad de las presas,
- la gestión de sequías e inundaciones,

y para lograr este objetivo, establecer las instituciones adecuadas y asegurar que tienen la representación adecuada de la comunidad, racial y de género.

Esta ley se promulgó para implementar el derecho constitucional a un medio ambiente saludable y protegido (artículo 24 de la Constitución), y por consiguiente para dar efecto práctico al principio constitucional de desarrollo sostenible. Sus objetivos vienen resumidos en el preámbulo e incluyen los siguientes: integración de factores sociales, económicos y ambientales en la toma de decisiones; integración de elaboración de leyes precedentes de todas las esferas de gobierno; integración de una buena gestión ambiental en todas las actividades de desarrollo. Los principios de la NEMA figuran en la sección 2 (Capítulo 1 de la NEMA), que sirve como marco para la toma de decisiones por parte de todos los órganos del estado donde las decisiones afectan de manera significativa al medio ambiente. Además, los principios proporcionan una base para la interpretación y la administración de todas las leyes que afectan a la protección y la gestión del medio ambiente [art. 2 (1)].

**Uso y desarrollo territorial:** La Ley para la Facilitación del Desarrollo, 1995; artículo 3 (1) de la DFA afirma que la política, la práctica administrativa y las leyes

deberían proporcionar contenido a los derechos fundamentales de la Constitución. El efecto es que deberá buscarse la salud ambiental a la hora de la implementación de la planificación y de la toma de decisiones sobre desarrollo territorial.

**Leyes de planificación física** (PPA) 1967; y 1991: La ley de 1967 dispone el establecimiento de medidas de control obligatorias para promover la planificación coordinada del medio ambiente y la utilización de recursos (PPA, 1967), Preámbulo, mientras que la ley de 1991 va más allá al disponer la promoción y coordinación de la planificación física a nivel nacional y regional [PPA, 1991 art. 2 (2)].

Productos agrícolas, piscifactorías y recursos pesqueros: Recursos agrícolas; Los recursos agrícolas naturales se definen en la Ley de Conservación de Recursos Agrícolas (CARA), 1983, como suelo, cursos de agua (un curso de agua es un flujo natural en el que se concentra el agua de escorrentía y a lo largo del cual se transporta) y vegetación, excluidas las malas hierbas y las plantas invasoras (CARA, art. 1). La Ley de Conservación de Recursos Agrícolas pretende conservar los recursos naturales por medio del mantenimiento de la producción potencial de la tierra, la prevención de la erosión, la protección de los recursos hídricos y de la vegetación natural y la lucha contra las llamadas plantas invasoras (CARA art. 3).

**Recursos marinos:** La Ley de Costas (SSA) de 1935 determina la protección del mar y de las costas mediante normas sobre el control de la retirada de material de las mismas y sobre el control de actividades que plantean riesgos para la salud [SSA, art. 10 (1) (c) y (d). Véanse también las normas publicadas en GN 1720 GG5542 de 2 de septiembre de 1955, GN R2513 GG7318 de 5 de diciembre d 1980. El artículo 38 de la Ley de Pesca Marítima (SFA), 12 de 1988 también dispone la eliminación controlada de materiales del mar y de las costas].

La Ley de Recursos Marinos Vivos de 1998 (MLRA) está orientada a la conservación del ecosistema marino y presenta los siguientes principios y objetivos: lograr una óptima utilización y un desarrollo ecológicamente sostenible de los recursos marinos vivos; conservar los recursos marinos vivos para las generaciones actuales y futuras; utilizar los recursos marinos vivos para el crecimiento económico, el desarrollo de los recursos humanos y un equilibrio ecológico sensato coherente con los objetivos de desarrollo del gobierno nacional; proteger la biodiversidad marina (MLRA, art. 2. Algunas disposiciones de la Ley de Pesca Marítima [véase la nota 34] se conservaron cuando entró en vigor esta Ley).

**Bosques:** La Ley Nacional de Bosques (NFA) de 1998 está dirigida a la promoción de la gestión y el desarrollo sostenibles de los bosques en beneficio de todos y a la promoción del uso sostenible de los bosques con fines ambientales, económicos, educativos, recreativos, culturales, sanitarios y espirituales (NFA, art. 1). El Ministro deberá desarrollar e implementar una política sobre gestión de bosques (NFA, art. 46), así como también desarrollar criterios para determinar la gestión de los bosques contra los principios de la Ley (NFA, art. 4). Estas herramientas de gestión se encuentran todavía en etapas formativas.

**Recursos minerales:** La Ley de Minerales (MA) de 1991 regula la explotación, procesamiento y utilización óptimos de minerales y la ordenada utilización y rehabilitación de la superficie terrestre después de operaciones mineras de acuerdo con un programa de gestión ambiental que deberá ser aprobado por cada departamento encargado de la administración de cualquier ley relacionada con cualquier asunto que afecte al medio ambiente. Las normas en virtud de la Ley de Minerales han sido emitidas para contemplar, entre otros, asuntos ambientales (GN R992/2741/1, y sus correspondientes enmiendas). En 1998 se publicó una proposición de ley sobre Política de Minerales y Minas (*DME A Minerals and Mining Policy for South Africa* –en español: Política sobre Minerales y Minas en Sudáfrica– [Proposición de ley] 1998), en la que se contemplaba el impacto ambiental de las actividades mineras.

Recientemente se publicó la Ley de Desarrollo de Recursos Minerales y Petrolíferos de 2002 (MPRDA) (GG 23922 de 10 de octubre de 2002). Los objetivos de esta Ley incluyen la entrada en vigor de la soberanía estatal y la tutela sobre todos los recursos minerales y también el principio constitucional para garantizar que los recursos minerales de la nación se desarrollan y se gestionan de manera ordenada y sostenible en términos ecológicos, a la vez que se optimiza el desarrollo económico y social justificable [MPRDA art. 2 (a), (b) y (h)]. Esta Ley acepta de manera específica la aplicación de los principios incluidos en el artículo 2 de la NEMA, que se aplicará a todas las operaciones de minería y prospección y servirán como pauta para la implementación, interpretación y administración de todos los requisitos ambientales con arreglo a la Ley propuesta (MPRDA, art. 37). Además afirma que todas las operaciones de minería deberán realizarse de acuerdo con los principios de aceptación general de desarrollo sostenible mediante la integración de factores sociales, económicos y ambientales en la planificación e implementación de proyectos, con el fin de garantizar que la explotación de recursos minerales sirve a las generaciones actuales y futuras [MPRDA, art. 37 (2)].

**Recursos patrimoniales:** Los principios generales sobre gestión de recursos patrimoniales (Ley Nacional de Recursos Patrimoniales 25 de 1999 [NHRA] art. 2) incluyen una obligación sobre el Estado (mediante gestión participativa) de gestionar cuidadosamente los recursos patrimoniales para garantizar su supervivencia en interés de todos los sudafricanos y de promover mediante política, práctica administrativa y legislación, la integración de la conservación de los recursos patrimoniales en la planificación urbana y rural y en el desarrollo económico y social (NHRA, art. 5).

La Ley Nacional de Recursos Patrimoniales de 1999 no menciona ninguna disposición concreta en cuanto a la integración de la gestión de los recursos culturales con la gestión de los recursos naturales. Se pone énfasis en la conservación (protección, mantenimiento, conservación y uso sostenible) de los recursos patrimoniales a pesar del desarrollo socioeconómico. Sin embargo, se hace referencia al principio de que las leyes, procedimientos y prácticas administrativas relaciona-

das con la gestión de los recursos patrimoniales deberán dar contenido a los derechos fundamentales de la constitución [NHRA art.5 (3) (c)].

**Leyes de conservación diseñadas especialmente para un fin:** Existen diversas leyes a efectos de conservación diseñadas especialmente para un fin, como la Ley de Robos en Juego 105 de 1991, la Ley de Desarrollo de las Zonas de los Lagos 39 de 1975, la Ley de Zonas de Cuencas Montañosas 63 de 1970, la Ley de Parques Nacionales 57 de 1976, la Ley de Protección de Focas y Aves Marinas 46 de 1973, la Ley de Costas 21 de 1935, la Ley de Tratados de la región antártica 60 de 1996, la Ley de Zonas Marítimas 15 de 1994, la Ley de Convenio del Patrimonio Mundial 49 de 1999, la Ley de Prevención de la Contaminación Atmosférica 45 de 1965, la Ley de Sustancias Peligrosas 15 de 1973, la Ley de Control de Vertidos al Mar 73 de 1980, las Leyes de Contaminación Marina 6 de 1981, 2 de 1986 y 64 de 1987; la Ley de Fertilizantes, Producción Agrícola, Recursos Agrícolas y Ganaderos 36 de 1947, y las leyes provinciales de recursos y medio ambiente.

**Leyes consuetudinarias indígenas:** antiguamente, la libertad para utilizar los recursos comunes estaba sujeta a la potestad del líder local para regular el acceso, si era necesario y cuando fuera necesario en interés del conjunto de la comunidad. Para conservar un suministro de agua decreciente, por ejemplo, podría estar prohibido coger agua para cierto uso indefinidamente o durante un período específico. El derecho consuetudinario otorgaba a las autoridades tradicionales todos los poderes que necesitaban para proteger el medio ambiente y existen pruebas evidentes que demuestran que reaccionaban cuando existía peligro de que se agotaran los recursos<sup>11</sup>.

La creación del nuevo estado constitucional en Sudáfrica planteó una variedad de problemas legales y políticos a los líderes tradicionales, puesto que sus poderes de gobierno no diferenciados según el derecho consuetudinario podrían entrar en conflicto con muchos aspectos del nuevo orden. La Ley de Constitución de la República de Sudáfrica de 1996 confirmó la situación de los líderes tradicionales con la cualificación de que los poderes de los líderes están sujetos a los derechos fundamentales y al control legislativo. Estos términos tan amplios dejaron que todos los detalles de cumplimiento con los principios de gobernanza constitucional fueran acordados por los tribunales y la legislación. Este proceso está sin terminar todavía. En IWRM, las instituciones tradicionales de liderazgo pueden jugar un papel muy crítico en el desarrollo y aplicación de las estrategias de IWRM. Se pueden identificar como posibles funciones las siguientes:

- El liderazgo tradicional podría ser utilizado por los Organismos de Gestión de Cuencas como estructura para asegurar la participación en una WMA, facilitando así la implicación de la comunidad en los asuntos de la WRM.
- Se podría utilizar la estructura como fuente de concesión de poderes a comunidades anteriormente desfavorecidas.

---

11. THOMPSON, (2006).

- El liderazgo tradicional se puede utilizar como plataforma para implementar las estrategias de IWRM y aún más importante implementar y crear un entendimiento de los Organismos de Gestión de Cuencas.

- El liderazgo también se podría utilizar para identificar las necesidades de la comunidad en lo que se refiere a IDP dentro de una WMA.

## V. EL MARCO ORGANIZATIVO DE LA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS

El Ministro de Asuntos Hídricos y Bosques, como depositario de la confianza pública y custodio de los recursos hídricos que realiza las obligaciones públicas de confianza de modo que<sup>12</sup>;

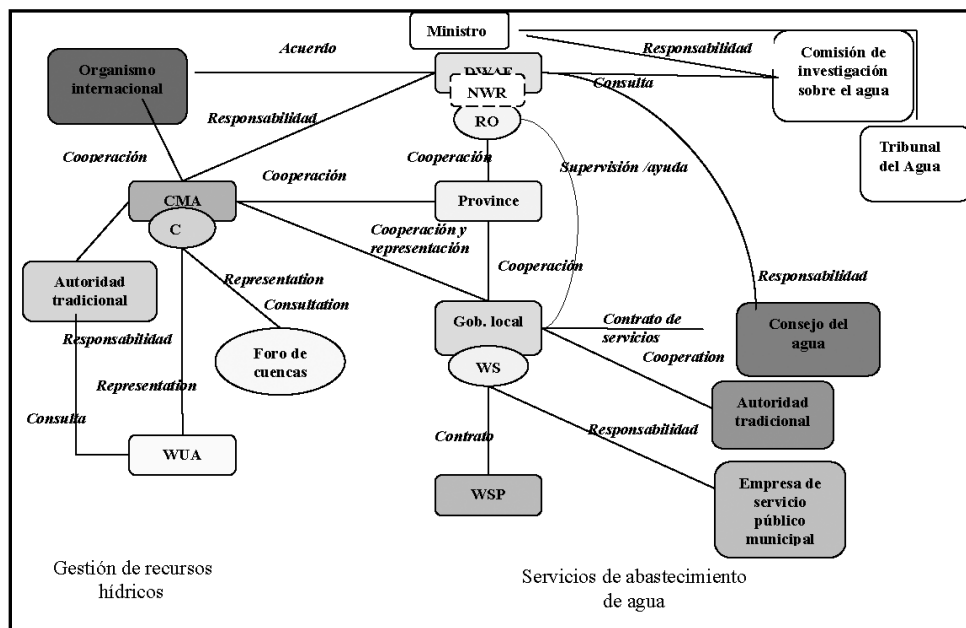
- Garantice el acceso al agua suficiente para las necesidades domésticas básicas
- Asegure el cumplimiento de los requisitos sobre medio ambiente
- Tenga en cuenta la naturaleza interrelacionada del ciclo del agua, un proceso del cual dependen la sostenibilidad y la renovabilidad del recurso
- Disponga el trasvase de agua entre cuencas
- Respete las obligaciones de Sudáfrica para con sus vecinos
- Cumpla sus obligaciones como custodio del agua de la nación

El Ministro puede delegar por escrito un poder conferido a él a: un funcionario concreto del DAHB, al titular de un despacho en el DAHB, a un CMA, a un WUA, a un organismo responsable de la gestión internacional de recursos hídricos, a una persona que cumpla las funciones de una institución de gestión de recursos hídricos, a un comité asesor o a un consejo del agua. La delegación puede estar sujeta a condiciones y limitaciones según se especifique. El Ministro puede no delegar el poder, hacer una normativa, autorizar a que una institución de gestión de recursos hídricos expropie una propiedad, nombrar un miembro de un consejo de gobierno de un CMA, o nombrar un miembro del tribunal del agua.

---

12. Ebd.

## 1. EL TRIBUNAL NACIONAL DEL AGUA



El Tribunal del Agua se instituyó cuando se promulgó la Ley en octubre de 1998. Sustituye a la Corte del Agua, que dejó de existir cuando se revocó la Ley del Agua de 1956, sobre cuyos términos funcionaba.

No se trata de una institución para la gestión de los recursos hídricos en cuanto a la Ley, sino de un organismo independiente con orden de conocer y adjudicar apelaciones sobre una amplia variedad de asuntos relacionados con el agua, principalmente contra decisiones administrativas tomadas por las autoridades responsables y las instituciones gestoras de los recursos hídricos. También determinará las reclamaciones de indemnización cuando un usuario considere que la viabilidad económica de su actividad con uso del agua ha sido gravemente perjudicada por una negativa a conceder una licencia o una reducción en el uso del agua cuando se haya concedido o revisado una licencia. Sin embargo, los tribunales determinarán algunos supuestos incumplimientos de procedimientos administrativos en cuanto a la Promoción de la Ley de Justicia Administrativa. El Tribunal posee jurisdicción en todo el país y puede asistir a vistas en las zonas donde surja la causa. Su funcionamiento está financiado por el Tesoro Nacional.

## 2. INSTITUCIONES PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURAS

El Departamento ha desarrollado y posee, opera y mantiene varios esquemas de recursos hídricos que comprenden presas e infraestructura relacionada tales como estaciones de bombeo, tuberías, túneles y canales. Los esquemas varían enor-



memente en tamaño. La infraestructura tiene un valor de reemplazo estimado de unos 38.000 millones de rand y ocupa unas 2.500 personas de plantilla en el departamento para su gestión (a fecha de 2001).

El Departamento ha desarrollado y mantenido un considerable diseño especializado y una capacidad de construcción de importancia estratégica dado el alto nivel de experiencia especializada necesaria para dichas actividades y las limitadas fuentes alternativas. La responsabilidad de los esquemas de operación y mantenimiento que sean de importancia local o principalmente sirvan a un sector usuario, como la agricultura o un único municipio, están siendo transferidas a las asociaciones de usuarios de agua e instituciones de servicios de abastecimiento de agua apropiadas. Previa conformidad del Tesoro Nacional, la propiedad de los esquemas puede ser transferida más adelante a la institución operadora.

Sin embargo, no será este el caso de los esquemas que sean de mayor importancia porque trasvasan agua a través de fronteras nacionales o entre zonas de gestión de recursos hídricos, sirven a sectores usuarios múltiples o a grandes zonas geográficas, comprenden varias cuencas interconectadas, o sirven como finalidad estratégica, como la generación de electricidad para la red nacional. Ejemplos de esto son los grandes sistemas tales como Vaal, Umgeni, Amatole y Riviersonderend-Berg River, grandes proyectos de trasvase de agua tales como Thukela-Vaal y Orange-Fish y grandes presas como Gariep y Van der Kloof. Estos proyectos se consideran infraestructura nacional de recursos hídricos.

En la actualidad, la agencia de infraestructura nacional de recursos hídricos sudafricana limitada Bill está en proceso de aprobación. La Bill estipula:

la incorporación y el establecimiento de la Agencia de infraestructura nacional de recursos hídricos sudafricana como persona jurídica completamente estatal a la que se le confiere la responsabilidad de administrar, recabar fondos, financiar, desarrollar, modificar, mantener, rehabilitar, reequipar, operar, gestionar y proporcionar servicios de asesoría con respecto a la infraestructura nacional de los recursos hídricos; determinar la destitución de la Autoridad del Túnel de Transcaledon; y determinar asuntos relacionados con esto.

### **3. INSTITUCIONES DE GESTIÓN INTERNACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS**

Las cuencas hidrográficas compartidas por varios países constituyen el 60 por ciento de la superficie terrestre sudafricana. La Ley, junto con el Protocolo revisado sobre cursos de agua compartidos en la comunidad de desarrollo sudafricana, compromete a Sudáfrica a compartir los recursos hídricos de las cuencas hidrográficas internacionales con los países vecinos de manera racional y equitativa. En consecuencia, el Ministro puede, de acuerdo con su gabinete, establecer instituciones que implementen acuerdos internacionales con respecto al desarrollo y la gestión de los recursos hídricos compartidos y que persigan la cooperación regional en asuntos relacionados con el agua.

Según la Ley, tres organismos existentes, la Autoridad del Túnel Transcaledon (República de Sudáfrica—parte del Plan Hidrológico de las Tierras Altas de Lesotho), la Autoridad en materia Hidrológica de la Cuenca del Komati (República de Sudáfrica—Swazilandia) y la Autoridad de Riego conjunto Vioolsdrift Noordoewer (República de Sudáfrica—Namibia) se consideran organismos internacionales de gestión de recursos hídricos. Aunque no se han dispuesto en cuanto a la Ley, se han establecido las siguientes estructuras internacionales para promover el desarrollo y la gestión de las cuatro cuencas hidrográficas internacionales que Sudáfrica comparte con los países vecinos:

– Comisión del Agua de las Tierras Altas de Lesotho (LHWC) (Lesotho, República de Sudáfrica).

– Comisión conjunta del agua Swazilandia—República de Sudáfrica.

Estas comisiones estaban en un principio relacionadas con proyectos y se centraron en el Plan hidrológico de las Tierras Altas de Lesotho y en el Plan de desarrollo del río Komati respectivamente, pero en la actualidad ambas tratan otros asuntos de interés común.

– Comisión de las cuencas hidrográficas de los ríos Orange y Senqu (Botswana, Lesotho, Namibia y República de Sudáfrica).

– Comité técnico permanente de la cuenca del Limpopo (LBPTC) (Botswana, Mozambique, República de Sudáfrica y Zimbawe).

La primera es una comisión de cuencas en cuanto al Protocolo revisado sobre cursos de agua compartidos en la Comunidad de desarrollo sudafricana. El Acuerdo para establecer la Comisión del río Limpopo se firmó en Maputo en noviembre de 2003 y sustituyó al Comité técnico permanente de la cuenca del Limpopo.

– Comité técnico permanente conjunto sobre el agua Botswana—República de Sudáfrica

– Comisión conjunta del agua Mozambique—República de Sudáfrica.

– Comisión permanente del agua (PWC) (Namibia, República de Sudáfrica).

– Comité técnico permanente tripartito Swazilandia—Mozambique—República de Sudáfrica (TPTC).

Estos comités tratan asuntos de interés común.

#### **4. LA COMISIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE EL AGUA (WRC)**

Desde 1971, la responsabilidad de liderar una I+D relacionada con el agua en representación del gobierno y del sector hídrico sudafricano ha recaído en la Comisión de Investigación sobre el agua (WRC). Financiada con arreglo a la Ley de investigación sobre el agua de 1971 por los usuarios del agua a través de un im-

puesto sobre el uso del agua, la WRC es una organización independiente que informa al Parlamento por medio del Ministro de Asuntos Hídricos y Bosques. La WRC no realiza investigación por sí misma, pero tradicionalmente ha evaluado y dado prioridad a las necesidades de investigación en cercana comunicación con los participantes, ha contratado la investigación que satisficiera estas necesidades y difundido la información resultante con la finalidad de resolver los problemas relacionados con el agua. Inherente a la financiación de la investigación de la WRC según contrato ha estado el desarrollo de la capacidad y las habilidades necesarias para potenciar continuamente el sector del agua con el fin de financiar el crecimiento nacional y los objetivos de desarrollo.

## **5. EL DEPARTAMENTO DE ASUNTOS HÍDRICOS Y BOSQUES**

Antes de 1998, la gestión de los recursos hídricos y el abastecimiento de agua y saneamiento eran responsabilidad del Departamento Nacional de Asuntos Hídricos y Bosques (DAHB) que posee oficinas regionales en todas las provincias del país. Aunque las oficinas regionales del DAHB excluían el abastecimiento de las antiguas zonas de origen (fundamentalmente, Ceski, Transkei y Venda), tuvieron que fusionarse por completo con posterioridad a 1994. El DAHB ha sufrido diversas e importantes reformas a consecuencia de las nuevas estructuras de gobierno. En esta etapa, el colectivo del DAHB creció en número y alcanzó una masa crítica de 36.000 empleados a nivel nacional.

En la actualidad, el DAHB es responsable de la administración de todos los aspectos de la Ley en nombre del Ministro. El Departamento es responsable del desarrollo e implementación de estrategias y políticas internas, planes y procedimientos e instrumentos reguladores relacionados con la Ley. También es responsable de la planificación, desarrollo, operación y mantenimiento de la infraestructura de gestión de recursos hídricos estatal y de la supervisión de las actividades de todas las instituciones de gestión de recursos hídricos. Los organismos de gestión de cuencas estarán apoyados por terceras instituciones de carácter inferior para promover consultas públicas: Comités asesores de cuencas, WUA, CMF, etc. Entre otras importantes instituciones destacan el Tribunal del Agua para usuarios del recurso legal, la Comisión de investigación sobre el agua con arreglo a la Ley de investigación sobre el agua de 1974 y el Consejo Asesor Nacional de Ministros establecido con arreglo a la Ley de 1956.

Sin embargo, la función del Departamento cambiará progresivamente cuando las instituciones de gestión de recursos hídricos de carácter local y regional queden establecidas y la responsabilidad y autoridad sobre la gestión de los recursos hídricos les sean delegadas y asignadas a ellas. La función eventual del Departamento será principalmente proporcionar la política nacional y el marco regulador dentro del cual otras instituciones gestionen directamente los recursos hídricos y mantener la visión general de las actividades y la actuación de estas instituciones. El Departamento continuará gestionando las relaciones y actividades internacionales de Sudá-

frica en cuestiones relacionadas con el agua, aunque algunos aspectos de esto puedan ser también manejados a través de instituciones establecidas con los países vecinos.

En cuanto a la Ley Nacional de Aguas, el Ministro del DAHB puede determinar las Instituciones de Gestión de Recursos Hídricos que amparen el control de gestión de los recursos hídricos. La Ley dispone el establecimiento escalonado de las WMI para que lleven a cabo las funciones de WRM que actualmente realiza el DAHB. Las políticas operativas definen que habrá 19 Organismos de gestión de cuencas (CMA), uno por cada Zona de gestión de recursos hídricos. Los CMA representarán el segundo nivel de gobernanza responsable de cara al Ministro del DAHB. Los CMA funcionan sobre fronteras hidrológicas y se rigen por un Consejo de Gobierno constituido por los usuarios de cada localidad. La estructura organizativa del Departamento también seguirá cambiando de acuerdo con su nuevo papel y funciones según la Ley y seguirá facilitando el desarrollo de las relaciones bien definidas con otras instituciones relacionadas con el agua. Los siguientes principios y enfoques guían el proceso de transformación:

– El estado ajustará progresivamente su función en la gestión de los recursos hídricos para concentrarse en asuntos de política y estrategia, supervisión general reguladora y apoyo institucional, coordinación y auditoría. Sus Oficinas Regionales son actualmente responsables de la prestación directa de servicios y su transformación será especialmente profunda.

– El estado puede retirarse progresivamente de la implicación directa en el desarrollo, financiación, operación y mantenimiento de la infraestructura de recursos hídricos ya que está en conflicto con en papel regulador. Como alternativa, si el Departamento conserva la función de desarrollo, este papel quedará claramente separado de su política y de sus funciones reguladoras. La cuestión de qué institución o instituciones deberían ser responsables del desarrollo de infraestructuras y de las operaciones sigue sometido a debate, como se ve más adelante.

– El estado trasladará la responsabilidad de la operación y el mantenimiento de algunas infraestructuras a las instituciones de gestión de recursos hídricos y a las instituciones de abastecimiento y saneamiento de aguas, pero los organismos de gestión de cuentas pueden aceptar estas responsabilidades sólo si no se ve perjudicada su función reguladora.

– La institución, capacitación y facultad de los organismos de gestión de cuencas en todas las zonas de gestión de recursos hídricos deberá realizarse tan rápido como sea posible. El período de transición durante el cual una agencia y la Oficina Regional pertinente son responsables conjuntamente de la gestión de recursos hídricos deberá gestionarse atentamente para reducir incertidumbres acerca de la división de las responsabilidades funcionales y las obligaciones.

Con la Ley Nacional de Servicios de Abastecimiento, promulgada en 1997, se volvió a definir la función de las estructuras de los gobiernos locales como autoridades responsables de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento. El pro-

ceso de las transferencias de personal e infraestructura de abastecimiento de agua todavía se está realizando. El DAHB sigue conservando la función de apoyo, control y evaluación del gobierno local a efectos de servicios de abastecimiento de agua.

## **6. ZONAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS (DE NWRS)**

Tras un proceso de consulta pública a escala nacional, en octubre de 1999 y por medio del Aviso núm. 1.160 del Gobierno, se establecieron 19 zonas de gestión de recursos hídricos que abarcan todo el país. El número de zonas de gestión de recursos hídricos y la ubicación de sus límites se determinó mediante la consideración de factores tales como:

- la eficacia institucional de crear una gran número de organismos de gestión de cuencas, para que cada uno gestione una zona relativamente pequeña, comparado con un número menor de organismos pero que gestione cada uno una zona mayor;

- el potencial de que un organismo de gestión de cuencas sea financieramente autosuficiente a partir de cargos por el aprovechamiento del agua;

- la ubicación de los centros de actividad económica;

- patrones de desarrollo social;

- la situación de los centros de experiencia relacionada con el agua en los cuales el organismo puede buscar ayuda; y

- la distribución de la infraestructura de los recursos hídricos.

En primer lugar, es importante observar que las fronteras no coinciden con las fronteras administrativas que determinan las áreas jurisdiccionales de las autoridades de los gobiernos locales y provinciales. En segundo lugar, las fronteras no se han fijado de manera irrevocable para siempre y se pueden modificar si es necesario conforme aumente la experiencia gestora y la comprensión de los sistemas hidrológicos para lograr una mayor eficacia o efectividad. La experiencia operativa y las interacciones con los usuarios del agua y demás partes desde que se instauraron las fronteras de las zonas de gestión de recursos hídricos en 1999 han indicado que unas pequeñas enmiendas a las fronteras descritas serán beneficiosas en general para la gestión de recursos hídricos y para la facturación de las cuotas por el aprovechamiento del agua en particular. La enmienda propuesta contempla casos en los que, por ejemplo, la zona abarcada por una asociación de usuarios de agua, un acuífero de aguas subterráneas o incluso una explotación agrícola individual recae en dos zonas de gestión de recursos hídricos y en la que sin las enmiendas las cuotas se abonarían a dos organismos de gestión de cuencas.

## **7. ORGANISMOS DE GESTIÓN DE CUENCAS (CMA)**

Los CMA son organismos legales que se instituirán mediante Aviso del Gobierno. Tendrán jurisdicción en zonas de gestión de recursos hídricos determinadas y gestionarán los recursos hídricos y coordinarán las actividades relacionadas con el agua de los usuarios del agua y demás instituciones de gestión de recursos hídricos de sus áreas jurisdiccionales. Un organismo comienza a ser funcional una vez que el Ministro haya nombrado un consejo de gobierno (véase también a continuación Comités Asesores) y entonces es responsable de las funciones iniciales descritas en el artículo 80 de la Ley, así como también de cualesquiera otras funciones delegadas o asignadas a él. El consejo de gobierno deberá representar todos los intereses relevantes de la zona de gestión de recursos hídricos y deberá tener la apropiada representación racial, de la comunidad y de género.

Las funciones iniciales de las agencias incluyen la importante responsabilidad de desarrollar una estrategia de gestión de cuencas (CMS), que no puede entrar en conflicto con la Estrategia nacional sobre recursos hídricos (NWRS) y deberá dar vigencia a sus disposiciones y requisitos, y que ofrece el marco para gestionar los recursos hídricos de la zona. En particular, deberá determinar los principios según los cuales se asignará el agua disponible entre los grupos de usuarios competidores.

La delegación y asignación de deberes y responsabilidades incluirán las responsabilidades financieras y administrativas de establecer y recaudar las cuotas por el uso del agua, las funciones técnicas de la gestión de recursos hídricos basadas en los asuntos identificados en la estrategia de gestión de cuencas y las funciones de las autoridades responsables relacionadas con la autorización del aprovechamiento de los recursos hídricos. La programación de las delegaciones y asignaciones dependerá de la capacidad del organismo para asumir las funciones.

Un organismo puede, con el consentimiento escrito del Ministro, delegar poderes en otro organismo legal, pero puede no delegar el poder para delegar y el poder para autorizar el uso del agua sólo se puede delegar en un comité establecido por el consejo de gobierno sobre el cual trabajen un mínimo de tres miembros del consejo. Los organismos pueden contratar instituciones públicas de gestión de recursos hídricos u organizaciones del sector privado para ejecutar actividades específicas, pero deberá otorgarse preferencia a las organizaciones locales, teniendo en cuenta su capacidad y representatividad y las consideraciones sobre eficacia, calidad, tiempo y costes.

En zonas en las que todavía no se han constituido los organismos o en las que no están todavía completamente operativos, todos los poderes y obligaciones recaen en el Ministro, y el Departamento realizará las funciones de los organismos en representación del Ministro (artículo 72).

La implicación pública en el proceso de constitución de los CMA es fundamental, porque contribuye al establecimiento de la legitimidad de la institución, ayuda al comité asesor al hacer las propuestas al Ministro para el consejo de gobierno

mediante la identificación de los grupos de las partes representantes y construye una fundación para que el organismo promocioe la implicación pública en la gestión de los recursos hídricos. En consecuencia, el grado hasta el que las partes se han implicado en el desarrollo de una propuesta para constituir un organismo es uno de los criterios más importantes sobre los que el Ministro juzgará el mérito de la propuesta.

La aprobación ministerial de la propuesta allanará el camino para el nombramiento del consejo de gobierno y para que el consejo nombre la estructura de personal necesaria. El establecimiento y la capacitación completa de los organismos de gestión de cuencas en todas las zonas de gestión de recursos hídricos tardarán algún tiempo en lograrse. Mientras tanto, el Departamento gestionará las zonas en nombre del Ministro.

El Departamento ofrecerá su ayuda a los organismos, inicialmente durante su desarrollo, y posteriormente cuando estén totalmente establecidos. Durante el período de transición entre el establecimiento de los organismos y su capacitación como autoridades responsables, el Departamento y los organismos trabajarán juntos de manera muy próxima. Las respectivas funciones cambiarán cuando los poderes y obligaciones sean delegados y asignados a los organismos y será fundamental que los papeles y funciones estén claramente definidos en cada etapa de la transición. Más adelante, el Departamento será responsable únicamente de la continua supervisión y de la ayuda general a los organismos<sup>13</sup>.

## 8. OTRAS INSTITUCIONES DE GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS

Al ampliar los objetivos de la gestión de recursos hídricos, la NWA dispone el establecimiento de otras instituciones de gestión de recursos hídricos más localizadas cuya función consiste en ayudar al organismo de gestión de cuencas a gestionar los recursos hídricos. Dependiendo de su capacidad, estas instituciones pueden ayudar al CMA en diversas funciones, por ejemplo, el uso de Foros sobre gestión de cuencas (CMF) para promover la participación de las partes y el uso de los Comités de gestión de cuencas (CMC) para solucionar asuntos sobre recursos hídricos dentro de una zona de gestión de recursos hídricos. Las Asociaciones de Usuarios de Agua (WUA) también se definen en la Ley como instituciones de gestión de recursos hídricos que son, en efecto, asociaciones cooperativas de usuarios individuales de agua que desean emprender actividades relacionadas con el agua a nivel local para su mutuo beneficio.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT (1996), *The Constitution of the Republic of South Africa*. Pretoria.

---

13. NWRS, 2004.

DEPARTMENT OF WATER AFFAIRS AND FORESTRY (DAHB) (1997), *The White paper on a national water policy for South Africa*, Pretoria.

DEPARTMENT OF PROVINCIAL AND LOCAL GOVERNMENT (2003), *A Guideline Document on Provincial – Local Government Intergovernmental Relations*. Pretoria.

DWAF, *National Water Resources Strategy*. 1<sup>st</sup> edition, September 2004.

McKAY, H. M., 2003, «Water policies and practices», en: D. REED and M. DE WIT (eds.) *Towards a Just South Africa: The Political Economy of Natural Resource Wealth*. WWF Macro-economics Programme, Washington. 49-83.

THOMPSON, Hubert (2006), *Water law: a practical approach to resource management and the provision of services*, Juta and Co Ltd.

ROUX, Dirk (ed. al) (2006), «Bridging the science-management divide: Moving from unidirectional knowledge transfer to knowledge interfacing and sharing», en: *Ecology and Society* 11 (1).

WATER RESEARCH COMMISSION (2004), DE CONING, C. and T. SHERWILL, 2004. «An Assessment of the Water Policy Process in South Africa (1994 to 2003)». *Water research Commission Report TT232/04*.

— (2006), MAZIBUKO, Gugu and Guy PEGRAM. *Evaluation of the Opportunities for Cooperative Governance between Catchment Management Agencies and Local Government*.

**Se puede acceder a todos los documentos públicos en la página oficial del gobierno sudafricano: <http://www.info.gov.za/>**



# Marco político y jurídico para la gestión de recursos hídricos en Etiopía

IMERU TAMRAT<sup>1</sup>

**Resumen:** Etiopía adoptó un sistema de gobierno federal en la Constitución Federal de 1995 que establece que los recursos hídricos del país son de propiedad pública y que el Gobierno federal posee el mandato total para determinar la administración y la gestión del uso de las aguas de naturaleza interregional y transfronteriza, mientras que los Estados Regionales tienen el mandato de administrar los recursos hídricos en sus respectivos Estados aplicando las leyes federales.

El objetivo de este artículo es aportar un análisis del marco político y jurídico aplicado para la gestión de los recursos hídricos en el país, así como señalar algunos de los escollos del actual marco jurídico y los retos a los que posiblemente se enfrentarán las Organizaciones de Cuencas Hidrográficas (OCH). Una de las principales cuestiones que intenta demostrar este artículo es la absoluta necesidad de que los Estados Regionales y otras partes implicadas destacadas del ámbito federal y regional desempeñen una función activa en las futuras OCH y que el marco jurídico cree un entorno que les permita gestionar con éxito los recursos hídricos del país.

**Palabras clave:** Etiopía, Organizaciones de Cuencas Hidrográficas, Constitución Federal.

## Acrónimos.

ICN	Iniciativa de la Cuenca del Nilo
OCH	Organizaciones de Cuencas Hidrográficas
ACC	Altos Consejos de Cuencas
GIRH	gestión integrada de los recursos hídricos
GRH	gestión de los recursos hídricos
MdRH	Ministerio de Recursos Hídricos

## I. INTRODUCCIÓN

Etiopía está situada entre 3º y 15º latitud norte y entre 33º y 48º longitud este, en el comúnmente denominado «Cuerno de África». El país posee una superficie terrestre aproximada de 1,13 millones de km<sup>2</sup> y limita con Somalia y Djibouti al

1. Director Gerente de la Consultoría Multi-Talent Consultancy PLC.

este, Sudán al oeste, Eritrea al norte y Kenya al sur. La población total del país está estimada actualmente en 79,2 millones de habitantes, 85% de los cuales viven en el medio rural<sup>2</sup>.

Los recursos hídricos superficiales renovables totales estimados anualmente en las 12 principales cuencas fluviales y lagos equivalen a 122.000 millones de m<sup>3</sup> (Tabla 1), con unos recursos de agua dulce per capita estimados de 1.924 m<sup>3</sup> (Ministerio de Recursos Hídricos, 2002). Esta cifra indica que el país posee abundantes recursos de agua dulce. Sin embargo, los recursos hídricos del país difieren mucho temporal y espacialmente.

En cuanto a la distribución espacial de las aguas superficiales, el 90% de los recursos hídricos del país se concentran en cuatro cuencas fluviales (Abbay [Nilo Azul], Baro-Akobo [Sobat] y Tekezze [Atbara]) con una población de sólo el 40%, mientras el 60% de los habitantes pueblan los altiplanos de las cuencas fluviales orientales y centrales y viven con menos del 20% de los recursos hídricos del país. La abundante escorrentía de las tres cuencas hidrográficas (Abbay, Baro-Akobo y Omo-Ghibe) se explica por el hecho de que estas cuencas fluviales ocupan las partes occidental y suroccidental de Etiopía, donde se produce la mayor concentración de precipitaciones. Por otro lado, cabe destacar que las tres cuencas fluviales del este (Afar-Danakil, Aysha y Ogaden) están prácticamente secas (véase Tabla 1).

Las precipitaciones en Etiopía muestran además una elevada variabilidad espacial y temporal. El promedio anual de precipitaciones más alto supera los 2.700 mm, y se genera en las montañas del extremo suroccidental del país, después descendiendo gradualmente en el norte a menos de 200 mm, en el noreste a menos de 100 mm y en el sureste a menos de 200 mm. Aparte de esto, las zonas áridas y semiáridas y las zonas propensas a la sequía padecen una mayor variabilidad interanual de las precipitaciones. En consecuencia, la sequía ha sido una característica común sobre todo en la parte oriental del país<sup>3</sup>.

Asimismo, la mayor parte de las cuencas fluviales de Etiopía atraviesan más de un Estado Regional o son de naturaleza transfronteriza. Etiopía se sitúa aguas arriba de todos sus ríos transfronterizos; más del 75% de sus recursos hídricos fluyen hacia países limítrofes. Los ríos Baro-Akobo, Abbay y Tekezze desembocan en el sistema del Nilo; los ríos Wabi-Shebelle y Genale-Dawa desembocan en el Océano Índico después de pasar por Somalia; parte del río Dawa forma frontera con Kenya; el Omo-Ghibe desemboca en el Lago Rudolf o el Lago Turkana. Esto supone una restricción importante para el desarrollo de los recursos hídricos del país, porque se necesitan negociaciones con los países que comparten esos recursos hídricos en lo relativo a asignación de agua y gestión de ríos transfronterizos.

Con respecto a las aguas subterráneas, la información actualmente disponible es limitada. No obstante, se estima que el potencial de agua subterránea se aproxima a los 2.600 millones de metros cúbicos.

---

2. *Vid.* AGENCIA CENTRAL DE ESTADÍSTICA, (1999).

3. *Vid.* BANCO MUNDIAL, (2006).

De acuerdo con la política de recursos hídricos, sólo una minoría de etíopes (el 42 por ciento) tiene acceso a servicios de agua potable y cerca del 11% tienen acceso a un saneamiento mejorado. Las zonas urbanas gozan de la máxima cobertura: el 83% de la población tiene acceso a abastecimiento de agua mejorado y el 55% dispone de instalaciones de saneamiento mejoradas.

El potencial de riego estimado en Etiopía es 3,7 millones de hectáreas, pero menos del 5% (aproximadamente 200.000 hectáreas) son de regadío. De esta zona actualmente de regadío, el 38% es de riego tradicional, otro 38% público, el 20% de riego moderno comunal y sólo el 4% se destina a agricultura privada comercial.

El potencial hidroeléctrico bruto de Etiopía se estima en 650 TWh por año, del cual un 25% podría explotarse para generar electricidad. Sin embargo, el consumo eléctrico anual per capita (25 kWh) es de los más bajos del mundo. El 95% de la producción energética total de Etiopía procede de recursos tradicionales como la leña, el estiércol, los residuos de cultivos y la fuerza humana y animal. En la actualidad, Etiopía cuenta con 731 MW de energía fiable, la mayor parte hidráulica<sup>4</sup>.

Tabla 1.–Recursos de aguas superficiales en las principales cuencas hidrográficas.

Núm.	Cuenca hidrográfica	Área de captación (km <sup>2</sup> )	Escorrentía anual (mill. m <sup>3</sup> )
1	Abbay	199.912	52.600
2	Awash	112.700	4.600
3	Baro-Akobo	74.100	23.600
4	Genale Dawa	171.050	5.800
5	Mereb	5.700	260
6	Omo-Ghibe	78.200	17.900
7	Lagos del Valle del Rift	52.740	5.600
8	Tekeze	89.000	7.630
9	Wabe Shebelle	200.214	3.150
10	Afar-Danakil	74.000	860
11	Ogaden	77.100	0
12	Aysha	2.200	0
	Total	1.136.816	122.000

Fuente: Ministerio de Recursos Hídricos (2002).

4. Ebda.

## **II. ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA FEDERAL DE ETIOPIÁ**

Etiopía es una República Democrática Federal con una forma de gobierno parlamentaria desde la Constitución de 1995 (Núm. proclamación 1/1995). El país está dividido en nueve estados regionales, a saber: Tigray, Afar, Amhara, Oromia, Somalia, Benishangul-Gumuz, Naciones, Nacionalidades y Pueblos del Sur, Gambella y Harari, delimitados en base a patrones de asentamiento, idioma, identidad y consentimiento de los pueblos (artículos 45, 46, 47 de la Constitución Federal). La capital del Gobierno Federal, Addis Ababa, y la ciudad de Dire Dawa disfrutan del máximo nivel de autoadministración y son responsables ante el Gobierno Federal.

Los Estados Federales y Regionales tienen sus respectivos poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El órgano federal más alto es la Cámara de Representantes del Pueblo, mientras el Consejo Estatal es el máximo órgano de autoridad estatal a escala regional (artículo 50). Todos los poderes no otorgados expresamente al Gobierno Federal exclusivamente o simultáneamente al Gobierno Federal y a los Estados Regionales están reservados a los Estados Regionales (artículo 52.1). Así pues, los Estados Regionales tienen potestad para promulgar y hacer valer sus propias Constituciones y demás leyes, así como formular y ejecutar sus políticas, estrategias y planes de económicos, sociales y de desarrollo. Tanto el Gobierno Federal como los Estados Regionales deben respetar los poderes y mandatos de los otros y, en caso necesario, el Gobierno Federal puede delegar los poderes que le otorga la Constitución en los Estados Regionales (artículos 50.8 y 50.9).

Los poderes y deberes del Gobierno Federal incluyen: el deber de proteger y defender la Constitución, formular y poner en práctica las políticas, estrategias y planes del país con respecto a temas económicos, sociales y de desarrollo generales, formular e implantar la política exterior y negociar y ratificar los acuerdos internacionales, formular y ejecutar la política financiera, monetaria y exterior del país así como sus estrategias, regular el comercio interestatal y exterior, etc. Por otra parte, los poderes de los Gobiernos Regionales incluyen el establecimiento de una administración estatal que promueva el autogobierno y el orden democrático, la protección de la Constitución Federal, la promulgación de las Constituciones estatales y leyes subordinadas; la formulación y ejecución de políticas, estrategias y planes económicos, sociales y de desarrollo del Estado, la administración de la tierra y de otros recursos naturales de acuerdo con las leyes federales y el establecimiento y administración de la policía estatal y el mantenimiento del orden público y la paz dentro del Estado. El Gobierno Federal y los Estados tienen potestades concurrentes en fiscalidad.

Las entidades de gobierno local constan de Estados Regionales, Zonas y Woreda (distritos). El Gobierno Federal es responsable de diseñar políticas generales asociadas a intereses y beneficios comunes, mientras los Gobiernos Regionales se encargan de poner en práctica dichas políticas. Cada uno de los nueve Estados posee su propia asamblea parlamentaria, que elige a los representantes de la cámara superior del parlamento federal, la Cámara de la Federación. Cada estado

tiene poderes fiscales y administra su propio presupuesto, pero en la práctica las asambleas dependen del gobierno central en financiación.

Se supone que el sistema de gobierno descentralizado facilitará la gestión de los recursos naturales incluyendo los recursos hídricos del país, puesto que crea una estructura federal con una serie de estados autónomos así como estructuras de autogobierno dentro de los niveles inferiores de los estados, tales como los Woreda (distritos), Kebele (unidad administrativa más pequeña) y niveles sub-Kebele. Esa desconcentración del poder está diseñada para garantizar que los ciudadanos de toda condición, en particular en las comunidades y aldeas, estén empoderados en los aspectos políticos, económicos y sociales como los principales motores del desarrollo en sus áreas.

### **III. FUNDAMENTO JURÍDICO PARA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS**

#### **1. LA CONSTITUCIÓN**

Como ley suprema de Etiopía, todas las leyes subsidiarias o legislaciones de implantación aprobadas posteriormente deben ser coherentes con las disposiciones constitucionales del Gobierno Federal. A este efecto, el artículo 9 de la Constitución Federal estipula que «... Cualquier ley, práctica habitual o decisión de un órgano de estado o un representante público que contravenga la Constitución carecerá de valor». Esta disposición indica que todas las legislaciones subsiguientes relativas a la gestión de los recursos hídricos deberán ser concordantes con las disposiciones estipuladas en la Constitución Federal.

La Constitución incluye varias disposiciones con significación política, legal e institucional directa para la gestión de los recursos hídricos del país.

El artículo 40 (3) de la Constitución dispone la propiedad pública de los terrenos rurales y urbanos así como de todos los recursos naturales. Así pues, todos los recursos hídricos del país, las aguas tanto superficiales como subterráneas, son de titularidad pública y por ello están bajo dominio del Estado.

La Constitución define los poderes y funciones del Gobierno Federal y los Estados Regionales con respecto a la gestión y la administración de los recursos hídricos del país. Por eso, es el Gobierno Federal quien tiene el mandato de promulgar leyes para la utilización y la conservación de la tierra y de otros recursos naturales, tales como los recursos hídricos del país (artículo 51.5), y los Estados Regionales tienen el mandato de administrar la tierra y otros recursos naturales de conformidad con las leyes federales [artículo 52.2.d)]. Esto significa que las Regiones deben respetar las leyes del Gobierno Federal cuando administren y gestionen los recursos hídricos dentro de sus Regiones.

Más concretamente, la Constitución estipula que el Gobierno Federal determinará y administrará el aprovechamiento del agua, de los ríos y de los lagos situados

en dos o más Estados o que atraviesen las fronteras de la jurisdicción territorial nacional [artículo 51 (11)]. Esta disposición otorga al Gobierno Federal poderes muy amplios en cuanto a gestión de los recursos hídricos, porque casi todos los recursos hídricos más importantes del país son compartidos por dos o más Estados Regionales y consecuentemente «vinculan» a los Estados Regionales. Atendiendo a esta disposición de la Constitución, la determinación y la regulación del uso, la asignación y la protección de los recursos hídricos del país, así como su administración, competen en gran medida al Gobierno Federal. Además, como la mayoría de cuencas fluviales de Etiopía son de naturaleza transfronteriza, el mandato de determinar la administración y el aprovechamiento de las cuencas hidrográficas transfronterizas del país también recae en el Gobierno Federal.

En términos estrictamente jurídicos, puede afirmarse que la excepción a la norma general arriba expresada serían aquellos recursos hídricos del país que permanecen confinados dentro de las fronteras de los respectivos Estados Regionales, como por ejemplo las aguas subterráneas o algunos lagos que no «vinculan» Estados Regionales. Como los poderes no otorgados expresamente al Gobierno Federal se reservan a los Estados Regionales (artículo 52.1), se deduce que los recursos hídricos confinados dentro de una determinada región serán administrados por los correspondientes Estados Regionales de acuerdo con las leyes promulgadas por el Gobierno Federal. Sin embargo, quienes redactaron la Constitución no previeron esta lectura, que también iría en contra de los principios de la gestión integrada de los recursos hídricos (GIRH) y del enfoque de cuencas hidrográficas, siendo ambos pilares de la política de gestión de los recursos hídricos en Etiopía, como veremos a continuación.

Otra disposición importante de la Constitución Federal es que el Gobierno Federal puede delegar los poderes y las funciones que le han sido otorgados en el artículo 51 de la Constitución a los Estados Regionales (artículo 50.9 de la Constitución). En otras palabras, el brazo ejecutivo del Gobierno Federal, responsable de los recursos hídricos (actualmente el Ministerio de Recursos Hídricos) puede delegar parte de los poderes y responsabilidades que le han sido otorgados por ley a las Regiones, si lo considera necesario para gestionar y administrar con eficacia los recursos hídricos del país. Así pues, el Ministerio de Recursos Hídricos (MdrH) puede por ejemplo delegar por ley la potestad de conceder permisos de recursos hídricos a los Estados Regionales si lo considera necesario. Por ello, los Estados Regionales solamente pueden ejercer por delegación las funciones encomendadas al Gobierno Federal en virtud de la Constitución.

Lo mencionado anteriormente sobre las disposiciones constitucionales en torno a la gestión y la administración de los recursos hídricos en Etiopía indica que al Gobierno Federal le es conferida una autoridad más o menos centralizada para la planificación y la gestión de los recursos hídricos en Etiopía. Los Estados Regionales poseen poderes limitados para promulgar leyes o tomar decisiones acerca de la asignación y el uso de los recursos hídricos del país, a menos que

las leyes subsidiarias deleguen en ellos concretamente algunos de los mandatos encomendados al Gobierno Federal.

Por otro lado, el régimen federal de gobierno, que supone un fundamento importante de la Constitución, reconoce la relevancia de la gestión descentralizada y de un proceso adecuado de toma de decisiones de los Estados Regionales en asuntos de índole política, económica y social. Además, el Gobierno tampoco puede ejecutar con eficacia los mandatos que le confiere la Constitución si no descentraliza los poderes y funciones otorgados por la Constitución. Esto requiere que los Estados Regionales tengan suficiente poder y participen en la toma de decisiones sobre la gestión de los recursos hídricos dentro de sus respectivas regiones. Dicho esto, es necesario definir el grado en que debe procederse a la descentralización de poderes y funciones del Gobierno Federal hacia las Regiones u otros organismos de gestión de recursos hídricos (p.ej. autoridades de cuencas hidrográficas) para garantizar una gestión efectiva de los recursos hídricos del país. Qué poderes del Gobierno Federal deben delegarse en las Regiones, de qué manera y a quién son cuestiones que supuestamente se definirán en leyes posteriores, promulgadas por el brazo ejecutivo del Gobierno Federal responsable de los recursos hídricos.

Una conclusión importante que podemos extraer de la lectura de la Constitución y de la estructura federal subyacente a la base para que los Estados Regionales desempeñen una función más decisiva en la toma de decisiones sobre recursos en sus respectivos territorios, es que el Gobierno Federal no será el único encargado de determinar la gestión y la administración de los recursos hídricos del país, sino más bien una división de roles entre el Gobierno Federal y los Estados Regionales, todavía por establecer y articular con detalle.

En definitiva, la pregunta esencial que cabe plantearse es cómo pueden cooperar y coordinarse los Estados Federales y Regionales del mejor modo para lograr el objetivo de GIRH en el país. En este sentido, la Constitución establece claramente la posibilidad de delegar los poderes y funciones otorgados al Gobierno Federal en los Estados Regionales como y cuando resulte necesario o relevante. Aunque la Constitución no menciona explícitamente la posibilidad de delegación a otras entidades, tales como las Organizaciones de Cuencas Hidrográficas (OCH), no incluye ninguna disposición que niegue la posibilidad siempre y cuando los Estados Regionales participen de este tipo de acuerdo institucional. Como veremos más adelante, la política de gestión de los recursos hídricos designa inequívocamente a la cuenca fluvial como la unidad básica para la gestión de los recursos hídricos del país y las leyes subsiguientes prevén la delegación a órganos relevantes aunque no se mencionan concretamente las OCH.

## **2. POLÍTICA FEDERAL PARA LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS**

La política federal para la gestión de los recursos hídricos (política GRH) fue aprobada en junio de 1999<sup>5</sup>. Como cualquier política, es esencialmente un

5. *Vid.* MINISTERIO DE RECURSOS HÍDRICOS, (1999).

instrumento para lograr las metas y objetivos marcados en un determinado sector. Esta política reconoce estar basada en las disposiciones constitucionales para la gestión de los recursos hídricos y en las políticas macroeconómicas, sociales y de desarrollo globales de Etiopía.

Con respecto a los principios fundamentales que deben guiar la gestión de los recursos hídricos, la política establece lo siguiente:

- El agua es un legado natural cuya propiedad es compartida por todos los pueblos de Etiopía.
- El desarrollo de los recursos hídricos será respaldado por una gestión descentralizada, orientada al medio rural, con un enfoque participativo y un marco integrado.
- El fomento de la participación de todos los interesados, comunidades de usuarios, sobre todo la participación de las mujeres en los aspectos relevantes de la gestión de los recursos hídricos.

Las disposiciones políticas antedichas indican que el Estado mantiene los recursos hídricos en custodia pública y que el desarrollo y la gestión de los recursos hídricos deben contar con el apoyo de un enfoque descentralizado que garantice la participación de todas las partes implicadas en la toma de decisiones sobre todos los aspectos de gestión de los recursos hídricos.

En lo relativo a la política GRH general, las disposiciones políticas relevantes son:

- Mejorar la gestión integrada y completa de los recursos hídricos para evitar un enfoque fragmentado.
- Reconocer que el agua es un recurso socioeconómico escaso y vital y gestionar los recursos hídricos sobre la base de una planificación estratégica con visiones a largo plazo y objetivos sostenibles.
- Garantizar que la gestión de los recursos hídricos sea compatible y se integre con otros recursos naturales, con los planes de desarrollo de las cuencas hidrográficas y con los objetivos de otros avances sectoriales en sanidad, minas, energía, agricultura, etc.
- Reconocer y adoptar la frontera hidrológica o «cuenca» como la unidad de planificación fundamental y el dominio básico para la gestión de los recursos hídricos.
- Promover y defender la estabilidad y la continuidad institucional en la gestión de los recursos hídricos y asegurar una transición suave en tiempos de cambio.

Estas disposiciones políticas hacen hincapié en la necesidad de una gestión integrada de los recursos hídricos (GIRH) y que todos los aspectos de la gestión de los recursos hídricos, incluyendo la gestión de las aguas superficiales y subterráneas, cuestiones de cantidad y calidad de las aguas, no se aborden de manera fragmen-



tada. También se plantea la necesidad de integrar la gestión de recursos hídricos con otros aspectos de la gestión de recursos naturales y la necesidad de una coordinación intersectorial a todos los niveles. Se destaca la necesidad de garantizar la estabilidad y la continuidad institucional asegurando al mismo tiempo una transición suave en tiempos de cambio. Lo que parece indicarse aquí es que las instituciones existentes que funcionan más o menos eficazmente en niveles diferentes deberían continuar funcionando con la menor alteración posible y que resulta absolutamente esencial definir con claridad los roles y las responsabilidades que deberían concederse a las entidades federales y regionales, así como a las otras partes implicadas responsables de diferentes aspectos de la gestión de los recursos hídricos.

La política también subraya que la ley debe garantizar la participación significativa de todos los interesados en la gestión de los recursos hídricos. Teniendo presente esta condición, la legislación sobre gestión de recursos hídricos debe incorporar reglamentaciones que proporcionen un mecanismo efectivo para la involucración de todas las partes (gobierno, sector privado y sociedad civil) que tengan algún tipo de interés en la gestión de los recursos hídricos.

En la discusión de las disposiciones constitucionales relevantes para la gestión y la administración de los recursos hídricos hemos comprobado que el Gobierno Federal ha recibido un mandato más o menos exclusivo para la gestión de los recursos hídricos en Etiopía, aunque existen también disposiciones que reflejan la necesidad de una gestión descentralizada. Por otra parte, la política de recursos hídricos, si bien respalda el principio de gestión integrada de los recursos hídricos, requiere una gestión descentralizada donde las distintas funciones de gestión de los recursos hídricos puedan ser transferidas a las regiones y se asegure la participación de los interesados a todos los niveles. Se hace imprescindible reflexionar detenidamente sobre cómo se realizará una gestión descentralizada de los recursos hídricos y cómo se definirán los roles de las distintas partes implicadas en la futura legislación. Dada la situación en Etiopía, quizás sea especialmente difícil llegar a acuerdos institucionales adecuados donde todos los interesados se impliquen en los distintos aspectos de la gestión de los recursos hídricos, debido a la relativa falta de experiencia en la creación de tales mecanismos. Con todo, la política dispone de recursos suficientes para hacerlo.

La política articula la necesidad de crear organizaciones de cuencas hidrográficas fase por fase para una gestión sostenible e integrada de los recursos hídricos del país. Como veremos más adelante, el enfoque aplicado actualmente en Etiopía es la creación de Organizaciones de Cuencas Hidrográficas (OCH), delegando en ellas parte de los poderes y responsabilidades otorgados al gobierno federal. El enfoque fase por fase para la creación de las OCH parece aplicarse con el fin de extraer lecciones de las OCH ya establecidas antes de replicar esas organizaciones en otras cuencas fluviales. Uno de los temas cruciales en este sentido es si los Estados Regionales tendrían o no una función adecuada de toma de decisiones en

las futuras OCH, para así evitar tensiones entre las OCH y los estados regionales representados en las OCH.

La política de gestión de los recursos hídricos contiene disposiciones muy relevantes que deben considerarse para aplicar una gestión efectiva de los recursos hídricos del país, incluyendo la creación de las OCH. Esta política clarifica y articula las disposiciones generales estipuladas en la Constitución federal, preparando el terreno para establecer disposiciones políticas en las leyes y reglamentaciones posteriores para la gestión de los recursos hídricos. Cabe señalar que la política de recursos hídricos es por naturaleza una pauta o un documento marco que deberá traducirse en leyes específicas, reglamentaciones, planes y estrategias, así como estructuras administrativas apropiadas para su puesta en práctica. Además, no es competencia de esta política determinar con detalle los roles y funciones concretos de las diferentes instituciones encargadas de la gestión de los recursos hídricos a escala tanto federal como regional, dado que se deja a la legislación futura sobre gestión de los recursos hídricos. En los apartados siguientes, examinaremos el marco jurídico existente para la gestión de los recursos hídricos en Etiopía.

#### **IV. MARCO JURÍDICO**

##### **1. PROCLAMACIÓN SOBRE LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN ETIOPÍA**

La Proclamación sobre la Gestión de Recursos Hídricos de Etiopía, aprobada en marzo de 2000<sup>6</sup>, es actualmente el instrumento legal básico que regula la gestión, la planificación, la utilización y la protección de los recursos hídricos en Etiopía.

La Proclamación dispone los principios fundamentales que deben tenerse en cuenta en la gestión y administración de los recursos hídricos del país (artículo 6). La principal fortaleza de estos principios fundamentales es que la gestión y administración de los recursos hídricos del país han de basarse en la política etíope de recursos hídricos, los estudios del plan director de cuencas integradas y las leyes sobre recursos hídricos del país. Además, estipula que la gestión de los recursos hídricos de Etiopía debe fundamentarse en un sistema de permisos (artículo 6).

El MdrH es designado como «órgano supervisor» a escala federal, en lo relativo a *recursos hídricos a nivel central*, o cualquier órgano delegado por el Ministerio. Esto último se explica detalladamente en el artículo 8.2 de la Proclamación, donde se afirma que: «cuando sea necesario, el órgano supervisor podrá delegar sus poderes y deberes a una entidad apropiada para la ejecución eficiente de sus deberes». No queda claro a qué se refiere la expresión «recursos hídricos a nivel central». Una vez más, al igual que en la Constitución, esta disposición parece implicar que la gestión de los recursos hídricos que no «vinculan hidrológicamente» varios Esta-

---

6. *Vid.* FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA (2000), *Proclamación sobre Gestión de los Recursos Hídricos en Etiopía*, Proclamación núm. 197/2000.

dos Regionales o que no son de naturaleza transfronteriza (esto es, aguas subterráneas y lagos confinados) están bajo jurisdicción de los Estados Regionales. Este enfoque dual respecto a la gestión de los recursos hídricos (niveles federal y regional) debe abordarse con claridad en las leyes posteriores si se desea adoptar un enfoque unificado de gestión y regulación para la GIRH en el país.

En general, la Proclamación concede al MdrH competencias predominantes sobre gestión, utilización y administración de los recursos hídricos del país, dado que gran parte de los recursos hídricos son de naturaleza transregional o transfronteriza, con la única excepción de las aguas subterráneas y los lagos ubicados dentro de las fronteras de los Estados Regionales. Esto supone implicaciones significativas para la gestión y la planificación del sector del agua en general, debido a su enfoque enormemente centralizado. No obstante, se estipula claramente que el MdrH puede delegar los poderes y deberes a él encomendados por la Proclamación en un órgano apropiado para la ejecución efectiva de sus responsabilidades (artículos 2.7 y 8.2). En consonancia, el MdrH podrá delegar la totalidad o una parte de sus poderes y deberes a las Regiones o las organizaciones de cuencas hidrográficas como y cuando considere necesario.

La Proclamación ha otorgado amplios poderes al órgano supervisor, entre ellos, establecer un inventario de los recursos hídricos y un registro de actuaciones, conceder permisos de competencia profesional y también para uso de agua y construcciones, asignar recursos hídricos, definir las normas necesarias para el diseño y la construcción de obras hidráulicas y su supervisión, así como emitir pautas y directrices para prevenir la contaminación de los recursos hídricos y garantizar la calidad del agua y unas condiciones de salubridad adecuadas en colaboración con otros organismos públicos implicados (artículo 8.1).

Un aspecto destacado de la Proclamación sobre los recursos hídricos es que la mayoría de obras de construcción y de uso de los recursos hídricos se basarán en un sistema de permisos. La Proclamación incluye varias disposiciones acerca de la aplicación, emisión, duración, suspensión y revocación de los permisos. Además, estipula el pago al órgano supervisor de tarifas y tasas por uso del agua. Los importes y los criterios de fijación de tarifas y tasas se dejan para reglamentos posteriores. Se ha previsto la creación de asociaciones de usuarios de agua de manera voluntaria. Los detalles de su constitución y su organización también se aportarán en los reglamentos. Hay también disposiciones relativas a la resolución de conflictos y la adjudicación de procedimientos que se deberán concretar en los reglamentos. En general, la Proclamación marca las condiciones generales que deberá cumplir quien desee hacer uso de los recursos hídricos para distintos fines. Los detalles de muchas de las disposiciones de la Proclamación se aclararán posiblemente en las leyes posteriores, que se aprobarán para su adecuada aplicación. La Proclamación establece que se promulgarán reglamentos y directivas detallados para su implantación por el Consejo de Ministros y el MdrH, respectivamente.

La Proclamación es en términos generales coherente con las disposiciones relevantes de la Constitución federal, y lo que es más importante, por primera vez determina una serie de disposiciones claras para la gestión, utilización, protección y administración de los recursos hídricos del país a través de un sistema de permisos. También se estipulan disposiciones con requisitos generales para la concesión de permisos a aquellos que quieran explotar los recursos hídricos para distintos propósitos.

La Proclamación otorga al MdrRH mandatos extensos con respecto a la gestión y la administración de los recursos hídricos del país. Tal y como indica la Proclamación, la gestión y la administración de los recursos hídricos parecen estar demasiado centralizadas. No obstante, la Proclamación tiene cabida para la delegación de los poderes y deberes concedidos al MdrRH en un organismo apropiado cuando lo considere imprescindible para una gestión eficiente de los recursos hídricos del país. Ésta es la base en que el MdrRH puede apoyarse para delegar algunos o todos los poderes y deberes a él otorgados por la Proclamación en los respectivos Estados Regionales o a las organizaciones de cuencas hidrográficas.

Una cuestión importante que cabe tratar en la legislación futura es hasta qué punto los poderes y deberes conferidos al MdrRH en virtud de la Proclamación podrán transferirse a las Regiones u otros organismos apropiados, tales como las organizaciones de cuencas hidrográficas. Obviamente, gran parte de las actividades de desarrollo y gestión de los recursos hídricos se llevarán a efecto en los respectivos Estados Regionales. En consecuencia, los Estados Regionales tendrán que desempeñar una función más relevante y sentir como propia la tarea de gestionar los recursos hídricos en sus correspondientes regiones. Esto requeriría que algunos de los mandatos concedidos por ley al MdrRH fueran delegados a los Estados Regionales o a un organismo donde el Estado Regional tuviera voz decisoria, con el fin de implantar una gestión efectiva de los recursos hídricos en el país. Esto no se aborda en la Proclamación, salvo la disposición de la Proclamación que confiere al MdrRH poder para delegar algunas de sus funciones. Por ejemplo, el MdrRH tiene el mandato de conceder permisos para uso del agua, vertidos de aguas residuales y obras hidráulicas. Para que el MdrRH pueda desempeñar esta última función con eficacia, parece que esta función debería delegarse en los respectivos Estados Regionales o alternativamente en las OCH que se crearan en el futuro. La pregunta a la que cabe dar una respuesta es: ¿qué entidad o qué organismo todavía por establecer a escala regional o de cuenca hidrográfica podría llevar a cabo mejor las funciones actualmente bajo mandato del MdrRH y qué funciones debería mantener el propio Ministerio?

Hay otros aspectos que la Proclamación no aborda claramente aunque sí se mencionan en la política sobre recursos hídricos. Por ejemplo, no habla de la necesidad de coordinación intersectorial a escala tanto federal como regional. La implantación efectiva de la Proclamación depende en gran medida de esa coordinación, porque el desarrollo de los recursos hídricos está fuertemente vinculado a la gestión apropiada de la tierra y demás recursos naturales. Quizás no se haya

tratado esta cuestión en la Proclamación con la esperanza de que sea abordada por otras leyes o por una legislación subsidiaria. No obstante, como instrumento legal básico para la gestión de los recursos hídricos de Etiopía, no cabe duda de que una disposición en la Proclamación exigiendo coordinación intersectorial hubiera facilitado el fundamento jurídico para una posterior articulación en leyes ulteriores, como por ejemplo la creación de organizaciones de cuencas hidrográficas.

La Proclamación tampoco prevé la creación de las OCH mediante una legislación ulterior, salvo la disposición de que el MdrRH puede delegar algunas de sus responsabilidades en organismos apropiados para cumplir eficazmente con sus responsabilidades. Esta última disposición es el único fundamento jurídico que permite al MdrRH crear las OCH, si bien la política menciona este tema inequívocamente.

## 2. REGLAMENTO PARA LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN ETIOPÍA

El Reglamento para la Gestión de los Recursos Hídricos en Etiopía fue aprobado por el Consejo de Ministros en marzo de 2005<sup>7</sup>. El objetivo del Reglamento es aportar disposiciones detalladas para la implantación efectiva de su legislación de rango superior: la Proclamación sobre la Gestión de los Recursos Hídricos. Un análisis del reglamento demuestra que es una ampliación de la Proclamación con detalles sobre los principales requisitos para la concesión de permisos para distintos usos del agua, obras de construcción, vertidos de aguas residuales, así como las condiciones para la concesión, renovación, revocación, etc. de tales permisos. Incluye reglamentos sobre tarifas de solicitud de permisos, así como requisitos de pago de tasas de agua por diferentes usos, si bien es cierto que los importes de esas tasas aún deben ser definidos por el Consejo de Ministros y publicados en un reglamento posterior (artículo 31.4).

El Reglamento otorga al «órgano supervisor» o a un órgano nombrado por él el mandato de gestionar solicitudes de permisos y tomar las decisiones que sean pertinentes (artículo 3). Por consiguiente, el MdrRH o un órgano nombrado por él concederá permisos. De acuerdo con el Reglamento, el Ministerio posee el mandato de conceder permisos de recursos hídricos a menos que se delegue a otros órganos. Sin embargo, no es realista que el Ministerio conceda permisos de uso de aguas/vertidos de aguas residuales en todo el país. Esas operaciones cotidianas podrían desempeñarlas fácilmente las Regiones o las OCH que previsiblemente se crearán, y no el MdrRH. De hecho, las prácticas habituales indican que, desde que se aprobaron la Proclamación y el Reglamento, el MdrRH todavía no ha empezado a implantar el sistema de permisos prescrito por ley, aunque las diversas regiones han emprendido ya diversos proyectos de recursos hídricos.

7. FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA (2000), Reglamentos sobre Gestión de los Recursos Hídricos en Etiopía, Reglamento del Consejo de Ministros Núm. 115/2005.

Lo antedicho sobre la Proclamación y el Reglamento sobre gestión de los recursos hídricos en Etiopía revela que, actualmente, el Gobierno retiene la mayoría de mandatos referentes a la gestión de los recursos hídricos pero tiene potestad para delegarlos a organismos apropiados, ya sean los Estados Regionales u otros órganos, como las organizaciones de cuencas hidrográficas, para gestionar con eficacia los recursos hídricos del país. La razón de toda esta política y del marco jurídico parece ser que los recursos hídricos del país deben seguir siendo de dominio público y su gestión ha de ser coordinada e integrada con el gobierno federal, que desempeña una función preponderante en la toma de decisiones sobre la determinación y la asignación de los recursos hídricos del país para varios fines de desarrollo, y delega tales poderes en los organismos apropiados que considera oportuno.

Como veremos en el apartado siguiente, el enfoque aplicado actualmente en Etiopía es descentralizar las funciones de planificación y gestión de los recursos hídricos en las OCH a nivel de cuencas fluviales. Así pues, las OCH se crearán fase por fase en cada una de las cuencas hidrográficas del país, y muchas de las funciones del Gobierno federal serán delegadas en estas organizaciones de cuencas hidrográficas. Esto se ajusta a la política de recursos hídricos explicada más arriba, aunque las leyes posteriores sobre gestión de recursos hídricos no articulaban con claridad el enfoque de las cuencas hidrográficas.

## **V. CREACIÓN DE ORGANIZACIONES DE CUENCAS HIDROGRÁFICAS**

Como mencionábamos más arriba, la política de gestión de los recursos hídricos en Etiopía ha adoptado la cuenca hidrográfica como unidad de planificación para la gestión integrada de los recursos hídricos del país. Es la primera vez que una política se plasma en un marco jurídico para la creación fase por fase de OCH para cada una de las cuencas fluviales del país, delegando algunos mandatos del Gobierno Federal (Ministerio de Recursos Hídricos) en las OCH. A continuación se presenta un análisis de la ley promulgada para crear las OCH.

### **1. PROCLAMACIÓN SOBRE CONSEJOS Y AUTORIDADES DE CUENCAS HIDROGRÁFICAS**

La Proclamación sobre Consejos y Autoridades de Cuencas Hidrográficas fue aprobada en julio de 2007<sup>8</sup>. La Proclamación parece haberse concebido como marco o legislación habilitadora para la creación de las OCH en cada cuenca hidrográfica por medio de una legislación subsidiaria posterior. Para ello, la Proclamación dispone la constitución de Altos Consejos y Autoridades de Cuencas Hidrográficas mediante Reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros (artículo 3.1). En otras palabras, se otorga al Consejo de Ministros el mandato de crear OCH específicas a través de reglamentos más detallados, que supuestamente ampliarán

---

8. FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA (2007), Proclamación sobre Consejos y Autoridades de Cuencas Hidrográficas, Proclamación Núm. 534/2007.

los poderes y las responsabilidades de las OCH que se establecerán en las respectivas cuencas del país. La Proclamación también contempla la posibilidad de fusionar dos o más cuencas hidrográficas bajo la jurisdicción de una única OCH (artículo 3.2).

Aunque la justificación para promulgar una ley que permita la creación de las OCH no se menciona en el preámbulo de la Proclamación, esta justificación parece basarse en la política de gestión de los recursos hídricos, donde se estipula que las OCH se establecerían fase por fase. Quizás se haya optado por el enfoque de creación fase por fase en el contexto etíope por el mero hecho de que no existen todavía proyectos/actividades significativas de desarrollo de recursos hídricos en muchas de las cuencas hidrográficas del país, salvo algunas cuencas donde hay un puñado de proyectos previstos y en marcha para recursos hídricos (p.ej. las subcuencas del Nilo, tales como Abbay, Tekeze y Baro-Akobo) que incrementarían las presiones sobre los recursos hídricos de la cuenca y los posibles conflictos entre los Estados Regionales dentro de las cuencas, algo que precisaría una planificación y asignación coordinadas de los recursos hídricos para distintos usos.

La Proclamación contempla una estructura organizativa en dos niveles para la creación de las OCH, a saber: altos consejos de cuencas hidrográficas como máximos órganos de toma de decisiones políticas y estratégicas, y autoridades de cuencas hidrográficas, que serán los brazos administrativos/técnicos de los Altos Consejos.

Los miembros de los Altos Consejos de Cuencas (ACC) serán nombrados por el gobierno y su responsabilidad deberá ser estipulada en los reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros (artículo 5). No queda claro por qué la pertenencia al Consejo se deja a la decisión del gobierno en lugar de estipular por ley la composición concreta del ACC. En el Reglamento que establece la Autoridad de la Cuenca del Abbay, que se debatirá brevemente en este apartado, se especifica que los miembros del Alto Consejo de la Cuenca del Abbay serán designados por el gobierno en base a las recomendaciones del Ministerio de Recursos Hídricos. El autor de este artículo considera que establecer por ley los miembros del ACC hubiera generado más certidumbre legal sobre qué partes interesadas deben participar en la toma de decisiones al más alto nivel que dejar a la discreción del gobierno (supuestamente el Consejo de Ministros) el nombramiento de los miembros del ACC. Esta medida hubiera garantizado que las principales partes interesadas en la cuenca hidrográfica fueran incluidas y reconocidas legalmente como los principales responsables de la toma de decisiones en la cuenca.

Según una discusión que el autor de este artículo mantuvo con un experto involucrado en la redacción de la Proclamación<sup>9</sup>, estaba previsto que el ACC fuera presidido por el Primer Ministro o su adjunto y que estuviera formado por los representantes políticos y los Ministerios relevantes implicados directa o indirectamente en la toma de decisiones sobre la gestión y el desarrollo de los recursos

---

9. Jefe de los Servicios Jurídicos del Ministerio de Recursos Hídricos

hídricos del país a escala tanto federal como regional. Los representantes de otros interesados, tales como asociaciones de usuarios de agua, el sector privado, la sociedad civil, etc., se incluirían como miembros sin derecho a voto. Resulta imprescindible garantizar la participación de los principales interesados en la toma de decisiones dentro de cada futura OCH, tales como los Estados Regionales dentro de la cuenca y otros sectores involucrados en la planificación y el desarrollo de los recursos hídricos en las respectivas cuencas, con el fin de crear un sentido de pertenencia entre los Estados Regionales implicados y mejorar un enfoque de GIRH sostenible y colaborativo.

El artículo 6 de la Proclamación otorga estos poderes y responsabilidades a los ACC:

- Proporcionar orientación política y supervisión de planificación para garantizar un alto nivel de coordinación entre las partes implicadas para la implantación de la GIRH en la cuenca;

- Dirigir la preparación de los planes de cuencas hidrográficas y presentarlos al Gobierno para su aprobación;

- Proponer al Gobierno la tarifa que deberán abonar los usuarios de la cuenca por el agua que consuman;

- Examinar y decidir la idoneidad y el establecimiento de prioridades para la construcción de obras hidráulicas importantes en la cuenca;

- Examinar y decidir las normas y los principios de asignación de agua en tiempos normales y en tiempos de escasez, así como en tiempos de sequía o inundaciones;

- Gestionar las controversias sobre usos del agua entre Estados Regionales en la cuenca;

- Aportar información y asesoramiento al organismo encargado de negociar con los países vecinos con respecto a la cuenca cuando ésta forme parte de una cuenca transfronteriza;

- Establecer comisiones permanentes o *ad hoc* necesarias para asistir en determinadas actividades.

No es objetivo de este artículo debatir con precisión todos los mandatos encomendados a los ACC en la Proclamación y su relevancia, ya que sería preciso redactar otro extenso artículo. No obstante, llegados a este punto resulta pertinente hacer algunos comentarios generales sobre los mandatos otorgados. Los mandatos encomendados a los ACC implican que los ACC participarán en las deliberaciones y toma de decisiones sobre algunos de los aspectos esenciales que resultan necesarios para una gestión integrada de los recursos hídricos en una determinada cuenca hidrográfica. El ACC está concebido como el máximo organismo de toma de decisiones políticas para una cuenca hidrográfica concreta, y como foro donde se to-



man las decisiones que afectan a los principales interesados a escala federal y regional.

Es en el seno del ACC donde generalmente surgen conflictos de intereses entre las partes, debido a la variedad de grupos de partes implicadas que están representados en este organismo, entre ellos políticos federales y regionales, diferentes entidades sectoriales, empresas públicas de suministros, el sector privado, etc. En vista de la representación política y sectorial a este nivel y la naturaleza técnica de algunas de las decisiones que deben tomarse, el ACC requiere un poderoso apoyo técnico para poder desempeñar su función de armonizador de diferentes intereses implicados en el proceso de toma de decisiones. Está previsto que el ACC se ocupe de asesorar en políticas y examinar cuestiones políticas, estrategias, planes, programas y proyectos específicos de la cuenca, así como decidir los principios y normas de asignación de agua aplicables entre usuarios de agua y Estados Regionales. También se espera que medie en las disputas que puedan surgir entre Estados Regionales (p.ej. sobre asignación de agua o priorización de proyectos entre regiones). La disposición que faculta al ACC a crear comisiones permanentes o *ad hoc* para realizar actividades concretas podría haberse formulado precisamente para facilitar este apoyo técnico. Si el ACC no cuenta con asistencia técnica adecuada, muy difícilmente podrá convertirse en un organismo independiente de toma de decisiones en la mayoría de los asuntos que le remita la Autoridad de Cuenca, debido a su carácter técnico. Quizás acabe siendo simplemente un organismo que autorice aquello que le es presentado.

Además, como veremos a continuación, la mayoría de asuntos presentados a deliberación y/o decisión del ACC serán remitidos por la Autoridad de Cuenca, que desempeñará las funciones de secretaría (brazo administrativo y técnico) del ACC. En consecuencia, es verdaderamente importante que la Autoridad de Cuenca implique desde el principio a todas las partes relevantes dentro de los Estados Regionales de la cuenca en la preparación de políticas específicas para la cuenca, planes, elección de proyectos prioritarios, fijación de tarifas de agua, etc., de manera que estas cuestiones no sean indebidamente polémicas cuando se presenten al ACC y se eviten posibles conflictos a este respecto.

El otro mandato otorgado al ACC es resolver los conflictos posibles entre los Estados Regionales (art. 6.6). Podrían surgir conflictos entre los Estados Regionales, por ejemplo, con respecto a la asignación del agua y la priorización de proyectos dentro de la cuenca. En este sentido, resulta apropiado que tales mandatos se concedan al ACC, porque está previsto que se componga de representantes al máximo nivel político, tanto del Gobierno Federal como de los Estados Regionales, capaces de abordar este tipo de conflictos. Sin embargo, parece haberse pasado por alto la posibilidad de que surja un conflicto de intereses entre los Ministerios Federales y las Oficinas Regionales o entre la Autoridad de Cuenca y las Administraciones Regionales con respecto a mandatos sobre la gestión de los recursos hídricos y otros recursos naturales y quién debe resolver estos tipo de conflictos potenciales.

La opinión general es que el ACC será el más capacitado para ocuparse de estos asuntos por las razones mencionadas más arriba.

Finalmente, se confiere al ACC la responsabilidad de proporcionar información y prestar asesoramiento al organismo encargado de las negociaciones con países vecinos cuando la cuenca sea transfronteriza. El mandato de negociar con países ribereños es del Gobierno Federal. La función del ACC a este respecto sería importante, porque no es necesaria una coordinación y coherencia adecuada entre los planes de cuencas preparados por las OCH y los previstos y acordados por los países ribereños en una cuenca hidrográfica transfronteriza.

Como decíamos antes, las Autoridades de Cuenca serán el brazo técnico de las OCH. La Proclamación estipula que la Autoridad de Cuenca desempeñará las funciones de secretaría del ACC (artículo 8).

Las Autoridades de Cuenca serán doblemente responsables, primero ante el ACC en asuntos relacionados con el mandato de éste tal y como establece el artículo 6 arriba mencionado, y segundo ante el Ministerio de Recursos Hídricos en asuntos de su competencia (artículo 10).

El artículo 9 de la Proclamación dispone los poderes y responsabilidades de las Autoridades de Cuenca, que son, entre otros:

- Aplicar medidas políticas para la puesta en marcha de la gestión integrada de los recursos hídricos en la cuenca y presentarlas ante el ACC para su aprobación y posterior seguimiento

- Preparar y presentar el plan de Cuenca al ACC y supervisar su implantación una vez aprobado

- Sin perjuicio del poder otorgado por ley a los Estados Regionales, emitir permisos aplicables a usos del agua de la cuenca e instalaciones de abastecimiento de aguas, y garantizar que se cumplan las condiciones de estos permisos

- Recopilar, acumular, analizar y divulgar información para la adecuada planificación, administración y gestión de los recursos hídricos en la cuenca

- Desarrollar y utilizar un modelo de cuenca hidrográfica a fin de prestar orientación y apoyo en sus funciones de planificación estratégica de los recursos hídricos y administración de las aguas

- Prestar asesoramiento y apoyo técnico al ACC y al Ministerio en la resolución de controversias relacionadas con la asignación y el uso de los recursos hídricos de la cuenca

- Crear un foro para el establecimiento de redes efectivas entre las partes implicadas

- Cobrar las tarifas que pagan los usuarios por el agua
- Siguiendo las instrucciones del ACC, preparar y aportar la información necesaria para el organismo encargado de las negociaciones con otros países con referencia a cuencas fluviales transfronterizas.

Tal y como se deduce de los poderes y responsabilidades concedidos a la Autoridad de Cuenca, varios mandatos importantes que pertenecían al MDRH federal han sido delegados ahora a la Autoridad de Cuenca. Como se ha señalado más arriba, trascendería el objetivo de este artículo abordar todas las cuestiones relacionadas con todos y cada uno de los poderes y responsabilidades encomendados a la Autoridad. Sin embargo, intentaré plantear algunos de los temas que merecen especial consideración.

Las principal cuestión a tratar en este sentido es: ¿la Autoridad de Cuenca tendría la capacidad de desempeñar por sí misma eficientemente las funciones delegadas o algunas de las funciones delegadas podrían ser desempeñadas óptimamente por las instituciones existentes responsables de la gestión de los recursos hídricos a escala federal y regional o en estrecha colaboración con esas instituciones?

Por ejemplo, se ha otorgado a la Autoridad de Cuenca el mandato de preparar planes de cuencas hidrográficas. La propia Proclamación dispone varios elementos que deberían ser incorporados en los planes de cuencas, tales como recursos hídricos disponibles en la cuenca, ordenación de cuencas hídricas; cuantificación del nivel actual y del nivel futuro de uso de agua en la cuenca, análisis de tendencias ilustrando posibles usos futuros, medios de implantación del plan, incluyendo agentes encargados de la implantación, planes de actuación y necesidades presupuestarias, actividades sobre agua de las partes implicadas en la cuenca, etc. (artículo 18).

Aunque es importante que la Autoridad de Cuenca disponga de este mandato para promover la gestión integrada de los recursos hídricos en la cuenca, la mayoría de actividades precisadas para la elaboración del Plan de la Cuenca necesitan ser complementadas con información significativa, que puede recopilar del MDRH federal, pues él posee la experiencia y gran parte de la información y los recursos necesarios (p.ej. datos hidrológicos) para preparar estos planes.

Y lo que es más importante, la autoridad precisaría una estrecha colaboración y una implicación activa de las oficinas relevantes y demás partes involucradas de los respectivos Estados Regionales que comparten la cuenca y que actualmente están emprendiendo actividades de desarrollo relacionadas con el agua que son necesarias para la preparación de estos planes. También existe la necesidad de conciliar la preparación de planes de cuenca con los planes regionales para recursos naturales (p.ej. gestión del suelo, ordenación de cuencas). La participación activa de todas las partes interesadas a escala federal y regional es, pues, indispensable para que la Autoridad de Cuenca pueda liberarse efectivamente de esta función.

La Proclamación dispone que todas las personas tengan el deber de cooperar con la autoridad de cuenca para la implantación de sus mandatos (artículo 19). Sin embargo, esta obligación general podría no dar suficiente apoyo a la Autoridad para conseguir la cooperación de todas las partes implicadas a escala federal y regional a menos que se establezca un mecanismo claro que genere un fuerte vínculo funcional entre la Autoridad de Cuenca y las entidades federales y regionales relevantes dedicadas a la gestión del agua y otros recursos naturales. Probablemente surjan algunas tensiones referentes a los mandatos entre los Estados Regionales y la Autoridad, sobre todo en los primeros momentos de su creación. Así pues, podría resultar necesario que la Autoridad diseñe un mecanismo que le permita implicar activamente a todas las partes implicadas, sobre todo a escala regional, desempeñando el papel de coordinadora en la preparación de los planes de cuencas, para que todas las partes implicadas sientan que sus intereses están representados adecuadamente en tales planes. Es necesario insistir en que el desarrollo de las cuencas hidrográficas no se podrá gestionar con eficacia sin la plena participación de los Estados Regionales implicados. Asimismo, cabe la posibilidad de que la Autoridad de Cuenca no disponga de los recursos necesarios en sus primeros momentos de existencia, en cuanto a mano de obra y financiación, para ocuparse de esas actividades a menos que cuente con el apoyo decidido y la cooperación de las autoridades federales y regionales relevantes, que ya cuentan con muchos recursos para que la Autoridad pueda valerse por sí misma. El respaldo del ACC, que representa a los responsables de la toma de decisiones al máximo nivel político, es también esencial.

Otro aspecto que merece una atención particular es la administración y la aplicación práctica del sistema de permisos otorgado como mandato a la Autoridad según lo dispuesto en la Proclamación. Evidentemente, la Autoridad de Cuenca necesita este mandato para poder administrar y asignar adecuadamente los recursos hídricos en la cuenca, recopilar información sobre la calidad y la cantidad del agua en el río, etc. La clave aquí es: ¿tendría la Autoridad de Cuenca suficientes recursos (tanto de mano de obra como financieros) para poner en práctica y hacer cumplir el sistema de permisos, particularmente en lo relativo a todos los usos del agua (excepto el uso doméstico, que ha sido definido y excluido por ley) dentro de la cuenca? Incluso en la actualidad, el MDRH no ha sido capaz de poner en práctica el sistema de permisos. Se piensa que los Estados Regionales (incluyendo los Estados en el nivel de distritos) deberían participar activamente en la concesión y la aplicación legal del sistema de permisos. En este sentido, podría resultar necesario considerar qué tipo de funciones de concesión de permisos deberían encomendarse a los Estados Regionales. Quizá fuera apropiado que los Estados Regionales recibieran el mandato de administrar los permisos con respecto a usos de agua y extracción de aguas subterráneas a pequeña escala y dejaran el mandato de emisión de permisos para usos de agua a mediana y gran escala (e.g. sistemas de riego e hidroelectricidad) a la Autoridad de Cuenca, en lugar de abrumar a la Autoridad con esta enorme carga administrativa. En cualquier caso, sería importante que esta cuestión se considerara detenidamente durante la fase inicial de creación de la

Autoridad de Cuenca, a fin de encontrar medios para involucrar a los Estados Regionales en esas funciones. La aplicación legal del sistema de permisos puede suponer un desafío particular y quizá sería mejor encomendarlo a los Estados Regionales en un primer momento. Con todo, el problema sería en este caso es si los Estados Regionales necesitan una delegación específica para desempeñar este mandato, puesto que la ley dispone que los mandatos otorgados al Gobierno Federal han de ser delegados específicamente por ley. En consecuencia, cabe la posibilidad de que el Gobierno Federal (básicamente el Consejo de Ministros) tenga que aprobar una norma para delegar esta función a los Estados Regionales.

Otra cuestión interesante relacionada con la concesión de permisos es la disposición de la Proclamación sobre el mandato encomendado a la Autoridad de Cuenca. Dice así: «*sin perjuicio del poder otorgado por ley a los Estados Regionales, conceder permisos aplicables al uso del agua de la cuenca...*» (artículo 9.5). La expresión en cursiva implica que los Estados Regionales tienen ciertos mandatos para conceder permisos que no coinciden con los del Gobierno Federal. Este asunto aparece nuevamente en la Proclamación. ¿Significa esto que los Estados Regionales tienen mandato para conceder permisos sobre aquellos recursos hídricos que no «vinculan» a Estados Regionales, tal y como reza la Constitución? Esta ambigüedad podría alentar la polémica acerca de los mandatos concedidos a la Autoridad de Cuenca frente a los Estados Regional. Para evitar esta polémica, sería necesario indicar expresamente que la Autoridad tiene mandato sobre todos los recursos hídricos dentro de la cuenca. Desconocemos qué movió al legislador a incluir tal excepción si el objetivo buscado es un planteamiento unificado e integrado para la cuenca.

La Autoridad de Cuenca también ha recibido el mandato de crear un sistema de información para toda la cuenca y desarrollar modelos de cuencas hidrográficas (artículo 9.6 y 9.7). No cabe duda de que establecer esa base de conocimientos y esos métodos analíticos en la cuenca es importante como herramienta para la planificación y toma de decisiones así como para la gestión y el desarrollo efectivos de los recursos hídricos. No obstante, se necesita una enorme inversión para recopilar y procesar los datos hidrológicos y para supervisar el impacto de los recursos hídricos en la cuenca. Actualmente gran parte de esta labor es desempeñada a escala federal por el MdrH (más concretamente, el Departamento de Hidrología), que posee una base de datos central para casi todas las cuencas fluviales de Etiopía. Resulta bastante cuestionable que las Autoridades de Cuenca recién creadas puedan asumir fácilmente esta función, debido a los elevados requisitos de inversión y la necesidad de recursos humanos que implica la creación de un sistema de información de cuenca efectivo y funcional. Así las cosas, parece imprescindible que el MdrH continúe ocupándose de esta labor, al menos por un determinado plazo de tiempo, para ir transfiriendo gradualmente estos mandatos a la Autoridad de Cuenca y al mismo tiempo reforzar la capacidad de la Autoridad de Cuenca para cumplir adecuadamente con sus obligaciones. En consecuencia, quizá hubiera sido necesario que la ley estipulara con claridad que esta función debía ser desarrollada por la Autoridad de Cuenca con la debida asistencia y cooperación del MdrH.

Se ha encomendado a la Autoridad de Cuenca la responsabilidad de prestar asesoramiento y apoyo técnico al ACC y al MDRH en la resolución de controversias relacionadas con la asignación y el uso de los recursos hídricos de la cuenca (artículo 9.8). Como afirmábamos antes, el ACC ha recibido el mandato de resolver las disputas que surjan entre Estados Regionales. Esta disposición parece implicar que la Autoridad prestaría asesoramiento y apoyo al ACC en disputas surgidas entre Estados Regionales. No obstante, no queda claro en qué tipo de controversias la Autoridad de Cuenca debe prestar asesoramiento al MDRH. Es de suponer que esta disposición implica que la Autoridad prestaría asesoramiento al MDRH en el caso de controversias que puedan surgir entre los usuarios del agua de la cuenca. Estas disputas entre usuarios del agua se derivan habitualmente de contravenciones de las condiciones establecidas en los permisos de uso del agua, que han de ser administrados por la Autoridad. En tales casos, la Proclamación para la gestión de los recursos hídricos otorga la responsabilidad al MDRH de decidir sobre estas controversias en primera instancia a menos que las delegue en otros (artículo 18). Parece absurdo y poco práctico presentar controversias entre usuarios de agua de la cuenca al MDRH. Este mandato debería haberse delegado a la Autoridad de Cuenca que administra el sistema de permisos en la cuenca y que está muy familiarizada con los conflictos que surgen entre usuarios de agua de la cuenca.

Una última cuestión que desearía abordar acerca de los mandatos encomendados a la Autoridad de Cuenca es el cobro de las tarifas de uso del agua y la sostenibilidad financiera de la Autoridad. La Proclamación dispone que la Autoridad de Cuenca tiene el mandato de recaudar los pagos por el agua de los usuarios (artículo 9.10) y además estipula que la fuente de financiación de la Autoridad serán los fondos asignados por el Gobierno Federal y los pagos por el agua recaudados por la Autoridad. Como mencionábamos anteriormente cuando discutíamos el reglamento sobre recursos hídricos, queda pendiente que el Consejo de Ministros fije las tarifas del agua para distintos usos en un Reglamento ulterior. El importe de las tarifas que pagarán los usuarios del agua aún no ha sido estipulado por ley. Se han previsto dos tipos de tarifas de agua en la Proclamación sobre la gestión de los recursos hídricos, a saber, tarifas por uso del agua pagaderas anualmente (artículo 31) y tarifas por vertidos de residuos tratados permitidos mediante permisos (artículo 22). Sin embargo, no se sabe aún por qué tipo de agua deberán pagar los usuarios y probablemente se definirá con claridad en el reglamento que aprobará el Consejo de Ministros. La Autoridad requiere una fuente sustancial de ingresos para poder funcionar de manera sostenida e independiente en el futuro. Resulta dudoso que las tarifas por uso de agua y vertido de residuos que ella pueda recaudar le proporcionen ingresos suficientes para funcionar con eficacia en un futuro cercano, dado que en la mayoría de cuencas fluviales no hay en marcha todavía proyectos significativos de recursos hídricos. Por consiguiente, la mayor parte del presupuesto concedido a la Autoridad tendrá que sacarse de las arcas del Gobierno Federal durante bastante tiempo.

## **2. REGLAMENTO PARA LA CREACIÓN DEL ALTO CONSEJO Y AUTORIDAD DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA DEL ABBAY (NILO AZUL)**

En el momento de redactar este artículo, el Consejo de Ministros ha aprobado un Reglamento para la Creación del Alto Consejo y Autoridad de la Cuenca Hidrográfica del Abbay (Nilo Azul). Sin embargo, este reglamento no ha sido publicado todavía en el boletín oficial<sup>10</sup>.

Puede haber varios motivos por los que se eligió la cuenca del río Abbay como prioritaria para la creación de una Autoridad de Cuenca Hidrográfica. La cuenca del Abbay tiene la escorrentía más alta (52.000 millones de m<sup>3</sup>) en comparación con otros ríos de Etiopía. La cuenca es compartida por tres Estados Regionales, los de Amhara, Oromia y Benishangul-Gumuz. Además, en la actualidad hay varios proyectos de desarrollo de los recursos hídricos en construcción y planificados en esta cuenca. Estos factores podrían agravar la competencia y las presiones por controlar los recursos hídricos de la cuenca en términos cuantitativos y cualitativos, y por ello se hace necesario un plan de desarrollo de los recursos hídricos, elaborado de manera integrada por los estados Regionales que comparten la cuenca y que participen activamente en todos los aspectos de la toma de decisiones.

Asimismo, la Cuenca del Abbay es la mayor contribuidora a toda la cuenca del Nilo, que fluye por el oeste hacia Sudán y aguas abajo hacia Egipto. En 1999, los países de la Cuenca del Nilo establecieron un marco de cooperación bajo los auspicios de la Iniciativa de la Cuenca del Nilo (ICN). Un componente de la ICN se conoce como el Programa de Acciones Subsidiarias (PAS). El Programa de Acciones Subsidiarias del Nilo Oriental (PASNO) es un subcomponente del PAS, cuyos miembros son Egipto, Etiopía y Sudán. PASNO se dedica a identificar y preparar proyectos de inversión relacionados con el agua, que serán implantados en los países miembros. Hoy en día varios proyectos están en fase de implantación o todavía de planificación<sup>11</sup>. Por eso resulta esencial coordinar los planes y proyectos identificados dentro de la ICN con aquellos que prepare e identifique la OCH del Abbay.

El Reglamento no añade mucho más de lo que dispone la Proclamación, salvo que estipula la creación del Alto Consejo y Autoridad de la Cuenca Hidrográfica del Abbay. La Oficina Central de la Autoridad será la capital del Estado Regional de Amhara, una de las regiones por donde transcurre la cuenca de este río.

La composición del Alto Consejo de la Cuenca será establecida por el Gobierno, con la recomendación del Ministerio Recursos Hídricos. Como señalaba anteriormente, no queda claro por qué la designación de los miembros del consejo se deja al gobierno, ya que generaría incertidumbre sobre qué partes implicadas serían los miembros del consejo, particularmente con respecto a los Estados Regionales. Los poderes y las responsabilidades de los ACC y de la Autoridad son los

10. El autor de este escrito se hizo con el borrador aprobado del Ministerio de Recursos Hídricos.

11. Para más información sobre el ICN y sus programas, consulte su sitio web: <http://www.nilebasin.org>.

dispuestos en la Proclamación. En consecuencia, los comentarios hechos más arriba y relativos a la Proclamación son igualmente aplicables en este caso.

En opinión del autor de este artículo, hubiera sido mejor que el reglamento hubiera incluido más disposiciones que definieran más extensamente las responsabilidades de la Autoridad de Cuenca con relación a los Estados Regionales (incluyendo las oficinas sectoriales) así como el MDRH federal respecto a algunas de las funciones encomendadas a la Autoridad.

## **VI. CONCLUSIONES**

El enfoque actual en Etiopía apunta claramente en la dirección de gestionar los recursos hídricos del país al nivel de las cuencas hidrográficas, creando una OCH para cada cuenca fluvial fase por fase. Esta propuesta parece concordar con la tendencia a adoptar el modelo de gestión integrada de los recursos hídricos, tan bien considerado universalmente.

La mayoría de las funciones importantes otorgadas por ley al MDRH han sido delegadas ahora a las OCH que todavía no se han establecido oficialmente. Aunque es demasiado pronto para juzgar la efectividad del régimen jurídico actual y el rendimiento de las OCH, hay varias cuestiones que pueden preverse como los principales desafíos a los que se enfrentarán las OCH y que tendrán que ser abordados por la legislación posterior (si bien algunos asuntos no serán tratados por ley).

Las OCH han de garantizar una excelente coordinación entre las partes regionales implicadas y promover activamente su participación en la toma de decisiones, para poder cumplir con sus funciones eficazmente. Las cuencas hidrográficas no se pueden gestionar correctamente sin la plena participación de los Estados Regionales implicados que comparten la cuenca. Además, éstas precisarán el apoyo técnico decisivo del MDRH y de las Regiones para la preparación de los planes de cuencas, la creación de un sistema de datos e información adecuado, etc. Debido a la falta de experiencia, sobre todo en los momentos iniciales, resulta crucial que las OCH mantengan una estrecha relación con las partes implicadas a todos los niveles, para crear una sensación de vinculación de todos los interesados con lo que están llevando a cabo las OCH. A todas luces, es esencial crear un foro efectivo para la participación de las partes implicadas desde el principio. Esto reduciría en principio las tensiones entre las OCH y los Estados Regionales o el MDRH.

Algunas de las funciones encomendadas a las OCH serían mejor realizadas por los Estados Regionales y el MDRH, especialmente durante el período de transición hasta que las OCH estén bien establecidas. Como decíamos antes, administrar y hacer valer el sistema de permisos dentro de la cuenca es una ardua tarea que las OCH no pueden llevar a cabo con eficacia por sí mismas. Las distintas Regiones dentro de la cuenca podrían realizar esta tarea con más eficacia y algunos aspectos de la administración y la aplicación del sistema de permisos, especialmente para el



riego y la extracción de aguas subterráneas a pequeña escala, deberían delegarse por ley a las Regiones.

Es posible que se generen tensiones y conflictos entre las OCH y los Estados Regionales o el MdrH con respecto a sus respectivos mandatos y la identificación de los recursos hídricos prioritarios. Existe ya una laguna legal que parece hacer una distinción entre recursos hídricos bajo jurisdicción federal y recursos hídricos bajo jurisdicción regional (aguas subterráneas y lagos confinados dentro de las Regiones). Se trataría de una distinción superficial y, en opinión de este autor, todos los recursos hídricos de la cuenca deberían gestionarse de manera integrada. En consecuencia, la ley debería especificar con más claridad los mandatos entre la OCH, los Estados Regionales y el MdrH.

Otra posible fuente de conflictos hace referencia a la asignación de agua y recursos entre las regiones y la financiación de proyectos importantes. Los Estados Regionales no están en igualdad de condiciones en términos de desarrollo y capacidad de los recursos hídricos y esto podría desembocar en un conflicto potencial sobre la asignación de los recursos y la identificación de proyectos prioritarios. El Alto Consejo de la Cuenca, máximo organismo político en las OCH que se crearán, recibe el mandato de resolver estos conflictos potenciales. Como el ACC estará compuesto por representantes federales y regionales al máximo nivel político dentro de la cuenca, será el organismo idóneo para resolver estos conflictos.

Uno de los principales retos para las OCH consistirá en garantizar su estabilidad financiera y su independencia manteniendo su propia fuente de ingresos. Una de las principales fuentes de ingresos son las tarifas cobradas a los consumidores de agua de la cuenca. Sin embargo, no será un elemento significativo a corto plazo, ya que por ahora el desarrollo de los recursos hídricos en las cuencas es aún moderado. Por ello, es posible que las OCH deban depender un tiempo del presupuesto destinado por el Gobierno Federal para funcionar con eficacia. Esto podría suponer una limitación efectiva al rendimiento de las OCH y un retorno de la toma de decisiones sobre gestión de los recursos hídricos al Gobierno Federal.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- OFICINA CENTRAL DE ESTADÍSTICA (1999), «Censo de Población y Vivienda de 1994 de Etiopía: Resultados a escala nacional», *Informe analítico*, Vol. II, Addis Ababa.
- FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA (2000), *Proclamación sobre Gestión de los Recursos Hídricos en Etiopía*, Proclamación núm. 197/2000.
- (2005), «Reglamentos sobre Gestión de los Recursos Hídricos en Etiopía», *Reglamento del Consejo de Ministros* Núm. 115/2005

— (2007), *Proclamación sobre Consejos y Autoridades de Cuencas Hidrográficas*, Proclamación Núm. 534/2007

MINISTERIO DE RECURSOS HÍDRICOS (2002), *Programa de Desarrollo del Sector del Agua: Informe principal*, Addis Ababa

BANCO MUNDIAL (2006), *Etiopía: Gestionar los recursos hídricos para maximizar el crecimiento sostenible*, Washington D.C.

# El significado de la Unión Europea y del Derecho Comunitario



# Consideraciones generales sobre la política medioambiental y de aguas en la Unión Europea

CARMEN TIRADO ROBLES<sup>1</sup>

**Resumen:** La política medioambiental comunitaria es un ámbito de competencias compartidas que se configura como una política horizontal dentro del proceso de construcción europea y, además, una política tutiva de los distintos recursos naturales, obligando a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a la protección de los mismos dentro de sus respectivas competencias. Uno de estos recursos es el agua, por lo que la llamada «política comunitaria de aguas» se inserta dentro del marco general de la política medioambiental y se puede afirmar que es uno de los campos en que la producción normativa comunitaria es más abundante y elaborada. En los últimos años destaca la adopción, como norma central de esta política de aguas, de la conocida Directiva marco de aguas 2000/60, eje de este nuevo modelo de gestión global de las aguas en la totalidad del territorio comunitario.

**Palabras clave:** política medioambiental comunitaria, Programa de acción medioambiental, política comunitaria de aguas, Directiva marco de aguas, directivas detalladas.

**Acrónimos.**

AEMA	Agencia Europea del Medio Ambiente
COM	Documentos COM (Documentos de la Comisión Europea)
DMA	Directiva marco de aguas
PAM	Programa comunitario de Acción medioambiental
TUE	Tratado de Unión Europea
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
DO	Diario Oficial de la Unión Europea

## I. INTRODUCCIÓN. EL MARCO GENERAL DE LA POLÍTICA MEDIOAMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA

### 1. LAS PRIMERAS INICIATIVAS COMUNITARIAS. LOS PROGRAMAS DE ACCIÓN MEDIOAMBIENTAL

La política medioambiental comunitaria se ha ido desarrollando ya desde los años sesenta, a pesar de que en los Tratados constitutivos no había ninguna disposi-

1. Profesora de Derecho internacional público, Universidad de Zaragoza.

ción que diera una competencia expresa a las instituciones comunitarias para legislar sobre esta materia; situación lógica si pensamos que los Tratados de Roma y París son documentos de los años cincuenta y, en aquella época, las preocupaciones medioambientales en el plano internacional eran muy limitadas.

La base jurídica de las primeras normas comunitarias en materia medioambiental se encuentra en el artículo 2 del Tratado de Roma, concretamente cuando indica que una de las misiones de la Comunidad es promover «un desarrollo más armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad» y «una expansión continua y equilibrada».

En los años setenta se empezarán a adoptar normas comunitarias, principalmente directivas, al amparo de los artículos 100 y 235 del TCEE. Concretamente el artículo 100, actual artículo 94 TCE, es una de las cláusulas generales que permiten aproximar las disposiciones nacionales que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común (junto con el artículo 95 TCE) y sus condiciones de aplicación son muy estrictas: por un lado se exige una incidencia directa de las disposiciones nacionales en el mercado común y, por otro, la decisión se toma por unanimidad en el Consejo. Por su parte, el artículo 235, actual artículo 308 TCE, es la llamada cláusula de imprevisión o de cierre del sistema de competencias comunitario, puesto que sirve para suplir la falta de competencia conferida expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por parte de los Estados miembros en el Tratado, siempre que dichas competencias resulten necesarias para que la Comunidad realice su tarea y logre los objetivos establecidos por el Tratado. También en este caso los requisitos de aplicación son estrictos: que se persiga el logro de uno de los objetivos de la Comunidad, que la acción sea necesaria para lograr tales objetivos, que no exista otra base jurídica posible ni una reserva de competencia a favor de los Estados miembros, por lo que, evidentemente, sólo podrá aplicarse subsidiariamente.

Por otra parte, ya en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de París de 1972 (que es precedente directo de los actuales Consejos Europeos), en sus conclusiones, dedica un apartado al medio ambiente por primera vez en este tipo de documentos señalando que:

*«8. Los Jefes de Estado o de Gobierno subrayan la importancia de una política del medio ambiente en la Comunidad, y con este objeto invitan a las instituciones de la Comunidad a que establezcan, antes del 31 de julio de 1973, un programa de acción con un calendario preciso».*

Con ello se sienta la base para que nazcan los Programas de Acción Medioambiental (PAM)<sup>2</sup>, que sirven de referencia a toda esta política comunitaria estable-

---

2. El primer Programa de Acción medioambiental es adoptado tras la cumbre de París de 19 de octubre de 1972, el 22 de noviembre de 1973, y el agua constituye una de las grandes preocupaciones de dicho documento (*vid.* la Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, relativa a un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, DOCE C 122, de 20 de diciembre de 1973), al que siguen el segundo y el tercero (DOCE C 139, de 13 de junio de 1977 y DOCE C 46, de 17 de febrero de 1983). El cuarto programa abarca el período 1987-1992 (*vid.* DOCE C 328, de 7 de diciembre

ciendo objetivos prioritarios para, a partir de ellos, desarrollar la legislación de Derecho derivado. La forma jurídica que han adoptado los PAM ha sido siempre atípica, o bien Declaración o bien Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, lo que demuestra claramente el carácter controvertido de la competencia comunitaria en materia de medio ambiente ya que la fuerza normativa de estos Programas ha sido nula, si bien han marcado, como ya se ha dicho, las directrices generales de esta política sirviendo de base a normas que sí tenían fuerza vinculante.

Esto no quiere decir que los PAM no hayan tenido un cierto reconocimiento, que se ha reflejado en los Tratados: el TUE en su versión de Maastricht les reconoció su papel de fijación de los objetivos prioritarios en su artículo 130S, lo que se mantiene en el Tratado de Amsterdam, en su artículo 175.3º. Actualmente nos encontramos en el período abarcado por el 6º Programa, que tiene como una de sus características principales la continuidad, como en el caso de los anteriores, lo que ha hecho posible que la política medioambiental deje de ser un aspecto sectorial de la acción comunitaria y afecte a todos los ámbitos del proceso de construcción europea.

El sexto PAM recoge una estrategia innovadora señalando cuatro campos fundamentales de trabajo: la mejora de la aplicación de la legislación medioambiental vigente, la integración de las preocupaciones medioambientales en las demás políticas, incluir a las empresas y consumidores en el trabajo medioambiental no limitándose a penalizar en caso de incumplimiento sino también recompensando los buenos resultados y, finalmente, procurar una información adecuada al ciudadano ya que toma decisiones que tienen efectos, directos o indirectos, sobre el medio ambiente. Es un PAM significativamente más reducido en cuanto a volumen ya que, como se indica en la propia Exposición de motivos, representa sólo la parte medioambiental de una estrategia comunitaria global o más amplia que remite a las otras políticas comunitarias, mediante el mecanismo de integración medioambiental en el resto de las políticas comunitarias, como veremos.

## 2. EL ACTA ÚNICA EUROPEA Y EL TRATADO DE MAASTRICHT

Pero el gran paso en los Tratados constitutivos en relación con el medio ambiente se produce mucho antes, en el Acta Única Europea, pues en esta reforma de los Tratados se introduce un Título específico, el Título VII, integrado por los artículos 130 R a 130 T<sup>3</sup>, donde se consagra definitivamente la competencia de la

---

de 1987). El quinto programa tiene como tema principal el desarrollo sostenible (*vid.* DOCE C 138, de 17 de mayo de 1993) y actualmente nos encontramos en el período cubierto por el sexto programa, titulado «Medio ambiente 2010: nuestro futuro, nuestra elección» que fue presentado por la Comisión en dos partes: la primera es el informe político de la Comisión, que constituye la mayor parte del programa, y la segunda es el texto propuesto por la Comisión para una decisión de los Ministros de Medio Ambiente de los Estados miembros y del Parlamento Europeo (*vid.* <http://www.europa.eu.int/comm/environment/newprg/index.htm>).

3. Según el AUE la toma de decisiones en materia de medio ambiente será por unanimidad mientras que tras la reforma por el Tratado de Maastricht se pasa a mayoría cualificada, lo que

Comunidad en materia de medio ambiente que actúa como un contrapeso a la consecución del mercado interior. En este momento la toma de decisiones será por unanimidad mientras que en la reforma operada por con el Tratado de Maastricht unos años más tarde, además de que se refuerzan los objetivos medioambientales comunitarios, se pasa a la toma de decisiones por mayoría cualificada, lo que supone un importante refuerzo de la política medioambiental. A esto va unido el hecho de que el medio ambiente se convierte en política comunitaria de carácter horizontal ya que, por ejemplo, el Fondo de Cohesión se habilita para financiar, junto con las infraestructuras de transporte, las acciones medioambientales que decidan los Estados beneficiarios. A estos efectos, se crea en 1992 un instrumento financiero para el medio ambiente denominado LIFE, para apoyar el desarrollo y la aplicación de la legislación y la política de la Unión en materia de medio ambiente<sup>4</sup>.

También en esa época empieza a funcionar la Agencia Europea de Medio Ambiente<sup>5</sup> que se crea con el fin de dar una información objetiva sobre el medio ambiente en la Unión Europea y sobre las presiones que comparativamente se producen en este ámbito en las distintas zonas del territorio comunitario, por lo que ORTEGA ÁLVAREZ<sup>6</sup> indica que sus funciones son esencialmente instrumentales. La AEMA es un organismo que tiene personalidad jurídica propia, con sede en Copenhague y que cuenta desde hace ya varios años con 31 países miembros<sup>7</sup>, con lo que la Agencia se convierte así en el primer órgano de la UE en acoger a los entonces países candidatos como miembros. Además coopera activamente con

---

supone un refuerzo importante de esta política comunitaria. Quedan, sin embargo, tanto en la regulación contenida en el Tratado de Amsterdam como en el de Niza, algunas cuestiones que siguen decidiéndose por unanimidad en virtud de su excepcional importancia y que son excepciones a la regla general (las de fiscalidad, de ordenación del territorio y utilización del suelo, la gestión de recursos hídricos y las medidas que afecten a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético).

4. Este instrumento financiero para el medio ambiente se crea por Reglamento 1973/92 (DO L 206, de 22 de julio de 1992), y es modificado por Reglamento 1404/96 (DO L 181, de 20 de julio de 1996), fondo que integra a todos los existentes en este ámbito (GUA, Medspa, Norspa, ACNAT).
5. *Vid.* Reglamento del Consejo 1210/90/CEE, de 7 de mayo de 1990 (DO L 120, de 11 de mayo de 1990), modificado por el Reglamento (CE) 933/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999 (DO L 117, de 5 de mayo de 1999). Su página web tiene la siguiente dirección: [www.eea.eu.int](http://www.eea.eu.int). El Reglamento es fruto del impulso dado por la Decisión del Consejo de Ministros de Medio Ambiente de 28 de noviembre de 1989. Una agencia comunitaria es un organismo de Derecho público europeo, distinto de las Instituciones comunitarias y que posee una personalidad jurídica propia. Las agencias comunitarias se crean mediante un acto comunitario de Derecho derivado con el fin de desempeñar una tarea específica de naturaleza técnica, científica o de gestión que se especifica en el correspondiente acto fundacional. Hay actualmente trece organismos que responden a esta definición de agencia comunitaria, si bien las palabras empleadas para designar a estos organismos son varias (Centro, Fundación, Agencia, Oficina, Observatorio) y pueden dar lugar a cierta confusión, sobre todo teniendo en cuenta que otros organismos que utilizan estas mismas denominaciones no son agencias según de esta definición.
6. *Vid.* ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (2000), pg. 88.
7. Son Estados miembros los veintisiete miembros de la Unión Europea, además de Islandia, Noruega y Liechtenstein como miembros del Espacio Económico Europeo y Turquía, que lo es desde el 1 de abril de 2003, como ya hemos indicado; además se han iniciado negociaciones con Suiza.



otros entes internacionales interesados en temas medioambientales tanto dentro como fuera de la Unión, por ejemplo la Dirección General de medio ambiente de la Comisión, Eurostat, el Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente, la OMS, la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa, la Agencia norteamericana para la protección del medioambiente, etc.

La misión de esta Agencia consiste en reunir y difundir, a su debido tiempo, información específica, pertinente y fiable sobre el estado y la evolución del medio ambiente a nivel europeo. La AEMA publica cada año los Indicadores Ambientales así como otros informes y un boletín informativo<sup>8</sup>.

Es en esta época cuando se convierten en miembros de la Unión tres Estados, Austria, Finlandia y Suecia, que siempre se han caracterizado por mantener unos estándares en la política medioambiental de alto nivel, por lo que su entrada en la Unión potencia también las preocupaciones comunitarias por este campo de competencias.

Finalmente, el Tratado de Maastricht introduce una modificación en el artículo 228 añadiéndole el párrafo 2, que otorga a la Comisión la posibilidad de decidir si inicia el procedimiento fijado en el citado artículo (recurso de incumplimiento) sometiendo el asunto al Tribunal, en cuyo caso, además, deberá decidir si al Estado infractor le corresponde recibir una sanción o pagar una multa coercitiva y en este último caso fijará su importe al presentar la demanda. Tras la reforma, el artículo 228 del TCE permite que la Comisión inicie un segundo procedimiento por incumplimiento de una sentencia del Tribunal de Luxemburgo, que puede dar lugar a la imposición al Estado incumplidor de una multa coercitiva o de una suma a tanto alzado. La Comisión ha señalado en una Comunicación de 5 de junio de 1996 (DOCE C 242, de 21 de agosto de 1996) que considera más idónea la vía de la multa coercitiva, sin que ello suponga que no utilice el sistema de la suma a tanto alzado. En todo caso nunca se tratará de cantidades simbólicas pues es necesario asegurar el efecto disuasorio.

Durante el año 1997 la Comisión utilizó este nuevo procedimiento por primera vez presentando una demanda contra Grecia por la inejecución de la sentencia de 7 de abril de 1992<sup>9</sup> que le había condenado por el incumplimiento de las obligaciones que incumbían al citado Estado en virtud de las Directivas 75/442 y

8. Hasta ahora ha emanado cuatro informes: El medio ambiente en Europa: el informe Dobris en 1995; El medio ambiente en la Unión Europea 1995: informe para la revisión del quinto programa de acción, también de 1995; El medio ambiente en Europa: segundo informe, de 1998 y, finalmente, El medio ambiente en la Unión Europea en el umbral del siglo XXI: hechos y percepciones, de 1999. Respecto de este último informe hay que destacar que presenta una visión general sobre la situación del medio ambiente en el territorio comunitario hasta 2010 y las repercusiones del desarrollo económico en este campo. Respecto de la gestión de los recursos hídricos presenta una situación poco halagüeña, tanto en la situación que presenta en la actualidad como en las previsiones hacia el futuro, sobre todo en las zonas marinas y el litoral.
9. *Vid.* XV Informe Anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (1997), DO C 250, de 10 de agosto de 1997, sobre el as. Comisión/Grecia, C-45/91 que termina con la sentencia de 4 de julio de 2000, en el as. Comisión/Grecia, C-387/97, Rec. 2000, pgs. 5047 y ss.

78/319, en materia de medio ambiente. La condena consistió en una multa coercitiva que finalmente el Tribunal fijó en 20.000 euros por día de retraso en la adopción de las medidas para cumplir la sentencia anterior, donde el TJCE había declarado el incumplimiento de Grecia.

De este primer pronunciamiento del TJCE se pueden extraer algunas conclusiones: en primer lugar que cabe la aplicación retroactiva del artículo 228.2º a casos iniciados antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht siempre que la fase de aplicación del procedimiento del citado artículo se iniciara con posterioridad a dicha entrada en vigor (en efecto, la sentencia incumplida tiene fecha de abril de 1992 aunque la aplicación del 228.2º se inicia en 1997, como hemos señalado); en segundo lugar, la carga de la prueba recae sobre la Comisión, que deberá demostrar la falta de ejecución de la sentencia condenatoria por incumplimiento y, por último, que el hecho de que el primer caso de aplicación de este precepto haya sido en un asunto de medio ambiente y que la Comisión haya elegido la multa coercitiva y no la sanción es indicativo de la importancia a todos los niveles de la política medioambiental comunitaria<sup>10</sup>.

### **3. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM Y EL CONCEPTO DE DESARROLLO SOSTENIBLE**

El Tratado de Amsterdam otorga una competencia muy amplia a las instituciones comunitarias para actuar en esta materia y traslada el principio de integración de las exigencias de protección del medio ambiente a la definición y a la realización de las demás políticas y acciones comunitarias, de modo que se puede afirmar que la política medioambiental comunitaria es una política de carácter horizontal y afecta a todo el quehacer comunitario configurándose como principio general inspirador de la actuación comunitaria, pues si antes se encontraba recogida entre las políticas comunitarias solamente como una más, desde el Tratado de Amsterdam el mandato de alcanzar un nivel elevado de protección ambiental se traslada a la Parte primera del Tratado, dedicada a los principios generales de la Comunidad, en el actual artículo 6 del TCE<sup>11</sup>. La referencia al desarrollo sostenible constituye una novedad del Tratado de Amsterdam y enlaza con la referencia que se incluyó en el artículo 2, relativa al desarrollo sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad<sup>12</sup>.

A pesar de lo dicho, hay que advertir que si bien en el plano teórico está bien establecido que la política medioambiental comunitaria es una política horizontal, hay que reconocer que su aplicación práctica supone grandes dificultades pues hay

---

10. Sobre este asunto en particular *vid.* SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz (2000).

11. Que dice textualmente: «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

12. Respecto al concepto de «desarrollo sostenible» hay que tener en cuenta el documento de la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas de 1987, titulado «Nuestro futuro común» (denominado también Informe Brundtland, por su autora), que indica: «Por desarrollo sostenible se entiende el desarrollo que cubre las necesidades actuales sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades».

políticas y acciones comunitarias en las que la protección medioambiental funciona como un filtro, a veces muy difícil de aplicar, como por ejemplo, la política de transportes, o la política industrial, y a lo que se aspira en estos casos concretos es a limitar los efectos negativos que estas políticas puedan tener sobre el medio ambiente. En este sentido hay que destacar que este principio de integración no implica, como deseaban algunas delegaciones durante las negociaciones del Tratado de Amsterdam, que la protección medioambiental imponga la introducción de nuevos requisitos en las diferentes políticas, por ejemplo<sup>13</sup>.

Además, no existen mecanismos que garanticen de forma absoluta que en la realización de las políticas y acciones comunitarias se respete el medio ambiente; así, normalmente, lo que sucede en las mejores situaciones es que en los preámbulos de las normas comunitarias se declara que se ha tenido en cuenta el respeto al medio ambiente. Por otra parte, el Tratado de Amsterdam incluye en una Declaración aneja al Acta Final, en la que se contiene el compromiso, por parte de la Comisión, de elaborar estudios de evaluación de impacto ambiental<sup>14</sup>.

Pero la modificación más importante que el Tratado de Amsterdam introduce en materia de medio ambiente es el concepto de desarrollo sostenible<sup>15</sup> que se recoge en diversos artículos del nuevo Tratado: en el preámbulo (en el séptimo considerando y no en un considerando separado como quería Dinamarca), en el

13. Así, algunos Estados presentaron propuestas en este sentido que no fueron aceptadas por los demás socios: Suecia propuso un nuevo artículo en el que se previera que toda propuesta de la Comisión incluyera una evaluación de las implicaciones medioambientales previsibles; Alemania, Austria, Finlandia y Suecia propusieron enmiendas en materia de libre circulación de mercancías intentando proteger el medio ambiente y el medio de trabajo; Austria, Dinamarca y Suecia intentaron introducir algunos requisitos de protección medioambiental en la PAC con conceptos como el de «producción agrícola ecológicamente viable»; Suecia propuso como nuevo objetivo de la política común de transportes el respeto al principio de «desarrollo vial desde la perspectiva del medio ambiente» y junto con Austria y Dinamarca propusieron medidas que implicaban, entre otras cosas, generalizar las ecotasas en el conjunto de la Unión, con el aumento lógico de los costes del transporte por carretera y, finalmente, Austria, Dinamarca y Suecia formularon propuestas en materia de redes transeuropeas con la finalidad de tener en cuenta las exigencias de desarrollo sostenible y mejora de la calidad del medio ambiente en esta política (*vid.*, entre otros, los documentos CONF/3966/96, CONF/3852/96, CONF/3904/96, CONF/3922/96, CONF/3910/96 y CONF/3919/96).
14. La Declaración núm. 12 indica: «La Comisión se compromete a elaborar estudios de evaluación de impacto ambiental cuando formule propuestas que puedan tener repercusiones importantes en el medio ambiente». Es una Declaración más ambiciosa que la Declaración relativa a la evaluación de las repercusiones de las medidas comunitarias sobre medio ambiente que se adoptó en la Conferencia Intergubernamental de 1992, ya que en ésta el compromiso de la Comisión era, en general, «tener plenamente en cuenta los efectos sobre el medio ambiente» cada vez que hacía sus propuestas, pero a la vez más limitada, ya que el compromiso del 92 no estaba circunscrito a las propuestas susceptibles de tener repercusiones importantes, sino que valía para todo tipo de repercusiones.
15. En efecto, el Consejo Europeo de Florencia (de los días 21 y 22 de junio de 1996) pide a la Presidencia irlandesa que trace las líneas generales de un proyecto de revisión de los Tratados para la reunión de Dublín y que apunte en particular a los siguientes objetivos: «(...) debe estudiarse la forma de aumentar y mejorar por medio del Tratado la eficacia y la coordinación de los esfuerzos que realizan tanto los gobiernos como los interlocutores sociales (...) haciendo la protección del medio ambiente más efectiva y coherente al nivel de la Unión Europea para asegurar el desarrollo sostenible».

artículo 2 del TUE (antiguo artículo B), en el artículo 2 del TCE<sup>16</sup> y también en el artículo 3C ampliando así los objetivos de la Comunidad con el nuevo principio de integración de las exigencias medioambientales al que ya hemos hecho referencia.

Así, se forman dos grandes tendencias en torno a este concepto: la de Alemania, Austria, Dinamarca y Suecia que defendían la modificación del artículo B para introducir allí el concepto de desarrollo sostenible como una obligación de resultado entre los objetivos de la Unión. La otra tendencia estaba representada por países como España que no quitaban importancia al medio ambiente y que apoyaban la introducción de este concepto pero consideraban importante, dado su nivel económico menor a los países de la primera tendencia, que se mantuviera la referencia al desarrollo equilibrado. Finalmente, como se sabe, la fórmula que se adoptó fue un ejemplo de equilibrio en las negociaciones que se habla de un «desarrollo equilibrado y sostenible».

Respondiendo a propuestas concretas de Alemania, Austria, Dinamarca, Suecia, Bélgica y Reino Unido se logró al fin una fórmula de consenso en el citado artículo. Para España era muy importante que los objetivos de protección medioambiental no desplazaran al desarrollo económico, especialmente teniendo en cuenta que el sistema de toma de decisiones en materia medioambiental en este Tratado es el de mayoría cualificada.

Por otra parte, hay que señalar que la política medioambiental comunitaria ha sido tradicionalmente considerada como un campo de competencias compartidas entre la Comunidad y sus Estados miembros, excepto en materia de conservación de los recursos biológicos del mar, donde se reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad insertando esta tarea en la política de pesca (en este sentido es representativa la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1981, Comisión/Reino Unido, as. 804/79, Rec. 1981, pgs. 1045 y ss.). En materia de competencias compartidas se habla, por una parte, de la técnica de la concurrencia, según la cual los Estados miembros son libres de adoptar su propia normativa si no existe legislación comunitaria, pero una vez que la Comunidad ha intervenido, tiene primacía la legislación comunitaria, que se convierte en imperativa tanto para las acciones pasadas como para las futuras de los Estados miembros<sup>17</sup> (esta es la técnica

---

16. Señala el Representante permanente adjunto español (*vid.* NAVARRO PORTERA, Miguel Angel, (1998), que la solución que propugnaban los países nórdicos junto con Alemania, Bélgica y el Reino Unido hubiera sido claramente antiohensiva y hubiera hipotecado el potencial de crecimiento español (nos hubiera hecho perder nuestra situación de discriminación positiva en reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, por ejemplo, y nos hubiera obligado a realizar a medio plazo inversiones medioambientales muy cuantiosas, para las que no estábamos preparados y que, además, iban mucho más lejos que nuestros compromisos en el marco del Convenio de Río de Janeiro).

17. LOZANO CUTANDA, Blanca, (2001), indicaba que la intervención comunitaria se podía producir bien con base en el artículo 95 TCE en relación a la consecución del mercado interior, bien según el procedimiento regulado en el artículo 175 TCE en relación a la regulación de la protección del medio ambiente en ámbitos que no tuvieran relación con el mercado interior. Respecto de estas cuestiones relativas a la base jurídica de la competencia comunitaria hay que añadir que el Tribunal de Justicia se ha ocupado del asunto no exclusivamente para el medio ambiente, ya que la selección de la base jurídica apropiada es algo que se suscita en otras políticas comunitarias; se puede decir que el criterio establecido por el Tribunal de

utilizada en la política de medio ambiente comunitaria) y, por otra parte, de la técnica de las competencias compartidas complementarias, que no implican que la actuación comunitaria sustituya a la de los Estados miembros, sino que la acción de la Comunidad simplemente apoya o complementa a la acción de los Estados miembros.

En cuanto al sistema de toma de decisiones se ha pasado del procedimiento de cooperación al de codecisión por mayoría cualificada<sup>18</sup>, de modo que el Parlamento Europeo se convierte en colegislador en esta materia y, por otra parte, se introduce la consulta al Comité de las Regiones. Además, en este Tratado se introduce la posibilidad de utilizar el sistema de cooperaciones reforzadas, también en materia medioambiental, lo que hace que los Estados interesados puedan usar este sistema para avanzar en materias todavía pendientes como la fiscalidad<sup>19</sup>, ya que hay obstáculos serios planteados por algunos Estados para tomar decisiones en estos asuntos. Hay que tener en cuenta que el Tratado de Niza, actualmente vigente, establece la posibilidad de que existan cooperaciones reforzadas en esta materia sin la necesidad de una mayoría de miembros, y además ya no se exige la unanimidad para comenzar un sistema de cooperación reforzada, según se establece en los artículos 43 y siguientes del TUE.

Esta es la vía que consideramos más idónea para los países que desean avanzar más en materia medioambiental, como los nórdicos, Austria, y en determinados temas, Alemania y los del Benelux, países que se destacaron en la negociación de Amsterdam por defender una reforma profunda de las disposiciones en materia de medio ambiente, buscando un mayor nivel de protección comunitario pero también la posibilidad de elevar el nivel de protección nacional y hacer que la protección medioambiental se convirtiera en un principio superior que primase

---

Luxemburgo es que debe identificarse el objetivo primordial del acto comunitario concreto, mediante el análisis de sus fines y contenido, excluyendo las consecuencias que pueda suponer para otras políticas comunitarias relacionadas (en este sentido vid. sentencia de 25 de febrero de 1999, Parlamento/Consejo, as. C-164/97 y C-165/97, Rec. 1997, pgs. I-1153 y ss., donde se plantea un conflicto de bases jurídicas entre la política agraria y la de medio ambiente).

18. Como se sabe, quedan configurados como excepción a este procedimiento la toma de decisiones por unanimidad en materia esencialmente fiscal, de ordenación del territorio y utilización de suelos, gestión de recursos hídricos y medidas que afecten significativamente a la elección por parte de un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía. Había una propuesta de Austria, apoyada por Italia, Irlanda, los nórdicos y la Comisión, que propugnaba la implantación también en estos campos, de la mayoría cualificada, sin embargo, dicha propuesta no prosperó por oposición de Francia, Alemania, Reino Unido, Países Bajos y España, que defendían el carácter cuasiconstitucional y de la más alta sensibilidad de estas cuestiones.
19. En cuanto a los asuntos fiscales y a la dificultad para tomar decisiones en este campo se puede señalar que Dinamarca propuso un Protocolo al Tratado de Amsterdam sobre tipos mínimos de tasas medioambientales comunes, en el que se decía que no tendrían carácter fiscal y cuya base jurídica sería el actual 175.1<sup>o</sup>, dando posibilidad de fijar tasas más elevadas a nivel nacional y afectar a los ingresos del presupuesto nacional, lo que implicaba cierta armonización fiscal medioambiental en la Unión Europea por mayoría cualificada, lo que hizo que rápidamente se descartara dicha propuesta por una amplia oposición de la Conferencia Intergubernamental. Finalmente, hay que tener en cuenta que el Consejo Europeo de Niza da primacía a los incentivos en materia de medio ambiente, sobre todo en materia fiscal, dado que se quiere elaborar una estrategia europea para el desarrollo sostenible y estos incentivos pueden ser determinantes para su éxito.

sobre los objetivos específicos de un buen número de políticas comunes, con lo que lograrían exportar sus mayores costes medioambientales, mientras que el resto de los Estados no quieren verse continuamente forzados a aceptar las tendencias maximalistas de los Estados citados pues ello implicaba asumir costes medioambientales más elevados que, en algunos casos, resultaban innecesarios, puesto que los países del Norte por consideraciones de política interna habían absorbido de facto estos costes<sup>20</sup>.

#### **4. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL TRATADO DE NIZA**

El Tratado de Niza introduce algunas modificaciones en materia de medio ambiente aunque las posturas más radicales finalmente no fueron admitidas: efectivamente las posturas que propugnaban la supresión total del apartado 2 del artículo 175 (que recoge los casos excepcionales en que las decisiones se tomarán por unanimidad) se rechazaron y finalmente lo que se hizo fue reelaborar esa disposición precisando sus términos, que habían dado lugar a dudas y polémicas, especialmente en lo que se refiere a la «gestión de los recursos hídricos» en la sentencia del TJCE de 30 de enero de 2001, en el asunto 36/98, España/Consejo, se anticipa la modificación introducida por el Tratado de Niza en el sentido de que la expresión «gestión de los recursos hídricos» se refiere a la gestión cuantitativa y a las «medidas que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos», propuesta introducida por Austria.

Así, se mantienen las cinco excepciones existentes en el Tratado de Amsterdam en que las decisiones se tomarán por unanimidad, mientras que la norma general seguirá siendo la mayoría cualificada. A la hora de interpretar dichas excepciones debe tenerse en cuenta la voluntad del legislador comunitario en el sentido de que su idea al modificarlas no ha sido extender la limitación relativa al abastecimiento energético a los ámbitos de la ordenación territorial, gestión de los recursos hídricos y utilización del suelo, ya que la propuesta que así lo contemplaba fue rechazada. Por otra parte y a instancias de Dinamarca, la Conferencia aprobó una declaración constatando la voluntad de que la Unión Europea realice una función impulsora de la protección del medio ambiente tanto en la Unión como en el plano internacional<sup>21</sup>.

Respecto al Derecho derivado de las disposiciones del Derecho originario que hemos analizado hasta aquí, hay que señalar que las normas medioambientales comunitarias se han ido agrupando por sectores que se pueden clasificar, tal como lo ha hecho la propia Comunidad, en los siguientes:

20. *Vid.* en este sentido lo que indica NAVARRO PORTERA, Miguel Angel, (1998), pgs. 142 y 143), que sigue siendo cierto hoy, sobre todo teniendo en cuenta las dos últimas ampliaciones.
21. *Vid.* Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría de Estado de Asuntos Europeos, Tratado de Niza. Memoria justificativa para el expediente de ratificación del Tratado de Niza, Madrid, 2001, pgs. 53 y ss.

- desarrollo sostenible
- gestión de residuos
- molestias sonoras
- contaminación atmosférica
- protección y gestión de las aguas
- protección de la naturaleza y de la biodiversidad
- protección del suelo
- protección civil
- cambio climático

Sobre todos estos campos se han ido elaborando distintos instrumentos normativos a partir de los años setenta (ya son más de doscientos), tendentes a limitar la contaminación introduciendo normas mínimas, sobre todo en materia de gestión de residuos y contaminación del agua y del aire. Esto, desde luego, no ha conseguido evitar el deterioro del medio ambiente en la Unión Europea pero ha ayudado a que la opinión pública tome conciencia de la importancia del problema y de la necesidad de un enfoque concertado no sólo a escala europea sino internacional.

Gran parte de las normas adoptadas en esta materia tienen la forma de directivas (como la Directiva marco de la que posteriormente trataremos), puesto que lo conveniente en esos abundantes casos era dejar a los Estados miembros libertad para elegir los medios de proteger el medio ambiente estableciendo un nivel mínimo en todo el territorio comunitario. Otras normas, en cambio, tienen la forma de reglamentos, decisiones, pero también se han utilizado muy intensamente instrumentos normativos *sui generis*, instrumentos no vinculantes, etc. como los Programas, de los que hablaremos más adelante, los Libros verdes y blancos, las comunicaciones y otros.

Hay que tener en cuenta que el proceso de construcción europea ha sido acusado en ocasiones de favorecer el desarrollo económico y el comercio en detrimento de la protección medioambiental, por lo que la labor en este campo, que ha sido una de las más intensas en cuanto a desarrollo normativo, ha servido para constatar la necesidad de unir estos dos conceptos (desarrollo económico y protección del medio ambiente), lo que se ha puesto de manifiesto muy recientemente, al irse destacando cada vez más la faceta medioambiental del desarrollo económico en la Comunidad Europea, reconociéndose que éste último no puede basarse en el agotamiento de los recursos naturales.

A este respecto es de destacar la evolución en el llamado proceso de Lisboa que nace en el Consejo Europeo de Lisboa, celebrado los días 23 y 24 de marzo de 2000 suponiendo un gran giro en la confección de políticas en Europa. Fue la primera vez que los Jefes de Estado asistían a un Consejo centrado específicamente

en la reforma económica en el seno de la Unión Europea, que partía de tres años de actividad para establecer un nuevo marco de trabajo en el ámbito de la política económica y social con el fin de alcanzar mayores niveles de crecimiento, productividad, empleo e inclusión social. La principal conclusión que se extrajo en Lisboa fue la siguiente:

*«La Unión Europea se ha fijado hoy un nuevo objetivo estratégico para la próxima década: convertirse en la economía mundial más competitiva y dinámica basada en el conocimiento, capaz de mantener el crecimiento económico con más y mejores puestos de trabajo y una mayor cohesión social».*

El Consejo de Lisboa autorizó el desarrollo de un conjunto de indicadores estructurales para respaldar los análisis del grado de consecución del objetivo de Lisboa. Dichos indicadores abarcan los seis aspectos principales del proceso de reforma económica: situación económica general, empleo, innovación e investigación, reforma económica, cohesión social y medio ambiente. En relación a este último punto la Comisión presentó en 2003 una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo titulada *«Hacia una estrategia temática para el uso sostenible de los recursos naturales»*. Esta comunicación constituye una primera etapa en la elaboración de la estrategia temática relativa a la utilización y la gestión duradera de los recursos prevista por el Sexto Programa de Acción Comunitaria para el Medio Ambiente. Lanza un debate sobre un marco de utilización de los recursos previstos en los objetivos del proceso de Lisboa y la estrategia de la Unión en favor del desarrollo sostenible<sup>22</sup>.

## **5. LA FALLIDA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA Y EL TRATADO DE LISBOA EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL**

Aunque ahora nuestro Derecho vigente en el plano comunitario lo constituye el Tratado de Niza, habrían de tenerse en cuenta los, por ahora dos intentos de reformarlo, la fallida Constitución para Europa y el nuevo Tratado de Lisboa. Ambos hacen aportaciones a la política comunitaria de protección del medio ambiente que, según todos los indicios, no van a ser llevadas a la práctica, al menos por medio de los textos mencionados.

El Tratado de Lisboa modifica los artículos 174 y 175 e incluye también un aspecto especialmente relevante que el Tratado Constitucional no había considerado en su articulado y que durante los últimos meses del llamado «período de reflexión» había ido abriéndose hueco en la agenda comunitaria: el cambio climático. Efectivamente, el Tratado de Lisboa incluye una referencia explícita a «la necesidad particular de luchar contra el cambio climático con medidas a nivel internacional» dentro del artículo relativo al medio ambiente. Esto supone una ampliación respecto de lo contemplado en el Tratado constitucional: los objetivos de la política de la Unión en materia de medio ambiente habían sido completados por el Tratado Constitucional añadiendo a lo estipulado por el Tratado de Niza

---

22. Vid. Bol. 10-2003, punto 1.4.25 y COM (2003) 572 final.



«el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente». A este objetivo, la reforma de 2007 ha añadido la frase «y en particular a luchar contra el cambio climático». Ciertamente, buena parte de esas medidas podrían haberse adoptado con fundamento en las actuales competencias comunitarias, si existiese, claro está, la voluntad política de hacerlo. Así, la derivación competencial externa a partir de la competencia interna existente en materia de medio ambiente sería a nuestro juicio más que suficiente para adoptar las pretendidas acciones en materia de cambio climático. Con todo, no está de más su inclusión. Acaso facilite la adopción de este tipo de acciones por la Unión y con seguridad transmite a la opinión pública de los Estados que ya habían ratificado el Tratado Constitucional la sensación política de una cierta compensación.

## II. LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA DE AGUAS COMUNITARIA HASTA LA ELABORACIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO

De entre la legislación medioambiental comunitaria es en la protección de los recursos hídricos donde se presenta un conjunto normativo más numeroso, más elaborado y más complejo. Efectivamente, la acción comunitaria en materia de aguas comienza a desarrollarse a partir de los años 70 y desde aquellos momentos hasta ahora el conjunto de normas adoptadas ha ido creciendo en número pero también en complejidad<sup>23</sup>. Hay que advertir, en primer lugar, que no existe realmente una política comunitaria de aguas hablando estrictamente, sino que lo que existe es una política comunitaria del medio ambiente en donde la protección de las aguas representa uno de los elementos prioritarios a considerar, a pesar de que en algunos documentos comunitarios se haga referencia específicamente a este concepto, como por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre «La política de aguas de la Comunidad Europea»<sup>24</sup> o en la Directiva 2000/60/CE por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, de la que después trataremos<sup>25</sup>.

Así, las instituciones comunitarias, utilizando las bases jurídicas disponibles en cada momento de esta evolución, han ido adoptando normas para la protección

23. Respecto a la política comunitaria de aguas se pueden consultar FANLO LORAS, Antonio, (1998), «La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua», en EMBID IRUJO, Antonio (dir.) *El nuevo Derecho de agua: las obras hidráulicas y su financiación*, Madrid, Seminario de Derecho del agua de la Universidad de Zaragoza, Confederación Hidrográfica del Ebro y Civitas, pg. 183, así como REICHERT, Goetz, (2005), «The European Community's Water Framework Directive: A Regional Approach to the Protection and Management of Transboundary Freshwater Resources?», en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence et SALMAN, Salman M. A. (dir.), *Les ressources en eau et le droit international – Water Resources and International Law*, Académie de Droit international, Martines Nijhoff Publishers, pgs. 429 y ss., así como mi reciente contribución en la obra colectiva Antonio EMBID IRUJO (dir.), (2007), *Diccionario de aguas (vid. la voz «Derecho comunitario de aguas»)*, Madrid, Iustel.

24. Vid. COM (96) 59 final, de 21 de febrero de 1996.

25. Adoptada por el Parlamento Europeo y por el Consejo el 23 de octubre de 2000, DOCE L 327, de 22 de diciembre de 2000.

de las aguas comunitarias y en este aspecto hay que destacar que numerosos autores han propuesto diferentes etapas para clasificar dicha evolución, de tales propuestas tomaremos la que hace REICHERT<sup>26</sup> distinguiendo tres etapas hasta la adopción de la Directiva marco:

– La primera etapa, entre 1973 y 1980, en la que el foco de atención sería el control de la contaminación para proteger la calidad de las aguas lo que, desde el punto de vista del autor, es un problema de más fácil resolución que otros que se producen en el campo de la protección de las aguas. A este respecto el Primer Programa de Acción medioambiental propone dos estrategias, de una parte limitar las emisiones de determinadas sustancias en las aguas y, de otra parte, señalando objetivos de calidad de las aguas teniendo en cuenta los diferentes usos de las aguas: agua potable, aguas de baño, aguas aptas para la vida de los peces o para la cría de moluscos y aguas residuales urbanas. Estas directivas, varias de las cuales no están actualmente vigentes, responden normalmente a un esquema común, estableciendo estándares o valores mínimos para la calidad de estas aguas, exigiendo la elaboración de planes o programas a los Estados, necesarios para respetar estos estándares.

– La segunda etapa, entre 1980 y 1991, se caracteriza por la percepción de las insuficiencias que caracterizaban a la etapa anterior, por ejemplo, el que la legislación comunitaria en materia de aguas se hubiera centrado excesivamente en una de las fuentes de contaminación (los usos industriales), marginando las otras posibles fuentes (usos domésticos e industriales). El resultado es la Directiva del Consejo 91/271/CE relativa al tratamiento de las aguas residuales urbanas<sup>27</sup> que se refiere a la recogida, tratamiento y vertido de las aguas residuales urbanas, así como al tratamiento y vertido de las aguas residuales de algunos sectores industriales. La finalidad de la Directiva es proteger el medio ambiente contra todo deterioro debido al vertido de esas aguas, para lo que se establece un calendario que los Estados miembros deben respetar para equipar las aglomeraciones urbanas, que cumplen los criterios establecidos en la Directiva, de sistemas colectores y de tratamiento de las aguas residuales.

– La tercera y última etapa antes de la adopción de la Directiva marco se produce entre 1991 y 2000, período en el que se percibe la necesidad de una reforma en este campo de la acción medioambiental comunitaria, evitando la fragmentación existente y constatando que la implementación de las normas en el ámbito nacional deja mucho que desear en la mayoría de los casos<sup>28</sup>. Por ello, se inicia un proceso de reforma de la legislación protectora de los recursos hídricos del territorio comunitario, buscando integrar los aspectos cuantitativos y cualitativos de su gestión, además de desarrollar acciones por un uso racional del agua. El

---

26. *Vid.* REICHERT, Goetz, (2005), pgs. 432 y ss.

27. Directiva de 21 de mayo de 1991 (DO L 135, de 30 de mayo de 1991).

28. De hecho, se puede señalar que en el año 2001 nueve de los entonces Estados miembros habían sido declarados incumplidores del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia en cuarenta y dos casos concernientes a diecisiete directivas en materia de aguas.

resultado final de este período es la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas<sup>29</sup> que pretende implantar varios cambios: expandir el punto de vista a la protección de todo tipo de aguas integrándolas en cuencas, introducir el llamado «enfoque combinado» de valores límite de emisiones y estándares de calidad de las aguas que se trataban separadamente en las primeras directivas de los 70, intensificar la participación de los ciudadanos, así como instaurar precios de agua adecuados. En estos cuatro aspectos vamos a centrar nuestro somero análisis de esta importante norma jurídica.

### III. LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS

Hay que comenzar diciendo que es durante la vigencia del V Programa de acción medioambiental cuando se elabora esta Directiva, la más significativa en materia de aguas en el proceso de construcción comunitario. La Directiva marco abre unas perspectivas nuevas para el desarrollo de la política de aguas en la Comunidad y constituye un nuevo estadio en la construcción de esta política comunitaria, pues implica la racionalización de todo el conjunto legislativo que existía hasta este momento que era un grupo normativo fragmentado como ya hemos señalado; la nueva norma, por el contrario, ofrece un enfoque integrado y global y va a permitir que en estos años la Comunidad lleve a cabo una completa renovación de su política de aguas. Además, la Directiva marco reconoce que la política comunitaria de aguas, al igual que toda la política medioambiental comunitaria, debe ser una política horizontal que afecte a «(...) otros ámbitos políticos comunitarios, tales como las políticas en materia de energía, transporte, agricultura, pesca, política regional y turismo», tal como indica el punto 16 de su preámbulo.

La Directiva marco realiza, pues, una aproximación a la gestión de las aguas comunitarias que, en nuestra opinión, confluye en la idea general de globalidad, de integridad de las aguas, que es el centro de esta norma. Lo dicho se deduce del contenido de su primera disposición; efectivamente, el artículo 1.a) habla de prevenir todo deterioro adicional, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos.

La Directiva marco parte de una idea fundamental, que es la de que las diferentes partes del ciclo hidrológico se encuentran interconectadas, relacionadas, y no solamente en lo que se refiere a las aguas propiamente dichas, sino que esta relación implica también los ecosistemas que las rodean, el clima, etc. y que esa conexión que existe naturalmente no puede romperse de manera artificial. En consecuencia, los distintos componentes no pueden ser regulados de manera aislada y así, en contraste con el enfoque sectorial que caracterizaba la legislación anterior la Directiva marco propone un nuevo enfoque:

29. Vid. COM (97) 49 final.

## 1. UN ENFOQUE GLOBAL Y ECOLÓGICO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

La Directiva que comentamos tiene como objetivo crear un marco legislativo coherente, global y transparente en la gestión de las aguas comunitarias con el fin de protegerlas y darles un uso sostenible. Con este objetivo, la DMA deroga varias de las Directivas adoptadas a lo largo de los treinta años anteriores y para ello establece unos períodos transitorios de siete y trece años tras su entrada en vigor, que tuvo lugar el día de su publicación en el DOCE, el 22 de diciembre de 2000 (las medidas a derogar en estos plazos se recogen en el artículo 22 de la DMA).

En este sentido, podemos distinguir entre las disposiciones de la Directiva varias aproximaciones a la gestión de las aguas comunitarias que, en nuestra opinión, aún partiendo de distintos puntos de vista, confluyen en la idea general de globalidad, de integridad de las aguas, que es el centro de esta norma. En primer lugar, existe una aproximación «ecosistémica» o ecológica<sup>30</sup> ya que el artículo 1.a) habla de prevenir todo deterioro adicional, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos. Así, las preocupaciones no se centran en un uso concreto del agua, o en un tipo concreto de agua (dulce o salada) sino que se tiene en cuenta una zona amplia de un determinado territorio y se aplican a esa zona las disposiciones medioambientales sin acepción concreta, en principio (aunque en algunos casos se hagan especificaciones para zonas determinadas, por ejemplo, el artículo 4 establece diferentes objetivos medioambientales para las aguas superficiales, las aguas subterráneas y las zonas protegidas) y por ello, el ámbito de aplicación comprende tanto las aguas superficiales como las de transición, las aguas costeras y las subterráneas, por lo que constituye una visión novedosa incluso entre las legislaciones nacionales<sup>31</sup> que normalmente tratan de forma separada las aguas dulces y las saladas.

Las definiciones de cada uno de los tipos de agua se encuentran claramente especificadas en el artículo 2 de la Directiva, dedicado íntegramente a esta labor. Respecto a la definición de aguas superficiales hay que señalar que el concepto de aguas territoriales desaparece del texto definitivo de la Directiva marco, aunque sí

---

30. La Convención de Nueva York de 1997 sobre el Derecho relativo a los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en su artículo 20 trata de la protección y de la preservación de los ecosistemas de la manera siguiente: «Los Estados del curso de agua protegerán y preservarán, individual y, cuando proceda, conjuntamente, los ecosistemas de los cursos de agua internacionales».

31. La legislación española habla de la Gestión Integral del Agua (GIA) y en este concepto se encuentran recogidas las aguas superficiales pero también las subterráneas (Ley de Aguas de 1985 reforzada a este respecto por las sucesivas reformas de 1999, 2001 y 2003). OLSEN señala que la Ley de Aguas de 1985 organiza la gestión de las aguas en torno al concepto de cuenca pero que otras legislaciones de Estados miembros de la Comunidad no tienen en cuenta tal concepto, por lo que la aplicación de la Directiva será más difícil (*vid.* OLSEN, Asger [2001] «The new water framework Directive. Prospects for sustainable water policy for the coming decades», *International Conference Spanish Hydrologic Plan and Sustainable Water Management. Environmental aspects, water reuse and desalination*, June, 13<sup>th</sup>-14<sup>th</sup>, Zaragoza [Spain]; <http://circe.cps.unizar.es/>.)

se encontraba en los documentos preparatorios<sup>32</sup>; aparece casi exclusivamente en la definición de las aguas superficiales y continentales, pero es un concepto clave; en todo caso son aguas marinas, lo que está claro si acudimos al Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmado en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 que en sus artículos 2 y siguientes define las dimensiones del mar territorial de un Estado haciendo referencia a un concepto utilizado por la Directiva: la línea de base, que normalmente es la línea de bajamar a lo largo de la costa, tal y como aparece fijada en las cartas reconocidas oficialmente por cada Estado ribereño (en nuestra opinión, esta necesidad de acudir a conceptos del Derecho internacional apoya la idea de que el Derecho comunitario es un ordenamiento especializado dentro del Derecho internacional, y a él debe acudir en caso de lagunas).

Respecto de las aguas costeras, hay que señalar que esto es una innovación de esta Directiva y una de las razones de tal inclusión es que, en primer lugar, como ya hemos reiterado, el principio de integración juega un importante papel en esta norma comunitaria y, en segundo lugar, había algunas delegaciones especialmente interesadas en que las aguas saladas estuvieran dentro del campo de aplicación de esta Directiva, con el objeto de cubrir las obligaciones recogidas en los acuerdos internacionales<sup>33</sup>. En cuanto a las aguas subterráneas, la definición no planteó ningún problema en las negociaciones y la que se estableció en los documentos de trabajo pasa sin cambios al texto definitivo<sup>34</sup>. Sin embargo, hay que hacer notar que las aguas subterráneas no son siempre unidades fácilmente identificables, ni siquiera en la Directiva queda clara su pertenencia o no al concepto de cuenca hidrográfica que luego trataremos<sup>35</sup>.

32. La Comisión dejó constancia de sus reservas sobre esta supresión [vid. Informe de situación del COREPER al Consejo, Bruselas, 17 de marzo de 1998, Expediente interinstitucional núm. 97/0067 (SYN), nota 1, pg. 5]. En nuestra opinión es importante señalar que los redactores de la Directiva, en ocasiones, incurrieron en algunos errores que pueden llevar a confusión, como el hecho de que en algunas ocasiones se hable de forma separada de aguas territoriales y marinas, como si fueran diferentes. Esto sucede en los documentos de trabajo pero pasa al texto definitivo en el artículo 1, en su penúltimo guión, cuando indica que la Directiva intentará contribuir, entre otras cosas, a «proteger las aguas territoriales y marinas...». Concretamente, la Comisión, en los documentos de trabajo, señalaba que prefería no suprimir la noción de aguas territoriales pero mantener así mismo, la noción de aguas marinas, por lo que la Presidencia del momento sugirió que se adaptase la definición de «aguas superficiales» si finalmente las «aguas territoriales» se suprimían de la Directiva, cosa que, como sabemos, no ocurrió [vid. Informe de situación del COREPER al Consejo, Bruselas, 17 de marzo de 1998, Expediente interinstitucional núm. 97/0067 (SYN), nota 5, pg. 8].
33. Son concretamente las delegaciones de Dinamarca, Suecia y Finlandia, además de la Comisión, quienes hacen hincapié en esta idea en los debates [vid. Informe de situación del COREPER al Consejo, Bruselas, 17 de marzo de 1998, Expediente interinstitucional núm. 97/0067 (SYN), nota 1, pg. 4]. Por contra, para España la inclusión de las aguas costeras va a implicar problemas en la transposición de la norma comunitaria, ya que nuestro ordenamiento interno regula tradicionalmente de forma claramente separada las aguas saladas (Ley de Costas) y las aguas dulces (Ley de Aguas).
34. «Todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo y el subsuelo». Hay que tener en cuenta que ya existía una regulación anterior en materia de aguas subterráneas, específicamente relativa a su contaminación por determinadas sustancias peligrosas (Directiva 80/68/CEE de 17 de diciembre de 1979) que ha sido ya sustituida por una nueva Directiva en el año 2006.
35. A pesar de lo señalado, la solución de la cuenca hidrográfica, según la Comunicación de la

Así, el campo de aplicación de esta Directiva es mucho más amplio que el de otras normas comunitarias sobre gestión del agua, ya que incluye el medio marino y las aguas dulces, como acabamos de constatar. En este sentido, aparece la noción de masa de agua, que servirá para ayudar a disociar los distintos elementos del medio acuático<sup>36</sup>, incluyendo todos los recursos hídricos disponibles en el territorio comunitario, no sólo los naturales, sino también los creados por la actividad humana de modo artificial, lo que añade otro elemento novedoso al campo de aplicación de la Directiva marco, puesto que hasta el momento las Directivas de aguas se habían ocupado de masas de agua de origen natural.

En todo caso, podemos decir que es una visión novedosa de la gestión de las aguas, incluso desde el punto de vista de las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembros que, en general, trataban separadamente las aguas dulces y las saladas, cosa que ocurría, por ejemplo, en la legislación española.

## **2. UN PLANTEAMIENTO COMBINADO CONTRA LA CONTAMINACIÓN DEL AGUA**

Entre las disposiciones de la Directiva que se ocupan de la contaminación del agua, el artículo 10 indica la necesidad de un planteamiento combinado para las fuentes puntuales y para las fuentes difusas de contaminación. Esto se define en el artículo 2.36º y en el punto 40 del preámbulo y se puede explicar de la manera siguiente: como es necesario controlar los vertidos que se produzcan en las aguas superficiales, los Estados deben establecer controles de emisión o de valores límite de emisión, aplicando el principio de corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente.

Tanto para las fuentes difusas como para las puntuales, los controles que deben establecerse incluirán las mejores prácticas medioambientales, así como las indicadas ya en legislación anterior, como las Directivas 96/61/CEE, 91/271/CEE, 91/676/CEE, las Directivas enumeradas en el artículo 16 de la Directiva marco, además de las Directivas citadas en el Anexo IX y toda la legislación comunitaria pertinente. También existe la posibilidad de instaurar condiciones más estrictas según el párrafo 3º del artículo 10 de la Directiva marco.

La Directiva señala un planteamiento combinado flexible impuesto por la Comisión (valores límite de emisión y normas de calidad medioambiental) y no claramente determinado en la Directiva, porque no se fijan exactamente estos valores límites, sino que se coordinan para todos los Estados miembros tomando como referencia varias Directivas existentes pero dejando a los Estados la aplicación y/o la puesta en marcha de acuerdo al principio de subsidiariedad. Este planteamiento

---

Comisión sobre las aguas en la Comunidad [en el ya citado COM (96) 59 final, de 21 de febrero de 1996], parece la más lógica para los acuíferos subterráneos.

36. Según el artículo 2, que contiene las definiciones de la Directiva, las masas de agua pueden ser «masas de agua artificial, masa de agua muy modificada, masa de agua superficial, masa de agua subterránea». Es decir, la «masa de agua» como concepto global contiene todos los elementos de un ecosistema acuático, que se subdividen, para la Directiva, dependiendo de las exigencias medioambientales a aplicar, como veremos.

combinado debe traducirse en los programas de medidas: el artículo 11 relativo a los programas de medidas señala que las medidas enumeradas en el artículo 10 son medidas de base, es decir, exigencias mínimas.

La Directiva contiene estrategias de lucha contra la contaminación en general, a las que hace referencia el artículo 16: este es un ejemplo muy claro del carácter de «marco» de la Directiva que estudiamos y de la necesidad subsiguiente de desarrollo legislativo tanto comunitario como nacional. En efecto, esta disposición indica la obligación del Parlamento y del Consejo de adoptar medidas específicas contra la contaminación del agua por ciertos contaminantes o grupos de contaminantes que presentan un riesgo significativo para el medio ambiente acuático, especialmente para la extracción de agua potable. Este mecanismo se articula mediante propuestas de la Comisión para reducir progresivamente o para detener o suprimir progresivamente los vertidos, las emisiones y las pérdidas. Para ello, la Comisión presentó en su momento una lista fijando las sustancias prioritarias<sup>37</sup>.

### 3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS

Ya en el preámbulo, la DMA enfatiza la importancia de la información y consulta al público. El artículo 14 insta, siguiendo ese espíritu, un procedimiento de información y consulta públicas<sup>38</sup> que implica que los documentos de planificación y de gestión de los recursos hídricos son puestos a disposición del público en los diferentes plazos fijados por la propia norma y esto tiene como consecuencia el deber para los Estados miembros y para las instituciones comunitarias de informar, de consultar al público y de notificarse mutuamente los datos hidrológicos.

Así, para la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca los Estados miembros ponen a disposición del público los documentos necesarios para que los ciudadanos puedan presentar observaciones por escrito e influir en la elaboración de los documentos de gestión de la cuenca o cuencas sitas en su territorio, por lo que el sistema que insta la Directiva no es de simple información de los usuarios, sino también de participación en el proyecto, sin embargo, no se dice qué virtualidad tendrán, ni qué camino seguirán las observaciones presentadas por el público. La contrapartida a este derecho es la obligación que se impone a los Estados y a

37. El Anexo X de la Directiva se fija para esta función pero en el momento en que se adoptó la Directiva todavía estaba vacío de contenido, laguna que se colmó, con la adopción de la Decisión 2455/2001/CE, de 20 de noviembre de 2001, del Parlamento y del Consejo por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas, por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE (DOCE L 331, de 15 de diciembre de 2001). El artículo 19 de la Directiva marco prevé un mecanismo de actualización de las propuestas, de las medidas y de las estrategias derivadas del artículo 16 por el cual la Comisión presenta un plan indicativo al Comité de reglamentación creado por el artículo 21.

38. Sobre este particular aspecto de la Directiva marco, *vid.* HARRISON, Adam, (2001), *WWF's Preliminary Comments on Public Participation in the Context of the Water Framework Directive and Integrated River Basin Management*, WWF European Freshwater Programme, así como el documento del Ministerio de Medio Ambiente y la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, Mesa de Información y Seguimiento de la DMA, cuya primera parte se dedica íntegramente a la participación del público en la Directiva y a la experiencia española en este aspecto.

las instituciones de la Unión por parte de la DMA, de notificar a los otros Estados miembros y a la Comisión la información relativa a los planes hidrológicos de cuenca una vez elaborados.

Además, los Estados miembros deben elaborar una serie de documentos que la Directiva exige para la buena gestión de las aguas en cada demarcación hidrográfica: los planes de gestión, en primer lugar, que recogen un resumen del Derecho y de los usos relativos al agua en cada demarcación, según lo indicado en el artículo 13 y en el anexo VII; en segundo lugar, los programas de medidas también para cada demarcación, que contienen no sólo medidas de base sino también medidas complementarias, todas ellas recogidas en el artículo 11 de la Directiva; en tercer lugar, los programas de seguimiento, que tienen como objetivo, según el artículo 8.1º de la Directiva «obtener una visión general coherente y completa del estado de las aguas en cada demarcación hidrográfica» y, por último, los registros de zonas protegidas, que son zonas resultantes de la aplicación de algunas Directivas sectoriales en el ámbito del agua que protegen zonas designadas para la captación de agua destinada al consumo humano, zonas designadas para la protección de las especies acuáticas significativas desde el punto de vista económico, masas de agua de uso recreativo, etc.

#### **4. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO «QUIEN CONTAMINA, PAGA»**

Este tradicional principio medioambiental desarrollado en el marco de la OCDE e incorporado a varios instrumentos internacionales, aparece en el Derecho comunitario ya desde el I Programa de acción medioambiental y se puede explicar diciendo que su objetivo es resarcir por los daños ya causados y que no se han podido evitar y será el responsable de la contaminación el que debe soportar el coste de las medidas necesarias para eliminarla o para reducirla hasta un nivel aceptable según los estándares de calidad ambiental adoptados, con ello, se evita que la política medioambiental se sufrague con subvenciones o ayudas públicas tanto de la Comunidad como de los Estados miembros, aunque éstas existan (no sólo ayudas estatales que contribuyen a la protección del medio ambiente mediante subvenciones, deducciones y otros incentivos fiscales otorgados a las empresas, sino también los recursos financieros aportados por la Comunidad mediante el programa LIFE).

El principio se recoge sin ambigüedades en el punto 11 del preámbulo de la Directiva, junto con los demás principios de derecho ambiental, y se desarrolla en el importante artículo 9. De su lectura se puede decir que la Directiva pretende que los Estados, de conformidad con este principio, tengan en cuenta la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, garantizando una política de precios que proporcione incentivos a los usuarios para la utilización eficiente del recurso y una contribución adecuada de los diversos usos del agua (industria, hogares y agricultura) a la recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua.



Hasta aquí se podría decir que la regla es la recuperación íntegra de los costes de las obras a cargo de los usuarios, pero el problema surge cuando comprobamos que la DMA incluye un apartado 4 en este artículo 9 donde se contemplan excepciones importantísimas a este principio de recuperación de costes: efectivamente, la Directiva indica que los Estados no incumplirán si deciden no aplicar las disposiciones citadas siempre que ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos de la DMA. De ello se deberá informar en los planes hidrológicos de cuenca.

Con estas disposiciones, el principio de recuperación íntegra de los costes se ha suprimido, sobre todo por la presión de España<sup>39</sup>, aunque, según señala EMBID IRUJO, sigue recogándose un principio de recuperación de costes atenuado, ya que las excepciones deberán motivarse «adecuadamente y no con facilidad, dados los términos utilizados por el precepto, y cuya apreciación en todo caso, quedará en manos de la Comisión Europea»<sup>40</sup>. En opinión opuesta al autor citado, CAROPATÓN CARMONA<sup>41</sup> siguiendo a DELGADO PIQUERAS señala que la redacción final del artículo 9 resulta pragmática, pues consiente a los Estados no aplicar el principio siempre que no se comprometan los fines de la Directiva y, además, en el calendario legal se ha marcado el objetivo de que la política para el uso eficiente del agua y la contribución económica adecuada de los usuarios sean efectivas antes de 2011.

En todo caso, se podría decir que si bien el reconocimiento teórico del principio es explícito, la puesta en práctica implica ciertos problemas ya que el artículo 9 conecta el principio «quien contamina, paga» con el de recuperación de costes de los servicios ligados a la utilización del agua pero en ninguna disposición de la Directiva se define qué son los costes medioambientales y cuáles los relativos a los recursos, por lo que la aplicación del principio en esta norma comunitaria se hace de manera atenuada.

Tampoco tienen en cuenta la Directiva las ideas de la Comunicación de la Comisión de 26 de julio de 2000 sobre política de tarificación y usos sostenibles de los recursos hídricos<sup>42</sup>, que indicaba que los precios debían estar directamente relacionados con las cantidades de agua utilizadas o con la contaminación producida para, así, incitar a los usuarios a usar mejor el agua y a reducir su contamina-

39. Efectivamente, esta aproximación atenuada al principio «quien contamina, paga» es la resultante de dos circunstancias: en primer lugar, que los propios Tratados facultan al Consejo a establecer excepciones a la aplicación de este principio (artículo 175.5<sup>o</sup> del TCE) y, en segundo lugar, es fruto de la negociación comunitaria ya que, como se puede comprobar, el proyecto de la Comisión presentaba el principio de recuperación integral de costes [así se deduce por los cambios en la propuesta inicial, recogida en el artículo 12 del Documento COM (97) 49 final], pero nueve delegaciones (la belga, la danesa, la alemana, la española, la francesa, la neerlandesa, la portuguesa, la finlandesa y la sueca) presentaron un nuevo texto, cuyo espíritu es finalmente aceptado, que tiene en cuenta los efectos sociales y medioambientales, además de los económicos, de la recuperación de costes, así como las condiciones geográficas y climáticas de la región concernida.

40. *Vid.* respecto a esta cuestión, EMBID IRUJO, Antonio, (2003), pg. 5, y, también EMBID IRUJO, A. (1996), pgs. 23 y ss.

41. *Vid.* CAROPATÓN CARMONA, Isabel (2006), pgs. 37 y ss.

42. *Vid.* COM (2000), 477 final.

ción. Este punto de vista implicaba a los usuarios y esto no se ha tenido en cuenta en el texto de la Directiva.

#### **IV. LA TRANSPOSICIÓN DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO SOBRE AGUAS EN ESPAÑA**

En primer lugar, hay que señalar que de la Directiva marco han derivado nuevas normas que las instituciones comunitarias han aprobado, que la completan, desarrollan o modifican y que forman parte de esta «nueva época» de la política de aguas comunitaria, como la Decisión 2455/2001/CE del Parlamento y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001 (DO L 331, de 15 de diciembre de 2001) por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas y por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE, la Decisión 2005/646/CE de la Comisión, de 17 de agosto de 2005, relativa a la creación de un registro de puntos para constituir la red de intercalibración de conformidad con la Directiva 2000/60/CE (DO L 243, de 19 de agosto de 2005), la Directiva 2006/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la gestión de la calidad de las aguas de baño y por la que se deroga la Directiva 76/160/CEE (DO L 64, de 4 de marzo de 2006), la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro (DO L 372, de 27 de diciembre de 2006), la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación (DO L 288, de 6 de noviembre de 2007) y la Directiva 2008/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, que modifica la Directiva 2000/60/CE, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (DO L 81, de 20 de marzo de 2008).

Las razones de este desarrollo normativo relativamente abundante son muy claras: esta es una Directiva marco que, en contraposición con las llamadas «directivas detalladas» debe ser completada para facilitar una aplicación coherente, puesto que la Directiva marco deja un amplísimo margen de acción a los Estados, señalando sólo las directrices generales, los grandes objetivos buscados, sin descender a detalles, a veces de carácter muy técnico, que se dejan para este tipo de directivas detalladas. Por otra parte, el hecho de que la norma que analizamos sea una Directiva, hace que sea necesaria su transposición a la legislación de los Estados miembros<sup>43</sup>, es decir, es necesario que los Estados realicen la implementación de las obligaciones contenidas en la Directiva mediante la adopción de normas nacionales

43. Sin embargo, a pesar de que el plazo de transposición terminó el 22 de diciembre de 2003, todavía hay varios Estados que, o no han cumplido con su obligación de transponer, o bien no han comunicado a la Comisión sus normas nacionales de transposición de la Directiva lo que, en todo caso, constituye un incumplimiento de las obligaciones ligadas al hecho de ser Estados miembros de las Comunidades: concretamente no hay información por parte de la Comisión de la transposición de la Directiva marco en Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal y Suecia.

que concuerden con el contenido de la norma comunitaria. En realidad, se puede decir que de ello depende el éxito o el fracaso de una norma como ésta. Además, lógicamente, es una norma que ha influido de manera trascendente en la legislación de aguas de todos los Estados miembros y lo seguirá haciendo en los próximos años y, por otra parte, influirá también en la legislación de los Estados candidatos y de todos los interesados en serlo en algún momento<sup>44</sup>.

En el caso español, la transposición de la Directiva se produjo con algo de retraso y siguiendo un cauce que, en una primera aproximación, se puede decir, que no sería el pensado para esta obligación estatal. Concretamente, se produce por medio de un artículo, el 129, de la Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, la llamada Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004<sup>45</sup>.

En lo que se refiere al contenido del citado artículo de la Ley nada hay que objetar en cuanto al cumplimiento de España de su obligación de transponer la Directiva marco. La nueva Ley se dice que velará por la mejora de la calidad de las aguas, tanto continentales como costeras (lo que ya se ha señalado, es una novedad introducida en la legislación española por el Derecho comunitario), para lo que empleará mecanismos como la gestión integral de las masas de agua, cosa que ya se reflejaba en nuestra legislación hace años. La nueva Ley va modificando la Ley de Aguas integrando en ella las definiciones básicas de la Directiva, por ejemplo, la de cuenca hidrográfica en el artículo 16, la de demarcación hidrográfica en el 16 bis, o todos los conceptos ligados a la gestión de los recursos hídricos, tal y como aparecen en la Directiva marco, recogidos en el nuevo artículo 40 bis. Sin embargo, hay algunas definiciones importantes que no aparecen en la nueva Ley como las relativas al buen estado de las aguas superficiales y subterráneas, el estado ecológico, etcétera.

Respecto al concepto de demarcación hidrográfica, hay que señalar que según algunos<sup>46</sup>, la nueva redacción de la Ley elude la determinación concreta del mismo, que se deja para normas posteriores, consagrando los límites territoriales de los Organismos de Cuenca; a este respecto, indica FANLO LORAS que los conceptos de cuenca hidrográfica y de demarcación hidrográfica de la legislación española y de la Directiva marco tienen un distinto alcance: el de cuenca hidrográfica en España es polivalente ya que tiene un significado geográfico o físico, designa un ámbito

44. Se debe traer aquí a colación el artículo 49 del TUE que exige, para la adhesión, el respeto de los principios contenidos en el artículo 6 del mismo TUE y una negociación de las condiciones que incluirá, lógicamente, el respeto del *acquis communautaire*, del acervo comunitario, es decir, no sólo el Derecho comunitario en sentido estricto, sino también el contenido, los principios y objetivos políticos establecidos en los Tratados, la legislación adoptada en aplicación de los Tratados, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los actos adoptados en los pilares intergubernamentales, los convenios internacionales celebrados por la Comunidad o por los Estados miembros entre sí, así como las declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la Unión.

45. *Vid.* BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003, concretamente pgs. 46955 y ss.

46. Especialmente los Consejeros de Medio Ambiente en las Comunidades Autónomas socialistas (*vid.* el documento al respecto de 20 de febrero de 2004 en [www.psoe.es](http://www.psoe.es)).

territorial de planificación hidrográfica y determina el ámbito de competencias de las Confederaciones Hidrográficas; sin embargo, el concepto de demarcación hidrográfica de la Directiva marco es un concepto jurídico-administrativo que integra la cuenca hidrográfica, las aguas de transición y las aguas costeras<sup>47</sup>. Esto marca una diferencia clara entre la normativa española y la comunitaria que hubiera requerido una reforma más específica, puesto que ahora se va a producir un solapamiento entre las competencias de las Confederaciones Hidrográficas (sobre las cuencas hidrográficas) y las competencias sobre las aguas de transición y costeras, espacios con multiplicidad de competencias administrativas (Demarcaciones de costas, municipios, Comunidades Autónomas). La determinación de las demarcaciones hidrográficas en España se ha producido recientemente, procurando un estricto cumplimiento del concepto de demarcación tal y como resulta de la Directiva, teniendo en cuenta que, en España, tal determinación no podía operarse en un vacío previo sino que, al contrario, debía respetarse también la estructura de cuencas hidrográficas consolidada y ajustada a la estructura organizativa y a la división competencial entre el Estado y las Comunidades autónomas<sup>48</sup>.

En la nueva redacción, la Ley de Aguas recoge las prescripciones que para la planificación hidrológica señala la DMA, es decir, planes hidrológicos de cuenca (de los que tratan los artículos 40 y siguientes de la Ley), programas de medidas (artículos 92 *quater*) y registros de zonas protegidas (artículo 99 bis), tal y como se recogen en la norma comunitaria que esta Ley transpone.

Por otra parte, se crean nuevos órganos por mandato directo de la Directiva, por ejemplo, el Consejo del Agua de la demarcación en el artículo 26.3º, a partir de los actuales Consejos del Agua de las cuencas, aunque incorporando agentes competentes en materia de aguas costeras y de transición, que no estaban comprendidas en la competencia de los anteriores Consejos. Estos Consejos se convierten en el cauce adecuado para la participación pública en los procesos de planificación hidrológica, con lo que se cumple lo preceptuado por la Directiva marco en este punto. Los Consejo del Agua están compuestos por representantes de las administraciones, usuarios y organizaciones de carácter social o económico y entre sus funciones está la de presentar al Gobierno el Plan Hidrológico de Cuenca.

Por tanto, se mantiene en esencia el organigrama actual de organismos, aunque para coordinar la aplicación de las normas protectoras se crea un órgano novedoso, al que hace referencia la propia Directiva marco, llamado Comité de Autoridades competentes, en el artículo 36 bis de la nueva redacción, que no supondrá, desde luego, ninguna modificación en lo que se refiere a la distribución de competencias, ya que es un órgano de simple coordinación formado por repre-

---

47. Vid. A. FANLO LORAS, «La adaptación de la Administración pública española a la Directiva marco comunitaria del agua», *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Madrid, Ecoiuris, 2003, pgs. 169 y ss.

48. Vid. Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas (BOE de 3 de febrero de 2007).

sentantes de las administraciones competentes en materia de aguas continentales, costeras y de transición que, como se sabe, en España son distintas.

Se introduce como novedad relativa en la Ley de Aguas un artículo 121 bis relativo a la responsabilidad comunitaria: dicha disposición señala que la Administración pública competente en cada demarcación hidrográfica que incumpla los objetivos comunitarios que para la gestión hidrológica señala la Directiva y transpone la nueva redacción de la Ley de Aguas, que dé lugar con su actuación a que España sea demandada por incumplimiento del Derecho comunitario deberá asumir la responsabilidad que le sea imputable por tal incumplimiento. A este respecto, hay que decir que la configuración de España como Estado de estructura compleja debe combinarse con el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario, sea cual sea el poder del que emane dicho incumplimiento. La conjunción de ambos elementos ha dado origen al nacimiento en Derecho español de mecanismos o instrumentos que garantizan el cumplimiento del Derecho comunitario teniendo en cuenta que si bien la competencia en cuanto a la garantía de ese cumplimiento está atribuida al Estado<sup>49</sup>, ello no puede afectar a la competencia que constitucionalmente deban desarrollar las Comunidades Autónomas.

Respecto a la forma en que se ha producido la transposición ya se escuchan críticas importantes<sup>50</sup>, puesto que ésta se ha realizado por medio de la incorporación en el Senado de las enmiendas introducidas por el Partido Popular a la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos de 2004, lo que se considera por algunos como inconstitucional<sup>51</sup>. Es una Ley, la de acompañamiento, que podríamos denominar como «cajón de sastre», donde se aprovecha por parte del Gobierno de turno para introducir las iniciativas legislativas que han podido presentarse antes de ese momento, por lo que la inclusión de algunos conceptos de la Directiva se ha hecho sin excesivo cuidado (por ejemplo, la fecha para alcanzar los objetivos medioambientales en la Directiva es el 22 de diciembre, mientras que en la Ley española se señala el 31 de diciembre), se han relegado para desarrollos legislativos ulteriores cuestiones fundamentales como la determinación del ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, que se ha hecho recientemente. Objetivamente, habría que señalar que una Ley de tanta trascendencia como la Ley de Aguas, en nuestro país, debería haber sido objeto de una reforma más meditada, sobre todo teniendo en cuenta que la Directiva se adoptó hace ya siete años, y que todos los Estados conocían desde ese momento su obligación de transponerla al

49. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 80/1993, de 8 de marzo, que interpreta el artículo 93 de la Constitución teniendo en consideración también el contenido del artículo 149.1º.3 de la misma.

50. *Vid.* la valoración que sobre la transposición en España hace CARO-PATÓN CARMONA, Isabel, (2006), pgs. 44 y ss.

51. *Vid.* en este sentido las declaraciones del Consejero de Medio Ambiente de la Generalitat Catalana aparecidas en *Heraldo de Aragón* de 7 de febrero de 2004, pg. 6. Además, otras Comunidades Autónomas manifestaron su intención de presentar recursos de inconstitucionalidad contra esta Ley.

ordenamiento interno. Por otra parte, se ha eludido el informe del Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social.

Así, se plantea ya un proceso de reforma de la Ley de Aguas para atender a los fallos cometidos en esta apresurada reforma que hemos comentado. En esta próxima reforma se deberán solucionar los problemas detectados y además, como aconseja LACALLE<sup>52</sup> «La nueva Ley de aguas debería asumir de forma clara y global los nuevos enfoques de la política de aguas de la Unión Europea en especial el enfoque ecosistémico, la prioridad de la protección, el uso sostenible y una amplia vocación integradora» y este proceso debe realizarse ya en la legislatura que comienza este año 2008.

## V. CONCLUSIONES

En nuestra opinión hay que señalar que tras más de treinta años de actividad legislativa, la política comunitaria de aguas se configura como uno de los campos más desarrollados de la política de protección del medio ambiente en el territorio comunitario: en las primeras etapas, la adopción de las normas no tenía una estrategia clara ni un marco general con directrices únicas, sino que más bien se trataba de solucionar los problemas caso por caso y, por tanto, las directivas que se adoptaban se centraban en controlar los niveles de contaminación del recurso, estableciendo, por ejemplo, límites máximos de emisión de determinadas sustancias, y, por otra parte, trataban el agua desde el punto de vista del uso a que estaba destinada; esta situación queda superada por la adopción de la Directiva marco que se sitúa, a pesar de que sea susceptible de críticas, como la norma esencial para la construcción de una política de aguas coherente, con objetivos claros, plazos para cumplirlos y sujetos concernidos claramente establecidos.

Con ello, la Directiva es un ejemplo legislativo de gestión de las aguas que tiene en cuenta no sólo la dimensión comunitaria de dicha gestión, sino también, por el hecho de ser una directiva, la dimensión nacional, de afectación de los poderes públicos y de los particulares de los Estados miembros, y, por último, la dimensión internacional, puesto que recoge también los niveles de protección establecidos por los Tratados internacionales mediante un vocabulario, unos principios medioambientales o unos instrumentos de aplicación reconocidos internacionalmente<sup>53</sup>. Podemos decir, por tanto que la política de aguas comunitaria está en fase de construcción pero que cuenta ya con un bagaje teórico y práctico que la

52. LACALLE, Abel, (2008).

53. Según CARO-PATÓN, Isabel, (2006), pg. 54, la Directiva supone la incorporación de los principios de Derecho internacional de uso equitativo y razonable del agua, tal y como se recogen en la Carta Europea del Agua del Consejo de Europa de 17 de octubre de 2001, en la que se señala que este principio exige considerar los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos, las necesidades económicas y sociales de las poblaciones afectadas, los efectos de la utilización del recurso por los usuarios, la necesidad de conservar y economizar el agua, así como los costes de las medidas que puedan adoptarse a estos efectos.

convierten en un régimen legal original, sofisticado y multidimensional que no tiene parangón en el panorama legislativo actual en materia de aguas.

A pesar del balance general positivo, también es de justicia hacer constar que la Directiva marco tiene algunos aspectos criticables como los plazos excesivos que para el logro de sus objetivos se marcan a los Estados miembros o el hecho de que la participación del público no esté claramente definida en la Directiva, lo que dificulta su aplicación en los Estados miembros.

En lo que se refiere a la aplicación de esta Directiva en España, hay que señalar que, en nuestra opinión, es una norma que introduce novedades importantes, incluso al decir de algunos autores como EMBID IRUJO<sup>54</sup> incorpora un cambio en cuanto a la cultura del agua. Efectivamente, la Directiva implica un cambio en la gestión de los recursos hídricos por que ésta se hará de manera global, incluyendo todas las aguas y ecosistemas unidos a ellas, también las aguas saladas; además, hace que los Estados asuman la planificación por cuencas y demarcaciones y que reformen los órganos y autoridades que se ocupan de esa gestión.

En todo caso marca un reto a las capacidades de adaptación del marco jurídico institucional de los Estados, concretamente en el caso español, caracterizado en muchos casos por la superposición de competencias entre los distintos niveles de la Administración estatal. Es el nivel local el que va a dar lugar a mayores dificultades, aunque para superarlas será fundamental la participación pública. Así, nuestra valoración de esta norma es muy positiva, la Directiva marco es un avance, una progresión y una importante contribución a la protección del medio ambiente en el nivel regional europeo, pero será necesaria la colaboración de todos los interesados para que estos grandes objetivos se hagan realidad ya que, a causa de su carácter de norma marco necesitará de un desarrollo ulterior tanto por medio de disposiciones de Derecho comunitario como en el ordenamiento nacional en cada Estado miembro. Veremos en qué elementos se producen cambios en la nueva reforma pendiente de la Ley de Aguas española, totalmente necesaria para transponer de manera más adecuada la DMA y, en general, la política comunitaria de aguas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel, (2006), «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, pgs. 37 y ss.

EMBID IRUJO, Antonio, (2003), «Consideraciones jurídicas generales sobre la Directiva marco de aguas, con atención especial a las aguas subterráneas», *Revista interdisciplinar de Gestión Ambiental*, enero, pgs. 3 y ss.

— (1996), «Condicionamientos jurídicos de una política de precios del agua», en EMBID IRUJO, Antonio, (1996) (coord.), *Precios y mercados del agua*, Madrid, Civitas, 1996, pgs. 23 y ss.

54. Vid. EMBID IRUJO, Antonio, (2003), pgs. 3 y ss.

- FANLO LORAS, Antonio, (2003), «La adaptación de la Administración pública española a la Directiva marco comunitaria del agua», *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Madrid, Ecoiuris, pgs. 169 y ss.
- (1998), «La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua», en EMBID IRUJO, Antonio (dir.), *El nuevo Derecho de agua: las obras hidráulicas y su financiación*, Madrid, Seminario de Derecho del agua de la Universidad de Zaragoza, Confederación Hidrográfica del Ebro y Civitas, pgs. 183 y ss.
- HARRISON, Adam y otros, (2001), *WWF's Preliminary Comments on Public Participation in the Context of the Water Framework Directive and Integrated River Basin Management*, WWF European Freshwater Programme.
- LACALLE, Abel, (2008), «La adaptación española de la Directiva marco del agua», *Panel Científico-técnico de seguimiento de la política de aguas*, Convenio Universidad de Sevilla-Ministerio de Medio Ambiente, <http://www.unizar.es/fnca/index3.php?id=1&pag=24>.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, (2001), «La política de medio ambiente», en LINDE PANIAGUA, Enrique (Coord.), *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, pgs. 601 y ss.
- NAVARRO PORTERA, Miguel Ángel, (1998), «Medio ambiente», *España y la negociación del Tratado de Amsterdam*, Estudios de Política Exterior/Biblioteca Nueva, Madrid, 1998, pgs. 131 y ss.
- OLSEN, Asger, (2001), «The new water framework Directive. Prospects for sustainable water policy for the coming decades», *International Conference Spanish Hydrologic Plan and Sustainable Water Management. Environmental aspects, water reuse and desalination*; June, 13<sup>th</sup>-14<sup>th</sup>, Zaragoza (Spain); <http://circe.cps.unizar.es/>.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, (2000), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Valladolid, Lex Nova, 2<sup>a</sup> ed.
- PAREJO ALONSO, Luciano, (1996), «Origen y desarrollo del Derecho medioambiental en el ordenamiento comunitario europeo» en PAREJO ALONSO, Luciano y KRAMER, Ludwig, *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill.
- PLAZA MARTÍN, Carmen, (2005), *Derecho ambiental en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanc.
- REICHERT, Goetz, (2005), «The European Community's Water Framework Directive: A Regional Approach to the Protection and Management of Transboundary Freshwater Resources?», en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence et SALMAN, Salman M. A. (dir.), *Les ressources en eau et le droit international – Water Resources and International Law*, The Haye, Académie de Droit international, Martines Nijhoff Publishers, 2005, pgs. 429 y ss.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, (2000), «Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución de sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Grecia)», *Revista de Derecho comunitario europeo*, julio/diciembre.
- TIRADO ROBLES, Carmen, (2007), voz «Derecho comunitario de aguas» en EMBID IRUJO, Antonio (dir.), *Diccionario de aguas*, Madrid, Iustel.



# La coordinación de planes de cuencas transfronterizas

ALBERTO GARRIDO<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente trabajo se pretende analizar el problema de los ríos que cruzan administraciones desde una doble perspectiva. En primer lugar, se hace un análisis del nuevo cosmopolitanismo que propugna una visión de los problemas globales ambientales que, yendo más allá de las nociones simples de globalización, debe superar la visión de soberanía basada en el estado nación. Esta visión, ambiciosa y adelantada en el tiempo, tiene una plasmación clara en cómo se ha de entender la gestión del agua en ríos que cruzan fronteras. La segunda perspectiva, de corte más práctico y aplicado, analiza las implicaciones de la Directiva Marco del Agua (DMA) en el ámbito de la planificación sostenible de las demarcaciones hidrográficas. El análisis pretende asentarse en aspectos sencillos como la búsqueda de programas efectivos en coste y la simple aplicación de principios económicos y de gestión ambiental.

**Palabras clave:** Directiva Marco del Agua, gestión ambiental, demarcación hidrográfica.

## Relación de Acrónimos.

AeFC	criterio de efectividad de costes
ACB	análisis coste-beneficio
BEE	Buen Estado Ecológico
OPA	Oferta Pública de Adquisición

## I. INTRODUCCIÓN

Los ríos son vías de transmisión de valores y funciones ambientales. Sus gradientes de altura y evolución hacia las zonas de llanura y desembocadora constituyen sistemas vivos y dinámicos, que conectan culturas, formas de vida y economías. La mitad de la humanidad vive cerca de ríos que se originan en zonas montañosas, y aportan un elevadísimo porcentaje de sus recursos<sup>2</sup>. La mayor parte de la población mundial toma aguas y reside en cuencas internacionales<sup>3</sup>. El cambio global

- 
1. Profesor, Centro de Investigación y Gestión de Riesgos Agrarios y Medioambientales (CEI-GRAM), Universidad Politécnica de Madrid
  2. MESSERLI (et al.), (2008).
  3. DINAR (et al.), (2007).

está alterando sustancialmente el régimen hidrológico de los sistemas fluviales del planeta, especialmente el que tiene lugar en las zonas de montaña. HOFF estima que el caudal del Ganges aumentará en un 30-40% en las próximas décadas, debido a la recesión de los glaciales himaláicos, y descenderá en un 50% a partir de 2030<sup>4</sup>. En el Ródano se producirán cambios parecidos, aumentando significativamente los riesgos de inundación en las zonas medias y bajas<sup>5</sup>. En las cuencas ibéricas, las estimaciones apuntan en la misma dirección: menores aportes y mayor variabilidad<sup>6</sup>.

Todos estos cambios, originados por las alteraciones de la atmósfera debidas al calentamiento global, se suman al aumento de las presiones de origen antrópico. Dependemos de los ríos para alimentarnos y disponer de agua para el hogar y la producción de riqueza; también alimentan nuestro espíritu por su belleza, su fauna y flora, y por la historia que atesoran y de la que han sido testigos durante milenios. Pero la mayoría de estas fuentes de riqueza están amenazadas por usos insostenibles.

Desde la Declaración de Dublín en 1992 sobre el agua y el desarrollo sostenible, la política del agua en cualquier ámbito administrativo se ha formulado subrayando fundamentos muy similares. Ningún gobierno ignora la magnitud de los retos, y la necesidad de abordarlos con determinación. Pero el deterioro ambiental que sufren muchas cuencas en el mundo es fruto de procesos humanos y naturales que son difíciles de revertir. En parte, estas dificultades son debidas a la fragmentación jurisdiccional o administrativa de las cuencas. Aunque el concepto de soberanía de cada Estado se vió matizado con la Convención de Naciones Unidas de 1997 sobre el «Derecho de los Usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación», indudablemente tanto la planificación sostenible como la gestión de los ríos que cruzan fronteras deber superar mayores dificultades.

En los Estados de configuración federal, con climas áridos o semi-áridos como Australia o EE.UU., cada Estado tiene amplias competencias y soberanía sobre los ríos que los atraviesan. Sin embargo, sus gobiernos federales son los que aprueban leyes ambientales de obligado cumplimiento, que afectan a la calidad ambiental, como es el caso de la *Clean Water Act* de 1977 en el país americano.

La UE sigue, en buena lógica, un principio parecido, que se plasma de manera clara en el la Directiva Marco del Agua. En su art.13.2 «En el caso de una demarcación hidrográfica internacional situada totalmente en territorio comunitario, los Estados miembros garantizarán la coordinación con objeto de elaborar un único plan hidrológico de cuenca internacional. Si no se elabora dicho plan hidrológico de cuenca internacional, los Estados miembros elaborarán planes hidrológicos de cuenca que abarquen al menos las partes de la demarcación hidrográfica internacional situadas en su territorio, para lograr los objetivos de la presente Directiva.»

---

4. HOFF, (2008).

5. BRAVARD, (2008); PAHL-WOSTL (et al.) (2008).

6. MMA, (2007).

El presente trabajo pretende analizar el problema de los ríos que cruzan administraciones desde una doble perspectiva. En primer lugar, se hace un análisis del nuevo cosmopolitanismo que, siguiendo a Beck, propugna una visión de los problemas globales ambientales que, yendo más allá de las nociones simples de globalización, debe superar la visión de soberanía basada en el estado nación<sup>7</sup>. Esta visión, ambiciosa y adelantada en el tiempo, tiene una plasmación clara en cómo se ha de entender la gestión del agua en ríos que cruzan fronteras. La segunda perspectiva, de corte más práctico y aplicado, analiza las implicaciones de la DMA en el ámbito de la planificación sostenible de las demarcaciones hidrográficas. El reforzamiento de la cuenca como unidad de gestión, tan arraigada en España desde 1926, nos debe llevar a criticar el enfoque seguido en España en la renovación de los estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas. El análisis en todo caso pretende asentarse en aspectos sencillos como la búsqueda de programas efectivos en coste y la simple aplicación de principios económicos y de gestión ambiental. El trabajo concluye con unas reflexiones de cómo se puede lograr una aplicación fiel de la DMA en un Estado descentralizado.

## II. EL NUEVO COSMOPOLITANISMO DE ULRICH BECK

Beck sostiene de manera convincente que la lógica política y sociológica del estado-nación se revela lastrada para enfrentar los riesgos globales, ambientales y de seguridad. Entre los primeros, el cambio climático constituye el mejor ejemplo pero no es el único. La acción de un estado no puede detener el proceso de alteraciones atmosféricas que causa los efectos del calentamiento global, pero sí puede contribuir marginalmente a lograr acuerdos que consigan mitigarlos<sup>8</sup>. El encarecimiento del petróleo o de los productos agrícolas ofrecen también en terreno abonado para comprender que el ámbito de lo nacional pierde gradualmente relevancia, y científicamente supone un camino abocado al fracaso. Nada puede hacer un estado-nación para prevenir ambos procesos. Los procesos de inmigración conforman otro ejemplo: si un estado aplica unilateralmente una política, sus efectos se dejan sentir en otros estados. Recordemos el papel de Hungría en septiembre y octubre 1989, cuando abrió sus fronteras a los alemanes de la República Democrática Alemana, y desdeñando sus llamadas a la cooperación, permitió que decenas de miles de personas cruzaran a Austria para llegar a la República Federal Alemana que era el destino deseado; o las dificultades para articular una política europea de inmigración.

Ante un accidente ambiental en el Danubio, por poner otro ejemplo, los efectos no respetan fronteras y solo mediante la actuación coordinada entre los estados ribereños, se pueden mitigar sus efectos. Cualquier actuación entre Estados supone una pérdida de soberanía para que sea efectiva, dado que es preciso someterse a

---

7. BECK, (2006).

8. Ebd.

árbitros y sistemas de inspección que garanticen que parte firmante de un acuerdo cumpla con lo pactado.

En los ríos transfronterizos, desde el Nilo hasta el Mekong, o el Danubio, se han creado secretariados técnicos que, no teniendo poder ejecutivo o administrativo alguno, se encargan de velar porque los acuerdos de los estados fronterizos se cumplan. En la Red de control de calidad del Danubio, existe un punto de control en cada frontera, de forma que todos 18 estados ribereños conocen los indicadores de calidad del agua que cruza cada frontera. Hay pues un mecanismo de rendición de cuentas a una entidad supra-nacional, sin jurisdicción alguna pero con el mandato de coordinar las actuaciones de los estados.

El nuevo cosmopolitanismo conforma un pensamiento y una perspectiva de análisis que trasciende el fenómeno de la globalización. Consiste en comprender los procesos globales desde una óptica de ciudadano global. Según, Beck la «cosmopolitanización» difiere del enfoque nacional o del enfoque global al uso, en aspectos importantes: (a) distingue sistemáticamente entre la perspectiva de los actores sociales y la de los analistas sociales que tratan de analizarlos (por ello, según Beck, el nuevo cosmopolitanismo es una noción que construye el mundo de otra forma, pero también es un nuevo paradigma científico); (b) reemplaza la oposición entre paisajes, flujos o redes nacionales o no nacionales por una tipología que da lugar a «transnacional», «translocal», «global-local», «global-nacional»; y (c) incide en la congruencia o carencia de congruencia entre la perspectiva del actor y el observador, de forma que se es capaz de subrayar las inconsistencias entre las opciones de los actores sociales y políticos y las instituciones, por un lado, y traza sus implicaciones sobre conceptos y teorías en las ciencias sociales (conflicto e integración, dominación, inequidad y el estado)<sup>9</sup>.

Consideramos que, pese a que en apariencia las teorías de Beck tienen poca aplicación al problema del agua y el federalismo, constituyen un elemento de crucial interés para comprender los problemas ligados a la gestión de los ríos que cruzan fronteras. Nótese la relevancia de las tres distinciones anteriores a la hora de analizar los problemas interregionales del agua que se viven en España. O, por trascender algo su frontera, los que caracterizan la gestión de las cuencas ibéricas entre España y Portugal.

Cabe preguntarse en ambos casos, España o Iberia, si existe literatura relevante sobre análisis social y político que haya optado por el enfoque del nuevo cosmopolitanismo. Lo que la DMA persigue, de manera acertada, es impulsar un racionalismo en la gestión de las cuencas que, permitiendo una cierta independencia de cada administración, cuya acción en todo caso debe ser transparente y estar justificada, no sufra quiebras o discontinuidades por razón de la existencia fronteras administrativas o políticas. En este sentido la DMA constituye un ejemplo paradigmático de aplicación de la nueva «cosmopolitanización», si se nos autoriza a emplear el concepto sobre el cosmos europeo. Además, consagra la democratización del pro-

---

9. Ebd., pg. 81.

ceso de planificación y gestión de las cuencas compartidas, facilitando que la gestión de los riesgos ambientales, el reparto del agua entre usuarios y administraciones (sometidas a igual o diferente jurisdicción) y el diseño y aprobación de proyectos sean codecididos entre administraciones y administrados. Esa auténtica democratización, necesaria para la «segunda modernidad» tan fuertemente imbricada con el análisis de los riesgos ambientales que hace Beck, no es potenciada ni favorecida por la fragmentación jurisdiccional de los ríos, creando fronteras administrativas y de poder donde antes no existieran<sup>10</sup>.

### III. LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA

Se han escrito ríos de tinta sobre la DMA, por lo que de su sentido y significado poco hay que añadir. Lo que importa ahora es analizar qué nos deparará su aplicación práctica y real. En parte, ya se dispone de un informe de evaluación del grado de desarrollo de los trabajos y las actuaciones. En la comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la DMA se muestra el desigual desarrollo de los trabajos de implementación de los Estados Miembros<sup>11</sup>. La caracterización de las masas de agua, cuyo balance se representa haciendo referencia a cada Estado Miembro en la Figura 1, es solo un ejemplo. El exigente ritmo de hitos y logros que jalonan el calendario de la DMA se complicará, para España, con el proceso de descentralización de la gestión del agua de las cuencas inter-comunitarias a las CCAA.

La DMA es un ejemplo notorio de habilidad jurídica para orientar la política nacional sobre el agua, sin menoscabar su soberanía en gran medida, pero asegurando que los Estados Miembros reciban estímulos positivos y negativos para cumplir con sus preceptos. Es útil detenerse en analizar las razones por las que se puede enjuiciar así.

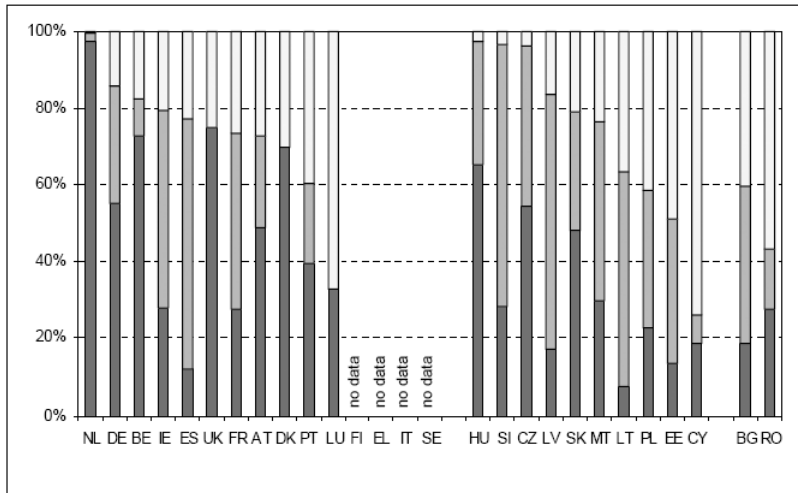
Primero, obliga a caracterizar todas las masas de agua, lo cual implica hacer un diagnóstico que debe necesariamente ser unitario y unívoco, incluso en aquellas masas de agua que cruzan fronteras. Es indicativo señalar que España y Portugal han acordado la cartografía de sus masas de agua compartidas en febrero de 2008. El gráfico adjunto muestra el porcentaje de masas de agua sometido a riesgos de no cumplir con los objetivos de calidad (en oscuro), la fracción de la que no se tienen datos (en tonalidad intermedia) y el porcentaje de las masas que no están en riesgo (en claro).

---

10. BECK, (1999).

11. CE (2007).

**Figura 1.—Caracterización de las masas de agua según la CE**



Fuente: CE (2007)

En el caso de España se destaca el alto porcentaje de masas de agua no caracterizadas. Pero de Italia o Suecia no se disponía de dato alguno. Solo RU y Dinamarca tenían todas sus masas de agua caracterizadas. Nótese que esta información revierte a los Estados Miembros, cuyos actores sociales la pueden esgrimir contra sus gobiernos, reclamándoles un mejor desempeño y esfuerzo en el cumplimiento de la DMA.

La segunda razón que justifica una valoración positiva de la DMA es que obliga a los Estados Miembros a coordinar sus planes de cuenca o a elaborar un documento de planificación común para toda la demarcación hidrográfica. Las implicaciones de este mandato las analizaremos en el quinto epígrafe, pero es oportuno dejar dicho aquí que este mandato supone de facto una imposición por parte de la UE del criterio con el que Estados soberanos abordan la gestión de sus cuencas compartidas. Y se trata de una imposición positiva porque obligar a cooperar es la vía perfecta para que los cooperantes puedan recabar el apoyo de sus ciudadanos y entidades, arguyendo que es algo impuesto por la UE y la potencia jurídica que ello conlleva.

Otro matiz de importancia, muy aplicable al caso ibérico, es que hasta este momento en que se está trabajando en los compromisos que vencen en 2009 con la remisión de los documentos de planificación, la negociación de España y Portugal en el marco del Convenio de Albufeira de 1998 se había realizado de forma global para las cinco cuencas compartidas. Como la DMA obliga, por el contrario, a elaborar planes coordinados de cada cuenca, lo cual implica que la lógica de la negociación seguida hasta la fecha, en la que cabrían compensaciones entre aspectos de unas cuencas u otras, ya no será posible. Precisamente, la DMA persigue

que estas negociaciones globales entre países no terminen sacrificando intereses ambientales en una cuenca por obtener ventajas en otra. El espíritu de la DMA quedaría en entredicho si España y Portugal mantuvieran el enfoque de la negociación global, sacrificando el principio de la negociación individual e independiente de cada cuenca. Está fuera del contenido de este trabajo mencionar que la coordinación de las cuencas internacionales hubiera sido inviable hasta la primavera de 2008 porque Portugal no tenía una estructura administrativa articulada en organismos de cuenca análoga a la española<sup>12</sup>.

El tercer motivo por el que la DMA puede tener implicaciones positivas para los ciudadanos y el medio ambiente es que las excepciones o las derogaciones que un Estado Miembro solicite a los efectos de lograr aprobación por parte de la CE de rebajar o diferir objetivos deben estar formalmente justificadas. Es decir, si en una masa de agua el logro de los objetivos de calidad se considera inalcanzable o inabordable en los plazos establecidos, sea cual sea la razón, el Estado Miembro debe acompañar su petición de derogación de un informe justificado, que incluya la valoración de costes y una estimación de impactos sociales. La DMA invierte así la carga de la prueba, obligando a los Estados Miembros a justificar las razones de su incumplimientos.

Globalmente, España ha sido evaluada negativamente por la CE en tres aspectos: (1) la caracterización del riesgo de las masas de agua de no cumplir la DMA; (2) la implementación de los aspectos administrativos, donde España alcanzó el puesto 12º de entre la UE-15; y (3) en la calidad de los informes remitidos, donde se obtuvo la misma evaluación. Sin embargo, en los estudios económicos relacionados con el artículo 5 España alcanzó la sexta posición<sup>13</sup>.

#### **IV. EL CONCEPTO DE EFECTIVIDAD DE COSTES EN LOS PROGRAMAS DE MEDIDAS<sup>14</sup>**

Un aspecto complejo en la aplicación de la DMA, que tiene además implicaciones transfronterizas, es el criterio de efectividad de costes para seleccionar el programa de medidas. La DMA, al elegir el criterio de efectividad de costes (AEfC), en lugar del más complejo test de análisis coste-beneficio (ACB), ha optado por el pragmatismo. En síntesis, la diferencia entre el AEfC y el ACB estriba en que en el primer caso los objetivos a lograr se fijan con independencia del coste en que se incurra al aplicarlos, en el ACB tanto costes como beneficios de lograrlos son evaluados y comparados. En el caso del ACB, como los programas y sus implicaciones se extienden en el tiempo, y no solo en el espacio, es preciso emplear una tasa de descuento para homogeneizar el flujo de coste y beneficios. Por otro lado, las dificultades inherentes de calcular costes y beneficios ambientales son eludidas o simplificadas en parte mediante el uso de AEfC.

---

12. GARRIDO (et al.), (2008).

13. CE (2007).

14. Esta sección está tomada en gran medida de GÓMEZ y GARRIDO (2008).

Por otro lado, la DMA asume que las decisiones sobre la gestión del agua se deben adoptar de una manera iterativa. El punto inicial debe ser el establecimiento del estatus deseable de calidad ecológica sobre la base del conocimiento sobre el ecosistema acuático. El procedimiento tiene lugar en las siguientes etapas. En primer lugar, se fija un primer objetivo de «buen estado ecológico» para las diferentes masas de agua de la cuenca. En segundo lugar, se selecciona la combinación de medidas que permite lograr el objetivo fijado al menor coste posible. En tercer lugar, se identifican, si bien no se evalúan, los beneficios sociales asociados a las mejoras. En cuarto lugar, costes y beneficios se exponen para la participación pública y la opinión de los actores sociales para verificar si se consideran asumibles y razonables. Si la respuesta es positiva, se procede a la identificación de barreras institucionales y a la evaluar los efectos redistributivos de las medidas, así como las restricciones financieras, y otros aspectos que deban considerarse para implementar el plan de cuenca. Si, por el contrario, se considera que los costes son desproporcionados, el estado ecológico objetivo es modificado, fijando otros menos exigentes, o extendiendo el plazo planificado para lograrlo.

En la DMA, la identificación de mejoras de bienestar económico no es utilizada para fijar los objetivos de la política de gestión del agua, sino para verificar si los beneficios son mayores que los costes de las mejores alternativas para lograrlos.

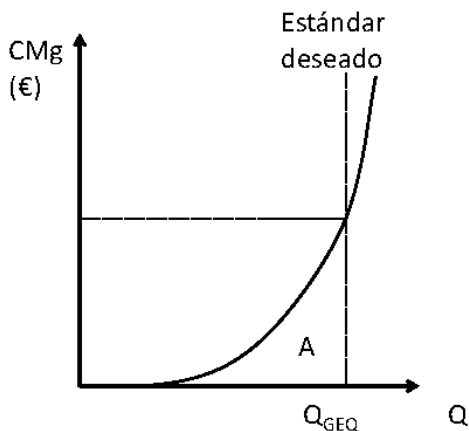
Evidentemente, el AefC es una etapa intermedia en el diseño del programa de medidas para un plan de cuenca, y no sustituye al proceso de toma de decisiones. Éste toma en consideración los estudios económicos, para lograr un «buen estado ecológico» o simplemente un «moderado estado ecológico» de la cuenca. Los resultados del AefC son especialmente relevantes porque en el proceso ulterior de ACB, así como el proceso de consultas, que aboque a la decisión final sobre objetivos, plazos y exigencias, serán empleados como parte fundamental del análisis. A la postre, el programa de medidas conforma la planificación hidrológica de la cuenca.

La lógica del AefC se representa en la Figura 2. El diagrama muestra el coste marginal de lograr un nivel dado de un parámetro de calidad ambiental ( $Q$ ). Un ejemplo puede ser la concentración de alguna sustancia contaminante, la temperatura del agua o el caudal. La curva de coste marginal refleja el coste de mejorar un atributo dado, y se obtiene de ordenar todas las alternativas posibles de acuerdo con el coste marginal de ir obteniendo mejoras en  $Q$ .

La minimización de costes supone, de acuerdo con la Figura 2, que para lograr el objetivo  $Q_{GEQ}$  se debería aplicar un conjunto de medidas cuyo coste marginal no debería superar  $CM_{g_{GEQ}}$ . El área A muestra el coste total en unidades monetarias necesarias para lograr esos estándares.

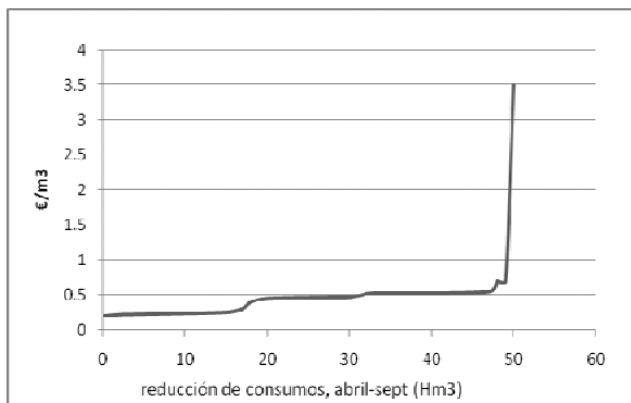


**Figura 2.–Coste marginal derivado de mejorar un indicador de calidad**



La Figura 3 muestra los resultados de una aplicación de los principios del AEFc sobre la cuenca piloto del Jalón<sup>15</sup>. Representa el coste marginal (expresado en €/m<sup>3</sup>) ligado a la reducción del consumo en abril y septiembre.

**Figura 3.–Coste marginal derivado de reducir el consumo en la cuenca del Jalón (Ebro)**



Fuente: Maestu y domingo (2008).

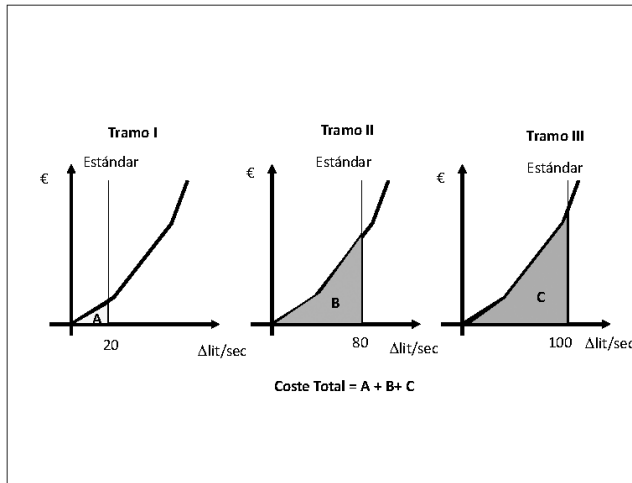
El AEFc debe ser integrado y debe aplicarse en toda la cuenca, aspecto crucial para el propósito del presente trabajo. En una primera etapa el AEFc se lleva a cabo en un tramo del río. Sin embargo, el análisis derivado de integrar todos los AEFc de forma que todo el proceso aboque al plan de medidas para toda la cuenca. Así, por lo general, cualquier ganancia de la calidad y cantidad de los caudales aguas arriba tiene una materialización en beneficios en los cursos bajos. Ello quiere

15. MAESTU y DOMINGO, (2008).

decir que existe una íntima interrelación entre acciones, emplazamiento y asunción de costes, todo ello desplegado a lo largo de toda la cuenca, incluyendo lógicamente los tramos inferiores y la zona de transición. Técnicamente, los economistas llaman a estos efectos externalidades de espacio, de costes y de tiempo: quien realiza una acción genera repercusiones en otro agente, en otro lugar e incluso en un momento posterior. Estas externalidades, positivas o negativas, se pueden evaluar económicamente y expresarse en unidades monetarias.

Para simplificar el análisis, se asume que solo existe un parámetro clave que indica la calidad de un río: el caudal que circula, medido en litros por segundo. Supongamos que el río es segmentado en tres tramos, cada uno representando un subsistema o una masa de agua. En la figura 4 se representan esos tramos, detallando los objetivos a alcanzar en cada uno de ellos, 20 en el primero, 80 en el segundo y 100 en el tercero. Las curvas representan los costes marginales asociados a los incrementos de caudal en cada tramo, obtenidas a partir de la combinación óptima de alternativas, ordenadas de menor a mayor coste.

**Figura 4.-Costes asociados con el incremento de caudales en cada tramo**



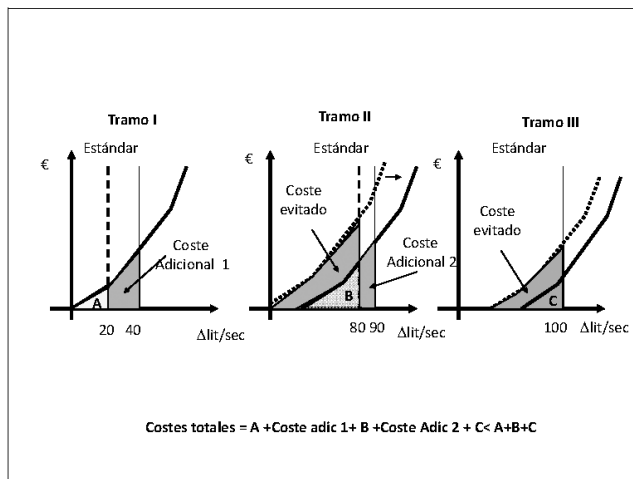
Fuente: Gómez y Garrido (2008).

La pregunta que se plantea con el AEFc es cuál es el coste mínimo de conseguir el aumento de caudal en los tres tramos. Si se hiciese un análisis de cada tramo separado, se revolvería en articular las medidas representadas por las tres curvas de costes marginales hasta alcanzar los niveles de 20, 80 y 100, representados en la Figura 4.

Sin embargo, los tres tramos están conectados y por tanto el coste de lograr Buen Estado Ecológico (BEE) en el tramo intermedio depende del caudal recibido del primero. La solución alternativa la representada en la figura 4 sería obtener el BEE en el tramo I, asumiendo un coste de A, en segundo lugar se calcularía el

efecto que eso tendría sobre el tramo intermedio y se estimaría que esfuerzo adicional habría que realizar para lograr BEE, coste B', y finalmente se haría lo propio en el tramo 3. Este proceso se presenta en la figura 5, y en contraste con la suma de costes representada en la Figura 4, se lograría reducir sustancialmente el coste (ahora resultante de la suma A+B'+C'). A pesar de la importante reducción de costes lograda, aún caben reducciones de coste adicionales.

**Figura 5.–Reducción de costes mediante un enfoque integrado**



Fuente: Gómez y Garrido (2008).

Para encontrarlas, y aprovechar el impacto positivo de las externalidades positivas, se debe abordar el análisis de la cuenca de manera global, considerando los tramos interconectados. Centrando la atención en la figura 5, se puede observar que si se incrementa el caudal en el primer tramo, se logra superar el estándar de 20, y más importante aún, se lograría desplazar hacia la izquierda de la curva de costes marginales en los tramos intermedios e inferior. Como la suma de B y C es mayor que la de A, el coste de oportunidad de incrementar el caudal en el tramo superior, incluso superando el estándar, es realmente negativo.

De esta forma, el procedimiento correcto para obtener el conjunto de medidas de coste mínimo consiste en tener en cuenta explícitamente las externalidades positivas sobre el ecosistema. Esta solución se representa en la figura 5, y resulta de igualar el coste marginal neto derivado de incrementar el caudal en los tres tramos, tomando en cuenta que se alcanza el BEE en toda la cuenca. Esto se logra elevando el caudal sobre el mínimo exigible, lo que a la postre puede reducir el coste del programa de medidas global para toda la cuenca.

## V. IMPLICACIONES PARA RÍOS QUE CRUZAN FRONTERAS

El análisis anterior no es más que la aplicación al problema de la planificación de las cuencas del sentido común y de un mero cálculo económico. No hacerlo supone malgastar recursos para la economía y por tanto disipar riqueza.

Ahora bien, si entre los tramos analizados median fronteras que separan territorios cuyos habitantes ostentan soberanías no solapadas, la aplicación del principio de AEfC tiene implicaciones de calado. La primera y más evidente de ellas es que los beneficios y los costes de las medidas no se distribuyen simétricamente en el espacio y posiblemente en el tiempo. Si se desea que en el tramo 1 se haga un esfuerzo adicional, habrá que compensar económicamente a los agentes o instituciones que hacen el esfuerzo. Lo lógico es que tales esfuerzos sean compensados mediante aportaciones de los tramos inferiores. Sin embargo, mientras que el esfuerzo en el tramo 1 es fácil de asignar a personas, agentes o instituciones concretas, el beneficio en los tramos inferiores serán por lo general más difusos y difíciles de asignar. Aquí surge una primera paradoja.

Si los dos tramos se corresponden con diferentes jurisdicciones el pago entre jurisdicciones resulta sencillo e inmediato. En España tenemos el caso del trasvase Tajo-Segura que incluye un pago de una cuenca a la otra, y existía también el propuesto entre Organismos de cuenca con el trasvase del Ebro<sup>16</sup>. Dinar muestra que en un 34% de los tratados internacionales entre solo dos países con ríos transfronterizos contemplan pagos de uno a otro para compensar por las actuaciones que realiza uno a favor del otro<sup>17</sup>. Parecería entonces que la integración de medidas de mínimo coste reflejada en la figura 5 sería más viable entre tramos de diferente jurisdicción (y por tanto administración). La primera paradoja es que la fragmentación en jurisdicciones diferentes de una misma cuenca puede facilitar mejor acuerdos entre distintos tramos, porque facilita los esquemas de actuaciones y pagos, y permite un control más eficaz y directo entre administraciones<sup>18</sup>.

Sin embargo, el supuesto anterior se basa en medidas que tienen actores específicos y concretos, responsables de llevarlas a cabo, y beneficiarios difusos o anónimos aguas abajo. En este caso, el titular de las mejoras en los tramos inferiores sólo puede ser una administración diferente de la anterior. Por lo que concluimos que los acuerdos entre «regiones» o «estados federales» pueden ser más útiles en los casos de mejoras en la misma cuenca que el supuesto en el que solo existe una misma administración o jurisdicción para toda la cuenca.

La segunda paradoja es que cuando los acuerdos entre tramos contienen cláusulas o amparan operaciones de compra-venta de agua las operaciones se realizan con menos dificultades dentro de una jurisdicción que entre dos jurisdicciones. Esta afirmación tiene en cuenta la realidad de que entre cuencas son precisas las infraestructuras de conexión para facilitar los intercambios. Pero en el caso de

---

16. LEY DE PHN DE (2001).

17. DINAR (2008).

18. Recordemos el caso del Danubio, LISKA (2008).

Australia e EE.UU. los intercambios de agua entre titulares situados en distintos Estados han sido mucho menos frecuentes que dentro de ellos.

En el caso de España, las OPAs del Guadiana y del Júcar no han tenido mayor problema del que se deriva de su coste financiero, que a la postre asume el Gobierno central. Pero las transacciones hechas entre cuencas han sido objeto de mayor controversia, motivada en parte porque los Gobiernos de las CCAA que han visto con desagrado a sus titulares cediendo recursos a titulares de otras cuencas. También hemos visto cómo la CA de Aragón se ha posicionado de manera ambivalente en todo el debate suscitado con el minitransvase a Barcelona, a pesar de que los representantes de los regantes de Aragón no habrían formulado ninguna objeción a ceder derechos de uso sin compensación económica alguna.

Situemos las transacciones de agua en el contexto de los programas de medidas de mínimo coste para los planes de cuenca que deberán remitirse a la CE en 2009. En el caso de España, es posible que los instrumentos económicos sean empleados para lograr aumentos de los caudales a partir de derechos de agua para riego que sean rescatados a perpetuidad o temporalmente. En este caso, la unicidad administrativa y de cuenca facilita los intercambios y reduce el riesgo de afectaciones. Si la unicidad administrativa de cuenca se desvirtúa entonces la opción de los intercambios siempre deberá establecerse entre jurisdicciones o, mediando estas, entre titulares sometidos a distinta normativa.

En el caso de la cooperación entre España y Portugal de sus cuencas compartidas, nunca han mediado pagos, pero tampoco se ha llegado al punto en el que la planificación podamos calificarla como coordinada. En el caso del Danubio, por el contrario y a pesar de su gran dimensión, complejidad y diversidad de Estados (de la UE y fuera de ella), se han definido objetivos de calidad conjuntos y se ha articulado un sistema de control de la calidad en todos los puntos fronterizos<sup>19</sup>. Se remitieron informes conjuntos del artículo 5 de la UE y se trabaja en una planificación coordinada. Al tiempo, la Comisión Internacional del Danubio ha promovido un sistema conjunto de toma de muestras con barcos propios, con el fin de tener bases de datos creadas con metodología común.

## VI. CONCLUSIONES

Las fronteras que segmentan las cuencas hidrográficas en jurisdicciones diferenciadas no son expresión de soberanías absolutas, ni siquiera entre Estados independientes. Dentro de un mismo Estado, o dentro de la UE, las diferentes jurisdicciones por las que atraviesa una cuenca marcan espacios de soberanías yuxtapuestas, se trate o no de Estados de corte federal. Ni la UE es un Estado Federal, ni España es un Estado centralista.

---

19. Ebd.

En el plano práctico y aplicado, los procesos de cambio originados por el calentamiento global concitan acuerdos entre Estados, y orientan los planos de acción hacia el conjunto de las cuencas. Sin embargo, los impactos y las presiones, así como las soluciones que se deban aprobar para mitigarlos, tienen en muchos casos expresión en el tiempo y en el espacio. Si no es un agente determinado el responsable de una presión, entonces es la administración la que debe rendir cuentas del estado de las cuencas que atraviesan su espacio.

España vive un proceso de redefinición de sus competencias sobre el agua entre su Gobierno y el de las CCAA. Todo ello ocurre en paralelo con la aplicación de la DMA a todas las cuencas de la UE. La integración de las medidas a lo largo de la cuenca es el medio para lograr que los objetivos de calidad se logren al mínimo coste. Es muy posible que la combinación de programas de medidas de coste mínimo exijan mayores esfuerzos en las zonas altas de las cuencas, estrategias que permitiría aprovechar las externalidades de costes. Entre jurisdicciones diferentes, ello solo podría aplicarse mediante pagos o compensaciones de abajo a arriba. De no ser éstos posibles o viables política o administrativamente, los planes de medias no serían eficientes en costes. Sin embargo, se ha argumentado que es precisamente la existencia de fronteras entre jurisdicciones lo que facilitaría este tipo de acuerdos, frente a cuencas con soberanía única. La razón es que es más sencillo crear representantes de los «bienes públicos» cuando existen jurisdicciones separadas en tramos diferentes de ríos.

Sin embargo, en contextos de escasez de agua, donde las reasignaciones voluntarias vía mercados pueden tener mayor virtualidad y alcance, se ha visto que en los Estados federales los intercambios son escasos y no gozan de apoyo por parte de las administraciones estatales o regionales. Ello es así porque las ganancias de eficiencia que se derivan de los intercambios para la parte cedente son capitalizadas sólo por los titulares cedentes; mientras que para la parte adquirente las ganancias son rentas de capital y de trabajo. Aunque globalmente los intercambios pueden ser beneficiosos, la distribución de los beneficios puede favorecer más a la zona adquirente. De las dudas sobre el reparto de los beneficios, surge las dificultades de que haya transacciones de agua entre jurisdicciones. De ahí que concluyamos que donde el agua es escasa la fragmentación de las cuencas no sea positiva para administrar la escasez.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BECK, U., (1999), *World Risk Society*. Polity Press: Cambridge.

— (2006), *The Cosmopolitan Vision*. Polity Press: Cambridge.

BRAVARD, J. P., (2008), «Combined impacts of development and climate change on the Rhône River (Switzerland and France)». En Garrido, A. y A.Dinar (Eds). *Managing Water Resources in a Time of Global Change: Mountains, Valleys and Flood Plains*. Oxon: Routledge, en preparación.

- CE (2007), *Hacia una gestión sostenible del agua en la Unión Europea – Primera fase de aplicación de la Directiva Marco del Agua*, (2000/60/CE) COM (2007) 128 final Bruselas, 22.3.2007.
- DINAR, S., A. DINAR, S. MCCAFFREY, y D. MCKINNEY, (2007), *Bridges Over Water: Understanding Transboundary Water Conflict, Negotiation and Cooperation*. Singapore: World Scientific Publishing.
- DINAR, S., (2008), *International Water Treaties. Negotiation and cooperation along transboundary rivers*. Oxon: Routledge.
- GARRIDO, A., A. BARREIRA, S. DINAR y E. LUQUE (2008), *La gestión de las cuencas hidrográficas compartidas entre España y Portugal en un horizonte de riesgos climáticos y mayores presiones ambientales*. Mimeo, Madrid.
- GÓMEZ, C. M. y A. GARRIDO, (2007), «Cost Effectiveness Analysis for the WFD». En: PULIDO VELÁZQUEZ, M., H. HEINZ, J. R. LUND, C. VARELA ORTEGA, J. ANDREU (eds.). *Hydro-economic Models for Water Management: Applications to the EU Water Framework Directive*. Springer. Dordrecht, Países Bajos (en preparación)
- HOFF, H., (2008), «Challenges in upland watershed management: the green blue water approach». En GARRIDO, A. y A. DINAR (Eds.). *Managing Water Resources in a Time of Global Change: Mountains, Valleys and Flood Plains*. Routledge, en preparación.
- LISKA, I., (2008), «Cuenca internacional del Danubio: experiencias de cooperación». 3<sup>er</sup> Foro. *Agua para el Desarrollo*. Fundación Canal, Madrid, 5 de junio de 2008.
- MAESTU, J. y L. DOMINGO, (2008), «Análisis Coste-eficacia para la consecución de objetivos ambientales en masas de agua». *Encuentros Multidisciplinares* 29.X mayo-agosto, 42-54.
- MESSERLI, B., VIVIROLI, D. y WEINGARTNER, R., (2008), «Mountains of the world – water towers of the twenty-first century» En GARRIDO, A. y A. DINAR (Eds.). *Managing Water Resources in a Time of Global Change: Mountains, Valleys and Flood Plains*. Routledge, en preparación.
- MMA (2007), *Evaluación de los Impactos del Cambio Climático en España*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid.
- PAHL-WOSTL, C., G. BERKAM y K. CROSS, (2008), «Adaptive Management of Upland Rivers Facing Global Change: General Insights and Specific Considerations for the Rhone». En GARRIDO, A. y A. DINAR (Eds.). *Managing Water Resources in a Time of Global Change: Mountains, Valleys and Flood Plains*. Routledge, en preparación.





# La gestión de la cuenca hidrográfica del Danubio en el contexto de la Directiva Marco del Agua de la UE

MIRCEA DUTU<sup>1</sup>

**Resumen:** Por su longitud y masa de agua, el Danubio es el segundo río más grande de toda Europa (después del Volga) y uno de los más importantes a escala internacional. Sin embargo, su cualidad de río eminentemente europeo siempre ha dejado huella sobre sus aguas, imponiendo una cooperación adecuada entre los países involucrados. En virtud de su particular estatuto político y geográfico, el río Danubio representa una cuenca internacional desde la perspectiva del reglamento jurídico vigente (según la Convención referente al Danubio) y, al mismo tiempo, una demarcación internacional parcialmente comunitaria (compartida con estados no miembros de la UE), conforme a un régimen jurídico complejo, formado por reglamentos internos, internacionales y de derecho comunitario que se superponen, se cruzan y se complementan desde una perspectiva integrada (aguas superficiales y subterráneas, áreas costeras), impuesta por la DMA y que presupone la gestión de medidas de distinta naturaleza (económicas, administrativas, ecológicas, etc.) El presente texto analiza la evolución del régimen jurídico internacional del Danubio y su régimen específico en el contexto de la DMA.

**Palabras clave:** Danubio, Derecho comunitario, Rumania, Bulgaria, Directiva Marco del Agua, Convención referente al Danubio, terceros países.

**Relación de Acrónimos.**

CIPRD	Comisión Internacional para la Protección del Río Danubio
DMA	Directiva Marco del Agua
CEPE/ONU	Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia

## I. INTRODUCCIÓN. EL DANUBIO: RÍO EUROPEO DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL

Por su longitud y masa de agua, el Danubio representa el segundo río más largo de toda Europa (después del Volga) y uno de los más importantes a escala

1. Rector de la Universidad Ecológica de Bucarest

internacional. Atraviesa el territorio de diez países (6 de ellos son Estados Miembros de la UE), une 4 capitales europeas y los 801.463 km<sup>2</sup> de superficie de su cuenca ocupan territorio de 19 países (el 10% de la superficie del continente), con una población aproximada de 250 millones de habitantes. De los 2.780 km de longitud, son navegables 2.500 km aproximadamente, entre Ulm y Sulina<sup>2</sup>. El río y su demarcación representan un factor de gran importancia desde el punto de vista ecológico, geográfico, económico y estratégico y forma, junto con el Meno y el Rin, un pasillo natural navegable que une el oeste y centro del continente con el Mar Negro y, a través de éste, con el resto del mundo. Su importancia tanto europea como internacional ha originado una pronta cooperación entre los estados que, en un principio, tuvo como objetivo la libertad de navegación y, más tarde, aspectos relacionados con la pesca y la protección contra inundaciones entre otros. Durante el último período, el objetivo prioritario de la cooperación ha sido tratar los problemas relacionados con la protección y conservación del medio acuático, lo que ha dado pie a la creación de una serie de reglamentos jurídicos y formas de colaboración en continua evolución.

Al mismo tiempo, el hecho de que la mayoría de los estados ribereños y de la demarcación sean Estados Miembros de la UE (11 de 19) da lugar a que el Derecho comunitario contemple importantes repercusiones concernientes a la protección y la gestión sostenible de las aguas del río. Más que eso, con la adhesión de Rumanía y Bulgaria a la UE (1 de enero de 2007) el Mar Negro se ha convertido en un «mar comunitario» por lo que respecta a las desembocaduras del Danubio. Esto supone, entre otras cosas y de acuerdo con el enfoque integrado promovido por la Directiva Marco del Agua (DMA), que se tengan en cuenta aspectos relacionados con la zona costera. Finalmente, la creación de la Euroregión del Mar Negro por iniciativa del Consejo Europeo (2006) estimula la promoción de los objetivos de desarrollo sostenible y protección medioambiental de la región danubiana-póntica.

Finalmente, tampoco debería ignorarse la cooperación bilateral pertinente entre los estados ribereños, especialmente entre los Estados Miembros y los que no forman parte de la UE en lo que se refiere a asuntos puntuales. Las legislaciones nacionales de los estados ribereños y los estados de la demarcación se han desarrollado de manera conjunta y bajo una influencia común, con una tendencia más clara hacia la homogeneización y la integración.

De este modo, se ha creado un corpus jurídico relativamente masivo e importante dominado por principios generales y regulado por normas concretas, con un acentuado carácter integrador, que reúne la legislación nacional, comunitaria e internacional, y que podría definirse como «Derecho de la cuenca geográfica del Danubio». Desde esta perspectiva, la gestión de las aguas del río adquiere un carácter global, integrado y más unitario.

---

2. El 97% de la superficie de Rumanía se localiza dentro de la cuenca hidrográfica del Danubio, lo que representa el 29% de su superficie total. En el territorio rumano el río se extiende a lo largo de 1.076 km (el 37,7% de su longitud).

## II. DE LA REGLAMENTACIÓN SOBRE EL CURSO DEL AGUA A LA REGLAMENTACIÓN SOBRE LA CUENCA

Fuera de una perspectiva geográfica y espacial, la primera fase del proceso de regulación y gestión de los problemas del medio acuático hace referencia al curso de agua. Desde principios de la segunda mitad del siglo XIX, distintos cursos de agua de importancia internacional firmaron acuerdos interestatales que regulaban aspectos sobre el uso compartido. En el continente europeo, el primer objetivo de estos acuerdos hacía referencia inicialmente a aspectos como la navegación, pesca o protección contra inundaciones. Los aspectos relacionados con la prevención o con la protección contra la contaminación quedaron olvidados o, como mucho, relegados a un plan secundario adicional.

Dentro del mismo contexto y enfoque, los tratados que firmaron los estados vecinos para regular cuestiones fronterizas generales a veces contenían instrucciones relativas a la protección del medio acuático contra la contaminación.

Un progreso relevante que se hizo en este ámbito fue la promulgación de algunos instrumentos internacionales que tenían como único, o al menos como principal objetivo, la protección de los cursos de agua contra la contaminación, como por ejemplo la **Convención de Berna** del 29 de abril de 1963 sobre la protección del Rin contra la contaminación. Los principios concernientes a la contaminación transfronteriza y los recursos naturales compartidos o la mejora del conocimiento técnico y científico que permiten la creación de reglamentos sobre emisión y calidad del agua contribuyeron al avance hacia una nueva etapa, la de las regulaciones por demarcaciones hidrográficas.

Al mismo tiempo, bajo la presión simultánea de factores tales como la «ecologización» y la globalización de aspectos medioambientales, nació y se impuso la afirmación del concepto de desarrollo sostenible, la ofensiva de la globalización neoliberal y la idea de una gestión común de todos los recursos de la cuenca hidrográfica.

### 1. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE ESTA EVOLUCIÓN

La idea de un enfoque basado en la demarcación sobre aspectos generales relativos a la protección, la conservación y la gestión de un curso de agua internacional quedó expresada a propósito y desarrollada por primera vez por las **Normas de Helsinki**, aprobadas en 1996 mediante un texto adoptado por la Asociación de Derecho Internacional<sup>3</sup>.

Según el artículo 4 de este documento, todos los estados pertenecientes a una cuenca de captación internacional tienen derecho a una parte razonable y justa del aprovechamiento favorable de las aguas de la cuenca; según el principio de uso equitativo, todos los estados deben abstenerse de contaminar o aumentar el grado

3. Asociación de Derecho Internacional, Informe del Comité sobre los Usos de las Aguas de Ríos Internacionales, Conferencia de Helsinki, ADI, 1996.

de contaminación de una cuenca de captación internacional y deben adoptar todas las medidas razonables para reducir la contaminación existente, de manera que no pueda causarse ningún daño grave al territorio de cualquier estado de la cuenca (artículo 10).

El 13 de febrero de 1987, el Comité del Agua de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE/ONU) publicó un documento en el que se reflexionaba sobre algunos de los principios referentes a la gestión de aguas transfronterizas. El primero y más importante de ellos alude a la necesidad de crear un reglamento concreto internacional para el siguiente aspecto: los estados que compartan un curso de agua deben formalizar tratados o acuerdos para establecer en particular objetivos de calidad, control de calidad del agua y medios de intercambio de información.

Se logró un avance importante en este sentido gracias a la **Agenda 21**, adoptada por la Conferencia de Río de Janeiro de 1992. El capítulo 18, dedicado a la protección de los recursos de agua dulce y a garantizar su calidad, establecía como principio de acción la aplicación de un enfoque integrado sobre la capitalización, gestión y uso de los recursos hídricos.

Aunque, en cierta forma y de manera indirecta, **la Convención de Nueva York celebrada el 21 de mayo de 1997 sobre el derecho al uso de cursos de agua internacionales para otros fines distintos de la navegación** también adopta el mismo enfoque, centrado en cuencas de ríos íntegras, aguas subterráneas y ambientes marinos, la convención contempla también una gestión internacional en la medida en que sea posible.

Haciendo referencia a las estipulaciones del artículo 5, párrafo 2 de la Convención, en la resolución pronunciada el 25 de septiembre de 1997 en la causa del proyecto Gabcikovo-Nagymaros, el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) consideró que «los Estados participan en el uso y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y moderada. Esta participación también conlleva el derecho a usar el curso de agua y la obligación de cooperar en su protección y buen uso, tal y como se ha estipulado en estos artículos» (párrafo 147)<sup>4</sup>.

A nivel regional, se fomenta la misma visión de cuenca especialmente en la **Convención de Helsinki de 17 de marzo de 1992 sobre la protección y el uso de cursos de agua transfronterizos y de lagos internacionales**.

Al igual que la Convención de Nueva York, la Convención de Helsinki hace hincapié en la necesidad de formalizar acuerdos entre estados ribereños que comparten el mismo curso de agua internacional. Dichos acuerdos deben «elaborar políticas, programas y estrategias armonizadas que sean aplicables a toda o parte de la cuenca hidrográfica correspondiente, y cuyo objetivo sea la prevención, el

---

4. Con esta referencia a la Convención de Nueva York de 1997, el TIJ admitió, de manera implícita, que se trata de un instrumento de codificación real que transforma las normas consuetudinarias internacionales existentes en un tratado.

control y la disminución del impacto transfronterizo y la protección del medio acuático transfronterizo» (artículo 2, párrafo 6). En el artículo 9 se formulan indicaciones concretas sobre el posible contenido de dichos acuerdos. El Protocolo de Londres de 1999 sobre el agua y la salud, anexo a la Convención, contempla una serie de mejoras: examinar los ecosistemas, gestión integrada, información al público, evaluación continua de la aplicación y del uso de métodos simples de vigilancia y cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estados.

## 2. LA DIRECTIVA MARCO 2000/60/CE Y LA GESTIÓN INTEGRADA DE AGUA

El enfoque de cuenca integrado ha encontrado su expresión más adecuada en el plan de la UE a través de la adopción de la Directiva de 23 de octubre de 2000, que establece un marco para una política comunitaria en lo que se refiere al agua (2000/60/CE)<sup>5</sup>.

Tras un período de tiempo de algunas décadas, durante el cual predominó el concepto sectorial expresado en directivas sobre estándares de calidad o de emisiones y enfocado al destino de las aguas protegidas, a partir de los años 90 surgió un nuevo enfoque dirigido a directivas de más alcance que culminó con la promulgación de la directiva del año 2000. Esta directiva concreta un marco general para la protección y la mejora de todos los medios acuáticos del continente. Su principal objetivo es alcanzar, en el plazo de 15 años, un nivel de «buen estado» de las aguas continentales.

La Directiva Marco fija las condiciones para llevar a cabo una tarea coherente:

- en lo que se refiere al medio ambiente, con un enfoque ecosistémico para todo tipo de aguas, tanto aguas interiores (superficiales y subterráneas) y aguas costeras. La referencia ecosistémica es la **masa de agua**, que se define dependiendo de si es artificial, si se ha alterado o si es agua de superficie o subterránea (artículos 2-8, 9, 10, 12 de la Directiva);

- respecto al enfoque territorial mediante la constitución de un marco de gestión basado en la demarcación hidrográfica, formado por cuencas y subcuencas y que permita también la identificación de ecorregiones;

- en lo que se refiere a los métodos de gestión, la Directiva impone coherencia en los instrumentos de gestión a través de los planes de gestión y los programas de medidas, en las instituciones, ya que los estados deben designar a la autoridad competente responsable de esta gestión, y en las medidas políticas debido a la necesidad de controlar las actividades, donde el sistema se basa en un régimen general y en un control acrecentado de algunas áreas;

- respecto a los objetivos planteados, la Directiva persigue, ante todo, objetivos cuantitativos a través de la promoción de un enfoque más económico que afecte a los costes de uso en tres sectores designados (consumo doméstico, industria y

5. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L327 de 22 de diciembre de 2000.

agricultura). También contempla objetivos cualitativos mediante los que se pretende alcanzar en 2015 un «buen estado ecológico de las aguas» a través de medidas preventivas y de la aplicación del principio de «quien contamina paga». Además, existe un objetivo con un marcado carácter general, a saber, que los países tienen la obligación de evitar que se cause daño a «todas las masas de agua»<sup>6</sup>.

Dentro del enfoque global se busca garantizar una coherencia para todos los reglamentos existentes mediante la combinación de la obligación de informar, la obligación de determinar las áreas de gestión y la obligación de organizar normas multifuncionales. La Directiva subraya la importancia de las cuencas hidrográficas internacionales e indica la necesidad de que deben ser dotadas de un único plan de gestión que incluya una obligación y plazo de cumplimiento. Sin embargo, la gestión del agua no sería global si no se enmarcara en el contexto definido por los principios jurídicos medioambientales, incluyendo el principio de «quien contamina paga». Por consiguiente, las políticas arancelarias de los Estados deben incluir, por una parte, sanciones por contaminación y, por otra, deben promover un consumo del agua sostenible y responsable.

#### **A) La demarcación como unidad clave de gestión**

La gran innovación propiciada por la Directiva en este campo ha sido la creación de una nueva forma administrativa, mediante la introducción del concepto de «demarcación hidrográfica», en torno al cual concentra toda la actuación en este ámbito.

La demarcación representa una unidad de gestión, un área administrativa, terrestre y marina, compuesta por una o más cuencas hidrográficas así como por las aguas subterráneas y costeras asociadas (artículo 3).

Los Estados Miembros han establecido estas demarcaciones partiendo del censo de las cuencas hidrográficas existentes en sus territorios nacionales. Una demarcación podría: a) estar formada por una cuenca hidrográfica extensa; b) componerse de diversas cuencas pequeñas o de la unión de una cuenca pequeña a una mayor; c) ser una demarcación internacional, totalmente comunitaria, representada por una parte de una cuenca que compartan varios Estados Miembros de la UE; d) ser una demarcación internacional, parcialmente comunitaria (que «se extiende fuera del territorio comunitario»).

Cada demarcación hidrográfica debe contar con una estructura administrativa adecuada<sup>7</sup>, que la Directiva no explicita, con el propósito de garantizar que se

---

6. Para una presentación de la Directiva véase DROBENKO, Bernard, (2007), *Droit de l'eau*, Gualino editem, París, pgs. 30-32; Sylviane LEPRINCE, «Le nouvelle directive 2000/60/CE du Parlement et du Conseil instituant un cadre pour l'action communautaire dans le domaine de l'eau: coordination et efficacite?» en *Revue de la Faculte de droit de l'Universite de Liege*, 2001/4, pg. 833 y siguientes.

7. El término «adecuada» permite entender el hecho de que los estados miembros pueden elegir la estructura que les parezca más conveniente. Además, los estados también determinan el tipo de gestión de las autoridades competentes, así como su naturaleza, y sobre todo deciden si se eligen o se designan.

coordine y supervise la aplicación de las normas programadas dentro de cada demarcación.

### **B) La autoridad administrativa perteneciente a la demarcación**

Cada demarcación hidrográfica debería, por tanto, contar con una autoridad administrativa «adecuada». En el caso de una demarcación internacional compartida por varios Estados Miembros, los estados designarán conjuntamente una autoridad administrativa competente. Para las demarcaciones internacionales parcialmente comunitarias puede optarse por una solución *sui generis*. Por consiguiente, si bien en el caso de todos los Estados Miembros puede designarse una única autoridad competente, en el caso de los estados no miembros de la UE se inicia un proceso de cooperación con las distintas autoridades nacionales responsables en ese ámbito por una parte o con las estructuras de cooperación internacionales si existen, por otra. No es necesario que dichas estructuras se creen para este propósito, ya que podrían designarse de entre los organismos internacionales o nacionales existentes siempre que tengan las competencias y el poder necesario para satisfacer los objetivos que establece la Directiva.

La Directiva no expresa su dictamen sobre la naturaleza de dichas competencias y deja este asunto en manos de los Estados Miembros involucrados; ellos tienen libertad para determinar sus características respecto a la situación jurídica, las responsabilidades administrativas y jurídicas o el papel que deben desempeñar dentro de la demarcación hidrográfica.

En el caso de las demarcaciones hidrográficas que se extienden fuera del territorio comunitario, como ocurre con el Danubio, la Directiva considera conveniente que se designe una demarcación hidrográfica y una autoridad competente junto con los Estados no comunitarios involucrados.

En cualquier caso, los Estados Miembros tienen, como mínimo, la obligación de asegurar que las normas de la Directiva se aplican en la parte de la demarcación hidrográfica situada dentro de su territorio.

### **C) El plan de gestión de la demarcación hidrográfica**

Según la Directiva, cada demarcación hidrográfica debe elaborar un plan de gestión. Por supuesto, cada Estado Miembro es el único responsable de las demarcaciones localizadas exclusivamente dentro de su territorio (artículo 13). Para las demarcaciones hidrográficas internacionales ubicadas totalmente en el territorio de la Unión Europea, los Estados Miembros deben «asegurar la coordinación con vistas a crear un único plan de gestión de la demarcación hidrográfica internacional» (artículo 13.2 de la Directiva). Por lo tanto, este plan de gestión de la demarcación hidrográfica internacional conllevará necesariamente la creación de una autoridad internacional.

En el caso de una demarcación hidrográfica internacional que se extiende fuera de los límites de la Comunidad, como también ocurre con el Danubio, los Estados Miembros están obligados a colaborar con los estados no miembros de la UE involucrados a fin de elaborar un plan de gestión. Sin embargo, si no existiera dicho plan, obviamente éstos habrán de asegurar al menos la creación de un plan de gestión que cubra la porción de la demarcación situada dentro de su territorio.

La Directiva no especifica si debe ser la autoridad competente a la cabeza de cada demarcación hidrográfica quien elabore el plan de gestión, aunque esta parece ser la solución lógica.

a) El contenido del plan de gestión. El plan de gestión contiene prescripciones concretas relativas a aguas superficiales, aguas subterráneas y zonas protegidas. Por una parte, se trata de un documento que describe el estado de la demarcación hidrográfica y sus características y analiza la aplicación de las decisiones que se han tomado previamente y los resultados obtenidos. Por otra parte, se trata de un plan de acción que expone las medidas nuevas que deben adoptarse progresivamente para lograr los objetivos de la Directiva. Es un documento de referencia que, finalmente, debe servir para comprender y solucionar los problemas de la demarcación hidrográfica.

Concretamente, el contenido del plan de gestión queda plasmado en el Anexo VII de la Directiva, a saber:

Una presentación (explicativa y descriptiva) de la situación

Se trata de una descripción general de las características geofísicas e hidrogeológicas de la demarcación que consta de: identificación, mapeo y clasificación de las masas de agua, mapa de las redes de vigilancia, identificación y representación cartográfica de las zonas protegidas, evaluación de las presiones e incidentes significativos que las actividades humanas han provocado en el estado del agua, exposición del estado cuantitativo y cualitativo de las masas de agua correspondientes.

*La exposición de las medidas ya implementadas y de los pasos ya logrados*

En esta sección el plan incluye:

- resúmenes de los programas de medidas y de los controles realizados (extracción, embalse, vertidos directos e indirectos, sustancias prioritarias, etc.);
- una síntesis de los resultados del análisis económico sobre uso del agua;
- una presentación de los resultados obtenidos dentro de la demarcación mediante la implantación de las medidas previamente adoptadas, especialmente en la aplicación de las directivas existentes.

La presentación en informes o resúmenes de las medidas adoptadas y de los pasos llevados a cabo o estipulados para alcanzar los objetivos de la Directiva:

- una lista de los objetivos medioambientales que deben lograrse según estipula el artículo 4;



- un resumen de las medidas adoptadas para conseguir que se cumplan las condiciones que establece la Directiva (especialmente los artículos 7, 9 y 11 de los documentos).

*Actualización del plan de acción*

Todo plan de gestión debe actualizarse regularmente: por primera vez 15 años después de la entrada en vigor de la Directiva y después cada 6 años. Esta actualización periódica no sólo permitirá que se evalúe el estado de los objetivos propuestos sino que también se marque la pauta para mantener o modificar las medidas cuando sea necesario.

La actualización del plan incluye, además de estos elementos, información concreta:

- una presentación concisa de cualquier cambio o actualización que se haya llevado a cabo tras la publicación de la versión anterior del plan;

- una evaluación del progreso logrado para cumplir los objetivos relacionados con el medio ambiente;

- una presentación concisa y motivada de cualquier medida incluida en una versión anterior del plan y que finalmente no se aplicó;

- una presentación concisa de cualquier medida transitoria adoptada en cumplimiento del artículo 11 (programa de medidas).

*Documentos adjuntos al plan de gestión*

El plan de gestión de cada demarcación hidrográfica debe ir acompañado de:

1. un análisis de las características de la demarcación hidrográfica;
2. un estudio acerca del grado de incidencia de la actividad humana en el medio ambiente;

3. un análisis económico del uso del agua en la demarcación, que permita la aplicación del principio de recuperación del coste por los servicios relacionados con el uso del agua;

4. un programa de vigilancia del estado de las aguas subterráneas y superficiales cuyo propósito sea presentar un panorama completo del estado ecológico y químico de las aguas superficiales y del estado cuantitativo de las aguas subterráneas en las demarcaciones hidrográficas, con el objetivo de obtener una visión global a nivel europeo;

5. un registro de las zonas protegidas y un programa de vigilancia conexo. El documento es un inventario de las zonas que han sido designadas por necesitar una protección especial en virtud de otros reglamentos comunitarios concretos concernientes a la protección de aguas subterráneas y superficiales o de los hábitats y especies dependientes del agua que necesitan conservarse;

6. un programa de medidas de actuación (medidas de protección, acciones legislativas, administrativas, financieras y prácticas, procedimientos negociados y otros) dirigidas a cumplir los objetivos de la Directiva relacionados con el medio ambiente. Las medidas pueden ser de varios tipos:

a) medidas básicas: cada programa de medidas tiene que incluir las normas fundamentales que constituyen las exigencias mínimas que deben cumplirse según especifica el artículo 11.30. Según concreta el Anexo VI A, también tiene que incluir todas las medidas que una serie de directivas importantes adoptadas para otros aspectos medioambientales (protección de aves salvajes, evaluación de incidentes que afectan al medio ambiente, riesgos de accidente importantes, lodos de aguas residuales, etc.) ya han impuesto. Este enfoque enfatiza el carácter integrador de la Directiva Marco, no sólo en referencia al agua sino también en la medida en que concierne a la localización de las acciones relacionadas con el agua, para lograr una gestión mejor de los problemas de los ecosistemas y el medio ambiente de manera más general.

Las medidas básicas pueden agruparse, a su vez, de la siguiente manera:

- una serie de medidas de control, por ejemplo el requisito de una autorización previa para ciertas actividades (extracción y embalse de agua dulce) [artículo 11.30 e)];

- medidas dirigidas a prevenir y controlar los vertidos de fuentes dispersas. Puede establecerse el control a través de exigencias reguladoras: prohibición y/o registros que definan los controles de emisiones que se han revisado y actualizado con regularidad [artículo 11.3 h)];

- medidas que prohíban los vertidos directos (excepto en algunos casos muy estrictos) junto con controles adecuados [artículo 11.30 j)];

- medidas que eviten el vertido de contaminantes y que reduzcan el impacto en caso de incidentes de contaminación accidental [artículo 11.3 l)];

- medidas «consideradas apropiadas para el propósito del artículo 9», esto es, que tengan en cuenta el principio de la recuperación de los costes por los servicios relacionados con el uso del agua [artículo 11.3 b)];

- medidas que fomenten un uso del agua efectivo y sostenible para no comprometer el cumplimiento de los objetivos de la Directiva [artículo 11.3 c)].

b) medidas complementarias: representan una categoría especial. Quedan estipuladas en el Anexo VI de la DMA y enumeradas de manera ilustrativa para que los Estados Miembros puedan incluirlas en sus programas.

Estas medidas pueden consistir en adoptar instrumentos financieros y legislativos, códigos de buena conducta, proyectos de restablecimiento, medidas educativas, equipos de plantas de desalinización, etc.

Puesto que el programa de medidas es adecuado para cada demarcación hidrográfica, permitirá que se tengan en cuenta las características de cada área para seleccionar las medidas más apropiadas para cada situación concreta.

#### **D) Fecha límite para elaborar el primer plan de gestión**

Los Estados Miembros de la UE disponen de un plazo relativamente amplio para crear la primera versión del plan de gestión de la demarcación hidrográfica; éste debe publicarse, a más tardar, nueve años después de la entrada en vigor de la Directiva, el 22 de diciembre de 2009.

### **III. EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL DANUBIO**

#### **1. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL DANUBIO**

Debido a su importancia económica-estratégica, el río y su uso han sido objeto de continuas disputas entre las grandes potencias del continente, a menudo resueltas de manera temporal y mediante compromisos en forma de acuerdos internacionales. De este modo, el Tratado de París de 1856 acabó con el monopolio de Rusia sobre las desembocaduras del Danubio e instituyó el principio de libertad de navegación en el río, que fue asumido y desarrollado después a través de una serie de documentos internacionales. La internacionalización de los asuntos referentes al Danubio y la implicación directa de las grandes potencias del momento se impusieron como factores permanentes; los tratados de paz de Saint-Germaine (10 de septiembre de 1919) y Trianon (4 de junio de 1920) estipularon algunos reglamentos concernientes al uso del curso de agua y crearon la Comisión Técnica Permanente para el Régimen de Aguas. El Estatuto de dicha Comisión, aprobado por una Convención firmada en París en 1923, le confería el derecho a concluir convenciones entre los estados ribereños sobre asuntos importantes de interés común, atribuciones en la regulación de conflictos, cumplimiento de intercambios de información, etc.

Entre las dos guerras mundiales, los Estados Miembros de la Comisión (Austria, Hungría, Checoslovaquia, Yugoslavia y Rumanía) pactaron siete convenciones bilaterales que estipulaban principios importantes sobre el uso de las aguas limítrofes y la protección contra inundaciones y crearon una comisión mixta.

Tras la Segunda Guerra Mundial, dentro de un nuevo contexto de relaciones entre las fuerzas políticas y áreas de influencia político-estratégica, la **Convención sobre el régimen de navegación del Danubio** (Belgrado, 1948), que creó para este propósito la Comisión del Danubio, estableció el régimen internacional del río. Aunque el marco jurídico-institucional así fijado tuvo como objetivo general la gestión de los asuntos de navegación, permitió sin embargo iniciar otros planteamientos –colaterales– mediante una resolución de la Comisión en 1964, respecto a la protección del agua contra la contaminación, como el vertido de petróleo de

los barcos. Más concretamente, se prohibió que los barcos (tanto los que iban en ruta como los amarrados en los puertos) vertieran cualquier tipo de petróleo u otros productos y exigieron que los depositaran en los contenedores fijos o flotantes proporcionados por los estados ribereños.

Al mismo tiempo, un conjunto de acuerdos bilaterales regularon la cooperación en los ámbitos del uso y la explotación de energía hidráulica, la lucha contra las inundaciones y otros aspectos de áreas hidrográficas limítrofes.

Un paso adelante importante para lograr la cuantificación y la expresión jurídica de los requisitos concernientes a la protección y gestión de la cuenca del Danubio contra la contaminación fue la firma, el 13 de diciembre de 1985 en la Conferencia de Bucarest, de la **Declaración sobre la cooperación de los estados danubianos en el ámbito de la gestión y protección de las aguas del río contra la contaminación**<sup>8</sup>. Aunque el documento no posee pleno poder jurídico (asumir, confirmar o reafirmar principios y normas ya existentes o contribuir a la concepción previa de otros) contribuyó de manera notable a que surgieran preocupaciones entre los estados danubianos con respecto a la cooperación para prevenir y luchar contra la contaminación del Danubio.

Además, aunque las distintas opiniones de las alianzas ideológicas y militares han impedido que el documento se convierta en una convención y se ha quedado en la fase de declaración, sus efectos reales han sido significativos, como por ejemplo los referentes a la creación de los grupos de trabajo para la calidad del agua, inundaciones y sus previsiones y balance hídrico<sup>9</sup>.

La declaración estableció como objetivos de la política de los estados danubianos en este ámbito el uso razonable y la conservación de los recursos hídricos del Danubio, la prevención de la contaminación de sus aguas y la vigilancia de su calidad.

Como medidas concretas de cooperación y cumplimiento de los objetivos propuestos se estipularon las siguientes: el control sistemático de la calidad de las aguas del Danubio, mediante algunos programas y métodos que permiten obtener

8. Los estados que firmaron el documento fueron Austria, Checoslovaquia, República Federal de Alemania, Yugoslavia, Rumanía, Hungría y la URSS.
9. La Declaración continúa siendo el documento más expresivo desde este punto de vista, debido al hecho de que, con respecto a su contenido, cumple algunas funciones similares a aquellas instituidas por las convenciones especiales en este ámbito y, en lo que respecta a su valor jurídico, ha quedado en un nivel declarativo del acuerdo. En este sentido, el proceso previo a la aprobación de la declaración fue decisivo. Durante las reuniones preparatorias de los expertos, los principales debates versaron sobre la naturaleza jurídica, la forma y contenido del documento. Con referencia al primer aspecto, los países occidentales (República Federal de Alemania, Austria) se posicionaron a favor de un documento de carácter general (recomendación) mientras que los países que, en ese momento, eran comunistas (Bulgaria, Yugoslavia, Rumanía, Hungría, URSS) lo hicieron a favor de un instrumento jurídico-técnico obligatorio. Los representantes de Europa occidental impusieron, como condición para aceptar un acuerdo de compromiso, que también lo firmara la CEE, hecho que fue considerado como inaceptable por algunos países comunistas que no habían reconocido a la CEE como entidad jurídica. Dadas las circunstancias, se optó por una fórmula intermediaria: una declaración adecuada desde el punto de vista del contenido e insuficiente en lo que respecta a su validez jurídica.

datos comparables, el intercambio de información sobre las autoridades competentes y el manejo de información acerca de los resultados obtenidos como consecuencia del control llevado a cabo en las estaciones de medición y de medidas tomadas para proteger el río contra la contaminación, la organización conjunta de reuniones de los representantes de las autoridades competentes como mucho cada dos años, etc.

El resultado real más importante fue el establecimiento, de manera coordinada, de un sistema de control de la calidad de las aguas del Danubio mediante estaciones de medición localizadas al paso del Danubio desde el territorio de un estado al de otro, y en aquellos sectores donde el río forma una frontera común entre dos estados, al principio y final de los sectores fronterizos comunes, en los puntos establecidos según un acuerdo bilateral. Según una metodología comparativa, se instituyó un control sistemático del vertido de aguas residuales en el Danubio.

Pero más importante que todo eso fueron los efectos de la *Declaración de Bucarest*. Instituyeron *de facto* un mecanismo de vigilancia de la calidad de las aguas del río en caso de contaminación (accidental o permanente) aunque, *de iure*, los acuerdos asumidos quedaron relegados a un nivel declarativo.

Tras 1990, coincidiendo con la caída del «telón de Acero» y el proceso de reunificación y de integración europea de la parte oriental del continente, las preocupaciones por la cooperación entre los estados ribereños para proteger el río contra la contaminación y por la gestión sostenible de la cuenca se intensificaron y desarrollaron a nivel bilateral (mediante la firma de diversos convenios que establecían la colaboración entre los estados ribereños para la protección del medio ambiente, con capítulos destacados referentes al Danubio, o mediante algunos acuerdos relativos a la gestión de las aguas fronterizas) y a nivel multilateral, a través de la **Convención sobre la cooperación para la protección y el uso sostenibles del Danubio** (firmada en Sofía, el 29 de junio de 1994, con la CE como parte).

Si antes de 1989 sólo dos estados ribereños del Danubio, Alemania y Austria, formaban parte de la C.E., hoy en día 6 de esos 10 países pertenecen a la UE, y prácticamente no hay ninguna parte del río que quede fuera de la aplicación, incluso parcial, del Derecho Comunitario sobre aguas. Finalmente, el enfoque integrado presentado por la Directiva Marco de Aguas se cumple en el hecho de que el Mar Negro se ha convertido en un mar comunitario a partir del 1 de enero de 2007 y la zona costera correspondiente se ha incluido en la gestión del río.

## 2. COOPERACIÓN BILATERAL

La cooperación bilateral entre estados ribereños a un curso de agua internacional siempre ha provocado un gran impacto en el desarrollo de la gestión de los asuntos conexos y de las normas jurídicas aplicables. Si, en una primera fase, las normas así establecidas desempeñaron un papel precursor en establecer el reglamento para los cursos de agua, posteriormente la situación cambió radicalmente

en el sentido de que, actualmente, las formas de cooperación bilateral especifican los detalles y adaptan el reglamento adoptado para las cuencas internacionales a las condiciones y situaciones reales.

Expresando ideas sobre una orientación político-estratégica, las declaraciones bilaterales o multilaterales entre estados ribereños o estados de una misma cuenca contribuyen a intensificar la coordinación de acciones encaminadas a lograr una gestión integrada de las aguas del río y estipular los significados de los acuerdos operativos<sup>10</sup>.

Los acuerdos bilaterales firmados por los estados que no son miembros de la UE tienen como finalidad, especialmente, el establecimiento de un marco de cooperación, adaptando a los rasgos característicos del contexto bilateral las estipulaciones de las convenciones internacionales en ese ámbito, como la Convención de Helsinki (1991) y la Convención para la protección del río Danubio (1994). También tienen como objetivo establecer un enfoque de colaboración basado en principios como el de «quien contamina paga» o aspectos que hacen referencia al uso de los recursos hídricos, protección de las aguas contra la contaminación, defensa contra inundaciones, etc.<sup>11</sup>.

Los acuerdos firmados tras el año 2000 por los Estados Miembros de la UE ubicados a orillas del Danubio fomentan una visión compleja del marco de cooperación bilateral, teniendo en cuenta su situación dentro de la cuenca del Danubio<sup>12</sup> y que son partes interesadas en la Convención de Sofía y la Convención de Helsinki, las cuales consideran las estipulaciones de la Directiva 2000/60/CE y apelan al objetivo del «buen estado» de las aguas fijado por el documento europeo.

A veces incluso se hace referencia a proyectos puntuales de cooperación internacional incluidos en el acuerdo bilateral como, por ejemplo, la participación en el cumplimiento del Plan de acción estratégico dentro del «Programa de protección medioambiental en la cuenca del Danubio» y del Plan de Gestión de la cuenca del Danubio, tal y como establece la DMA<sup>13</sup>.

10. Como, por ejemplo, la Declaración entre el Ministerio de Medio Ambiente y Aguas de Bulgaria, el Ministerio de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Moldavia, el Ministerio de Aguas, Bosques y Protección del Medio Ambiente de Rumanía y el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales de Ucrania sobre cooperación relacionada con la creación del Corredor Verde del Bajo Danubio, firmada en Bucarest el 5 de junio de 2000. Otro ejemplo es la Declaración de los ministros responsables de la gestión del agua de las partes firmantes de la Convención para la protección del río Danubio y la Convención para la protección del Mar Negro contra la contaminación o mejora de la cooperación (Bucarest, 23 de febrero de 2007).
11. Como, por ejemplo, el Acuerdo de fecha 30 de septiembre de 1997 celebrado entre el Gobierno de Rumanía y el Gobierno de Ucrania sobre cooperación en el campo de la gestión de aguas fronterizas (ratificado por Rumanía por la Ley 16/1999).
12. El Acuerdo de 12 de noviembre de 2004 celebrado entre el Ministerio de Medio Ambiente y Gestión de Aguas de Rumanía y el Ministerio de Medio Ambiente y Aguas de Bulgaria sobre cooperación en el campo de la gestión de aguas también contempla el hecho de que ambos países están situados en la cuenca del Mar Negro y son partes de la Convención sobre la protección del Mar Negro contra la contaminación (1992); en adelante denominado el Acuerdo Rumanía-Bulgaria.
13. El acuerdo de 15 de septiembre de 2003 celebrado entre el Gobierno de Rumanía y el Go-

La incorporación y la implantación de la DMA se convierten en «áreas de cooperación» [artículo 2, párrafo c) del Acuerdo entre Rumanía y Bulgaria] y la «coordinación e implantación de las actividades comunes siguiendo las estipulaciones de la Directiva» se convierte en una forma de cooperación bilateral en ese ámbito (artículo 3, letra a del mismo documento). Además, las partes firmantes decidieron aplicar, especialmente dentro del marco de cooperación bilateral, los principios de uso equitativo y racional de las aguas fronterizas, de precaución, reciprocidad, buena fe y el principio de quien contamina paga, «tal y como éstos se desarrollan a largo plazo en la DMA» (artículo 4, Acuerdo entre Rumanía y Hungría). Las comisiones mixtas creadas mediante estos acuerdos desempeñan un papel importante en la coordinación y desarrollo de la cooperación que cuenta con implicaciones significativas relacionadas con la cuenca, sobre todo porque pueden invitar a las reuniones a «representantes europeos de la Secretaría Permanente de la Comisión Internacional para la Protección del Danubio, las autoridades encargadas de la gestión del agua en los estados que forman parte de la Convención de Sofía» (artículo 10 del mismo acuerdo).

### 3. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE LA UE

La actuación de la UE respecto a la cooperación entre los estados de la demarcación del Danubio se desarrolla igualmente desde la perspectiva de la CE como parte interesada de la Convención de Sofía (1994) y desde la perspectiva de los compromisos del derecho internacional asumidos de este modo y de los 11 Estados Miembros ribereños y de la cuenca del río que están obligados a trasponer y aplicar el derecho internacional pertinente, incluyendo la Directiva 2000/60/CE<sup>14</sup>. Según el artículo 300 del Tratado de la CE, los acuerdos que la Comunidad firma con terceros países vinculan a las instituciones comunitarias y a los Estados Miembros. En otras palabras, los correspondientes acuerdos forman parte del orden judicial comunitario y constituyen fuentes del Derecho comunitario.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ha declarado que las convenciones internacionales firmadas por la CE forman parte del Derecho comunitario y que el Derecho comunitario derivado tiene que cumplir y estar en consonancia con las estipulaciones de los tratados internacionales correspondientes.

La relevancia del Derecho comunitario en los asuntos tratados debe considerarse desde distintos puntos de vista. Por lo general, las nuevas estipulaciones del Tratado de Lisboa (2007) incluyen algunas referencias e incidencias significativas. Así pues, según el artículo 7, letra a del Tratado de la UE (TUE), la Unión entabla relaciones de privilegio con los países vecinos con vistas a establecer un espacio de prosperidad y buena vecindad basado en los valores de la Unión y caracterizado

---

bierno de Hungría sobre colaboración para la protección y el uso sostenible de aguas fronterizas (aprobado por Rumanía a través de H. G. [Resolución del Gobierno] núm. 577/2004); en adelante denominado Acuerdo Rumanía-Bulgaria.

14. 97/825/CE, Directiva del Consejo de 24 de noviembre de 1997 acerca de la conclusión de la Convención sobre cooperación para la protección y el desarrollo sostenible del Danubio.

por relaciones estrechas y pacíficas. Dichas relaciones dependen de la cooperación, aspecto de importancia también para el Danubio, para lograr una gestión sostenible de los ríos, especialmente desde la perspectiva de las relaciones con países como Ucrania y Serbia. Asimismo, el principio de actuación externa en la elaboración de algunas medidas internacionales para la conservación y mejora de la calidad del medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos naturales del planeta a fin de asegurar un desarrollo sostenible [artículo 10 (2) letra F del TUE] añade una dimensión medioambiental importante a la cooperación en el ámbito de las cuencas. Obviamente, el principal objetivo de la UE para lograr el desarrollo sostenible basado en un «nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» [artículo 2 (3) TUE] en lo que se refiere a la actuación del mercado interior y, de manera adicional, el objetivo de conseguir el «desarrollo sostenible del planeta» (artículo 5) dentro de las relaciones de la UE con el resto de la comunidad internacional están también dejando su impronta. Junto con estas pautas de actuación política, el Derecho comunitario referente al agua se aplica de manera contundente y efectiva siguiendo las estipulaciones de la DMA. Finalmente, pero con un papel coordinador importante y un carácter claramente integrador, las estipulaciones de la Convención Internacional sobre el río Danubio se aplican como obligaciones resultantes de los compromisos externos de la Unión.

#### **4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN DEL RÍO DANUBIO**

En virtud de su particular estatuto político y geográfico, el río Danubio representa una cuenca internacional desde la perspectiva del reglamento jurídico vigente (según la Convención referente al Danubio) y, al mismo tiempo, una demarcación internacional parcialmente comunitaria (compartida con estados no miembros de la UE), conforme a un régimen jurídico complejo, formado por reglamentos internos, internacionales y de derecho comunitario que se superponen, se cruzan, se complementan y, hasta cierto punto, incluso se contrarrestan, desde una perspectiva cada vez más integrada y ecológica (aguas superficiales, aguas subterráneas, áreas costeras), impuesta por la DMA y que presupone, para la gestión, la creación de medidas de distinta naturaleza (económicas, administrativas, ecológicas, etc.)

Por consiguiente, el derecho internacional, y de manera adicional, la Convención de Sofía sobre el Danubio (1994) y la Convención de Bucarest sobre el Mar Negro (1992), son aplicables principalmente en este caso. La cooperación presupone la participación de las dos comisiones que estas convenciones instituyeron para este propósito.

El primer tratado internacional que ha materializado a escala de un río las nuevas normas internacionales y, especialmente, las normas estipuladas por la Con-



vención de Helsinki, ha sido la **Convención de Sofía de 29 de junio de 1994 para la protección y el uso sostenible del Danubio**<sup>15</sup>.

Desde la perspectiva que nos interesa, debemos hacer mención primero a la definición del ámbito de aplicación de la Convención. Se consideran «estados Danubianos» representantes de sus destinatarios aquellos estados soberanos que comparten una parte significativa de la cuenca fluvial del Danubio, esto es, una superficie superior a 2.000 km<sup>2</sup> de la cuenca hidrográfica [artículo 1, párrafo a)]. Esta perspectiva no es cierta desde el punto de vista del Derecho comunitario, que es aplicable a todos los estados de la demarcación, sobre todo aquellos cuyo territorio depende del Danubio.

El objetivo del documento es alcanzar la gestión sostenible y equitativa de las aguas de la cuenca, incluyendo las aguas subterráneas (artículo 2, párrafo 1) y, por consiguiente, su conservación, mejora y uso racional. Asimismo, se considera que son necesarias medidas inminentes contra la contaminación, así como para la conservación y rehabilitación de ecosistemas a través de una cooperación para lograr la gestión sostenible de las aguas con el objetivo de mantener la calidad general de la vida y el acceso a los recursos naturales. Las estipulaciones referentes a la gestión integrada siguen siendo de principio, de carácter general.

Los conceptos que han quedado definidos son los de «prevención y control de la contaminación transfronteriza», «gestión sostenible del agua», «uso racional y conservación de los recursos hídricos» y, como un enfoque integrado, «tener en cuenta debidamente los intereses de los Estados Danubianos en el ámbito del uso del agua y, al mismo tiempo, contribuir a la protección del medio marino del Mar Negro».

Un aspecto importante del enfoque integrado es el institucional, que se materializó en la Convención de Sofía con la creación de la Comisión Internacional para la Protección del Río Danubio (CIPRD), cuya sede central se encuentra en Viena. La Comisión puede tomar decisiones vinculantes para los Estados Miembros que han votado a favor. El control del cumplimiento de las decisiones se lleva a cabo a través de un sistema de informes. La Comisión también puede proponer cuotas de emisiones, la actualización de las listas de Anexos que enumeran las actividades y sustancias contaminantes y puede elaborar procedimientos de ayuda en caso de que se produzcan situaciones críticas.

Se han añadido a estos reglamentos las disposiciones pertinentes de las convenciones bilaterales.

Las estipulaciones de la respectiva legislación interna son, evidentemente, obligatorias para las partes nacionales, que transponen o no, dependiendo del caso, el Derecho comunitario, sobre todo a la DMA. De los estados ribereños, Rumanía es la que más superficie del río posee (1076 km) y, por tanto, desempeña un papel

15. KISS, AL.; BEURIER, J.-P., (2004), *Droit international de l'environnement*, 3ª edición, Editions A. Pedone, París, 2004, pg. 229.

importante en el fomento de una gestión sostenible de sus aguas a través de la legislación nacional.

La Ley rumana de aguas (núm. 107/1996) ha sido modificada en varias ocasiones, por última vez en 2004 por la Ley núm. 310 para adaptar, internamente, las estipulaciones de la Directiva Marco del Agua del año 2000.

Por tanto, para la parte de la cuenca internacional del Danubio que comprende el territorio de Rumanía, incluyendo las aguas costeras del Mar Negro, se elabora la parte nacional del plan de gestión de esta cuenca internacional en base a los marcos de planificación y gestión de la directiva.

La autoridad responsable de la elaboración de este plan es el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Dentro del Derecho comunitario, el concepto de cuenca hidrográfica es definido por la legislación rumana como una entidad geográfica indivisible de gestión cuantitativa y cualitativa de los recursos hídricos (aguas superficiales y subterráneas), con el propósito de lograr la solidaridad humana y el interés común a través de una colaboración y cooperación estrechas, en todos los niveles de la administración pública, por parte de los usuarios del agua, de los representantes de las colectividades locales y de la población para obtener un beneficio social máximo.

## **5. LA GESTIÓN DE LAS AGUAS DEL RÍO DANUBIO EN EL CONTEXTO DE LA DMA**

Por su condición de demarcación internacional en la que también participan estados no comunitarios, la demarcación del río Danubio está sometida a un régimen especial, definido por la obligación de los Estados comunitarios de «hacer los esfuerzos necesarios para establecer una coordinación adecuada junto con el resto de países involucrados con el fin de alcanzar los objetivos de la Directiva Marco en toda la demarcación hidrográfica» (artículo 3.5 de la Directiva). Los estados comunitarios deben garantizar, por todos los medios, que los reglamentos comunitarios pertinentes se aplican en su territorio (art. 35) y deben cooperar con el resto de países involucrados para elaborar un plan de gestión adecuado.

Para organizar la coordinación, los Estados tienen la posibilidad de emplear una estructura ya existente derivada de acuerdos internacionales (artículo 3.4). Ante este contexto jurídico general, los estados que formaban parte de la Convención de Sofía manifestaron en noviembre de 2000 su voluntad de aceptar los objetivos de la Directiva Marco y de cooperar, bajo la coordinación de la Comisión Internacional para la Protección del Río Danubio, para cumplir con un único Plan de Gestión del Río Danubio para toda su cuenca.

Se marcaron los siguientes contenidos para el Plan teniendo en cuenta los principios de la Directiva:

- una descripción general de las características de la cuenca hidrográfica;
- un resumen de las principales presiones y del impacto de las actividades humanas sobre las aguas subterráneas y superficiales;
- un mapa de las redes de supervisión;
- un listado de objetivos medioambientales;
- un resumen del análisis económico del uso del agua;
- un resumen del programa de medidas;
- un resumen de las medidas para información pública;

El calendario fijado para el cumplimiento de los objetivos adoptados es el siguiente:

- 2004 – caracterización de la cuenca hidrográfica: presiones, impacto y análisis económico (artículo 5 DMA);
- 2006 – establecimiento de la red de supervisión (artículo 8);
- 2008 – presentación del proyecto de Plan de Gestión (artículo 13);
- 2009 – finalización del Plan de Gestión, incluyendo el programa de medidas (artículos 13 y 11);
- 2010 – introducción de medidas de fiscalidad (artículo 9);
- 2012 – aplicación de los programas de medidas (artículo 11);
- 2015 – cumplimiento de los objetivos medioambientales (artículo 4);
- 2021 – finalización del primer ciclo de gestión (artículos 4 y 13);
- 2027 – finalización del segundo ciclo de gestión (artículos 4 y 13).

#### **IV. CONCLUSIONES**

Por su condición de río europeo de importancia internacional, el Danubio posee un régimen jurídico complejo que hace referencia al uso sostenible y a la protección de sus aguas contra la contaminación. Este régimen está formado por normas y reglamentos del derecho internacional y multilateral (recogido sobre todo en la Convención de Sofía), del derecho bilateral (expresado en los acuerdos firmados por los estados ribereños), del Derecho comunitario (expresado en la DMA) coordinado a través de la aprobación, por parte de la CE, del Convenio de 1994, y del derecho nacional pertinente de los 19 estados de la cuenca (10 de los cuales son estados relacionados con la cuenca). Al aplicar la DMA y su espíritu, han desarrollado una cooperación especial bajo la coordinación de la Comisión Internacional para la Protección del Río Danubio con el objetivo de alcanzar una gestión global integrada y adecuada de algunos asuntos como el uso racional y

la lucha contra la contaminación de los medios acuáticos de la demarcación del Danubio.

Esto se concretará en el (único) Plan de Gestión de la cuenca del río Danubio, con contenidos y objetivos en consonancia con las exigencias de la DMA durante el período comprendido entre 2004 y 2027. La gestión del río, ejecutada de esta manera, puede representar un modelo de cooperación y coordinación en la gestión de los asuntos de un río continental, donde el Derecho comunitario desempeña una función decisiva.

Al mismo tiempo, los problemas del Danubio suscitan un interés mayor y encuentran su solución en el plano comunitario<sup>16</sup>.

## **V. BIBLIOGRAFÍA**

DROBENKO, Bernard, (2007), *Droit de l'eau*, Gualino editem, París,

KISS, AL.; BEURIER, J.-P., (2004), *Droit international de l'environnement*, 3ª edición, Editions A.Pedone, París.

LEPRINCE, Sylviane, (2001), «Le nouvelle directive 2000/60/CE du Parlement et du Conseil instituant un cadre pour l'action communautaire dans le domaine de l'eau: coordination et efficacite?», en *Revue de la Faculte de droit de l'Universite de Liege*, 2001/4.

---

16. Por ejemplo, las inundaciones que causaron las aguas del río en la primavera de 2006, determinaron la adopción de la Directiva Europea relativa a la Evaluación y Gestión de Riesgos de Inundación (2007/60/CE de 23 de octubre de 2007) (Directiva de Inundaciones), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 6 de noviembre de 2006.

## Problemas de la práctica del federalismo



# Descentralización de servicios de agua, eficiencia y acuerdos de protección a la inversión internacional

MIGUEL SOLANES<sup>1</sup>

**Resumen:** Los últimos años han visto una tendencia a reforzar los méritos de la descentralización en general y de los servicios de agua en particular. Declaraciones como la de Dublín, han enfatizado las ventajas de la descentralización. A continuación se explicitan los temas básicos de la descentralización y la economía del agua y sus servicios y la descentralización y los acuerdos internacionales para la protección de la inversión extranjera. En el segundo capítulo, se analizan los factores económicos que inciden sobre el agua y sus servicios, como políticas macroeconómicas; la prioridad del sector en políticas presupuestarias; las economías de escala y ámbito y relación con eficiencia y equidad; la escala de la corrupción y relación con servicios de agua y la regulación y captura. En el tercer capítulo se consideran los acuerdos internacionales de protección de inversión y sus características básicas y antecedentes.

**Palabras claves:** Descentralización, eficiencia, equidad, corrupción, acuerdos de inversión, derechos de los inversores, regulación.

**Acrónimos.**

PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PTAR	Plantas de tratamiento de aguas residuales

## I. INTRODUCCIÓN

Los últimos años han visto una tendencia a reforzar los méritos de la descentralización en general, y de los servicios de agua en particular. Declaraciones como la de Dublín, han enfatizado las ventajas de la descentralización. Una serie de documentos promueven la descentralización, y discuten las posibilidades de potenciar sus aplicaciones con alternativas de financiación a nivel local, generalmente vía municipios y su endeudamiento para financiar los servicios. Se afirma también que

1. Regional Advisor on Water Resources Regulation, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)

la descentralización promueve la eficiencia, por ejemplo, en informes de más alto nivel<sup>2</sup>.

Sin embargo, en el análisis del tema descentralización es conveniente tener en cuenta ciertos elementos que inciden en los servicios y en el agua recurso, aún si los mismos se descentralizan. Estos incluyen:

a) Que las políticas macroeconómicas generales del gobierno central tienen un impacto radical en los servicios, y en la inserción del agua en la economía productiva;

b) Que la economía del servicio debe ser por lo menos considerada, cuando se habla de descentralización;

c) Que, particularmente para países no desarrollados, la descentralización en el contexto de los acuerdos de protección de inversión, puede ser una ficción;

d) Que los impactos negativos de esta ficción se potencian en la medida en que la gobernabilidad y la regulación del agua y sus servicios no se nutran de principios avanzados y adecuados en la materia.

## **II. FACTORES ECONÓMICOS QUE INCIDEN SOBRE EL AGUA Y SUS SERVICIOS**

### **1. POLÍTICAS MACROECONÓMICAS GENERALES Y SUSTENTABILIDAD DEL SECTOR**

Conforme al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en su informe sobre desarrollo humano y agua, el agua es una necesidad doméstica, que también sustenta sistemas ecológicos, y suministra insumos a sistemas productivos que son fuentes de ingresos<sup>3</sup>. Más aun, la escasez física de agua puede ser un problema en algunos países, pero la escasez de agua en el núcleo de la crisis de la crisis global de agua se encuentra enraizada en poder, pobreza y desigualdad y no en disponibilidad física. Además, para el PNUD, la escasez de agua es manufacturada a través de procesos políticos que perjudican a los pobres.

En línea con los comentarios arriba CEPAL ha efectuado algunos análisis del impacto de las políticas económicas generales y su incidencia sobre el sector. En este sentido los casos más emblemáticos resultan de una comparación entre Argentina y Chile en la década de los noventa. Ambos países comenzaron procesos de privatización en ese decenio. Sin embargo mientras que Chile centralizó los servicios a partir de los 80's, Argentina los federalizó a partir de los 70's.

Chile lo hizo en el contexto de una economía con balances fiscales, y con asignaciones de fondos públicos según prioridades sociales. Esto se tradujo en cre-

---

2. *Vid.* WORLD PANEL ON FINANCING WATER INFRASTRUCTURE, (2003); 3<sup>rd</sup> WORLD WATER FORUM, (2003); BANCO MUNDIAL, (1993).

3. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2006).



cimiento económico sostenido, lo que permitió la financiación de sistemas privados de agua y saneamiento, hasta el presente.

Argentina, por el contrario, después de 60 años de políticas con gran priorización del sector (desde 1913, en que se crea Obras Sanitarias de la Nación), en los años setenta decidió que su prioridad era subsidiar la paridad entre el dólar y el peso. Para hacerlo el estado tomaba dólares prestados en los mercados de capitales, subsidiaba la tasa de cambio y mantenía una paridad que no era resultado de la productividad de la economía sino de endeudamiento. Esto aumentó la tasa de interés, afectó la inversión, y llevó a la crisis económica del 2003. El colapso general afectó, entre otras cosas, el agua y sus servicios. Por un lado el Estado le quitó prioridad en el presupuesto oficial del gobierno, y por otro lado la artificialidad de la economía afectó los ingresos de la población, sobre todo la población pobre, que no pudo hacer frente a las tarifas de agua.

El agua es un servicio caro, que demanda gran inversión, y las economías nacionales que no favorecen el desarrollo sustentable no pueden garantizar la sustentabilidad de inversiones y servicios. En este sentido no hay descentralización que pueda competir con los impactos de macroeconomías en desajuste permanente. Hoy, las compañías de agua internacionales que invirtieron en Argentina están en su mayoría demandando a Argentina en cortes de arbitraje internacional. La defectuosa regulación de los servicios, a veces inducida<sup>4</sup>, la pobreza metodológica de la privatización<sup>5</sup>, y la falta de principios generales regulatorios en la esfera del arbitraje internacional hacen la situación de Argentina muy comprometida. El asesoramiento defectuoso que recibió el tercer mundo en el período privatizador<sup>6</sup>, la ideologización de la regulación que se implementó bajo este asesoramiento<sup>7</sup>, y la falta de comprensión de lo que implicaban los acuerdos de inversión internacional que se firmaron sin evaluación<sup>8</sup>, conspiran para que se enfrente una situación difícil.

A esto conviene agregar, para considerar contextos, que en varios casos, las privatizaciones fueron favorecidas por organismos de financiación internacional, en situaciones en las cuales la cooperación financiera internacional no se materializaba sino se privatizaba. Este fue, según comentaristas, el caso de Dar-es-Salaam en Tanzania<sup>9</sup>.

En lo que hace al agua recurso, en los 80's y 90's Mendoza, en Argentina pierde casi un cuarto su superficie irrigada, y las tareas de conservación y protección se vieron postergadas<sup>10</sup>. Con esto se ven confirmadas las proyecciones de impacto que ya en los 1950's efectuaba Ciriacy-Wantrup en lo que hace a la correla-

4. SAPPINGTON, (1993), sugería mecanismos creativos de transferencias de precios para ocultar ganancias.
5. GUASH, (2003, 2004, 2006).
6. KESSIDES, (2004).
7. OGUS, (1994)
8. KHAN, Makhdoom Ali, (2006)
9. DUMBAR y PETERSON, (2008)
10. DÍAZ and BERTRANOU, (2003).

ción entre factores económicos e institucionales generales (tasas de interés, mercados, inflación, precios, titulación y tenencia, subsidios, etc.) e inversión y conservación<sup>11</sup>.

## **2. PRIORIDAD DEL SECTOR EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRESUPUESTARIAS. SISTEMAS DE SUBSIDIOS**

Los servicios de agua potable y saneamiento tienen muy bajos retornos brutos a la inversión, con tasas que varían de 6:1 a 10:1. Son intensivos en capital: tres o cuatro veces más que la industria eléctrica, y cinco a seis veces más que ferrocarriles. Esto nos indica que las posibilidades de inversión privada varían con el estado de la economía general y que la situación de los pobres no es fácilmente remediable, salvo que se den sistemas de subsidios eficaces, sean directos, cruzados, intergeneracionales, etc. De nuevo en este punto es ilustrativo considerar los casos de Argentina y Chile en los noventa.

Argentina, que por décadas había privilegiado el sector, decidió, a partir de los setenta, primero descentralizarlo a provincias, eliminando los aportes nacionales, y luego, en los noventa, privatizarlo, sin subsidio para los pobres. El resultado fue que estos no podían afrontar los costos de conexión, ni las tarifas y se vieron postergados. Se dio un doble proceso, por un lado la anulación de la prioridad del sector en la política nacional, y por otro la marginación consciente de los que no podían pagar.

Chile por otro lado, ha priorizado el sector por los últimos cuarenta años, en forma sistemática, primero a través de empresas del sector público, y luego con empresas privadas, en ambos casos manteniendo subsidios a los pobres por niveles de ingresos.

## **3. ECONOMÍAS DE ESCALA Y ÁMBITO, SU RELACIÓN CON EFICIENCIA Y EQUIDAD**

Una de las características más importantes –y consistentemente más ignoradas en ciertos discursos– del sector, es que el agua potable y el saneamiento tienen grandes economías de escala y ámbito. El suministro de agua potable y en especial los servicios de alcantarillado y tratamiento de aguas servidas requieren más inversión de capital que otros servicios de utilidad pública: casi 25 veces los ingresos anuales. Así, los costos, y sus diferencias entre sistemas pueden variar de 1 a 8 según se trate de sistemas grandes o pequeños. Los estudios hechos en Estados Unidos muestran que la inversión promedio para sistemas pequeños es de U\$S 1 600, por residencia de 3 habitantes, mientras que los mismos costos bajan a U\$S 200 en sistemas grandes. Por esta razón los servicios de agua y saneamiento son un monopolio natural<sup>12</sup>.

---

11. CIRIACY-WANTRUP, (1951).

12. PHILLIPS, (1993).

Cabe destacar que en el campo de los servicios de agua potable y saneamiento, el país probablemente más exitoso de la región latinoamericana, Chile, adopta un modelo propio, donde capitaliza las economías de escala y alcance para satisfacer en forma eficiente la cobertura de servicios sobre la base de empresas regionales, que cubren un área significativa de territorio. Al así hacerlo reformó su sistema municipal tradicional.

Esto mientras los países que han adoptado modelos de base político-administrativa muy atomizada al nivel de municipios, presentan graves dificultades, sin posibilidades de realizar economías de escala y con municipios pobres y ricos y esquemas de subsidios que no funcionan. Es patente que además estos sistemas fragmentados generan altos costos de transacción.

Así, en Perú se ha dicho: «en el país, de un total de 143 plantas de tratamiento de aguas residuales (PTAR), no existe ningún proyecto que pueda denominarse exitoso» «Las inversiones en construcción de PTAR en las EPS del Perú están en el orden de los 369 Millones de US \$, cifra que fue colocada por diversos gobiernos»<sup>13</sup>.

Mientras que en Colombia, se afirma: «En cuanto al tratamiento de aguas residuales, existen actualmente 410 sistemas construidos en 354 municipios... Se estima que sólo un 33% de los sistemas construidos tienen un adecuado funcionamiento.» (Conferencia Latinoamericana de Saneamiento, Cali, Colombia, 12 al 16 de noviembre de 2007).

En Europa el caso emblemático es Inglaterra, que en los ochenta llega a la conclusión de que cumplir con las directivas de la EU con empresas municipales no solo será lento y costoso, sino además ineficiente. Por esta razón estructura empresas regionales, que sirven a millones de habitantes, con sensibles ahorros de costos y tiempo. En este sentido vale la pena destacar que Francia, sistema de base municipal, ha sido recientemente apercibida por la Comisión Europea, por falencias en el cumplimiento de la Directiva Europea de 1991 sobre tratamiento de efluentes urbanos en áreas sensitivas, a despecho de haber sido condenada por esto en la Corte Europea de Justicia<sup>14</sup>.

Argentina, en Sur América, crea una empresa nacional, en 1913, debido a la urgente necesidad de terminar con enfermedades de base hídrica, con acuerdos con las provincias, que al ganar economías de ámbito, y reducir costes de transacción, logra contar con servicios de agua potable y saneamiento en períodos de tiempo relativamente cortos. Como se hizo notar más arriba, los cambios de prioridad de la financiación pública condujeron a descentralizaciones y privatizaciones que terminaron con la calidad de los servicios, básicamente por mal diseño y evaluación económica de los sistemas y su sustentabilidad.

13. SUNASS Documento de discusión ([www.sunass.gob.pe/](http://www.sunass.gob.pe/))

14. «Waste Water Treatment: Commission Gives France Final Warning» *European Commission*, IP/08/150, Brussels, 31 Jan 2008.

Aún en Estados Unidos, cuyos servicios de agua han sido municipales por tradición, estados como Tejas promueven la consolidación, para una mejor cobertura de demandas por calidad y ambiente, cuyos costos fragmentados agregados son más altos que si los sistemas se consolidan.

Por otro lado, el interesante informe del Tribunal de Cuentas Francés, sobre la industria del agua en Francia, hace un listado de las limitaciones municipales, a saber, entre otras, poca competencia, falta de medios, poca cooperación entre comunas, falta de claridad contractual, lagunas de información, malos controles, y organización deficiente<sup>15</sup>.

En algunos casos, el proceso la descentralización como filosofía ha prescindido de los aspectos técnicos y económicos de la prestación de los servicios de utilidad pública, con lo cual se han perdido economías de escala y de aglomeración. Esto desincentiva la búsqueda de alternativas más eficientes para la prestación de los servicios, y además sujeta a las empresas a una relación con el nivel local que en algunas jurisdicciones ha resultado en prestación ineficiente y problemas en el uso de los fondos públicos. Ello es particularmente cierto respecto de los servicios de agua potable y saneamiento, dadas las características del sector donde la duplicación de instalaciones sería inconveniente desde el punto de vista económico.

Aparte de los argumentos dados, se ha estimado que la fragmentación por razones de competencia tiene un rol bastante limitado, debido a los altos costos del transporte, ausencia de sistemas de distribución integrados a nivel nacional y las fuertes ventajas de las empresas ya establecidas. Recientemente Ofwat, el regulador inglés, ha reconocido que la competencia no funciona en la industria del agua y saneamiento. Las economías de escala se pierden cuando hay una fuerte desagregación a nivel municipal. Finalmente, se ha sugerido que la fragmentación da lugar a un incremento de los costos de transacción y a la necesidad de recurrir a acuerdos contractuales o de mercado para suplir la coordinación interna.

Es de destacar que la reducción de costos es una condición *sine qua non* de la equidad, dado que a menores costos se mejoran las posibilidades de expandir los servicios. En este sentido, la presencia de un número limitado de empresas grandes también favorece la equidad al facilitar la regulación, tarea extremadamente difícil cuando se trabaja con universos de miles de prestadores fragmentados.

#### 4. LA ESCALA DE CORRUPCIÓN

Desgraciadamente muchos países en desarrollo tienen un lugar relevante en los índices de corrupción internacional. Y el sector agua y saneamiento se ha visto afectado por la misma. La evidencia empírica es que ni la estatización ni la privatización han liberado al sector de la corrupción<sup>16</sup>. Más aun, en un tema muy relacio-

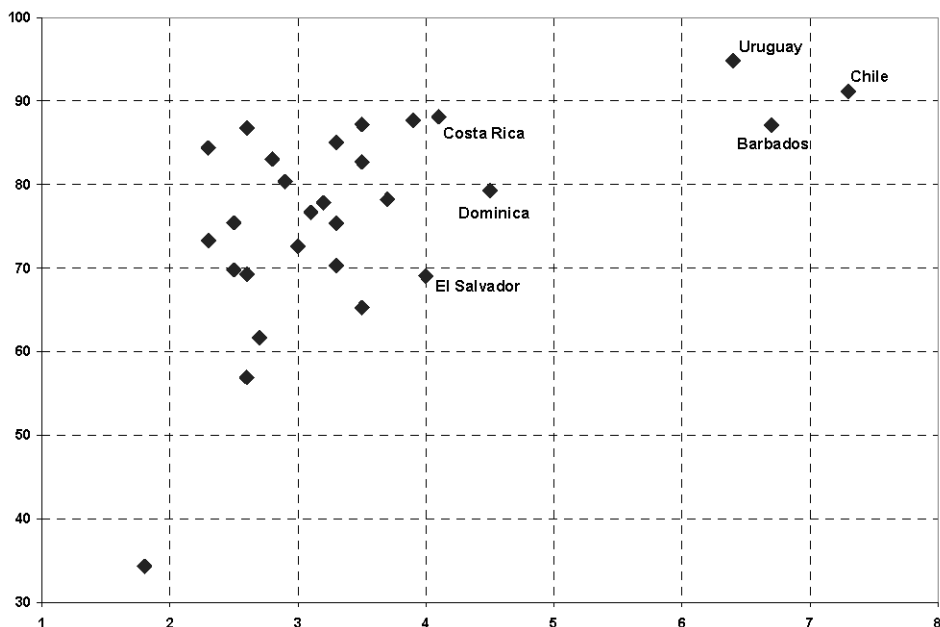
---

15. COUR-DES-COMPTES, (1997).

16. ESTACHE, (2006).

nado con la corrupción, que es la incidencia de renegociaciones en contratos de privatización, el sector agua potable y saneamiento ha destacado más que otros servicios públicos<sup>17</sup>.

La corrupción es un tema importante, pues supone que los fondos disponibles para servicios públicos no son utilizados ni con la mayor eficiencia ni con la mayor eficacia. De hecho, hay una correlación inversa entre corrupción y acceso a servicios. El siguiente cuadro, elaborado por CEPAL, así lo demuestra.



El tema corrupción es importante en el manejo de fondos de apoyo, obviamente. En Chile, el manejo de subsidios vía municipios, a los pobres, para agua y saneamiento, ha sido relativamente poco afectado por la corrupción por cuestiones intrínsecas al país en este tema, pero también por la estructura central de manejo de subsidios, con sujeción a normas generales, y con procedimientos de monitoreo general. En otros países la contabilidad de, y la responsabilidad por, los subsidios nacionales, a nivel local, ha sido un problema.

Uno de los interrogantes que se plantean en relación a corrupción es cuales serían las relaciones, si alguna, entre acuerdos de inversión y corrupción. Wells y Ahmed detallan casos de inversiones internacionales en Indonesia, donde los socios locales eran figuras políticas relevantes y poderosas, sus parientes y asociados, con casos en los cuales el socio local podía llegar a cobrar dividendos antes de que se hubieran comenzado las construcciones involucradas en el proyecto<sup>18</sup>. En este

17. GUASH, (2003, 2004, 2006)

18. WELLS and AHMED, (2007).

contexto, se argumenta que la descentralización formal del gobierno incremento los problemas de corrupción, pues los burócratas locales tenían autoridad sin frenos formales<sup>19</sup>. En un caso, CalEnergy, donde Indonesia suspendió un contrato internacional, los abogados del gobierno indonesio, quisieron argumentar corrupción. El ministro Hatharto, suegro de un socio local de la compañía, instruyó que no se invocara la misma<sup>20</sup>. Con la estructura de los juicios arbitrales, esto inmediatamente destruye la posibilidad de que la cuestión sea planteada, por nadie, en forma obligatoria. No es que el arbitraje favorezca la corrupción. Pero si los gobiernos no quieren plantearla, los pueblos quedan, salvo casos excepcionales, desprotegidos.

Así, en el caso *Wena v. Egypt* el tribunal considero que las alegaciones de corrupción eran perturbadoras, pero que como el país no había tomado medidas internas, el argumento no era estimable<sup>21</sup>.

Las decisiones arbitrales también pueden favorecer formas sutiles de corrupción, cuando establecen que las declaraciones de un oficial, o un organismo público obligan a los gobiernos, sin condicionarlo a contexto y legalidad. En *MTD Vs. Chile*, el tribunal falló que una autorización de inversión gubernamental, sin informar sobre planes de regulación, que dependían de otra entidad, y que el inversor no controló, genera responsabilidad pública. Eventualmente, el acto de un solo individuo, podría generar responsabilidad pública, máxime si se considera que el sistema de compensaciones, y la forma en que funciona genera serios problemas de riesgo moral<sup>22</sup>.

En el particular caso del agua, la practica de efectuar ofertas basadas en tarifas bajas, para después renegociar, compone el problema. En Buenos Aires, la tarifa fue renegociada en plazos muy anteriores a los comprometidos en el acuerdo de concesión, sobre la base de información defectuosa. La coincidencia del procedimiento con el de otros países, como Tanzania, induce a pensar en una práctica con un patrón de conducta, y la conciencia de que el propósito de la oferta era ganar la licitación, y después renegociar sin competencia. En el caso de Buenos Aires, el gobierno renegocio en beneficio de la empresa todas las veces que era necesario hacerlo. En el caso de Tanzania (Biwater) la empresa intento renegociar, el Gobierno se negó, y la compañía fue demandada frente a tribunales arbitrales internacionales<sup>23</sup>.

## 5. LA REGULACIÓN

Hemos visto anteriormente que los servicios de agua potable y saneamiento tienen características de monopolio natural. Esto hace que necesiten regulación adecuada, dada la falta de competencia. Estas características de monopolio natural

---

19. Ebd.

20. Ebd.

21. MANN, (2006).

22. WELLS and AHMED, 2007).

23. GUASH, (2004, 2006).

favorecen, a falta de regulación adecuada, la captura de los servicios por sectores de interés. Las posibilidades básicas de captura son:

Captura por las empresas prestatarias del servicio, de manera de obtener ganancias que van más allá de costos competitivos y beneficio razonable. Esto se puede hacer a través de una serie de mecanismos, incluyendo elevados salarios, primas y bonificaciones especiales, gastos irrazonables, compras entre empresas afiliadas, como comprobó la auditoría Halcrow en Buenos Aires, endeudamiento excesivo, amortizaciones indebidas, etc. La captura también se expresa en renegociaciones frecuentes favorables a la empresa, sea en inversiones, calidad de servicio, o tarifas, para mencionar algunos supuestos.

- Captura por sindicatos de empleados de la compañía de servicios. En este caso la captura se manifiesta fundamentalmente por niveles salariales, cantidad de empleados, cantidad de directorios, miembros del directorio en exceso, cantidad de empresas vinculadas al sector, todas con un mismo propósito final, pero fragmentadas de modo de aumentar el potencial de empleo, también se manifiesta en sistemas de procuración en los que los contratistas están vinculados a sindicatos, familiares, etc.

- Captura por la burocracia estatal, lo que básicamente tiene manifestaciones similares a la captura sindical.

- Finalmente, ha habido casos en los cuales se dan alianzas entre los distintos sectores con un interés en captura. Así, por ejemplo, en los noventa la burocracia política central argentina ignoraba a los reguladores, para hacer acuerdos directamente con los prestadores. Y los prestadores, integrando al sindicato en los cuadros directivos de las empresas, manejaban las audiencias públicas para que los usuarios no tuvieran una participación relevante, en discusiones de tarifas, servicios, etc.

Las posibilidades de captura y las características monopólicas de los servicios de agua potable y saneamiento hacen que sea un sector sumamente regulado. La regulación tradicional se definía en términos simples: tarifas razonables, servicio universal, no discriminatorio, igualdad, servicio seguro y adecuado. Al presente, habida cuenta de potenciales para captura y abuso de posición dominante, se han sumado más obligaciones regulatorias: información, prevención de transferencia de precio, control de deudas y costos, incluido personal, existencia de reguladores independientes, entre otras.

Dado que la regulación defectuosa y la captura afectan tanto la eficiencia como la equidad del servicio, en tanto que incrementan artificialmente sus costos y tarifas, bajando las posibilidades de expansión, el sector debe contar con una regulación uniforme y adecuada a comparaciones entre distintos prestadores. Además es importante para asegurar prácticas apropiadas y contratos con contenidos y obligaciones mínimas. Es difícil imaginar que esto suceda en un contexto descentralizado sin condiciones comunes.

Tanto Chile como Inglaterra cuentan con un marco regulatorio nacional, que permite comparaciones, y además establece condicionalidades legales y operativas muy significativas. Entre las legales tiene importancia fundamental la obligación de eficiencia de la legislación inglesa, y su transferencia a usuarios, y dentro la misma legislación, a nivel operativo, las obligaciones de información de las empresas y la forma en que la misma se debe presentar. Si Argentina hubiera tenido un marco regulatorio legal nacional, con obligaciones comunes de eficiencia, transferencia de eficiencia, información, transferencia de precios, organización de información, y endeudamiento máximo de las compañías en relación a capital sus problemas legales en tribunales arbitrales internacionales serían más manejables. La naturaleza errática de la regulación en la privatización de Buenos Aires fue notada en informes de funcionarios del Banco Mundial<sup>24</sup>.

Finalmente, mientras más cercano al nivel de prestación este el regulador, más fácil su captura. Por esto es que el regulador inglés, y el chileno, son nacionales.

### **III. DECENTRALIZACIÓN Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN**

#### **1. ACUERDOS DE INVERSIÓN Y AGUAS**

En los últimos 20 años los países del tercer mundo han firmado una serie de acuerdos de la inversión extranjera en sus territorios. Estos han sido o acuerdos de inversión, o acuerdos de comercio, con capítulos sobre inversiones. A través de los mismos han tratado de garantizar la situación y protección de los intereses de sus inversores, como una manera, de atraer inversores. Esto ha sido una tendencia universal, con excepciones como Brasil, que en un documento oficial afirmó, al parecer con algún grado de razón, que para un país como Brasil, con institucionalidad estable, garantías constitucionales a la propiedad, y oportunidades económicas, la firma de estos instrumentos no era necesaria. El documento retiraba 6 propuestas de ratificación de acuerdos de protección de inversión previamente enviados al Congreso<sup>25</sup>.

La cautelosa postura de Brasil, y su confianza en que la economía, y la institucionalidad interna son factores más relevantes que los acuerdos de inversión, a los efectos de inversiones, han sido justificadas por una serie de investigaciones. Así, se ha comprobado que los impactos de los acuerdos de inversión no pueden ser evaluados en forma aislada de las condiciones de la economía, la gobernabilidad, y la institucionalidad doméstica<sup>26</sup>.

Los acuerdos de protección a la inversión internacional son la forma en que los inversores internacionales han tratado de proteger sus intereses, frente a posi-

---

24. ALCÁZAR, (2000).

25. BRASIL, MENSAJE DEL EJECUTIVO AL CONGRESO, (2002); PETERSON, (2003).

26. TOBIN; ROSE-ACKERMAN (2006).



bles conductas arbitrarias, confiscatorias, o irrazonables de los países en los que la inversión tiene lugar. Fundamentalmente en términos prácticos, sus mecanismos han sido utilizados por inversores de países desarrollados, frente a conductas de países subdesarrollados<sup>27</sup>.

Los acuerdos presentan una serie de características comunes:

- Son una limitación a la arbitrariedad doméstica pero eventualmente también al ejercicio normal de la soberanía;

- Aplican mecanismos y técnicas de derecho internacional, para situaciones que son claramente domésticas, avanzando en campos que han sido tradicionalmente resorte de los gobiernos nacionales, locales, o provinciales;

- El diseño de los mecanismos de arbitraje responde a los mecanismos de arbitración de arbitrajes privados. Sin embargo la mayoría de los casos de arbitraje se ha concentrado en cuestiones de servicios públicos, de recursos naturales, y de medio ambiente<sup>28</sup>, todas cuestiones de interés público.

- El objetivo del sistema es proteger el interés de los inversores. Consecuentemente esta es la guía de los árbitros. Cuestiones tales como el interés público de los países, derechos humanos, y el ambiente están más allá de la misma.

- Cuando un país firma uno de estos acuerdos el mismo obliga a todos los niveles de gobierno, prácticamente con independencia de estructura constitucional.

- El tribunal arbitral se constituye solo a petición del inversor, de modo que el mercado del arbitraje es un monopsonio.

- Las interpretaciones de los tribunales han tendido a ser expansivas, tanto en la proyección de los intereses protegidos, como en el alcance de los mecanismos de protección.

- Cada tribunal es supremo en su esfera, sin apelaciones, con procedimientos reservados, sin intervención de terceros. En algunos casos se ha admitido el *amicus curiae*, a criterio del tribunal, tanto para la intervención, como para la consideración de los impactos que la misma pueda tener en el caso.

- En consecuencia hay un número relevante de casos, en los cuales, debido a la falta de un mecanismo de unificación de jurisprudencia, se han producido decisiones diferentes en casos similares. Un ejemplo son Methanex (USA) y Metalclad (México).

- Excepto en casos especiales los tribunales no están obligados a considerar principios generales del derecho aplicados por los principales sistemas jurídicos del mundo, y en algunas materias, como regulación, expropiación, crisis econó-

27. FRANCK, (2007).

28. Ebd.

mica, debido proceso esta brecha ha producido resultados notables, tanto por su contenido, como por su distancia de las practicas de los países.

- Y es que en las materias mencionadas las practicas y la jurisprudencia de los países miran la estabilidad de largo plazo de la estructura social, y el equilibrio de intereses, mientras que la tarea de los tribunales arbitrales es proteger los intereses del inversor, en el pleito del caso.

- En el régimen arbitral de los acuerdos de inversión no hay incompatibilidades, se puede ser juez en un caso, y litigante en otro, sucesiva o simultáneamente.

- El régimen tiene una serie de proyecciones en el agua y sus servicios. Las inversiones en servicios están cubiertas por el régimen; también los cambios en regímenes regulatorios de servicios; los sistemas de derechos al agua, y el control de externalidades a su respecto; y además las inversiones comunes en muchas de las cuales el agua es un elemento relevante: fabricas, agricultura, desarrollos inmobiliarios y turísticos etc.

- En términos de aguas el trato justo y equitativo, en la peculiar noción de los tribunales arbitrales, podría ser violado por ejemplo si se crean tarifas donde antes no las habían, o una nueva condicionalidad de uso que no entraba en el otorgamiento inicial de los derechos, o cargos por no uso cuando la legislación original no previó ni obligación de uso, ni cargo por no usar; incrementos en controles de polución con impacto en la ganancia del inversor obligado a controlar externalidades; limitaciones en asignaciones iniciales de agua, no anticipadas; o nuevos requerimientos en contratos de provisión de servicios, o controles tarifarios derivados de crisis económica. Methanex dejó a salvo respecto de la excepción del poder de policía las garantías expresas dadas por un gobierno, aun cuando las mismas fueran factualmente dudosas.

- Por ejemplo, el listado de casos en los cuales Argentina es demandada en tribunales habitarles incluye una serie de provincias, y la descentralización de servicios no ha impedido que el recurso al tribunal arbitral externo, sin agotar las instancias locales, prospere.

- De hecho, por la especial naturaleza y juego de intereses asociados a los tribunales arbitrales, los tribunales aceptaron jurisdicción en el 88.02% de los casos en que la misma se cuestionó<sup>29</sup>.

- La apertura de jurisdicción arbitral se ve reforzada por las cláusulas paraguas, en la cual cualquier violación de una obligación se considera automáticamente violación del acuerdo internacional de inversiones.

- Los casos en que Argentina está demandada incluyen:

1. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentina República (ICSID Case No. ARB/97/3).

---

29. Ebd.

2. Azurix Corp. v. Argentine República (ICSID Case No. ARB/01/12).
3. Azurix Corp. v. Argentine República (ICSID Case No. ARB/03/30).
4. SAUR International v. Argentine República (ICSID Case No. ARB/04/4).
5. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine República (ICSID Case No. ARB/03/17).
6. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentina República (ICSID Case No. ARB/03/19) consolidated with AWG Group plc v. Argentina (UNCITRAL).
7. Impregilo S.p.A. v. Argentine República (ICSID Case No. ARB/07/17).
8. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine República (ICSID Case No. ARB/07/26).

- Otros casos internacionales se han referido a Bolivia, y a Tanzania.

- Además, hay una serie de casos, que se verán más adelante en el desarrollo del informe, en los cuales los poderes municipales o estatales han visto sus acciones contestadas por inversores y han perdido los pleitos sobre la base de los acuerdos firmados por los gobiernos nacionales.

- Es por esto que en algunos acuerdos, como Cafta, gobiernos como el norteamericano han expresamente excluido las materias de competencia estatal de sus estados miembros

## 2. PROBLEMAS DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN

### A) **Facultades locales**

Los derechos sobre aguas, las actividades que tengan potencial para afectar aguas, y los contratos públicos para servicios que involucren aguas caen bajo la protección de los acuerdos de inversión y son resueltos bajo sus términos procedimentales y principios substantivos.

El poder regulatorio del Estado es ahora cuestionado por la interpretación que las cortes de arbitraje hacen de los acuerdos de inversión, bajo desarrollos *ad hoc* que los países que firmaron los acuerdos no tuvieron probablemente en consideración. Varias decisiones han comprometido las capacidades públicas de regulación.

Así, se han cuestionado las capacidades regulatorias de los gobiernos, nacionales, estatales y locales y también a los intereses de las comunidades.

En el caso Tecmed, una compañía española, había adquirido inmuebles para operar un relleno sanitario en Hermosillo, Sonora, México. Cuando el municipio decidió que el relleno no era en el mejor interés de la comunidad, y la comunidad, que manifestó públicamente, y el estado de Sonora, consideraron igualmente, la

licencia para operar el sitio no fue renovada y la compañía demandó por discriminación, violación de la garantía de plena protección y seguridad, expropiación indirecta, y por violación del principio de trato justo y equitativo.

El tribunal consideró que había habido expropiación de facto, expropiación indirecta, y falta de proporcionalidad. El tribunal también decidió que las autoridades mejicanas habían actuado en forma contradictoria, asegurando al operador que podría mudar sus operaciones a otra parte, pero por la otra no renovando la licencia. Por otro lado el tribunal decidió que México no había violado el principio de seguridad y protección plena, ni tampoco la de trato no discriminatorio, dado que no son absolutas<sup>30</sup>.

En este particular caso, que no deja de tener sus peculiaridades (Es el gobierno responsable por no renovar? Y si lo es, que sentido tiene la posibilidad de renovar, si se convierte en compulsiva? O es responsable por la forma en que manejó la no renovación?).

Por otro lado el tribunal también declaró que las intenciones del gobierno eran menos importantes que el efecto que las medidas tienen sobre el propietario y sus intereses, y la forma de las medidas menos importantes que sus efectos actuales<sup>31</sup>.

En el caso Metalclad, también contra México, de nuevo se aplicó la doctrina de los solos efectos, considerando los impactos sobre el inversor, más que las motivaciones del gobierno. En el mismo un municipio (Guadalcazar) se negó, en el contexto de una privatización a entregar un permiso de construcción para la operación de un sistema de rellenos con residuos peligrosos. El estado del municipio además declaró que el área era un área de protección de una rara especie de cactus. También se ha considerado que el relleno podía contaminar acuíferos<sup>32</sup>. El gobierno nacional había, por su parte, dado seguridades que la inversión cumplía con todas las regulaciones ambientales y de planificación<sup>33</sup>.

En este caso el tribunal consideró que la expropiación, incluye la interferencia encubierta o incidental con el uso de la propiedad, con el efecto de privar al propietario en todo o en parte, del uso, o del beneficio económico razonablemente esperado de la propiedad. Por tanto México responde, por expropiación, al haber permitido el comportamiento municipal cuestionado. Los motivos de la medida son irrelevantes a efectos del caso.

Es importante tener en cuenta que un caso en que los derechos ambientales de un propietario fueron conculcados la Corte Europea de Derechos Humanos, falló en contra del Gobierno de España, como garante de estos derechos (López Ostra).

---

30. ÁLVAREZ, (2004).

31. KRIEBAUM, (2007).

32. SORNARAJAH, (2002).

33. KRIEBAUM, (2007).

Pero fuera de Europa, en el contexto de los acuerdos de inversión y sus arbitrajes, la cuestión de los derechos humanos es ajena a los acuerdos y a los arbitrajes, al punto de que un tribunal arbitral podría fallar en contra de un gobierno, si las decisiones o regulaciones sobre derechos humanos, afectan una inversión<sup>34</sup>.

En otro caso, *Pope*, un tribunal arbitral en el contexto del Nafta, dictaminó que un caso de regulación no discriminatoria se incluye en la noción de expropiación. Y en *SD Myers*, también se aceptó que la regulación puede constituir un caso de expropiación.

Es probablemente por estos casos, aunque hay otros, que veremos más adelante, que se haya afirmado que el sistema de arbitraje para inversión internacional opera sobre la base de derechos de propiedad irrestrictos. Ello pese a que las experiencias domésticas y los precedentes de derecho nacional indican que bajo una serie de situaciones y condiciones (cambio de circunstancias, términos que implican mala fe, abuso, contrarios a moral y buenas costumbres, política pública, compulsión, corrupción, inconsistencia, asimetría de información, riesgo moral, entre otros) los contratos pueden no ser considerados sagrados. Según Wells and Ahmed: la magia de los derechos de propiedad en los países industrializados no deviene del hecho que sean absolutos, sino más bien del balance entre los derechos de los individuos y los corporativos, y la equidad y el beneficio económico común<sup>35</sup>. Existen tensiones y batallas pero las mismas se llevan a cabo en foros de amplia aceptación pública.

En esta materia de balances, hay un fallo muy ilustrativo de un juez estadounidense, Holmes, en 1912, referido a tarifas de servicios públicos, donde el poder para regular «debe ser un proceso de timonear entre Scylla y Charibdis». Por una parte se puede asumir que una franquicia de servicios es el derecho a obtener el rédito más alto posible, sin competencia, bajo la garantía de la propiedad privada. En este caso el poder de regular es nulo. Por otro lado, si el poder de regular significa la eliminación de la propiedad privada, esta no existe. «Ninguno de estos extremos puede haber sido aceptado. Se debe llegar a un punto medio.» (United States Supreme Court, *Cedar Rapids Gas Light Co. v. City of Cedar Rapids*, 223 U.S. 655).

Las nociones de punto medio y balance son cruciales en los sistemas regulatorios modernos. El fallo de 1912 podría ser la fuente de la afirmación de que los derechos de propiedad no son absolutos.

Sin embargo, las garantías al inversor extranjero resultantes de los acuerdos de inversión, no persiguen un balance general, sino la protección de un interés de un sector de inversores. Estas garantías incluyen el trato nacional, la nación más favorecida, el trato justo y equitativo, la protección de la propiedad, y prohibición de imponer requerimientos de performance.

34. Ebd.

35. WELLS and AHMED (2007).

Los principios de protección aplican durante toda la vida de la inversión, como derechos del inversor sin que este tenga obligaciones explícitas generales correlativas. Aplican a inversiones anteriores o posteriores al acuerdo. Además, los tribunales arbitrales han ampliado, vía interpretación, los derechos de los inversores.

Esto impone la necesidad de contar con marcos regulatorios apropiados, antes de que tengan lugar inversiones<sup>36</sup>. Pero aún así no hay garantías de que los países no puedan encontrarse eventualmente en situaciones difíciles. Por un lado no hay forma de prever las necesidades regulatorias a 20 años plazo, por la otra las crisis económicas pueden afectar seriamente la inversión extranjera –como en el caso reciente de Argentina– y además los tribunales arbitrales son soberanos en cada caso, sin obligaciones respecto de precedente o principios generales.

Algunos de los derechos garantizados han generado dialéctica, por las divergencias observadas entre sistemas domésticos y sistema arbitral. Esto ha motivado que la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales (2007), y el Estado de Washington en Estados Unidos (2005) hayan expresado preocupaciones respecto del impacto del sistema de inversiones internacionales sobre los gobiernos locales y estatales, y su capacidad regulatoria y la preservación de sus facultades, en la protección de intereses públicos, como salud, seguridad, ambiente, y derechos laborales, y protección de consumidores. Es por esta razón que en Cafta, el acuerdo de inversión entre USA y Centroamérica, se eliminaron del mismo los servicios responsabilidad de los estados miembros de la Unión.

## **B) Expropiación**

La garantía de la propiedad es un estándar absoluto que no se basa en la protección de inversores domésticos. Se puede expropiar con compensación. El estándar es un componente tradicional del derecho internacional.

Lo que es nuevo, sin embargo es la extensión del estándar para cuestionar regulaciones con impactos en inversores internacionales. Se ha argumentado con bastante éxito que una regulación que tiene un impacto significativo sobre inversores internacionales es una expropiación. En el área del Nafta, se atribuye esta extensión a la tradición de defensa de la propiedad en Estados Unidos.

Sin embargo es difícil conciliar esta interpretación con casos como el de Penn Station, Charles River Bridge, y legislación como la Leyes de Aguas Limpias, Aire Limpio, y otras piezas de legislación ambiental, en las que nunca se pago compensación por expropiación<sup>37</sup>. También es difícil conciliarla con jurisprudencia sobre regulación ex post de servicios, como el caso Mumm Vs Illinois, con la jurisprudencia sobre regulación de tarifas de servicios públicos en la crisis del 29, la jurisprudencia sobre tarifas que requiere confiscación (léase trabajar a pérdida) en materia de tarifas de servicios para que haya expropiación, o con los casos que consagraron

---

36. MANN, (2006).

37. Ebd.

que era legítimo ejercicio del poder de policía cancelar los derechos ribereños no utilizados al cambiar los sistemas de derechos ribereños al uso del agua, reemplazándolo por permisos. A mayor abundamiento es difícil conciliarla con la decisión del caso, sobre la reducción a prorrata, sin compensación, de los derechos al uso del agua del lago Mono. Esta decisión se fundó en la doctrina del fideicomiso público (*public trust*) y limitó los derechos de riego en el Oeste Americano, que hasta ese momento se consideraban invencibles.

En los estudios que se hacen en Estados Unidos sobre las brechas entre decisiones de tribunales arbitrales, y la propia legislación y jurisprudencia doméstica, la conclusión es que la jurisprudencia arbitral protege intereses económicos más amplios que los que protege la legislación y jurisprudencia doméstica; que la jurisprudencia arbitral acepta la posibilidad de la «separación conceptual» (*conceptual severance*), que la nacional rechaza; y que el impacto económico requerido por jurisprudencia arbitral para que exista una expropiación, es menor que el impacto económico requerido por la doctrina, ley, y jurisprudencia nacional<sup>38</sup>.

La mayoría de los países, en sus legislaciones nacionales, tienen principios para balancear intereses colectivos y privados, con ciertos techos y pisos: por un lado la no expropiación del público y no causar daños por ejemplo, y por otro la no confiscación, o desfuncionalización de la propiedad. Sin embargo la tendencia de los tribunales arbitrales, y su limitada visión y misión pueden comprometer, en algunos países, estos balances.

Esto se debe a que a nivel internacional, los arbitrajes inversor-estado, y la literatura conexas van en direcciones divergentes e inconciliables, muchas bases basadas en puntos de vista prejuiciados, que consideran que la regulación pública es normalmente una interferencia innecesaria con la propiedad privada. De acuerdo a Mann la decisión en *Methanex* (*Methanex* contra los Estados Unidos, donde se aceptó que el ejercicio normal del poder de policía, sin discriminación, y debido proceso no es compensable, salvo que se hayan dado garantías expresas [esto último para salvar los casos en contra de Argentina] sobre el comportamiento estatal)<sup>39</sup>. Más aun, el tribunal en *Methanex* aceptó la noción de la noticia constructiva, (*constructive notice*, en algún sentido una especie de público y notorio, pues en Estados Unidos el inversor debe estar consciente que la cuestión ambiental es fundamental, de política pública, y por tanto expuesta a regulación) es inconciliable con la decisión en *Metalclad*, que consagró la expropiación en una cuestión similar.

Vale la pena destacar que el caso *Methanex* tiene compañía, puesto que en el caso *Saluka*, se aceptó también el poder de policía, como legitimador de regulaciones comúnmente aceptadas dentro del poder de policía del estado, que es parte del derecho consuetudinario internacional. El derecho consuetudinario internacional

---

38. PORTERFIELD, (2007)

39. MANN, (2006).

justifica entonces la injuria económica, sin compensación, que resulta de la regulación efectuada *bona fides*<sup>40</sup>.

### C) Trato Justo y Equitativo

Este estándar es también absoluto, y no se define por el tratamiento conferido a otros inversores. Sin embargo se define en forma contextualizada, considerando tiempo y circunstancias. Algunos autores reclaman que el mismo considere no solo el interés del inversor foráneo, sino también el de todos los interesados, o miembros de la sociedad<sup>41</sup>.

Hay quienes argumentan que este estándar es una regla residual, que se aplicaría cuando todas las otras reglas de responsabilidad internacional no tienen lugar. Por tanto el estándar sería justicia *ad hoc*, basado en equidad<sup>42</sup>. Y las fuentes del mismo se cuestionan pues tendría un contenido altamente indeterminado, al mismo tiempo que es el derecho más frecuentemente invocado por los inversores, y los tribunales.

El mismo emerge como un estándar de derecho administrativo, invocando elementos de transparencia en la toma de decisiones, debido proceso y derecho a ser oído, acceso a la revisión judicial y administrativa de decisiones, además de dosis liberales de equidad y razonabilidad en el tratamiento al inversor extranjero. Los abusos notorios en la toma de decisiones administrativas están penalizados bajo esta garantía, pero el test no se limita a casos en los cuales nos encontremos a fallas o arbitrariedades patentes que producen un shock en su desprecio por la ley, sino que incluye fallas menores como falta de apelaciones, no renovaciones de licencias, incoherencia entre decisiones de órganos administrativos y contextos de planificación nacional y otras conductas estatales. Aunque algunos tribunales podrían ajustar el test a las circunstancias del país y del inversor no hay aun puntos de vista conclusivos en este tema. Se sostiene que es un estándar dinámico y en evolución, que no puede quedar limitado a criterios utilizados en el siglo pasado. Se podría invocar no solo cuando existan fallas de debido proceso legal, sino además cuando existan decisiones que no se ajusten a afirmaciones o seguridades dadas por oficiales públicos. Un criterio que se aplica cada vez más en relación a este derecho es la consideración de si el gobierno actuó en una forma consistente con las legítimas expectativas del inversor, lo que algunos consideran un test muy subjetivo<sup>43</sup>.

Como resulta claro este estándar no se limita al respeto del debido proceso legal, va más allá. Al igual que con la protección de expropiación no conocemos muchos estudios que expliciten las brechas entre esta protección y su equivalente nacional, el debido proceso. Pero algunos que se han hecho en Estados Unidos

---

40. WATTS, (2006).

41. MANN, (2006).

42. DOLZER, (2005); BARRAGUIRRE, (2005).

43. *Vid.* Occidental Vs Ecuador, 2004, y otros casos, HANTKE y DOMAS, (2005)



indican una brecha entre la legislación doméstica y las decisiones de tribunales arbitrales internacionales.

PORTERFIELD argumenta que el estándar no es una norma legítima de derecho internacional pues su contenido es indeterminado. Y la autoridad para determinar este contenido no puede ser delegada en cortes arbitrales ni mecanismos de apelación *ad hoc*. Las áreas regulatorias críticas al interés general como ambiente, salud, y derechos comunitarios no pueden quedar vulnerables a un criterio de contenido indefinido<sup>44</sup>.

En este campo, según PORTERFIELD, los expertos consideran que los principios constitucionales de la no-delegación de funciones serían violados si los tribunales arbitrales internacionales pudieran crear un derecho internacional común a todos los inversores extranjeros, discrecionalmente, y en constante evolución. Este derecho internacional, surgido de tribunales internacionales carecería de consentimiento estatal, y por ende de legitimidad. En este sentido la preocupación con la falta de legitimidad del proceso de creación de contenido de la norma vinculada al trato justo y equitativo es común.

Incluso hay quien, reconociendo esta ilegitimidad, propone que se recurra a procedimientos similares a los aplicados en derecho romano<sup>45</sup>. Y hasta cierto punto la propuesta es lógica. Desde la época del derecho quirritario y algunos fueros medievales no se conocía un sistema con tanto énfasis en una clase, e indiferencia por valores más solidarios. Por supuesto que queda abierta la pregunta si es dable aplicar principios y procedimientos romanos en sociedades democráticas, y si dos mil años de evolución no significan nada.

Otro punto de preocupación es que la evolución del principio no resulta de práctica consuetudinaria o tratados, sino de tribunales internacionales, constituidos solo por pedido de inversores, que están creando su propia ley, cuando en rigor las fuentes obligatorias del derecho internacional son los tratados y la costumbre, y no la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, encargados de aplicar los tratados de inversión. Además se argumenta que carece de especificidad<sup>46</sup>. Además, el principio en la interpretación arbitral permite una revisión agresiva de elementos económicos, que no proceden en el debido proceso de Estados Unidos (requisitos de entornos económicos estables).

MUNCHLINSKI argumenta la necesidad de considerar que la aplicación de los principios de trato justo y equitativo tienen origen en principios de equidad, que reclaman que quien argumenta la defensa a su vez venga en equidad, es decir de buena fe, y con una hoja de servicios limpia<sup>47</sup>. A este respecto hace notar que el Derecho de la inversión consagra derechos pero no deberes de los inversores, pero que pese a ello hay una serie de casos de los que se deduce que algunos tribunales

---

44. PORTERFIELD, (2006).

45. GILLES-SOURGENS, (2007).

46. US CORTE SUPREMA, (2004).

47. MUNCHLINSKI, (2005).

han aceptado, en algunos casos, algunas obligaciones, como la de buena fe, prudencia y diligencia al evaluar inversión y contexto, incluida la situación y cultura del país, y una operación razonable de los negocios. Hay una serie de casos a este respecto, como *Electronica Sicula*, *Genin*, *Ogulin*, *Waste Management*, *Inceysa Vallisolitana*, *Methanex*, donde estos principios se han puesto en operación. Muchlinski aboga para que estas obligaciones tengan recepción más sistemática en la jurisprudencia. El problema es que los acuerdos no los consagran, y si bien los árbitros pueden recurrir a ellos no están obligados a hacerlo.

También se los ha reconocido en relación a servicios públicos, bajo la forma de obligación de eficiencia, debida diligencia, buena fe por OECD<sup>48</sup>.

Y en particular relación a servicios públicos son parte integrante del derecho regulatorio de países con tradición en prestación privada de servicios públicos.

La limitación, sin embargo es que por un lado los tribunales arbitrales no están obligados a aceptar precedente, y por otro no están sujetos a apelación ni unificación. Tampoco se concibe su tarea como un equilibrio, ni tienen obligación de considerar los principios de derecho desarrollados por sistemas nacionales principales por ejemplo en relación a agua recurso, ni servicios públicos.

Así, se avanza sobre la esfera doméstica, sin considerar los precedentes comunes en el derecho comparado, en las materias sometidas a jurisdicción arbitral. Y si bien se puede justificar el recurso a tribunal arbitral por falta de confianza en la calidad de cortes locales, no es justificable desconocer los precedentes que esta materia el derecho municipal coincidente ha creado. Estos no son casos de derecho internacional tradicional, sino de derecho doméstico llevados a esfera internacional. Sus impactos son domésticos, y la falta de balance los agrava.

En materia regulatoria esta falta de balance se ve con claridad preocupante en algunos casos.

#### **D) La ignorancia de conceptos regulatorios importantes**

En Indonesia, la compañía *Karaha Bodas Power*, demandó al gobierno por su inversión efectiva, (U\$\$ 96 millones) pero además reclamó las ganancias futuras esperadas, llegando a un total de U\$\$ 512.5 millones. Indonesia argumentó que el proyecto no había sido finalizado, y que con la crisis asiática la compañía no hubiera sido capaz de obtener la financiación suficiente, por lo que no se podían otorgar ganancias sobre inversiones no realizadas. Además argumentó que los gastos efectivamente incurridos eran dispendiosos y excesivos. La corte arbitral declaró que si bien los gastos eran excesivos, los mismos no eran cuestionables pues, habían sido declarados abiertamente. También otorgó lucro cesante por U\$\$ 150 millones. Al ser capaz de cobrar lucro cesante por inversiones no efectuadas la compañía está en mejores condiciones si un proyecto falla que si este es exitoso. El inversor puede ahora invertir la compensación, y el lucro cesante, y obtener ganancias sobre

---

48. OECD, (2007).

una base de capital más alta que la que efectivamente invirtió. Lo mismo pasaría si cuando quiebra un banco el depositante pudiera reclamar su depósito bajo garantía estatal más lucro cesante. Normalmente la regulación no lo permite<sup>49</sup>.

En Karaha el demandante era una compañía eléctrica. En el derecho de los servicios públicos privados un proveedor de servicios no puede reclamar el reembolso de gastos dispendiosos, ni ganancias sobre inversiones que no son útiles ni utilizables, mucho menos no efectuadas<sup>50</sup>.

En algunos casos en Argentina (Aguas Argentinas S.A., ICSID Case no ARB/03/19) el inversor reclama compensación por el impacto alegado de las medidas económicas dictadas al tiempo de la crisis de 2002. En otro caso, CMS Gas Transmisión Company, el tribunal arbitral encontró que Argentina había violado sus obligaciones, como resultado de congelar tarifas de servicios al tiempo de la crisis económica.

Es relevante comparar con la jurisprudencia de 1929-1945, de cortes nacionales, sobre el mismo tema. Así la Suprema Corte Norteamericana reconoció que había una declinación en las ganancias de los negocios y en las tasas de interés en todo el país, y estuvo dispuesta a aceptar tasas más bajas de retorno en servicios públicos (Natural Gas Pipeline, 1942).

Al igual que en los casos de expropiación, y trato justo y equitativo, no hay estudios de derecho comparado que expliciten las diferencias entre los principales sistemas jurídicos del mundo y el sistema de arbitraje de inversión al tratar los temas mencionados. Los estudios en Estados Unidos serían una parte importante en esta evaluación, pero la misma no es completa sin referencias al sistema alemán, español, inglés, francés, etc.

### **E) Problemas asociados al procedimiento**

Se ha visto que los casos llevados a tribunales arbitrales de inversión son sumamente relevantes al interés público. Involucran políticas económicas generales, servicios básicos, recursos naturales, por mencionar algunos temas fundamentales. Y estos importantes temas de política pública son resueltos por tres árbitros *ad hoc*, sin tener en cuenta intereses generales (que son *ultra vires*), sin apelación, sin intervención de terceros y en secreto.

Por otro lado estos árbitros pueden además ser jueces en algunas causas y abogados en otras, sucesiva o simultáneamente, y no hay sistema que regule conflictos de intereses.

A más elementos es importante considerar que se devengan honorarios solo cuando hay causas, y que hay causas solo cuando se acepta jurisdicción.

49. WELLS and AHMED, (2007)

50. PHILLIPS, (1993).

Finalmente, el servicio de arbitraje es un monopsonio, solo lo pueden requerir los inversores, que son los que crean el mercado.

#### **IV. CONCLUSIONES**

La descentralización de servicios de agua y saneamiento no significa que la viabilidad de los mismos no sea afectada por la política nacional económica general, ni garantiza que faltando apoyos del gobierno central los municipios o entidades descentralizadas puedan cubrir los costos del servicio.

Además, la descentralización, para ser eficiente y fomentar equidad, debería considerar cuestiones como economías de escala y ámbito y minimización de costos de transacción. En algunos casos se hacen recomendaciones sin tener en cuenta las razones por las cuales países conocidos por su gobernabilidad y calidad y cobertura de servicios han creado empresas de servicios regionales.

Por otro lado la descentralización, en el contexto de los acuerdos de protección de inversiones, no tiene la misma relevancia que sin estos acuerdos, pues en última instancia las entidades descentralizadas están obligadas por los mismos y sujetas a la centralización máxima de una corte única, internacional, sin apelaciones, y sin agotar no solo las instancias locales, sino tampoco las nacionales. La descentralización, sus motivos y sus expresiones fundamentales quedan anuladas en caso de conflictos con inversores extranjeros.

Se ha llegado a una etapa constitucional, en sentido orgánico en la cual los tradicionales principios vinculados a soberanía, federalismo y derechos locales son afectados tanto por factores económicos como legales.

Los acuerdos de protección de inversión, y los capítulos de inversión en acuerdos comerciales, han variado fundamentalmente las relaciones de poder, y las capacidades legales de los países, y por ende de sus partes constitutivas provinciales, estatales o locales para tomar medidas y dictar regulaciones,

Esto resulta de varios factores, incluyendo el propósito de los acuerdos: proteger inversores, y no proteger el interés común; el hecho de que los acuerdos obliguen a todos los niveles de gobierno, salvo excepciones contractuales; la falta de obligaciones para los inversores, por lo menos en los acuerdos; y la mecánica e integración de los tribunales arbitrales. Esta mecánica incluye el hecho de que estos tribunales se crean solo a pedido de inversores, son soberanos en cada pleito, no están obligados a considerar principios generales del derecho de países relevantes, no están sujetos a apelación y no están abiertos a terceros. Esto ha resultado en brechas entre prácticas nacionales y decisiones arbitrales.

La nueva situación se compone además, debido a la pobreza de los sistemas regulatorios de muchos países, el rechazo básico que muchos tribunales han hecho de la regulación, asimilándola a confiscación; la interpretación expansiva de los

derechos de los inversores, y la elaboración de normas de derecho internacional *ad hoc* en forma jurisprudencial, y no por tratado o costumbre internacional.

Por ello es conveniente que los países, y los inversores en infraestructura de servicios se aseguren de contar con regulación adecuada, y en su caso, indicaciones de política que sirvan de notificación sobre cual es la visión de los gobiernos respecto a la regulación del agua y sus servicios, a fines de hacer de publico y notorio cual es el clima regulatorio general.

Además, y esto es fundamental, los países deberían resistir la tentación de tomar decisiones sin asegurar viabilidad financiera, coherencia institucional, y prevenir practicas. contractuales o de política, que otorguen garantías de difícil cumplimiento en el mediano y corto plazo. Por otro lado, en sus indicaciones de política deberían hacer claro el comportamiento que esperan de los inversores, en términos de diligencia, buena fe, eficiencia y transparencia.

Además, es importante identificar los impactos del nuevo sistema en instituciones y gobernabilidad, y su coincidencia o desacuerdo con prácticas nacionales en los mismos temas. El alcance de la brecha si la hubiera, con respecto a practicas nacionales, y la detección si hay países que efectivamente usen en su jurisprudencia interna los principios expansivos de los tribunales arbitrales, por ejemplo en materia de expropiación y debido proceso, sería un paso muy importante.

También lo sería la identificación y la elaboración de principios nacionales comunes:

a) del derecho de aguas como recurso, por ejemplo dominio público del agua, falta de derecho adquirido a contaminar, y obligación de solicitar permisos o sujetarse a prorratas o no causar daños;

b) del derecho regulatorio de servicios públicos de agua, por ejemplo las obligaciones de eficiencia y sus consecuencias operativas, de buena fe, de transparencia e información y de debida diligencia

La diseminación de estos principios, por los países, y la promoción de su consideración necesaria por los tribunales arbitrales sería una contribución que puede ayudar a remediar algunas críticas que hoy se hacen al sistema de arbitraje de inversión.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁZAR, Lofena; Manuel ABDALA and Mary SHIRLEY (2000), «The Buenos Aires water concession», *Policy Research Working Paper* No 2311, World Bank, April, Washington, D.C. (<http://econ.worldbank.org>).

ÁLVAREZ, Gabriela (2004), *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. United Mexican States [Case No. ARB (AF)/00/2]*. Introductory note, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) (<http://www.worldbank.org>).

- ARB/05/22, before ICSID, between Biwater Gauff (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania, Amicus Curiae Submission.
- BANCO MUNDIAL (1993), *Water Resources Management*, USA.
- BARRAGUIRRE, Jorge (2005), «El estándar de protección internacional de trato justo y equitativo», *Social visión of Water in the Andes*.
- COUR-DES-COMPTES (1997), «La Gestion des Services Públicos Locaux D'Eau et D'Assainissement», *Resume*, Janvier 1997, [www.ccomptes.fr](http://www.ccomptes.fr).
- CIRIACY-WANTRUP, Siegfried (1951), «Dollars and sense in agriculture», *Circular*, No. 402, California Agricultural Experiment Station. (<http://www.economics.nrcs.usda.gov>).
- DÍAZ, Edgardo and Armando BERTRANOU (2003), *Investigación sistémica sobre regímenes de gestión del agua. El caso de Mendoza*. Argentina, South American Technical Advisory Committee (SAMTAC), Global Water Partnership (GWP).
- DOLZER, Rudolf (2005), «Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties», *International Lawyer*, Volume 39, Number 1, Spring.
- DUMBAR, Damon & Luke Eric PETERSON, «Tanzania Declares Victory in Dispute with Water Services Company», *Investment Treaty News*, (ITN) January 11. 2008, IISD, [www.iisd.org](http://www.iisd.org).
- ESTACHE, Antonio; Ana GOICOECHEA and Lourdes TRUJILLO (2006), «Utilities reforms and corruption in developing countries», *Policy Research Working Paper*, No 4081, World Bank, December, Washington, D.C. (<http://econ.worldbank.org>).
- FRANCK, Susan D. (2007), «Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration», *North Carolina Law Review*, December 2007.
- GILLES SOURGENS, Frederic (2007), «Icsid Arbitration and the Importance of Public Accountability of a Private Judicature-A Roman Law Perspective» *International Community Law Review* 9, pgs. 59-102.
- GREGOIRE, Christine (2005), «Governor Washington State», *The Honorable Rob Portman*, 19 August.
- GUASCH, Luis (2004), «Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right», *World Bank*, Washington, D.C. (<http://www.worldbank.org>).
- GUASCH, Luis and Stéphane STRAUB (2006), «Renegotiation of infrastructure concessions: an overview», *Annals of Public and Cooperative Economics*, Volume 77, Number 4, December (<http://ssrn.com>).
- GUASCH, Luis; Jean-Jacques LAFFONT and Stéphane STRAUB (2003), «Renegotiation of concession contracts in Latin America», *Policy Research Working Paper*, No 3011, World Bank, April, Washington, D.C. (<http://econ.worldbank.org>).
- HANTKE-DOMAS, Michael (2005), «Common Legal Principles of Advanced Regulatory Systems», September 2005. *Occidental v. Ecuador, Final Award*, UNCITRAL, July 2004; *CMS Gas v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, May 12, 2005.

- KESSIDES, Ioannis (2004), «Reforming infrastructure: privatization, regulation, and competition», *World Bank*, Washington, D.C. (<http://www.worldbank.org>).
- KHAN, Makhdoom Ali (2006), en PETERSON, Luke Eric, «Pakistan Attorney General advises States to scrutinize investment treaties carefully», *Investment Treaty News*, 1 December, International Institute for Sustainable Development (IISD) (<http://www.iisd.org>).
- KRIEBAUM, Ursula (2007), «Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights», *The law of international relations – liber amicorum hanspeter neuhold*, August REINISCH and Ursula KRIEBAUM (Editors), Eleven International Publishing.
- MANN, Howard (2006), «Implications of international trade and investment agreements for water and water services: some responses from other sources of international law», *Social Vision of Water in the Andes*, (<http://www.aguavisionsocial.org>),
- (2005), *The final decision in Methanex v. United States: some new wine in some new bottles*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Winnipeg, Manitoba, Canada (<http://www.iisd.org>).
- (2006), «Is Fair and Equitable Fair, Equitable, Just, or Under Law?» *100 American Society of International Law Proceedings*, forthcoming.
- MUCHLINSKI, Peter (2006), «“Caveat investor”? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard», *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 55, Number 3, July.
- NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES (2007), *2007-2008 policies for the jurisdiction of the: Labor and Economic Development Committee* (<http://www.ncsl.org>).
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, (2007), *OECD principles for private sector participation in infrastructure*, Paris (<http://www.oecd.org>).
- OGUS, Anthony (1994), «Regulation: legal form and economic theory», *Clarendon Law Series*, Oxford.
- ORDOQUI, María Begoña (2007), «Servicios de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina: factores determinantes de la sustentabilidad y el desempeño», *Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)*, Recursos Naturales e Infraestructura series No 126, LC/L.2751-P, Santiago, Chile (<http://www.eclac.org/drni>).
- PETERSON, Luke Eric, (2003), «Brazil remains wary of international investment rules», *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin*, 1 June, International Institute for Sustainable Development (IISD) (<http://www.iisd.org>).
- PHILLIPS, Charles (1993), «The regulation of public utilities. Theory and practice», *Public Utilities Reports*, Inc., Arlington, Virginia.
- PORTERFIELD, Matthew (2006), «An international common law of investor rights?», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Volume 27, Number 1, Spring (<http://ssrn.com>).

- (2004), «International expropriation rules and federalism», *Stanford Environmental Law Journal*, Volume 23, Number 3, January (<http://ssrn.com>).
- ROWLEY, William; Michael REISMAN and Van Vechten VEEDER (2005), *In the matter of an international arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules between: Methanex Corporation Claimant/Investor and United States of America Respondent/NAFTA Party*. Final award of the tribunal on jurisdiction and merits, 9 August (<http://www.state.gov>).
- SAPPINGTON, David (1993), «Comment on “Regulation, institutions, and commitment in telecommunications”, by Levy and Spiller», *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*. 1993, Michael Bruno and Boris Pleskovic (Editors), World Bank, Washington, D.C.
- SORNARAJAH, M. (2002), «The Clash of Globalisations and the International Law on Foreign Investment», Simon Reisman Lecture in *International Trade Policy*, The Norman Paterson School of International Affairs, 12/9/2002, Ottawa.
- TOBIN, Jennifer and Susan ROSE-ACKERMAN (2006), «When BITs have some bite: the political-economic environment for bilateral investment treaties», *Yale Law School*, November (<http://www.law.yale.edu>).
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human Development Report*, (2006), «Beyond Scarcity: Power, Poverty, and the Global Water Crisis» UNDP, NY, USA.
- UNITED STATES SUPREME COURT, (2004), «*Sosa V. Alvarez-Machain*», 03-339 542 U.S. 692, (<http://www.findlaw.com>).
- (1912), «*Cedar Rapids Gas Light Co. v. City of Cedar Rapids*», 223 U.S. 655, (<http://www.findlaw.com>).
- WATTS, Arthur; Maître Yves FORTIER y Peter BEHRENS (2006), «The matter of an arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules 1976», *Saluka Investments BV (The Netherlands) claimant v. The Czech Republic respondent*. Partial award, (<http://ita.law.uvic.ca>).
- WELLS, Louis; Rafiq AHMED (2007), «Making foreign investment safe: property rights and national sovereignty», *Oxford University Press*, New York
- WORLD PANEL ON FINANCING WATER INFRASTRUCTURE, (2003), Chair Michel Camdessus, Writer James Winnepenny, «Financing Water for All» World Water Council, 3<sup>rd</sup> *World Water Forum*, 2003.



# Acuerdos sobre recursos hídricos entre estados y provincias de países federales: una visión comparativa<sup>1</sup>

STEFANO BURCHI<sup>2</sup>

**Resumen:** Los estados de países federales recurren a acuerdos de aguas interestatales para abordar cuestiones relativas a la gestión, el desarrollo, la conservación y el aprovechamiento de masas de agua que forman la línea fronteriza entre estados o que se sitúan a ambos lados de esas líneas fronterizas. Este artículo aporta una revisión comparativa sobre algunas características seleccionadas de estos acuerdos. La asignación de agua, la calidad del agua, la gestión de cuencas hidrográficas, la participación pública y las disposiciones sobre aguas subterráneas se examinan con detalle. El resumen de otros elementos de los acuerdos interestatales (la función federal, los convenios institucionales entre estados, los programas de supervisión, la resolución de disputas y la duración) ofrece un panorama más completo de los aspectos que se pueden encontrar en tales acuerdos. Se extraen conclusiones únicamente con un alto grado de generalización, a saber: que las oportunidades para la participación pública a ambos lados de una frontera interestatal son una característica recurrente de la mayoría de tratados contemporáneos en jurisdicciones federales; que los acuerdos interestatales específicos para aguas subterráneas son todavía claramente una minoría, mientras que la mayoría abordan las aguas subterráneas en conjunción con las aguas superficiales; que existen pruebas de un intento sistemático por conformar los derechos y obligaciones mutuos de los estados a ambos lados de la frontera en consonancia con las líneas de demarcación hidrológicas (e hidrogeológicas); y que los programas de supervisión conjunta e intercambio de datos relevantes, que constituyen el «pan de cada día» de la cooperación en materia de recursos hídricos más allá de las fronteras interestatales de las jurisdicciones federales, se contemplan en una amplia mayoría de los acuerdos revisados en este artículo.

**Palabras Clave:** Acuerdos de aguas interestatales – Pactos de aguas interestatales – Disputas sobre aguas interestatales – Ríos, lagos y acuíferos interestatales.

1. Este artículo está basado en el trabajo de investigación realizado por la Sra. Maria Milanese-Murcia, actuando en calidad de empleada interna dentro del Servicio de Derecho para el Desarrollo. Mi más sincera gratitud por sus aportaciones a este artículo. También agradezco enormemente la labor de revisión de la Sra. Ambra Gobena. Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen exclusivamente al autor y no implican ni pretenden implicar a la Organización.
2. Oficial Jurídico Superior, Servicio de Derecho para el Desarrollo, Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Roma, Italia.

## I. INTRODUCCIÓN

Las jurisdicciones diversas dentro de un estado federal y su respectiva gama de reglamentaciones plantean retos para elaborar una estrategia de gestión del agua única y unificada que dé cabida a las exigencias de todos los estados implicados (o provincias, cantones, etc.; en aras de la claridad y la sencillez, a lo largo de todo el documento se aludirá al segundo nivel de gobierno dentro de una federación como «estados», pero este término incluirá asimismo una referencia a las otras denominaciones). Estas diferencias también hacen difíciles de resolver y evitar las controversias entre los estados<sup>3</sup>. Los estados de países federales recurren frecuentemente a los acuerdos de aguas interestatales para tratar controversias reales (así como potenciales) con respecto a la gestión, el desarrollo, la conservación y el aprovechamiento de masas de agua que forman la línea fronteriza entre estados (mencionados a menudo como «contiguos») o que se sitúan a ambos lados de esas líneas fronterizas (mencionados a menudo como «consecutivos»).

Los acuerdos facilitan la asignación y la protección del agua entre los estados; proporcionan seguridad y garantizan estabilidad entre las partes, mejorando así las relaciones entre los estados. Además, los acuerdos interestatales pueden aportar principios y mecanismos de gestión de recursos hídricos. Elementos como la colaboración<sup>4</sup>, el intercambio de información, el uso equitativo y razonable del agua y la protección de la calidad del agua, presentes en la mayoría de acuerdos interestatales, son la clave para garantizar la buena administración de un recurso natural cada vez más escaso y valioso.

Algunos países, como Estados Unidos (EE.UU.), resuelven los conflictos interestatales de asignación de aguas mediante actuaciones del Congreso y sentencias del Tribunal Supremo, además de pactos interestatales<sup>5</sup>. El aumento de los conflictos sobre aguas entre los estados ha precisado soluciones a problemas no previstos específicamente en las leyes federales; además, los acuerdos suelen dejar margen para las diferencias de interpretación. En consecuencia, las sentencias de los tribunales representan una herramienta importante en la resolución de conflictos sobre aguas, particularmente en las jurisdicciones con derecho consuetudinario. El Tribunal Supremo de EE.UU., por ejemplo, ha emitido jurisprudencia sobre asigna-

---

3. Muys et al, 2006.

4. Ver, p.ej., GESTIÓN DEL AGUA EN MANITOBA (MANITOBA WATER STEWARDSHIP).

5. Ver *New York v. New Jersey* 256 U.S. 296, 313 (1921). El Tribunal Supremo de Estados Unidos estableció que los conflictos entre estados deberían resolverse con la cláusula de pactos de la Constitución estadounidense: Sección I, artículo 10, Cláusula 3: «Ningún estado podrá, sin el consentimiento del Congreso, imponer ningún derecho de arqueo, mantener tropas o buques de guerra en tiempos de paz, o firmar ningún acuerdo o pacto con otro estado, o con una potencia extranjera, o declarar la guerra, a no ser que sea en efecto invadido o se encuentre en tal peligro inminente que no se admita ninguna demora». El Tribunal Supremo de Estados Unidos declara específicamente: «No podemos ocultar la sugerencia, inspirada por la consideración de esta causa, de que el grave problema del tratamiento de aguas residuales que plantean las grandes poblaciones en alza que viven a las orillas de la Bahía de Nueva York tenga más probabilidad de resolverse de manera inteligente con un estudio cooperativo y por consulta y concesión mutua por parte de los representantes de los estados tan vitalmente interesados en ello que por las diligencias incoadas ante cualquier tribunal».

ciones de aguas interestatales. En India, los litigios que no pueden resolverse por negociación se elevan a un Tribunal en virtud de la *Ley India de Disputas Interestatales sobre Aguas de 1956*. Con todo, un análisis del derecho consuetudinario relevante quedaría fuera del cometido de este artículo.

Este documento ofrece una perspectiva general de los acuerdos sobre recursos hídricos entre estados y presenta una revisión comparativa de algunas características seleccionadas de tales acuerdos. Se centra en los acuerdos y en los instrumentos jurídicos (o parajurídicos) que tratan la gestión y la preservación de ríos, lagos y aguas subterráneas que forman la línea fronteriza entre dos o más estados, o que se sitúan a ambos lados de esas líneas fronterizas. A los efectos de este estudio, se examinan con detalle conceptos como asignación de aguas, calidad del agua, gestión de cuencas hidrográficas, participación pública y disposiciones de aguas subterráneas (los acuerdos interestatales relativos a control de inundaciones y navegación no han sido incluidos en este estudio). Centrando la atención en estos temas, se extraen las condiciones y estipulaciones incluidas en acuerdos de Argentina, Australia, Canadá, India, Nigeria, Suiza y EE.UU., que facilitan un análisis comparativo y destacan asuntos y retos relacionados. Si bien los acuerdos de aguas internacionales quedan fuera del alcance de este artículo, la naturaleza interestatal de los acuerdos entre estados de EE.UU. y provincias de Canadá hace que tales instrumentos sean relevantes para este análisis.

## **II. ANÁLISIS COMPARATIVO DE ACUERDOS INTERESTATALES**

Este apartado contiene el análisis de una selección de disposiciones que habitualmente aparecen en los acuerdos de aguas interestatales; se examinan con más detalle aquéllos que incluyen disposiciones sobre asignación de aguas, calidad del agua, gestión de cuencas hidrográficas y participación pública. El tratamiento del agua subterránea en los acuerdos interestatales se menciona aquí principalmente para abordar hasta qué punto se formulan reglamentaciones específicas con respecto a este recurso. Inevitablemente, las disposiciones sobre gestión de aguas subterráneas incorporan reglamentaciones de aspectos tales como la calidad del agua y la asignación de aguas. Para terminar, una perspectiva general de otros elementos de los acuerdos interestatales, tales como los convenios institucionales y la resolución de disputas, ofrece un panorama más completo de los asuntos que se pueden encontrar en tales acuerdos.

### **1. CONTROL DE CANTIDAD Y ASIGNACIÓN DE LAS AGUAS**

La asignación del agua es una de las cuestiones más relevantes que los acuerdos interestatales tratan en la actualidad. El crecimiento de la población y el cambio climático afectan al suministro de agua y agravan el riesgo de conflictos entre territorios. Los sistemas de asignación de aguas incluidos en los acuerdos interestata-

tales se centran en evaluaciones de recursos hídricos, análisis de capacidades de almacenamiento, extracciones y niveles de recarga<sup>6</sup>.

La cantidad de agua y la asignación de agua están íntimamente relacionadas. La mayoría de acuerdos con disposiciones específicas para cantidad de agua proporcionan mecanismos para asignar agua. Sin embargo, hay acuerdos que abordan cuestiones de cantidad de agua tales como el nivel de caudal de las masas de agua superficiales, la evaporación, la variabilidad de caudal, los niveles freáticos, pero que no establecen un sistema de asignación de aguas. Por ejemplo, el objetivo del *Acuerdo Intergubernamental para el Río Paroo* (julio 2003, Australia) entre Nueva Gales del Sur y Queensland es la gestión de la cantidad de agua para garantizar el régimen de caudal naturalmente variable, que es fundamental para la salud de los ecosistemas acuáticos en el Área de Acuerdo del Río Paroo. La sección 3.1 (d) señala que «los requisitos de agua para procesos ecológicos, biodiversidad y áreas ecológicamente significativas dentro del Área de Acuerdo del Río Paroo deben mantenerse, sobre todo por medio de la variabilidad de caudal y la estacionalidad».

Los recursos hídricos pueden asignarse mediante mecanismos como cantidades fijas, porcentajes y repartos equitativos. El *Pacto Kansas-Nebraska-Colorado del Río Republicano* (1943, EE.UU.) sirve de ejemplo de asignación con cantidad fija. Su principal finalidad es garantizar el uso más eficiente de las aguas de la Cuenca del Río Republicano. Asigna el agua específicamente en acres-pies a cada Estado; las cantidades precisas asignadas derivan del suministro de agua virgen anual medio calculado. Otro ejemplo es el *Memorando de Acuerdo entre Bombay, Hyderabad, Madhya Pradesh y Madras* (1951, India), que establece concretamente la cantidad de agua a disposición de los cuatro Estados que forman parte del acuerdo<sup>7</sup>. Además, el acuerdo establece una correlación entre cantidad y aprovechamiento del agua. Chauhan señala: «La asignación implicaba que cada Estado tendría derecho a utilizar la cantidad de agua que le fuera concedida»<sup>8</sup>. En Australia, el *Acuerdo de la Cuenca Murray-Darling* (junio 2006, Australia) entre la Commonwealth, Nueva Gales del Sur, Victoria y Australia del Sur se centra en la gestión equitativa y eficiente y el uso sostenible del agua de la Cuenca Murray-Darling (sección 1), y establece asignaciones de agua específicas entre los estados de la cuenca superior de Nueva Gales del Sur y Victoria, y entre esos estados y el estado de Australia del Sur situado en la cuenca inferior (sección 111)<sup>9</sup>. En India, el *Acuerdo entre India, Haryana, Pun-*

---

6. La asignación de aguas ha sido estudiada desde distintos puntos de vista. Kilgour y Dinar analizaron acuerdos estables para compartir agua en cuencas de ríos internacionales para demostrar que «los acuerdos de asignación flexibles son más rentables que los regímenes de asignación fijos». Ver BENNETT, Lynne Lewis, HOWE, Charles W. y SHOPE, James. (2000). «The Interstate River Compact as a Water Allocation Mechanism: Efficiency Aspects», *American Journal Agriculture and Economics* 82 (4) 1006-1015 noviembre. Ver además KILGOUR, D. M. y DINAR, A., (1995), «Are Stable Agreements for Sharing International River Waters Now Possible?», *Policy Research Working Paper* 1474. Washington DC: Banco Mundial.

7. CHAUHAN. (1992).

8. Ebd.

9. La sección 111 expone: «... cualquier cantidad de agua asignada a uno de esos Estados y en reserva en cualquiera de los almacenamientos del Río Murray superior o en tránsito en una parte específica del Río Murray superior podrá ser intercambiada por una cantidad de agua

jab y Rajastán (1981, India) orientado a la asignación del agua, fija en 17,17 MAP (millones de acres-pies) el «excedente» disponible en el Sistema Fluvial Ravi-Beas para asignación a los tres estados como volúmenes fijos de agua del río<sup>10</sup>. Se declara asimismo que «en caso de variación en la cifra de 17,17 MAP en un determinado año, los porcentajes se modificarán como prorrateo de las asignaciones arriba revisadas, y a condición de que no se efectúe ningún cambio en la asignación de Jammu y Cachemira, que permanecerá fija en 0,65 MAP, tal y como se estipula en el Acuerdo de 1955». Éste es un claro ejemplo de flexibilidad que permite a las partes modificar la cantidad de agua asignada en función del nivel de caudal.

Asimismo, con referencia a la asignación de aguas en India, el *Acuerdo entre Punjab, Rajastán y Haryana* (enero 1955, India) estableció que la disponibilidad de agua para fines de asignación se basaba en la serie de los caudales de los ríos Ravi y Beas durante los años 1921-1945. La asignación entre Punjab, Cachemira y Rajastán toma la forma de una cantidad fija para cada estado. Esta cantidad estaría sujeta a cambios en caso de variaciones en las reservas totales, designados por prorrateo «a condición de que no se efectúe ningún cambio en la asignación del Estado de Cachemira, que permanecerá en 0,65 MAP»<sup>11</sup>.

La asignación de aguas basada en porcentajes se encuentra en algunos pactos estadounidenses. El *Pacto de la Cuenca Hidrográfica Arkansas (Arkansas-Oklahoma)* (1970, EE.UU.) atiende a programas de contaminación, fomento de la cortesía interestatal, cooperación y reparto equitativo de las aguas del Río Arkansas (sección 1). El pacto señala concretamente que «el Estado de Arkansas tendrá derecho a desarrollar y utilizar el Spavinaw Creek [...] en una cantidad no superior al cincuenta por ciento (50%). El Estado de Oklahoma situado en la subcuenca del río Arkansas no más del sesenta por ciento (60%). El Estado de Arkansas en la subcuenca Lee Creek en un porcentaje igual al de Oklahoma» (sección 4).

El principio de reparto equitativo se emplea también en acuerdos de aguas interestatales, para proporcionar orientación genérica o como precursor de determinaciones concretas. Por ejemplo, en Estados Unidos los principales fines del *Pacto del Río Alabama-Coosa-Tallapoosa* (1997, EE.UU.) incluyen la cortesía interestatal, la resolución de causas de controversias, el intercambio de datos y el reparto equitativo del agua superficial (sección 1). Señala que la «formula de asignación» (que puede ser una tabla, cuadro, cálculo matemático u otra expresión permitida por la Comisión –sección 9<sup>12</sup>–) se desarrollará para el reparto equitativo de las aguas superficiales de la cuenca entre los estados, al tiempo que se protege la

---

asignada al otro Estado y en reserva en otro de los almacenamientos del Río Murray superior o en tránsito en otra parte concreta del Río Murray superior, siempre y cuando dicho intercambio de agua no perjudique el derecho de Australia del Sur».

10. CHAUHAN, (1992).

11. Ebd.

12. La sección 9 dispone: «La “formula de asignación” alude a la metodología, en cualquier forma que adopte, por la que la Comisión de Cuenca determina el reparto equitativo de aguas superficiales dentro de la Cuenca entre los dos estados, y dicha formula podrá representarse por una tabla, cuadro, cálculo matemático o cualquier otra expresión del reparto de aguas de la Comisión de acuerdo con lo establecido en este pacto».

ecología de la cuenca hidrográfica (sección 7). Hay otro ejemplo en India, donde el *Acuerdo entre los Estados de Maharashtra, Madhya Pradesh y Andhra Pradesh* (agosto 1978, India) para regular la asignación de agua, adopta la distribución equitativa como mecanismo para asignar agua entre las Partes. En caso de litigio, los estados tienen recurso a sentencia judicial en virtud de lo estipulado en la *Ley India de Disputas Interestatales sobre Aguas de 1956*<sup>13</sup>.

La transferencia de agua entre cuencas es otra cuestión debatida dentro de la asignación de aguas en algunos acuerdos interestatales. Las transferencias hídricas fuera de la cuenca «pueden dañar la prosperidad económica a largo plazo y la calidad de vida de la cuenca de origen»<sup>14</sup>. El daño depende de la cantidad de pérdida de agua y del desarrollo de la cuenca<sup>15</sup>. En Estados Unidos, el *Pacto sobre Recursos Hídricos Cuenca Grandes Lagos-Río San Lorenzo* (diciembre 2005, EE.UU.) entre Illinois, Indiana, Michigan, Nueva York, Ohio, Wisconsin y la Commonwealth de Pennsylvania tiene como objetivo definido «proteger, conservar, restaurar, mejorar y gestionar con eficacia las Aguas y los Recursos Naturales Dependientes del Agua de la Cuenca» (sección 2). Permite la transferencia de agua fuera de la Cuenca de los Grandes Lagos sólo cuando ese trasvase esté regulado por la Parte Originante y toda el agua transferida de ese modo se utilice exclusivamente para «fines de abastecimiento público de aguas dentro de la comunidad situada a ambos lados» (sección 4, artículo 4.9) El Acuerdo permite además las transferencias de agua intracuenca únicamente en circunstancias concretas, como por ejemplo cuando la cantidad propuesta sea inferior a 100.000 galones diarios de media en un período de 90 días (sección 4, artículo 4.9.2).

También en Estados Unidos, el Pacto Interestatal *Oregón-California para el Lago Goose* (1963, EE.UU.) se centra en el desarrollo, uso, conservación y control de los recursos hídricos de la Cuenca del Lago Goose; reconoce derechos intrínsecos respecto al aprovechamiento de las aguas y específicamente prohíbe la exportación de agua desde la Cuenca del Lago Goose para uso fuera de la Cuenca sin el consentimiento de ambas instancias legislativas. Otro ejemplo en Estados Unidos es el *Pacto de la Cuenca del Río Delaware* (1961, EE.UU.), cuya finalidad es gestionar los recursos hídricos y evitar controversias entre las Partes. El pacto establece que cualquier transferencia de agua fuera de la cuenca hecha por la Comisión permitiría a una Parte que se considerara agraviada invocar la jurisdicción original del Tribunal Supremo de Estados Unidos [sección 3.3.c)].

Finalmente conviene mencionar el *Acuerdo Intergubernamental sobre una Iniciativa Nacional para el Agua* (1994, Australia), centrado en la gestión del agua para garantizar la eficiencia en el uso del agua en Australia y asegurar la salud del río y las aguas subterráneas (Preámbulo, 5). Entre otras características, el Acuerdo adopta el comercio de derechos de aguas como un método para asignar agua,

---

13. CHAUHAN, (1992).

14. DRAPER, (2005)

15. Ebd.

dentro de cada estado y entre los estados (sección 58)<sup>16</sup>. En particular, de conformidad con el Acuerdo, las Partes acuerdan implantar antes de 2007 «concertos institucionales y regulatorios compatibles que faciliten el comercio intra e interestatal y gestionen las diferencias en la fiabilidad de los derechos, pérdidas de suministro, restricciones de fuentes de suministro, comercio entre sistemas y requisitos de limitación» (sección 60). El Acuerdo es relevante para el debate sobre la asignación de aguas, en tanto en cuanto las disposiciones sobre compraventa de agua del Acuerdo son aplicables también a los recursos hídricos de los ríos y lagos interestatales, y a las aguas subterráneas interestatales. Es de interés el recurso a este mecanismo poco convencional y bastante controvertido de la asignación de agua intraestatal.

## 2. CALIDAD DEL AGUA

La calidad del agua es otro asunto importante que se aborda en los acuerdos interestatales, por sí solo o, más frecuentemente, en conjunción con otros aspectos de la gestión de los recursos hídricos, en concreto la asignación. El grado de atención prestado a la protección de la calidad del agua en cada acuerdo está directamente relacionado con su propósito. «La gestión de la calidad del agua» es un concepto amplio que implica cuestiones como la prevención y la mitigación de la contaminación, la coordinación y la adopción de leyes y reglamentos necesarios para la protección de los recursos hídricos, la planificación a largo plazo, la supervisión y el refuerzo y el desarrollo de instituciones<sup>17</sup>. La mayoría de acuerdos interestatales tratan la calidad del agua como una «preocupación por los procesos ecológicos y por el avance del desarrollo sostenible de los recursos hídricos»<sup>18</sup>.

El *Acuerdo Intergubernamental Australiano sobre un Plan Nacional de Actuación para la Salinidad y la Calidad del Agua* (3 noviembre 2000, Australia)<sup>19</sup> tiene como finalidad «establecer convenios entre gobiernos, de acuerdo con el Plan Nacional de Actuación sobre Salinidad y Calidad del Agua» (sección 5). Este Acuerdo «revisará los acuerdos interjurisdiccionales existentes sobre aguas compartidas<sup>20</sup> para garantizar la coherencia con este Acuerdo» (sección 13). El agua se gestiona para garantizar el derecho a compartir el agua entre los estados. Se determina que la sostenibilidad ambiental de las masas de agua compartidas debería protegerse (sección 2). Los principales objetivos son «prevenir, estabilizar e invertir tendencias en salini-

16. La sección 58 expone: «Los Estados y Territorios acuerdan que su mercado de agua y sus acuerdos de comercio: facilitarán el funcionamiento de mercados de aguas eficientes y las oportunidades para comerciar, dentro de cada Estado y entre los Estados y Territorios, cuando los sistemas hídricos se compartan físicamente o cuando las conexiones hidrológicas y las consideraciones de abastecimiento de agua permitan el comercio de agua».

17. WATZIN, (2006)

18. MUMME, (2006)

19. El Plan Nacional de Actuación para Salinidad y Calidad del Agua fue aprobado por el Consejo de Gobiernos Australianos el 3 de noviembre de 2000. El Plan se extinguió el 30 de junio de 2008 y ha sido sustituido por «Caring for Our Country», cuyo objetivo es contar con un medio ambiente saludable, mejor protegido, bien gestionado, resiliente y que mantenga los ecosistemas esenciales en un clima cambiante.

20. Tales como la Cuenca Murray-Darling – sección 14.

dad, particularmente la salinidad de tierras secas, que afectan a la sostenibilidad de la producción, la conservación de la biodiversidad y la viabilidad de las infraestructuras, mejorando la calidad del agua y [para] asegurar asignaciones fiables para usos humanos, industriales y medioambientales» (sección 5). Para lograr estos objetivos, las Partes han acordado planes de gestión integrada de recursos naturales de cuencas de captación/regiones (sección 12) «incorporando [entre otros mecanismos] estrategias y acciones [...] para mejorar la salinidad y la calidad del agua, definiendo enfoques estratégicos para estimular cambios en la gestión del suelo y los recursos hídricos que den como resultado una mejora de la salinidad y la calidad del agua, identificando medidas rentables para abordar zonas de alto riesgo» (sección 14). Las Partes en este Acuerdo han convenido «desarrollar normas de salinidad, calidad del agua y caudales de agua asociados» (sección 20) dentro de un período temporal específico. Las normas fueron diseñadas para cumplir la finalidad del Acuerdo (sección 20). Además, las Partes coincidieron en la necesidad de aplicar mejores prácticas relativas a la política de gestión de suelo y agua (sección 25).

También en Australia, el *Acuerdo de la Cuenca Murray-Darling* (2006, Australia) establece el uso sostenible del agua como uno de sus principales objetivos (sección 1). Las Partes han convenido la realización de obras y la aplicación de medidas para conservar y regular el agua de los ríos, proteger y mejorar la calidad del agua de los ríos, conservar, proteger y gestionar los medios acuáticos y ribereños, y controlar y gestionar las aguas subterráneas que puedan afectar a la calidad del agua de los ríos. Este Acuerdo dispone además procedimientos de supervisión, mediciones de la calidad del agua, evaluaciones medioambientales y objetivos de calidad de las aguas (secciones 40, 41, 44 y 57). Estas funciones están asignadas a la Comisión, que se encarga de formular «objetivos de calidad de las aguas para el río Murray y plantear recomendaciones con respecto a ello al Consejo Ministerial» (secciones 40, 41, 44 y 47)<sup>21</sup>.

Del mismo modo, en EE.UU. el Pacto para el control de la contaminación de las aguas interestatales de Nueva Inglaterra (*New England Interstate Water Pollution Control Compact* [1996, EE.UU.]) entre Connecticut, Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island y Vermont señala en su preámbulo como la principal preocupación: «el crecimiento de la población y el desarrollo del territorio de los estados de Nueva Inglaterra ha provocado la contaminación grave de determinados arroyos, balsas y lagos interestatales, y del flujo y reflujo de las aguas que atraviesan las fronteras de dos o más estados». Este Acuerdo pretende proteger las aguas interestatales en la zona de Nueva Inglaterra (preámbulo) y establece normas de calidad para las aguas propiedad de las Partes. El Acuerdo estipula que «[la] Comisión determinará normas razonables físicas, químicas y bacteriológicas de calidad de las aguas satisfactoria para diversas clasificaciones de uso» (sección 5). De conformidad con este Acuerdo, la Comisión se ocupará de la gestión y el control de la calidad del agua (sección 4). Cada estado signatario ha de clasificar sus aguas

---

21. La función de las instituciones interestatales en general se abordará en el artículo II, 6, (B).



basándose en el aprovechamiento actual y en un pronóstico de uso máximo. El Acuerdo requiere que expertos técnicos analicen aguas que afecten a dos o más estados (sección 5). Por otra parte, según este Acuerdo la Comisión tiene que fijar normas y reglamentos para gestión y control de la calidad del agua (sección 4).

En Canadá, el *Acuerdo entre el Gobierno de Québec y el Gobierno de New Brunswick sobre Impacto Ambiental Transfronterizo* (enero 2002, Canadá) promueve «el entendimiento mutuo y la cooperación en asuntos medioambientales transfronterizos incluyendo la gestión de aguas superficiales y subterráneas, [así como] la supervisión y la reducción de la contaminación en ríos, lagos y cursos de agua» (sección 1). Las Partes han acordado «establecer, en cumplimiento de las leyes, reglamentos y procedimientos de Québec y de New Brunswick, el intercambio de información y mecanismos de cooperación» (sección 2).

También en Canadá, el *Acuerdo Canadá-Ontario para el Respeto del Ecosistema de la Cuenca de los Grandes Lagos* (junio 2007, Canadá) se creó «para restaurar, proteger y conservar el Ecosistema de la Cuenca de los Grandes Lagos con el fin de ayudar a lograr la visión de un Ecosistema de Cuenca saludable, próspero y sostenible para las generaciones actuales y futuras» (sección 2). El Acuerdo aborda la restauración y la protección de la calidad medioambiental y los usos beneficiosos «reduciendo las aguas residuales municipales y la contaminación por aguas pluviales, fomentando prácticas de gestión beneficiosas para reducir la contaminación, desarrollando estrategias de gestión de sedimentos contaminados, restaurando y protegiendo los hábitat y las poblaciones de peces y flora y fauna, promoviendo la participación de la comunidad, aumentando los conocimientos mediante la investigación, supervisando, informando y divulgando los avances» (sección 14 y Anexo). Este Acuerdo plantea normas biológicas, químicas y físicas específicas para conseguir la restauración medioambiental en la Cuenca (sección 14 Resultados en el Anexo).

En Suiza, la *Convención entre los Cantones de Berna, Vaud, Friburgo y Neuchatel* (febrero 1982, Suiza) estipula la necesidad de cooperación para prevenir la contaminación del agua resultante de los hidrocarburos y otros productos peligrosos. Por lo demás, la Convención ordena a los cantones desarrollar conjuntamente reglamentos para proteger los recursos hídricos (sección 3) y establece además procedimientos de cooperación concretos cuando se hayan producido accidentes de contaminación en uno de los cantones (sección 5).

Aunque la gestión de las aguas subterráneas se aborda en detalle más abajo, el *Acuerdo sobre Aguas Subterráneas Fronterizas* (1985, Australia) entre Australia del Sur y Victoria es relevante en esta coyuntura porque determina el nivel admisible de salinidad, es decir, «el nivel de salinidad que resulta en una electroconductividad que no supere una determinada cantidad de microsiemens por centímetro a 25 grados centígrados tal y como convenga el Ministro de cada Gobierno Contratante para cualquier zona, en virtud de la cláusula 28 (6), o en relación con una zona en particular, otro nivel que haya sido acordado por el Ministro de cada

Gobierno Contratante según la cláusula 28 (4)» (Parte I). De conformidad con el Acuerdo, cada Gobierno Contratante deberá preparar informes periódicos de los niveles de salinidad con respecto a las zonas dentro de su respectiva jurisdicción (sección 27).

En Estados Unidos, el *Pacto de la Cuenca Hidrográfica Alabama-Coosa-Tallapoosa* (1997, EE.UU.) entre Alabama, Georgia y Estados Unidos tiene objetivos globales que incluyen «promover la cortesía interestatal, resolver las causas de controversias actuales y futuras, repartir equitativamente el agua superficial, garantizar la planificación del agua y desarrollar y compartir bases de datos comunes» (sección 1). Se exige en la sección 17 «el apoyo continuado de cada estado en programas de control activo de la contaminación hídrica». Además, se requiere que Alabama y Georgia cooperen para mantener la calidad de las aguas de la Cuenca Hidrográfica<sup>22</sup>. Igualmente, el *Memorando de Acuerdo entre el Departamento de Calidad Ambiental de Idaho y el Ministerio de Agua, Suelo y Protección Atmosférica de Columbia Británica* (septiembre 2003, Canadá) declara que su finalidad es «garantizar la protección, conservación y mejora de nuestro entorno compartido en beneficio de las generaciones actuales y futuras» (sección 1). Este Memorando de Acuerdo fija como principal objetivo las responsabilidades en calidad del agua y los programas de supervisión medioambiental.

El *Pacto de la Cuenca Hidrográfica Arkansas* (1970, EE.UU.) entre Arkansas y Oklahoma alienta «el mantenimiento de un programa activo de lucha contra la contaminación en cada uno de los dos estados y [...] la reducción ulterior de la contaminación natural y generada por el hombre en las aguas de la Cuenca Hidrográfica del Arkansas» (sección 1). Además de un programa activo de mitigación contra la contaminación, las Partes han acordado investigar y prevenir las causas de la contaminación a través de sus organismos públicos y participar en programas conjuntos para controlar las fuentes de contaminación. Cabe destacar que el

---

22. PACTO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA ALABAMA-COOSA-TALLAPOOSA, (1997) entre Alabama, Georgia y EE.EE. Código de Alabama artículo 33-18-1 Sección 17 «Los organismos estatales apropiados cooperarán en la investigación, mitigación y control de las supuestas fuentes de contaminación interestatal dentro de la Cuenca Hidrográfica».

Otro ejemplo de colaboración entre organismos estatales se da en la cuenca del río Conejos, un afluente del Río Grande. La Cuenca Hidrográfica del Conejos está situada entre Colorado y Nuevo México. El río San Antonio y el río Los Pinos son afluentes del río Conejos. Estos dos ríos nacen en Nuevo México. El río San Antonio discurre enteramente por el Estado de México, mientras que el río Los Pinos, que es un afluente principal, atraviesa la frontera de Colorado y discurre por el Estado de Colorado. La situación de degradación de estas dos cuencas vertientes podría dañar la calidad del agua del río Conejos. La colaboración y el desarrollo de proyectos entre estados y organismos federales es el factor clave en la protección de la Cuenca Conejos. El «Plan de Actuación sobre Humedales para la Cuenca Vertiente del Conejos» fue presentado por la Oficina de Calidad de Aguas Superficiales del Departamento de Medio Ambiente de Nuevo México en los Partenariados para Humedales en la Frontera entre Colorado y Nuevo México en Alamosa, Colorado, 16-17 octubre 2007. Una de las cuestiones debatidas en este plan fue la implantación de normas de calidad de las aguas entre los dos estados para proteger y garantizar los usos del agua en la cuenca. Los acuerdos con propietarios de las tierras para llevar a la práctica proyectos de normas de calidad representan uno de los factores más relevantes en la protección de la calidad de la Cuenca. Disponible en: <http://law.justia.com/alabama/codes/23586/33-18-1.html>

Acuerdo estipula «que ninguno de los dos estados podrá pedir al otro el suministro de agua para fines de control de calidad del agua como sustituto de un tratamiento de residuos adecuado» (sección 7). Este Acuerdo reconoce las normas de calidad de las aguas especificadas en la Ley federal de control de la contaminación del agua (*Federal Water Pollution Control Act*) (sección 7).

La *Carta del Agua para la Gestión Sostenible y Equitativa de la Cuenca Hadejia-Jama'are-Komadugu-Yobe* (2007, Nigeria), suscrita por los estados nigerianos de Bauchi, Borno, Jigawa, Kano, Plateau y Yobe, y por el Gobierno Federal de Nigeria, eleva el principio «el que contamina, paga» desde el nivel de la reglamentación doméstica al nivel de las relaciones interestatales, el cual garantiza que los gastos de las medidas de prevención, control y reducción de la contaminación sean costeados por el contaminador (sección 14).

### 3. GESTIÓN DE CUENCAS HIDROGRÁFICAS

Un enfoque de cuenca de un río (o lago) para abordar la gestión y el desarrollo de los recursos hídricos interestatales o interprovinciales puede ser una característica distintiva de los acuerdos. Por ejemplo, el *Acuerdo entre Canadá y Ontario para el Respeto del Ecosistema de la Cuenca de los Grandes Lagos* (2007, Canadá) define el término «cuenca» como «los cinco Grandes Lagos y el Río San Lorenzo, en la frontera con Ontario y Québec, e incluye las tierras y aguas circundantes que desembocan en ellos» (sección 1). El Acuerdo debate la gestión de cuencas estableciendo «prioridades, objetivos y resultados comunes para la restauración, protección y conservación del Ecosistema de la Cuenca» [sección 2.3.d)]. La sección 3.1.f) de este Acuerdo define el «enfoque de ecosistema» como «tomar decisiones que reconozcan la interdependencia del aire terrestre, el agua y los organismos vivos, incluyendo los seres humanos, e intentar maximizar los beneficios para todo el Ecosistema de la Cuenca». En el *Pacto de la Cuenca Hidrográfica Arkansas entre Arkansas y Oklahoma* (1970, EE.UU.), el término «cuenca» hace referencia a la porción específica del río entre Arkansas y Oklahoma. La «Cuenca Hidrográfica Arkansas-Oklahoma» excluye explícitamente determinadas áreas tales como la porción de la cuenca de drenaje del río Canadian por debajo del Lago Eufaula [sección 2.c)]<sup>23</sup>. Según este convenio, cada Parte «puede construir, ser dueña y explotar para sus necesidades embalses de agua en el otro estado, [así como] tener derecho libre y no restringido a utilizar el canal natural de cualquier curso de agua dentro de la Cuenca del Río Arkansas para transporte a través del otro estado» (sección 6). El Acuerdo crea además la Comisión Arkansas-Oklahoma para el Pacto del Río Arkansas, que entre sus deberes se plantea «establecer, mantener y explotar los

23. La sección 2.C. dispone: «El término “Cuenca Hidrográfica Arkansas” significa toda la Cuenca de drenaje del Río Arkansas y sus afluentes desde un punto inmediatamente inferior a la confluencia del Río Grand-Neosho con el Río Arkansas cerca de Muskogee, Oklahoma, hasta un punto inmediatamente inferior a la confluencia del Lee Creek con el Río Arkansas cerca de Van Buren, Arkansas, junto con la cuenca de drenaje de Spavinaw Creek en Arkansas, pero excluyendo esa porción de la cuenca de drenaje del río Canadian debajo del Lago Eufaula».

cursos de agua, embalses u otras estaciones de aforo según resulte necesario para la correcta administración de este Pacto» (sección 5.B).

El *Pacto de la Cuenca Hidrográfica Delaware* (1961, EE.UU.) entre Delaware, Nueva Jersey, Nueva York, Pennsylvania y Estados Unidos para la «conservación, utilización, desarrollo, gestión y control del agua y recursos relacionados de la Cuenca Hidrográfica Delaware» (Parte I) define «cuenca» como «el área de drenaje en el Río Delaware y sus afluentes, incluyendo la Bahía de Delaware». El mandato de la Comisión creada para administrar las condiciones del Acuerdo engloba «la gestión del área de captación en la cuenca, incluyendo proyectos e instalaciones para retardar la escorrentía y el caudal, promov[iendo] las prácticas forestales, evit[ando] la erosión del suelo, así como instalaciones para la mejora de los hábitat de peces, fauna y flora relacionados con los recursos hídricos de la cuenca» (sección 7).

El *Acuerdo Federal sobre Aguas* de Argentina (2003, Argentina) entre la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires proporciona un enfoque de cuenca hidrográfica para la gestión de las aguas interprovinciales que incorpora las distintas actividades en una cuenca que pueden afectar a la calidad del agua, los ecosistemas acuáticos y los usos del agua, en particular el aprovechamiento del suelo (sección 5). El Acuerdo señala que cada provincia es responsable de la gestión de los recursos hídricos situados en su territorio, y que deberá colaborar con las otras provincias cuando los recursos hídricos sean «compartidos» (es decir, sean interprovinciales) (sección 16). Las «organizaciones de cuenca» tienen como mandato coordinar y gestionar esos recursos hídricos para toda la cuenca. Para ello, estas organizaciones han de cooperar con la autoridad hidrológica de las Provincias en cuestión encargada de la planificación de recursos hídricos (secciones 24 y 25). El Acuerdo requiere asimismo la implantación de prácticas sostenibles para proteger los recursos hídricos de cada cuenca, incluyendo las cuencas interprovinciales. Esta coordinación entre distintos niveles de gobierno y la descentralización de la gestión de la cuenca hidrográfica aportan un marco que permite la participación de «organizaciones comunitarias» en la gestión de la cuenca (sección 16). La participación pública es un aspecto importante en la gestión de los recursos hídricos interestatales e interprovinciales y se discute a continuación.

#### **4. PARTICIPACIÓN PÚBLICA**

La participación pública es un rasgo recurrente en la mayoría de acuerdos sobre recursos hídricos interestatales. La aportación del público en el proceso de toma de decisiones garantiza el apoyo a las decisiones sobre gestión del agua a ambos lados de la frontera interestatal y mejora la calidad de las decisiones del gobierno.

En Estados Unidos, el *Pacto de la Cuenca Hidrográfica Alabama-Coosa-Tallapoosa* (1997, EE.UU.) entre Alabama, Georgia y Estados Unidos establece que «todas las reuniones de la Comisión (creada por el pacto) estarán abiertas al público» [sec-

ción 6 (f)]. Esta disposición permite claramente a individuos y grupos la participación en la gestión de la Cuenca. En Australia, el *Acuerdo Intergubernamental para la Cuenca del Lago Eyre* (2000, Australia) entre la Commonwealth, Queensland y Australia del Sur tiene como finalidad desarrollar políticas y estrategias para evitar efectos transfronterizos adversos en la Cuenca del Lago Eyre (sección 2.1). Este Acuerdo requiere que el Foro Ministerial asegure un «acceso satisfactorio al asesoramiento comunitario en relación con asuntos relevantes para el Acuerdo» (sección 5.9). También establece la necesidad de una representación apropiada de diferentes grupos sociales y económicos tales como: población aborigen, comunidades pastorales, de agricultura, minería y petróleo, conservación y turismo (sección 5.11). Los dos objetivos de esta representación social son esclarecer los respectivos intereses de cada sector –«la búsqueda de opiniones de la comunidad relativas a asuntos que aborda este Acuerdo y la comunicación de esas opiniones al Foro Ministerial» [sección 5.11.2 (b)]– y además la divulgación de decisiones e iniciativas del Foro Ministerial a los grupos de representantes (sección 5.11.2).

Del mismo modo, la participación pública en el proceso de toma de decisiones ostenta un lugar preponderante en la *Carta del Agua para una Gestión Sostenible y Equitativa de la Cuenca Hadejia-Jama'are-Komadugu-Yobe* (2007, Nigeria), donde se dispone que cada estado de la cuenca «garantizará que el público, y en particular aquellas comunidades que vivan en la Cuenca Hidrográfica, participe al nivel apropiado, incluyendo la participación en el procedimiento para valorar los impactos medioambientales de los proyectos» [sección 12.a)]. Además, la Carta permite presentar representaciones verbales o escritas antes de una decisión definitiva [sección 12.b)].

El *Memorando de Acuerdo entre el Departamento de Calidad Ambiental de Idaho y el Ministerio de Agua, Suelo y Protección Atmosférica de Columbia Británica* (septiembre 2003, EE.UU./Canadá), orientado hacia la identificación, coordinación y promoción de esfuerzos mutuos para la preservación del agua, fomenta también el intercambio de información y las comunicaciones entre los distintos miembros en materias que tengan impactos transfronterizos. En la sección 3 da instrucciones sobre «procesos de revisión y comentario públicos», que implican la participación pública y la capacidad de expresar inquietudes o puntos de vista.

El *Pacto sobre Recursos Hídricos de la Cuenca Grandes Lagos-Río San Lorenzo* (diciembre 2005, EE.UU.) entre Illinois, Indiana, Michigan, Nueva York, Ohio, Wisconsin y la Commonwealth de Pennsylvania presenta disposiciones específicas para la participación pública. Ordena al Organismo Regional, que se compone de los miembros del Consejo y los Primeros Ministros de Ontario y Québec (sección 1), que notifique al público las propuestas sometidas a Revisión Regional. La notificación deberá indicar que el público tiene la oportunidad de remitir comentarios por escrito al Organismo Regional. Asimismo, para recibir comentarios públicos sobre el tema, el Organismo Regional celebrará reuniones públicas en el Estado o Provincia de la Parte Solicitante. Los comentarios deberán ser analizados y presentados por el Organismo Regional ante la Parte Solicitante (sección 4.5.3).

El *Pacto de la Cuenca Susquehanna* (mayo 1972, EE.UU.) entre Pennsylvania, Maryland, Nueva York y Estados Unidos contiene diversas cláusulas de fomento de la participación pública. La sección 15.4 a dispone que «todas las reuniones de la Comisión deberán estar abiertas al público»; además, la Comisión deberá llevar a cabo audiencias públicas en cada estado antes de adoptar un plan inicial exhaustivo. Cuando se requiera una vista, ésta «se celebrará al menos 20 días después de la notificación pública presentada en las oficinas de la Comisión, y publicada como mínimo una vez en un periódico o en periódicos de tirada general en la zona o zonas afectadas» [sección 15.4 b)]. Las actas de la Comisión habrán de ponerse a disposición del público [sección 15.4 c)].

Además, el *Pacto Interestatal de California-Nevada* (1990, EE.UU.) estipula un marco para el control y la protección de los recursos hídricos, garantiza un reparto equitativo entre los estados y exige audiencias públicas para planes relacionados con embalses. Se concede a los propietarios de los embalses la oportunidad de participar en la preparación, revisión o verificación de tales planes.

## 5. AGUAS SUBTERRÁNEAS

Las aguas subterráneas rara vez son el único propósito de los acuerdos interestatales. Un ejemplo que contradice esta afirmación es el *Acuerdo entre Organismos Idaho-Washington en el Asunto de la Gestión Coordinada del Acuífero de Agua Subterránea Pullman-Moscow* (abril 1992, EE.UU.). Las preocupaciones por el Acuífero de Agua Subterránea Pullman Moscow derivadas de los continuos descensos del nivel de las aguas subterráneas condujeron a la creación del Comité de Recursos Hídricos Pullman Moscow. El Acuerdo adoptó una estrategia de gestión coordinada para desarrollar planes de actuación y para mejorar la gestión general del Acuífero Pullman Moscow. El *Acuerdo sobre Aguas Subterráneas Fronterizas* (1985, Australia) entre Australia del Sur y Victoria se centra también exclusivamente en los recursos de aguas subterráneas adyacentes a la frontera de los dos estados australianos. Este Acuerdo dispone además la cooperación, gestión y distribución equitativa de las aguas subterráneas, así como su protección contra el agotamiento indebido o la degradación de los recursos de agua subterránea (Preámbulo). Aborda dos temas importantes: «volumen anual admisible», referente al volumen anual de extracción especificado para cada zona, y «nivel de salinidad admisible». Se menciona además el «porcentaje admisible de disminución de superficie potenciométrica», que equivale a un porcentaje medio anual de disminución de superficie potenciométrica de 0,05 metros (Partes I y IV, 27).

Las aguas subterráneas se abordan con más frecuencia en conjunción con las aguas superficiales, tal y como demuestra el *Pacto de la Cuenca Hidrográfica Delaware* (1961, EE.UU.) entre Pennsylvania, Maryland, Nueva York y Estados Unidos, siendo uno de sus principales propósitos «la regulación de caudales y reservas de aguas subterráneas y superficiales de la cuenca» (sección 4). Este Acuerdo gestiona las aguas subterráneas y superficiales para la protección de la salud pública, la mejora

de la pesca, el recreo, el control de la calidad de los arroyos, la prevención de la salinidad y el control de la contaminación (sección 4). De manera similar, el *Acuerdo sobre Recursos Hídricos Sostenibles de la Cuenca Grandes Lagos-Río San Lorenzo* (diciembre 2005, EE.UU./Canadá) para la protección, conservación y restauración de las aguas de la Cuenca Grandes Lagos y Río San Lorenzo (capítulo 1, sección 100), estipula que «aguas de la Cuenca o Agua de la Cuenca significa los Grandes Lagos y todos los arroyos, ríos, lagos, canales de conexión y demás masas de agua, *incluyendo las aguas subterráneas tributarias, dentro de la Cuenca*» (subrayado añadido). Cabe destacar que este Acuerdo establece límites para las extracciones de aguas subterráneas (sección 207). En tanto en cuanto las aguas subterráneas se tratan junto con las aguas superficiales, estos dos acuerdos reflejan un enfoque integrado para la gestión de los recursos hídricos interestatales. Este planteamiento asume diferentes connotaciones de otros acuerdos, en respuesta a la mayor concienciación sobre la interconexión entre los sistemas de aguas subterráneas y superficiales, y su efecto sobre los intereses de las partes. Estos intereses pueden estar relacionados con la asignación de cantidades de agua, tal y como demuestra el *Pacto Interestatal de California-Nevada* (1990, EE.UU.) a través de la atención especial dada al impacto de las extracciones de aguas subterráneas y de manantial en aguas superficiales asignadas. En particular, este Pacto dispone que «el desarrollo y la utilización de aguas subterráneas en un estado no reduzca la cantidad de agua en el otro estado» (sección 9.1). Se establece que «los pozos u otros métodos para recoger agua subterránea [deberán] asegurar que no se retire agua directamente del agua superficial asignada» (sección 9.2). En su defecto, el Pacto determina que «se considerará a primera vista que los pozos perforados a menos de 500 pies de cualquier curso de agua perenne que no estén sellados desde la superficie hasta una profundidad de 50 pies como mínimo procederán directamente del agua superficial asignada» (sección 9.2). En general, la gestión de las aguas subterráneas y su asignación entran dentro de las atribuciones de la Comisión bilateral creada para administrar el pacto (sección 9.2).

El vínculo entre aguas subterráneas y aguas superficiales se refleja también en el *Acuerdo de la Cuenca Murray-Darling* (2006, Australia) entre la Commonwealth de Australia, Nueva Gales del Sur, Victoria y Australia del Sur, donde la sección 39 (d) obliga a las Partes a controlar y gestionar las aguas subterráneas que pudieran afectar a la calidad o la cantidad del agua del río. También en Australia, en virtud de lo dispuesto en el *Acuerdo Intergubernamental de la Cuenca del Lago Eyre* (2001, Australia), entre la Commonwealth, Queensland y Australia del Sur, las Partes acordaron, entre otras cosas, el principio de la gestión integrada de los recursos hídricos en las cuencas del Lago incluyendo, en particular, el tratamiento del almacenamiento y uso de las aguas superficiales y subterráneas asociadas en general. Los principios y objetivos del Acuerdo se traducirán en políticas y estrategias que serán desarrolladas y aprobadas por las Partes. En este capítulo se podrían incluir objetivos de calidad de las aguas y caudales para el río de la Cuenca; objetivos de gestión del agua y de los recursos naturales relacionados; estrategias de gestión de cuencas, que son decisivos para conseguir los objetivos propuestos de calidad de las aguas y

caudales fluviales; así como políticas para abordar los derechos sobre aguas existentes de conformidad con la legislación estatal (artículos 3.1 y 8.4).

Hay otros acuerdos que parecen ir más allá en el sentido de la utilización conjunta de aguas superficiales y subterráneas. En Australia, el *Acuerdo Intergubernamental sobre una Iniciativa Nacional para el Agua* (1994, Australia) entre la Commonwealth de Australia, Nueva Gales del Sur, Victoria, Queensland, Australia del Sur, el Territorio Capital Australiana y el Territorio del Norte establece como principal finalidad la regulación de los recursos de agua subterránea conectados con aguas superficiales y «gestionar los recursos de agua subterránea y superficial para aprovechamiento rural y urbano» (sección 23, pg. 3). Este Acuerdo gestiona los recursos hídricos para asegurar el derecho a una distribución del agua entre los estados (sección 2). Otros objetivos planteados en el Acuerdo son la salvaguardia de los derechos de acceso al agua, la mejora del medio ambiente y otros efectos beneficiosos para la sociedad, la gestión de niveles de extracción medioambientalmente sostenibles y el reconocimiento de «la conectividad entre recursos de agua superficial y subterránea y sistemas conectados como un recurso único» (sección 23).

Por otro lado, el *Acuerdo Federal sobre Aguas* (2003, Argentina) entre la Nación argentina, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires da instrucciones para establecer una colaboración entre provincias que compartan cualquier recurso hídrico (sección 16). La sección 2 determina que las aguas superficiales y subterráneas están conectadas y deben utilizarse y protegerse como una única fuente. Se reconoce el sistema hidrológico como un sistema donde todos los manantiales de agua están interconectados y donde la contaminación y la extracción de un manantial afecta a los otros.

## **6. RESUMEN DE CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS ACUERDOS INTERESTATALES SOBRE AGUAS**

Este subapartado destaca otros aspectos de los acuerdos interestatales sobre aguas que se incluyen con frecuencia en estos acuerdos, con el fin de proporcionar una representación más completa de los contenidos que se pueden encontrar en tales acuerdos.

### **A) Función federal**

Hay una función destacada del gobierno federal presente en numerosos acuerdos interestatales. Esto queda demostrado por las disposiciones acerca de la financiación federal de proyectos hídricos o más comúnmente por la mediación para la cooperación interestatal. Esta última función es convenientemente ilustrada en los acuerdos de cooperación creados progresivamente desde mediados de la década de 1950 por las Provincias argentinas que compartían los sistemas de los Ríos Colorado y Atuel, donde el perfil que asume el gobierno federal es cada vez más preponderante. Aunque los acuerdos de cooperación anteriores excluían al gobierno federal, éste se convirtió en miembro del Comité Interprovincial del Río Colorado



(conocido como COIRCO) por mediación del acuerdo de 1976 entre las Provincias afectadas, del que era parte (Acuerdo de 26 de octubre de 1976 entre las Provincias de Buenos Aires, La Pampa, Mendoza, Neuquén y Río Negro). En esta autoridad, el gobierno federal ayudó posteriormente a concertar otros acuerdos interprovinciales con respecto a los dos sistemas fluviales<sup>24</sup>.

Se confiere una función proactiva al gobierno federal en el *Acuerdo Marco sobre Reparto* (1969, Canadá) entre Canadá, Alberta, Saskatchewan y Manitoba, que asigna agua y gestiona la calidad de las aguas entre las Partes (secciones 6 y 7). En la sección 7, se solicita al gobierno federal que recopile y publique datos de cantidad y calidad del agua para la ejecución y el mantenimiento de las disposiciones del Acuerdo. Del mismo modo, en Argentina, la sección 27 del *Acuerdo Federal sobre Aguas* (2003, Argentina) señala que es deber del gobierno federal desarrollar un enfoque integrado para la gestión de los recursos hídricos de la nación, incluyendo en particular los recursos de naturaleza interprovincial.

El gobierno federal también puede asumir una función explícita de supervisor de los intereses nacionales. Según la *Carta del Agua para una Gestión Sostenible y Equitativa de la Cuenca Hadejia-Jama'are-Komadugu-Yobe* (2007, Nigeria), el gobierno federal debe salvaguardar y defender los asuntos de interés nacional. Además, se le asigna el cometido de supervisar «las actividades de los estados en toda la Cuenca para garantizar que Nigeria cumpla con sus obligaciones internacionales [tales como] el Acuerdo de la Comisión Conjunta Nigeria-Níger, la Convención de la Cuenca del Lago Chad y la Convención de Ramsar» (sección 6).

Finalmente, el gobierno federal también puede asumir la función de árbitro en disputas interestatales tal y como demuestra el *Acuerdo entre India, Haryana, Punjab y Rajastán* (1981, India), donde se señala que cuando exista una disputa sobre la asignación de las aguas, las Partes recurrirán al Gobierno de India si las Partes no pueden llegar a un acuerdo.

## **B) Instituciones de gestión**

La mayoría de acuerdos interestatales analizados cuentan con un órgano de gestión para administrar el acuerdo; las funciones, la organización interna y los miembros de tales entidades varían de un acuerdo a otro.

En Australia, el *Acuerdo de la Cuenca Murray-Darling* (2006, Australia) entre la Commonwealth, Nueva Gales del Sur, Victoria y Australia del Sur establece una Comisión entre cuyos miembros se incluyen representantes de la gestión del agua, la tierra y el medio ambiente y un Consejo Ministerial independiente, con tres delegados de cada estado contratante. Las tareas de la Comisión consisten en pro-

---

24. El último acuerdo de esta índole se firmó el 7 de agosto de 2008, por el que el gobierno federal y las Provincias de Mendoza y La Pampa acordaron acometer obras hidráulicas de conservación principalmente aguas arriba del Río Atuel, en la Provincia de Mendoza, para distribución de los caudales aumentados a ambas Provincias, en mitades iguales (texto del acuerdo en archivo del autor).

porcionar asesoramiento al Consejo Ministerial y asistir en las funciones de este último para un aprovechamiento equitativo, eficiente y sostenible del agua, coordinar la aplicación de medidas y dar vigencia a las decisiones de política y gestión del Consejo.

El *Acuerdo entre Canadá y Ontario para el Respeto del Ecosistema de la Cuenca de los Grandes Lagos* (2007, Canadá) crea un Comité de Gestión con una amplia representación, que es responsable de: establecer prioridades, hacer evaluaciones anuales de la administración y la ejecución del Acuerdo, facilitar el libre intercambio de información, abordar las implicaciones de los cambios o ajustes en la política del gobierno, supervisar el desarrollo y la modificación de Anexos según resulte necesario, supervisar la presentación de otras comunicaciones, y asegurar la cooperación con la comunidad de los Grandes Lagos y la planificación conjunta entre Canadá y Estados Unidos (sección 6).

En Argentina, el *Acuerdo Federal sobre Aguas* (2003, Argentina) dispone que un Comité Federal de Aguas supervise la implantación de principios hidrológicos básicos en Argentina (sección 30). En particular, el Comité tratará asuntos interprovinciales relativos al agua y diseñará estrategias para garantizar el desarrollo sostenible de los recursos hídricos en Argentina. En India, el *Acuerdo entre India, Haryana, Punjab y Rajastán* (1981, India) estableció la Junta de Gestión Bhakra y Beas, que «tendrá autorización para tomar todas las medidas necesarias para realizar mediciones y garantizar el aprovisionamiento a todos los Estados involucrados en función de sus derechos y autorizaciones, como por ejemplo clasificar las curvas de descarga en estaciones de aforo, instalar aforos con autorregistro y realizar observaciones sin obstáculos de las mediciones de descarga»<sup>25</sup>.

### **C) Programas de supervisión**

La supervisión de las condiciones de cantidad y calidad de las aguas en ríos, lagos y reservas de aguas subterráneas interestatales desempeña una función importante en la gestión de los recursos hídricos interestatales. Como resultado, las disposiciones y los programas de supervisión representan una característica frecuente de los acuerdos interestatales.

El *Acuerdo Marco sobre Reparto* (1969, Canadá) entre los Gobiernos de Canadá, Alberta, Saskatchewan y Manitoba (Anexo E, Acuerdo sobre Calidad del Agua) requiere la presentación de un informe escrito anual de la Junta a las Partes sobre aplicación de normas de calidad del agua. Además, todas las Partes de este Acuerdo deben presentar informes adicionales o información, si así se solicita (sección 8). El *Acuerdo Intergubernamental de la Cuenca del Lago Eyre* (2000, Australia) entre la Commonwealth, Queensland y Australia del Sur fija como uno de sus objetivos la promoción de programas de investigación y supervisión para mejorar el entendimiento y respaldar la toma de decisiones informadas en los ámbitos que abarca el Acuerdo (sección 2.2). También en Australia, el *Acuerdo Nueva Gales del Sur-Queen-*

---

25. CHAUHAN, (1992).

*sland y Ríos Fronterizos* (1946, Australia), centrado en la conservación y suministro de agua y el riego, exige a la Comisión interestatal creada en virtud del Acuerdo la implantación de un sistema eficaz para hacer y registrar mediciones de aforo continuas con fines de supervisión de las aguas (sección 14).

Para terminar, en Estados Unidos, el *Acuerdo entre Organismos Idaho-Washington en el Asunto de la Gestión Coordinada del Acuífero de Agua Subterránea Pullman-Moscow* (abril 1992, EE.UU.) estableció un estudio de modelización simulado por ordenador para detectar descensos en el nivel de las aguas subterráneas (preámbulo).

#### **D) Resolución de disputas**

La resolución de disputas hace referencia a los mecanismos, procedimientos, instituciones y directrices establecidos en un acuerdo interestatal para resolver conflictos entre los signatarios. Los mecanismos y procedimientos para resolver disputas varían de un acuerdo a otro. Algunos acuerdos fijan como objetivo «eliminar las causas de las controversias actuales y futuras», sin incluir mecanismos oficiales de resolución de conflictos (HANSEN, 2006).

El *Pacto de la Cuenca Hidrográfica Alabama-Coosa-Tallapoosa* (1997, EE.UU.) entre Alabama, Georgia y Estados Unidos ha desarrollado procedimientos específicos para resolver conflictos y garantizar seguridad a las Partes (sección 13)<sup>26</sup>. Es necesario elevar una reclamación ante la Comisión creada en cumplimiento de lo establecido en el pacto. Esta declaración debe incluir un escrito donde se enumeren los aspectos más sobresalientes de la disputa, y la parte demandada dispone de 20 días para presentar una respuesta. Se presenta un informe de los asuntos relevantes a la Comisión, que se encarga de resolver cada caso.

Por el contrario, el *Acuerdo de la Cuenca Murray-Darling* (2006, Australia) entre la Commonwealth, Nueva Gales del Sur, Victoria y Australia del Sur aporta pautas poco precisas para abordar situaciones de conflicto. Si surge una disputa derivada de la cesión de derechos sobre aguas y asignaciones, «las Partes deberán intentar resolver de buena fe la disputa lo antes posible mediante negociaciones entre ellas» (sección 19).

India cuenta con una dilatada tradición de disputas interestatales sobre agua. Según la *Ley de Disputas Interestatales sobre Aguas de 1956*, la negociación y el posible acuerdo son el cauce preferido para solventar los conflictos. No obstante, la Ley estipula que aquellas disputas que no se puedan resolver mediante negociación se

26. La sección 13 dispone lo siguiente: «En caso de disputa entre los miembros votantes de este pacto referente a una reclamación con la fórmula de asignación adoptada por la comisión según lo estipulado en este pacto, se llevarán a cabo los siguientes procedimientos: (1) Un miembro votante de este pacto elevará un escrito de reclamación a la comisión y lo notificará a cada miembro de la comisión. Esta declaración incluirá un informe sobre la reclamación, incluyendo una breve relación de los asuntos relevantes que defiendan la posición del demandante. (2) En un plazo de veinte (20) días desde que la comisión reciba el escrito de la reclamación, la parte o las partes en el pacto contra las que se presente la reclamación podrán redactar una breve relación de los aspectos relevantes y presentarla a la comisión y notificarla a cada miembro de la comisión (...).».

presentarán ante un Tribunal<sup>27</sup>. El *Memorando de Acuerdo de diciembre de 1975*, entre los estados indios de Maharashtra, Andhra Pradesh, Madhya Pradesh, Orissa, y Karnataka acerca de la asignación parcial de las aguas del Río Godavari y de sus afluentes, ilustra cómo se utiliza un acuerdo para resolver conflictos<sup>28</sup>. Este Acuerdo alude básicamente a la asignación de agua y establece cantidades específicas de agua para cada una de las Partes como medida última de resolución de disputas.

### E) Duración

Los acuerdos interestatales están sujetos a un período de duración que varía considerablemente. En Estados Unidos, el Pacto de la Cuenca Hidrográfica Susquehanna (1972, EE.UU) entre Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island, Vermont y Estados Unidos es válido «para un plazo inicial de 100 años [...], y proseguirá por períodos adicionales de 100 años». El *Acuerdo entre Canadá y Ontario para el Respeto del Ecosistema de la Cuenca de los Grandes Lagos* (2007, Canadá) vincula la duración del Acuerdo al tiempo necesario de antemano para lograr los objetivos del Acuerdo, es decir, antes de 2011.

## III. CONCLUSIONES

Este artículo ofrece una visión general de lo que debe constituir una muestra representativa de los numerosos acuerdos y convenios legalmente vinculantes firmados en las últimas décadas por estados de jurisdicciones federales. En ocasiones se han revisado también instrumentos no vinculantes. El amplio alcance de los acuerdos debatidos atestigua su utilidad a la hora de abordar las numerosas exigencias de las partes estatales, y de tener en cuenta sus respectivos intereses para lograr una satisfacción mutua. La naturaleza flexible y maleable de los acuerdos para reflejar las necesidades de las partes les convierte en una opción preferible al arbitraje o la eventual resolución judicial de intereses interestatales por los tribunales federales de más alta instancia. Llegados a este punto, las posturas de las partes generalmente se han endurecido hasta convertirse en disputas formales y el margen de maniobra se ha estrechado. Éste es un rasgo distintivo de la firma de tratados entre estados de jurisdicciones federales en comparación con tratados entre estados soberanos que operan en un contexto internacional. El recurso a una resolución judicial no existe en términos plenamente comparables en el contexto internacional<sup>29</sup>, y puede actuar como incentivo o como desincentivo para la firma de

---

27. Éste es el caso del Acuerdo entre los Estados de Maharashtra, Madhya Pradesh y Andhra Pradesh, agosto 1978, el Acuerdo suscrito por los Ministros Principales de Madhya Pradesh, Maharashtra y Rajastán y el Asesor del Gobernador de Gujarat, julio 1974, y el Memorando de Acuerdo de 1951 entre Bombay, Hyderabad, Madhya Pradesh y Madras.

28. CHAUHAN, (1992).

29. Las disputas entre estados soberanos se pueden someter a la resolución del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ). Con todo, el acuerdo anterior de las partes litigantes para solicitar una sentencia del Tribunal es un requisito previo para que el Tribunal tome cartas y emita un fallo concerniente a la disputa. Éste no es un requisito previo en la mayoría de jurisdicciones federales.

tratados en un contexto federal. La historia de los múltiples litigios en India ilustra con claridad este último escenario posible, donde las negociaciones interestatales casi siempre han resultado infructuosas por la convicción de que los tribunales triunfarían allí donde los negociadores fracasaban. Otro rasgo distintivo, tal y como demuestra este artículo, es el rol facilitador desempeñado por los gobiernos federales, que solamente tiene un paralelo distante en la función que las entidades internacionales de crédito y asistencia técnica pueden cumplir en acuerdos sobre recursos de agua transfronterizos (o «compartidos») <sup>30</sup>.

En vista de la enorme variedad en el alcance y el nivel de detalle de los acuerdos, sólo es posible extraer conclusiones con un alto grado de generalización. La asignación de caudales fluviales disponibles, excepcionalmente a través de transferencias entre cuencas, y la prevención y la mitigación de la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas se encuentran a la cabeza de las preocupaciones que llevan a la firma de acuerdos. *Los mecanismos de asignación* abarcan desde las aspiraciones (sobre todo el principio de reparto equitativo y el uso razonable) hasta el reparto preciso de cantidades de agua y caudales de ríos por cantidades fijas, por porcentajes o por complejas fórmulas matemáticas. La *prevención y mitigación de la contaminación* de recursos hídricos interestatales tienden a abordarse de modo coherente por medio de obligaciones de supervisión conjunta e intercambio de datos, y obligaciones de programas de control de la contaminación genéricas o específicas (incluyendo, en particular, la articulación e implantación de normas de calidad de las aguas). Las oportunidades para la *participación pública* en la toma de decisiones gubernamentales a ambos lados de una frontera interestatal constituyen una característica recurrente de muchos de los tratados contemporáneos en las jurisdicciones federales. Las *aguas subterráneas* atraen una atención creciente, sobre todo en situaciones de disponibilidad limitada de recursos hídricos superficiales, y de contaminación real o potencial. Los acuerdos interestatales específicos sobre aguas subterráneas siguen estando en clara minoría, mientras que la mayoría abordan las aguas subterráneas en conjunción con las aguas superficiales, como un reflejo de la interconexión del ciclo hidrológico y de la búsqueda de objetivos de gestión integrada de recursos hídricos, aunque sólo sea por implicación. Los objetivos de integración también están implícitos en los acuerdos que abarcan a una *cuenca de un río o lago* completa, o un acuífero de agua subterránea o parte de él.

30. El Banco Mundial desempeñó una función absolutamente decisiva en la firma del Tratado de las Aguas del Indo entre India y Pakistán (1960). El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) fomenta desde la década de 1950 la cooperación entre Camboya, Laos, Tailandia y Vietnam sobre el Bajo Mekong. Además, ha ayudado a marcar las bases de la cooperación entre los estados de la Cuenca del Río Senegal de Malí, Mauritania y Senegal, con el resultado final de la Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal (OMVS) (1972). La Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) facilitó el acuerdo entre Argelia, Libia y Tunicia sobre convenios de cooperación en la gestión del acuífero no renovable del Sahara noroccidental, compartido entre aquellos países (2007). Sin embargo, a diferencia del gobierno federal en los acuerdos interestatales e interprovinciales, las entidades financieras y de asistencia técnica internacionales no forman parte de los acuerdos y convenios arriba mencionados que son suscritos por los estados soberanos con respecto a la gestión y el desarrollo de los recursos hídricos que comparten con otros estados soberanos.

No cabe duda de que varios de los acuerdos revisados en este artículo suscriben el enfoque de cuenca de río o lago (o acuífero de agua subterránea) para tratar los recursos hídricos interestatales. Este enfoque también se refleja en las atribuciones de las entidades creadas para administrar las condiciones del acuerdo. Si bien no puede afirmarse que este enfoque constituya una tendencia distintiva, existen pruebas de un intento sistemático por conformar los derechos y obligaciones mutuos de los estados a ambos lados de la frontera en consonancia con las líneas de demarcación hidrológicas (e hidrogeológicas). Una última observación es que en una amplia mayoría de los acuerdos revisados en este artículo se contemplan la *supervisión* conjunta de las condiciones del agua y los programas relevantes de *intercambio de datos*, que constituyen el «pan de cada día» de la cooperación en recursos hídricos más allá de las líneas interestatales de jurisdicciones federales (y de las relaciones entre estados soberanos en el contexto internacional).

Hasta qué punto funcionan sobre el terreno los acuerdos revisados en este artículo supone obviamente una cuestión distinta, que queda fuera del alcance de este documento. Sin embargo, una investigación sistemática de la administración de los acuerdos interestatales, y de su eficacia sobre el terreno, constituiría un complemento valioso para respaldar, o para legitimar, el análisis jurídico incluido en este artículo, y para enriquecer las conclusiones que éste ofrece.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

- BENNETT, Lynne Lewis, HOWE, Charles W. y SHOPE, James, (2000), «The Interstate River Compact as a Water Allocation Mechanism: Efficiency Aspects.» *American Journal Agriculture and Economics* 82 (4) 1006-1015 noviembre.
- BURCHI, Stefano y MECHLEM, Kerstin, «Groundwater in international law – Compilation of treaties and other international legal instruments», FAO, *Estudio Legislativo* Núm. 86, Roma, 2005. Esta publicación incorpora además algunos acuerdos interestatales e interprovinciales suscritos en países federales.
- CHAUHAN, B. R., (1992), *Settlement of International and Interstate water disputes in India*, P. M. BAKSHI ed., Indian Law Institute, N. M. Tripathi Bombay.
- DE LUCIA VITO (autor principal); Richard REIBSTEIN (editor temático), 2008, «Polluter pays principle». En: *Encyclopedia of Earth*. Eds. Cutler J. CLEVELAND (Washington, D. C.: Coalición de Información Medioambiental, Consejo Nacional de Ciencia y Medio Ambiente). [Publicado por primera vez en *Encyclopedia of Earth*, 28 enero 2007; Última revisión: 22 agosto 2008; Extraído: 28 agosto 2008]. [http://www.eoearth.org/sección/Polluter\\_pays\\_principle](http://www.eoearth.org/sección/Polluter_pays_principle)
- DEL CASTILLO, Lilian, (2007), *La Gestión del Agua en Argentina*, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid.
- ENCYCLOPEDIA OF EARTH, (2008), [http://www.eoearth.org/sección/Surface\\_water\\_management](http://www.eoearth.org/sección/Surface_water_management)
- HANSEN, Karen M., (2006), «The evolution of interstate water disputes into regional coo-

perative management regimes: Launching a new model compact for interstate water issues.» *Eastern Water Law & Policy Reporter*, mayo.

KILGOUR, D. M. y DINAR, A., «Are Stable Agreements for Sharing International River Waters Now Possible?» *Documento de Trabajo sobre Investigación de Políticas* 1474. Washington DC: Banco Mundial, junio de 1995.

MUYS, Jeromy C., SHERK, George William, O'LEARY, Marilyn C. (2006). *Utton Transboundary Resources Center Model Interstate Water Compact*, Centro de Recursos Transfronterizos de Utton. Universidad de Nuevo México, Facultad de Derecho, noviembre.

WATZIN, Mary C., (2006), *The Role of law, science, and the public process: practical lessons from lake Champlain (US and Canada) and Lake Ohrid (Macedonia and Albania)*. 19 *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal* 241.

## V. LISTA DE ACUERDOS ANALIZADOS

### *Argentina*

ACUERDO FEDERAL SOBRE AGUAS, (2003), entre la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.lapampa.gov.ar/Publicaciones/BolOficial/Bof2004/bof2600a.htm>

ACUERDO ENTRE LA PAMPA Y MENDOZA sobre el RÍO ATUEL (7 agosto 2008), en archivo del autor. Ver también DEL CASTILLO, Lilian (2007), *La Gestión del Agua en Argentina*, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid.

### *Australia*

ACUERDO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS FRONTERIZAS (1985), entre el Estado de Australia del Sur y el Estado de Victoria. Disponible en: <http://faolex.fao.org/docs/texts/sa44224.doc>

ACUERDO INTERGUBERNAMENTAL DE LA CUENCA DEL LAGO EYRE (2000), entre la Commonwealth, el Estado de Queensland y el Estado de Australia del Sur. Disponible en: <http://faolex.fao.org/docs/texts/aus25173.doc>

ACUERDO INTERGUBERNAMENTAL PARA EL RÍO PAROO (2003), entre Nueva Gales del Sur y Queensland. Disponible en: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/aus40700.pdf>

ACUERDO INTERGUBERNAMENTAL SOBRE UN PLAN NACIONAL DE ACTUACIÓN PARA SALINIDAD Y CALIDAD DEL AGUA, entre la Commonwealth de Australia, Nueva Gales del Sur, Victoria, Queensland, Australia Occidental, Australia del Sur, Tasmania, el Territorio del Norte y el Territorio Capital Australiana. Disponible en: <http://www.napswq.gov.au/publications/books/iga.html> (¿AÑO?)

ACUERDO INTERGUBERNAMENTAL SOBRE UNA INICIATIVA NACIONAL PARA EL AGUA (1994), entre la Commonwealth de Australia y el Gobierno de Nueva Gales del Sur, Victoria, Queensland, Australia del Sur, el Territorio Capi-

tal Australiana y el Territorio del Norte. Disponible en: [http://www.nwc.gov.au/NWI/docs/iga\\_national\\_water\\_initiative.pdf](http://www.nwc.gov.au/NWI/docs/iga_national_water_initiative.pdf)

ACUERDO DE LA CUENCA MURRAY-DARLING, (2006), entre la Commonwealth, Nueva Gales del Sur, Victoria y Australia del Sur. Disponible en: [http://www.mdbc.gov.au/\\_\\_data/page/44/Murray-Darling\\_Basin\\_Acuerdo\\_full.pdf](http://www.mdbc.gov.au/__data/page/44/Murray-Darling_Basin_Acuerdo_full.pdf)

ACUERDO NUEVA GALES DEL SUR-QUEENSLAND Y RÍOS FRONTERIZOS (1946), entre Nueva Gales del Sur y Queensland. Disponible en: <http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/N/NewSoWQBorRiA46.pdf>

### *Canadá*

ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE QUÉBEC Y EL GOBIERNO DE NEW BRUNSWICK SOBRE IMPACTO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO (2002), Disponible en: <http://www.gnb.ca/0009/0001-e.pdf>

ACUERDO CANADÁ-ONTARIO PARA EL RESPETO DEL ECOSISTEMA DE LOS GRANDES LAGOS (2007), Disponible en: <http://www.on.ec.gc.ca/coa/>

ACUERDO MARCO SOBRE REPARTO ENTRE CANADÁ, ALBERTA, MANITOBA Y SASKATCHEWAN (1969), Disponible en: <http://www.mb.ec.gc.ca/water/fb01/fb00s04.en.html>

### *India*

ACUERDO DE 12 DE JULIO DE 1974 entre Madhya Pradesh, Maharashtra, Rajastán y Gujarat. Disponible en: B. R. CHAUHAN, (1992), *Settlement of International and Interstate water disputes in India*. P. M. BAKSHI ed., Indian Law Institute, N. M. Tripathi Bombay, pg. 252.

ACUERDO DE 7 DE AGOSTO DE 1978 entre los Estados de Maharashtra, Madhya Pradesh y Andhra Pradesh. Disponible en: B. R. CHAUHAN (1992), *op. cit.*, pg. 264.

MEMORANDO DE ACUERDO (1951) entre Bombay, Hyderabad, Madhya Pradesh y Madras. Disponible en: B. R. CHAUHAN, (1992), *op. cit.* pg. 262.

MEMORANDO DE ACUERDO DE 19 DE DICIEMBRE DE 1975 entre Karnataka, Andhra Pradesh, Maharashtra, Madhya Pradesh y Orissa. Disponible en: B. R. CHAUHAN (1992), *op. cit.*, pg. 263.

ACUERDO DE 29 DE ENERO DE 1955 entre ??? Disponible en: B. R. CHAUHAN, (1992), *op. cit.*, pg. 281.

ACUERDO ENTRE INDIA, HARYANA, PUNJAB Y RAJASTÁN (1981). Disponible en: B. R. CHAUHAN (1992), *op. cit.* pg. 297.

### *Nigeria*

CARTA DEL AGUA PARA UNA GESTIÓN SOSTENIBLE Y EQUITATIVA DE LA CUENCA HADEJA-JAMA'ARE-KOMADUGU-YOBE (2007), suscrito por los es-



tados de Bauchi, Borno, Jigawa, Kano, Plateau, y Yobe, y el Gobierno Federal de Nigeria (copia en archivo del autor). La Carta todavía está pendiente de la firma oficial aunque todas las instituciones creadas en virtud de este instrumento han iniciado su actividad (comunicación personal).

*Suiza*

ACUERDO ENTRE LOS CANTONES DE BERNA, FRIBURGO, VAUD Y NEUCHÂTEL CONTRA LOS DAÑOS PROVOCADOS POR LOS HIDROCARBUROS, febrero de 1982. Disponible en: <http://faolex.org/>

*Estados Unidos*

PACTO DEL RÍO REPUBLICANO ENTRE KANSAS-NEBRASKA-COLORADO (1943). Disponible en: [http://www.ksda.gov/includes/statute\\_regulations/interstate\\_water\\_issues/Republican\\_River\\_Compact.pdf](http://www.ksda.gov/includes/statute_regulations/interstate_water_issues/Republican_River_Compact.pdf)

PACTO INTERESTATAL DEL LAGO GOOSE ENTRE OREGÓN Y CALIFORNIA (1963). Código Hídrico de California, artículo 5950-5951.

PACTO INTERESTATAL PARA CONTROL DE LA CONTAMIANCIÓN DE LAS AGUAS EN NUEVA INGLATERRA (1969), entre Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island y Vermont, EE.UU. Disponible en: <http://www.cga.ct.gov/2005/pub/Chap446g.htm>

PACTO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA SUSQUEHANNA (1972) entre Pennsylvania, Maryland, Nueva York y Estados Unidos. Disponible en: [http://www.srbc.net/about/srbc\\_compact.pdf](http://www.srbc.net/about/srbc_compact.pdf)

PACTO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA ARKANSAS entre Arkansas y Oklahoma (1970). Disponible en: <http://ssl.csg.org/compactlaws/arkansasoklahomariverbasin1970.html>

PACTO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA ALABAMA-COOSA-TALLAPOOSA (1997) entre Alabama, Georgia y Estados Unidos. Disponible en: [http://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju55947.000/hju55947\\_0f.htm](http://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju55947.000/hju55947_0f.htm)

PACTO INTERESTATAL CALIFORNIA-NEVADA (1990). Código Hídrico de California, artículo 5975-5976.

PACTO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA DELAWARE (1961) entre Delaware, New Jersey, Pennsylvania, Nueva York y Estados Unidos. Disponible en: <http://archives.delaware.gov/collections/guide/0000s/0901-000-002.shtml>

ACUERDO ENTRE ORGANISMOS DE IDAHO Y WASHINGTON EN EL ASUNTO DE LA GESTIÓN COORDINADA DEL ACUÍFERO DE AGUA SUBTERRÁNEA PULLMAN-MOSCOW (1992). Disponible en: <http://www.fao.org/docrep/008/y5739e/y5739e0b.htm>

PACTO SOBRE RECURSOS HÍDRICOS DE LA CUENCA GRANDES LAGOS-RÍO SAN LORENZO, 13 diciembre 2005, entre Illinois, Indiana, Michigan, Nueva

York, Ohio, Wisconsin y la Commonwealth de Pennsylvania. Disponible en: [http://www.cglg.org/projects/water/docs/12-13-05/Great\\_Lakes-St\\_Lawrence\\_River\\_Basin\\_Water\\_Resources\\_Compact.pdf](http://www.cglg.org/projects/water/docs/12-13-05/Great_Lakes-St_Lawrence_River_Basin_Water_Resources_Compact.pdf)

*Estados Unidos/Canadá*

ACUERDO SOBRE RECURSOS HÍDRICOS SOSTENIBLES DE LA CUENCA GRANDES LAGOS-RÍO SAN LORENZO, 13 diciembre 2005, entre los Estados de Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, Nueva York, Ohio, Commonwealth de Pennsylvania, Wisconsin, la Provincia de Ontario y el Gobierno de Québec.

MEMORANDO DE ACUERDO ENTRE EL DEPARTAMENTO DE CALIDAD AMBIENTAL DE IDAHO Y EL MINISTERIO DE AGUA, SUELO Y PROTECCIÓN ATMOSFÉRICA DE COLUMBIA BRITÁNICA, septiembre 2003. Disponible en: [http://www.deq.state.id.us/rules/mous/all\\_bc\\_idaho\\_2004\\_285\\_286\\_287.pdf](http://www.deq.state.id.us/rules/mous/all_bc_idaho_2004_285_286_287.pdf)

ACUERDO DE COOPERACIÓN MEDIOAMBIENTAL ENTRE COLUMBIA BRITÁNICA Y WASHINGTON, mayo 1992. Disponible en: <http://www.coastsalish-gathering.com/04resources/docs/ECCAcuerdo.pdf>

## El papel de la cuenca hidrográfica



## La cuenca hidrográfica en la convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de mayo de 1997

SERGIO SALINAS ALCEGA<sup>1</sup>

**Resumen:** La consideración de la cuenca hidrográfica como la unidad adecuada para la ordenación y gestión del agua en numerosos Estados, por su adecuación a la interdependencia física entre todos los componentes de cada sistema hídrico, no se ha visto correspondida en el Derecho de los cursos de agua internacionales. A ese resultado ha contribuido el temor a la afectación que de ello pudiera resultar respecto al ejercicio efectivo de la soberanía en la parte de territorio terrestre de la cuenca. Ese debate en torno a la adecuación o no de dicho concepto en el ordenamiento jurídico internacional de los recursos hídricos tiene lugar en el marco de los trabajos llevados a cabo por los órganos codificadores del Derecho internacional en las Naciones Unidas, la CDI y la Sexta Comisión de la Asamblea General, de cara a la adopción de la Convención de Nueva York de 1997, que se configura como un texto de gran importancia en la conformación de un Derecho de los cursos de agua internacionales de carácter general. En cualquier caso aunque el texto final de la Convención no recoge el concepto de cuenca, sino que opta por el de curso de agua internacional para eludir las implicaciones territoriales de aquél, no está del todo claro que se haya alcanzado ese objetivo de excluir la aplicación del régimen jurídico recogido en la Convención a la zona terrestre de la cuenca. A eso debe añadirse que la no inclusión expresa en la Convención de 1997 no ha hecho desaparecer el concepto de cuenca de los textos internacionales por los que se regulan esos recursos hídricos de carácter transfronterizo. Al contrario, parece que al calor de la mayor necesidad de conceptos que permitan una gestión integrada que resulta de la actual crisis hídrica, no solo encontramos el concepto de cuenca hidrográfica como elemento básico de numerosos textos internacionales, sino que a ello se une la identificación de conceptos que profundizan en esa gestión integrada sobrepasando incluso a la cuenca hidrográfica, como los de demarcación hidrográfica o Gestión Integrada de los Recursos Hídricos.

**Palabras clave:** Cuenca hidrográfica internacional, curso de agua internacional, Convención de Nueva York, gestión integrada de los recursos hídricos.

1. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Zaragoza

**Relación de Acrónimos.**

An	CDI Anuario de la Comisión de Derecho Internacional
Ann. IDI	<i>Annuaire de l'Institut de Droit International</i>
CDI	Comisión de Derecho Internacional
DO	Diario Oficial de las Comunidades Europeas

## I. INTRODUCCIÓN

Dos premisas parecen plantearse como elementos básicos para poder resolver la actual situación de crisis hídrica a la que se enfrenta el mundo, y que puede llevar en pocas décadas a que miles de millones de personas en decenas de países, especialmente los más pobres del planeta, carezcan de agua para satisfacer sus necesidades más básicas. La primera es que deben buscarse fórmulas de gestión del recurso que permitan el mayor aprovechamiento posible del mismo, siempre con la sostenibilidad como principio esencial, y para ello la cuenca hidrográfica se presenta como una unidad especialmente adecuada al permitir esa gestión de manera integrada, adaptando el régimen jurídico a la realidad física del agua. La segunda premisa es que el enfoque de este problema, incluida su vertiente jurídica, ha de tener necesariamente un fuerte componente internacional, y ello por diversas razones entre las que destaca de forma muy especial que aproximadamente el 80% de los recursos de agua dulce existentes en el mundo tienen un carácter transfronterizo, siendo compartidos por dos o más Estados, por lo que deben ser regulados a través de normas internacionales.

La toma en consideración de esas dos premisas debería conducir de manera natural a la determinación de la cuenca hidrográfica como la unidad básica de gestión sobre la que debería apoyarse ese régimen jurídico internacional del agua dulce, extendiendo al mismo el planteamiento existente en numerosos Estados que tienen en cuenta la adecuación del concepto de cuenca para una gestión ordenada y sostenible de los recursos hídricos y basan en ella su Derecho de aguas. Pero la situación es muy distinta en el Derecho de los cursos de agua internacionales y las implicaciones que la consideración de la cuenca hidrográfica internacional puede tener sobre el ejercicio práctico de la soberanía han llevado a que esa traslación no se haya podido realizar, al menos de una manera completa, intentando de esa forma evitar lo inevitable, es decir la existencia de límites prácticos al ejercicio de la soberanía por los Estados en el actual escenario globalizado.

Ese debate en torno a las ventajas e inconvenientes del concepto de cuenca hidrográfica internacional se desarrolló en el marco del proceso de adopción de la Convención sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de marzo de 1997 (en adelante «Convención de Nueva York»). Este texto constituye el intento más avanzado hasta el momento de adoptar un régimen jurídico internacional de los recursos hídricos con una perspectiva global, por lo que la atención prestada al concepto de cuenca hidrográfica internacional a lo largo de los trabajos que condujeron a su texto

final, tanto en el marco de la CDI como de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, tiene un especial interés para poder llegar a una conclusión acerca del lugar que ese concepto tiene en el actual Derecho de los cursos de agua internacionales.

Ese es el objeto de este estudio, para lo cual comenzaremos esbozando algunos trazos de ese régimen jurídico internacional de los recursos hídricos no marítimos que nos permitan apreciar con más claridad el papel central que está llamada a jugar la Convención de Nueva York. Ese análisis constituye una base necesaria sobre la que después abordaremos tanto el tratamiento de la cuenca hidrográfica en los debates que llevaron a esa Convención como las consecuencias de la ausencia, al menos en principio o de manera expresa, de ese concepto en el texto final. Además, apuntaremos cómo, a pesar del inconveniente que de ello pudiera resultar para la consideración de la cuenca hidrográfica como la unidad de gestión de los recursos hídricos internacionales, la especial adecuación de ésta ha llevado a que no solo no se haya descartado sino que se ha recuperado como elemento fundamental en numerosos textos jurídicos internacionales, e incluso se han esbozado otros conceptos aun más amplios y que, de alguna manera se apoyan en ella para la ordenación y gestión del agua dulce, tanto en el plano de la Unión Europea como en el más amplio de las Naciones Unidas.

## **II. EL LUGAR DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN EL DERECHO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES**

El régimen jurídico internacional de los recursos hídricos no marítimos presenta desde su origen una peculiaridad que ha llevado incluso a poner en cuestión su condición de auténtico ordenamiento jurídico, se trata de su carácter relativo. En efecto, dicho régimen jurídico ha estado, y todavía está en su mayor parte, conformado por un amplio conjunto de convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, que contienen las reglas aplicables a cada curso de agua internacional, que a su vez dependen de las circunstancias concretas presentes en cada caso, muy especialmente del juego de intereses de los Estados ribereños.

Esa querencia por reflejar la especificidad de cada curso de agua internacional supone un obstáculo importante a la hora de identificar principios generales que estructuren ese ordenamiento jurídico, que es considerado por algunos como poco más que un haz de soluciones particulares. Son varios los intentos llevados a cabo para superar ese estadio, buscando adoptar convenios de alcance general que establezcan regímenes jurídicos aplicables a todos los cursos de agua internacionales, sin que pueda decirse que ese objetivo se ha conseguido. Un primer intento es el que tiene lugar en la década de los años veinte del pasado siglo, mediante textos como la Convención de Barcelona sobre el régimen de los cursos de agua navegables de interés internacional, de 20 de abril de 1921, o la Convención de Ginebra relativa a la ordenación de las fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados, de 9 de diciembre de 1923, que sin embargo no eran suscritos por un número

significativo de Estados fracasando por tanto en su objetivo de generalización. El siguiente intento, al menos traducido en reglas de Derecho positivo puesto que ha habido otros protagonizados por organismos científicos internacionales como las *Reglas de Helsinki* a las que nos referiremos más tarde, es el que se está desarrollando en los últimos años, en buena medida impulsado por el actual escenario de crisis hídrica, en el que cobra más trascendencia la necesidad de una gestión racional y de carácter global del agua dulce.

La Convención de Nueva York constituye el texto más significativo de este nuevo intento de generalización, en el que también pueden insertarse el Convenio de Helsinki sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, de 17 de marzo de 1992, y la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, que sin embargo ocuparían un segundo escalón como consecuencia de su alcance geográfico reducido al plano europeo.

La consideración de la Convención de Nueva York como el texto en que se apoya el nuevo Derecho de los cursos de agua internacionales se encuentra indudablemente condicionada por su no entrada en vigor. A ello ha de añadirse que no parece que pueda esperarse que vaya a comenzar a desplegar plenos efectos a corto plazo puesto que cuando se acaba de cumplir una década de su adopción tan solo dieciséis de los treinta y cinco Estados exigidos por su artículo 36.1 han depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Además, la consulta a la lista de los Estados que ya han manifestado su consentimiento en obligarse permite comprobar como faltan la mayor parte de los países directamente involucrados en la gestión de los cursos de agua internacionales, es decir los ribereños de los grandes ríos internacionales, sin cuya participación el régimen establecido en ese texto pierde buena parte de su sentido, como ya se señaló expresamente en el marco de los debates a este respecto en la CDI<sup>2</sup>. No obstante, a pesar de todos esos elementos la Convención sigue siendo considerada como un pieza clave del futuro Derecho internacional de los recursos hídricos. A continuación vamos a ver el porqué de esa consideración, es decir qué elementos aporta ese texto para que se le siga concediendo esa trascendencia.

## **1. LA CONTRIBUCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK A LA IDENTIFICACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES**

La no entrada en vigor de la Convención de Nueva York no ha impedido que se haya alcanzado un cierto consenso en cuanto a la consideración de que, a pesar de todo, dicho texto ocupa un lugar central en el proceso de conformación de

---

2. Los dieciséis Estados que a fecha 9 de enero de 2008 han manifestado su consentimiento en obligarse por la Convención de Nueva York son: Alemania, Finlandia, Hungría, Iraq, Jordania, Líbano, Libia, Namibia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Qatar, Siria, Sudáfrica, Suecia y Uzbekistán. Véase [http://www.internationalwaterlaw.org/intldocs/watercourse\\_status.html](http://www.internationalwaterlaw.org/intldocs/watercourse_status.html).



un Derecho de los cursos de agua internacionales constituido como un auténtico ordenamiento jurídico integrado, que supere la fase de relativismo antes aludida. En este sentido debe señalarse que si bien es cierto que, como veremos a continuación, la Convención de Nueva York no elimina de raíz ese enfoque del régimen jurídico de los recursos hídricos en base a las circunstancias concretas de cada caso, sí que consagra una serie de principios aplicables con carácter general, respecto de los que cumple una doble función de codificación y de desarrollo progresivo. Esos principios son los de la utilización y participación equitativas y razonables (artículo 5), la obligación de no causar daños sensibles (artículo 7) y la obligación de cooperar (artículo 8 y siguientes), así como las obligaciones relativas a la protección, preservación y gestión de los cursos de agua internacionales (artículo 20 y siguientes).

En ese sentido es claro que una aceptación de la Convención con carácter general, reuniendo bajo su régimen jurídico a Estados de las diversas regiones del mundo, y tanto a aquellos que se encuentran en la parte alta del cauce de los cursos de agua internacionales como a los de la parte baja, consolidaría de manera importante el valor de esos principios. Pero tampoco puede negarse que el mero hecho de su reflejo en la Convención supone un elemento positivo, un avance hacia su consideración de principios generales sobre los que debe estructurarse el Derecho de los cursos de agua internacionales. La aportación de la Convención en este punto resulta de las circunstancias que rodearon su proceso de adopción, en concreto del hecho de que su contenido sea el resultado de un debate abierto, en el que todos los Estados tuvieron la oportunidad de participar, desarrollado en un marco universal, como es el de la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que refuerza su legitimidad. A ello debe añadirse además el amplísimo consenso que se reunió para la aprobación de su contenido final, al que únicamente tres Estados se opusieron –Burundi, China y Turquía–, lo que apoya el alcance prácticamente universal de los principios recogidos en ella<sup>3</sup>.

La contribución al reconocimiento y delimitación de principios generales se pone de manifiesto en la influencia que la Convención ha tenido a pesar de no haber entrado en vigor, e incluso antes de haber sido adoptada, siendo varios los Convenios inspirados en su régimen jurídico pero tomando como referencia el contenido del Proyecto de artículos, como el Protocolo de 16 de mayo de 1995 sobre sistemas de cursos de agua compartidos en la Comunidad de Desarrollo de la Región de Sur de África, el Protocolo específico adicional sobre recursos hídricos compartidos al Tratado sobre medio ambiente de 2 de agosto de 1991 entre Chile y Argentina, o el Acuerdo de 5 de abril de 1995 sobre la cooperación para el desarrollo sostenible en la Cuenca del río Mekong.

## **2. LA CONVENCION DE NUEVA YORK COMO ACUERDO-MARCO**

No obstante, la identificación de los principios generales antes mencionados en la Convención de Nueva York no implica ni mucho menos que se haya superado

3. McCaffrey, S. C. y Sinjela, M. (1998), pg. 106.

de manera absoluta el particularismo existente en este ámbito de regulación. Los intereses concretos de cada Estado ribereño en relación con cada curso de agua internacional siguen teniendo un peso decisivo. A eso responde la Convención de Nueva York intentando compatibilizar exigencias en principios contradictorias, es decir intentando sentar principios de alcance general aplicables a todos los casos sin perder de vista la garantía del respeto de los intereses específicos presentes en torno a cada curso de agua. Eso se consigue mediante su configuración como Acuerdo-marco, planteada ya en el Primer informe del segundo Relator Especial de la CDI sobre esta materia, en 1979.

En ese momento Stephen SCHWEBEL destacaba el problema que para la adopción de disposiciones sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales supone la enorme diversidad existente entre los distintos sistemas fluviales internacionales. Esa heterogeneidad exige alcanzar un equilibrio, un punto medio, en la conformación del régimen jurídico aplicable de manera que las normas que formen parte del mismo no sean tan generales que apenas consistan en orientaciones poco seguras ni tan específicas que no puedan aplicarse a todas las cuestiones que pueden plantearse en relación con un curso de agua determinado. El propio Relator señalaba que esa necesidad de combinar principios generales y normas concretas en relación con el Derecho de los cursos de agua internacionales contaba con algún precedente, mencionando en este sentido el caso de la Convención de Ginebra de 1925, especialmente en sus artículos 3 y 4, en los que se preveía la necesidad de Acuerdos entre Estados interesados en ejecutar obras de ordenación de fuerzas hidráulicas que pudieran causar graves perjuicios a otro Estado contratante o que hubieran de ejecutarse en parte en el territorio de otro Estado contratante.

Así el Relator Especial proponía un artículo 3 en el que se apuntaba que: «Los presentes artículos podrán ser complementados con *acuerdos de usuarios* entre Estados miembros», lo que en el texto final de la Convención se materializa en los *Acuerdos de curso de agua* con los que los Estados ribereños de cada curso de agua internacional podrán, según se señala en el artículo 3.3, aplicar y adaptar las disposiciones de la misma a las características y a los usos de un determinado curso de agua internacional o de una parte de él.

De esa manera el particularismo sigue teniendo, como ya se apuntó, un lugar importante en el régimen jurídico de los cursos de agua internacionales, puesto que así lo dictan los intereses de los Estados, pero al menos esa naturaleza de la Convención de Nueva York como Acuerdo-marco le ofrece la posibilidad de poder influir, y de alguna manera reconducir, esa fragmentación de regímenes normativos aplicables a los distintos cursos de agua para que tengan cuando menos un mínimo común denominador que sería el representado por esos principios generales.

Esa condición de la Convención de Nueva York como el texto sobre el que se intenta construir un régimen jurídico internacional de los recursos hídricos con

alcance general confiere especial relevancia a la exclusión del concepto de cuenca hidrográfica internacional de su versión definitiva, e incluso podría llevar a pensar en el abandono de dicho concepto como base para ese ordenamiento jurídico, sustituido por otro menos exigente para los Estados como es el de curso de agua internacional. Sin embargo, las cosas no son tan simples y es conveniente tener en cuenta que el concepto de cuenca hidrográfica internacional estuvo sobre la mesa a lo largo de los debates de la CDI y la Sexta Comisión y que, como varios de los participantes señalaron, no está claro que se descartase de manera absoluta la validez de dicho concepto, que resulta mucho más cercano al de curso de agua internacional de lo que en principio pudiera parecer.

A continuación analizaremos los argumentos utilizados a lo largo de los debates que condujeron a la Convención de Nueva York tanto por los defensores como por los detractores del concepto de cuenca hidrográfica, así como las razones que movieron a su exclusión del texto final. Además, prestaremos atención a las consecuencias de esa decisión en relación con el régimen jurídico internacional de los recursos hídricos y veremos como esa exclusión no ha eliminado la opinión muy extendida de que la cuenca sigue siendo la unidad más adecuada para la ordenación y gestión de esos recursos.

Para ese examen vamos a seguir un esquema conforme al cual en principio comprobaremos que la cuenca hidrográfica era un concepto que parecía aceptado de manera generalizada en el momento en que se pone en marcha el debate que va a conducir a la adopción de la Convención, lo que va a influir en los primeros Relatores Especiales que van a aconsejar a la CDI en el sentido de basar sus trabajos en ese concepto. A continuación analizaremos las posiciones adoptadas tanto por los distintos Estados como por los representantes en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General y que condujeron a su abandono, y por último intentaremos dilucidar hasta qué punto las fórmulas alternativas finalmente aceptadas van a permitir lograr el objetivo que pretendían quienes se oponían a la cuenca hidrográfica como la base adecuada para el establecimiento del régimen jurídico de los cursos de agua internacionales.

### **III. EL RECONOCIMIENTO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA INTERNACIONAL EN EL ORIGEN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

El régimen jurídico por el que se regula la utilización de los recursos hídricos de carácter transfronterizo ha experimentado una notable evolución, paralela a los cambios de prioridades entre los distintos usos de esos recursos internacionales, una de cuyas líneas de fuerza es la extensión del objeto material sobre el que se proyecta ese régimen. De esa manera se pasa progresivamente del Derecho fluvial internacional, centrado de manera prioritaria, y en los primeros momentos casi exclusiva, en la navegación al Derecho de los cursos de agua internacionales, en el que las necesidades que plantean esos nuevos usos, como los agrícolas o los industriales, van a conllevar que ya no se preste atención exclusivamente al río o lago

internacional, sino que a éste se van incorporando otros componentes del mismo sistema hídrico, como afluentes, aguas subterráneas, etc.

## 1. EL RECURSO AL CONCEPTO DE CUENCA EN TEXTOS ANTERIORES A LA CONVENCION

En el marco de esa ampliación del objeto de regulación surgen diversos conceptos como los de cuenca de drenaje, cuenca fluvial o cuenca hidrográfica, que aportan como principal elemento el que responden a la interdependencia física existente entre todos los componentes del sistema hídrico y que van a tener reflejo en diversos textos internacionales.

No obstante, aunque cercanos entre sí esos tres conceptos de cuenca no son plenamente coincidentes y varían en cuanto al conjunto de componentes del sistema hídrico que incluyen, que como apuntaba en su informe el primer Relator Especial de la CDI, Richard D. KEARNEY, van desde el río internacional y sus afluentes y subafluentes, que comprende el más restringido de esos conceptos, el de *cuenca fluvial*, hasta la red hidrográfica que incluye las aguas superficiales y subterráneas que fluyen a un punto común a la que se refiere el más amplio, el de *cuenca hidrográfica*; por su parte el concepto de *cuenca de drenaje* es utilizado fundamentalmente por la doctrina norteamericana<sup>4</sup>. Esas diferencias quedan sin embargo un tanto relativizadas por su utilización a lo largo de los trabajos de la CDI, que se sirve de ellos como si se tratase de términos sinónimos e intercambiables.

En cuanto al recurso del concepto de cuenca internacional han de destacarse los esfuerzos realizados por diversos organismos científicos involucrados en ese intento de creación de un régimen jurídico general para los recursos hídricos. Ese es el caso del Instituto de Derecho Internacional, que en el artículo 1 de su Resolución de 1961 *relativa a la utilización de las aguas internacionales no marítimas (más allá de la navegación)*, señalaba que: «Las presentes reglas y recomendaciones se aplican a la utilización de las aguas que forman parte de un curso de agua o de una cuenca hidrográfica que se extiende sobre el territorio de dos o varios Estados». Pero sobre todo debe destacarse el trabajo de la Asociación de Derecho Internacional, que comienza a tomar en consideración el concepto de cuenca a finales de la década de los años cincuenta. Así mientras en su Conferencia de Dubrovnik, en 1956, se hablaba de río internacional, considerando como tal aquél que atraviesa o separa el territorio de dos o más Estados, apenas dos años después, en la Conferencia de Nueva York de 1958, se afirma que un sistema de ríos y lagos en una cuenca hidrográfica debe tratarse como un todo integrado (y no fragmentariamente), adelantándose incluso un concepto de cuenca hidrográfica, que sin embargo resulta un tanto restringida al limitarse a la zona que encierra las aguas superficiales.

Esa visión restringida se va a superar muy pronto y ya en la Conferencia de esa Asociación celebrada en 1966 se van a adoptar las *Reglas de Helsinki sobre los usos de las aguas de los ríos internacionales*, que establecen un régimen jurídico de éstos

---

4. Véase REY CARO, E., (2003), pg. 585.

que se apoya en el concepto de cuenca hidrográfica, la cual incluso se define en el artículo II como: «[...] un área geográfica que se extiende por el territorio de dos o más Estados, y está determinada por la línea divisoria del sistema hidrográfico, incluyendo las aguas superficiales y freáticas, que fluyen hacia una salida común».

Las *Reglas de Helsinki* constituyen el intento más claro de establecer con carácter general un régimen jurídico internacional de los recursos hídricos apoyado en el concepto de cuenca hidrográfica, y de hecho en los primeros momentos de los trabajos de la CDI sobre la materia se va a pretender, sin éxito, que este régimen sirviese de base para la adopción de la Convención de Nueva York. Pero además la cuenca se va a reflejar en otros textos internacionales de carácter específico, es decir en algunos de los convenios concluidos en ese período de los años sesenta y setenta, previo a los trabajos de la CDI, por los que se regulan determinados ríos internacionales, especialmente en los ámbitos americano y africano. En ese sentido pueden mencionarse en el ámbito americano los casos del Tratado de la Cuenca del Plata, de 23 de abril de 1969, del Acuerdo sobre la calidad del agua en los Grandes Lagos, de 15 de abril de 1972 y renovado el 22 de noviembre de 1978, concluido entre Canadá y los Estados Unidos, o del Tratado de cooperación amazónica, de 3 de julio de 1978. En cuanto a los convenios en el ámbito africano pueden mencionarse el Acta relativa a la navegación y la cooperación económica entre los Estados de la Cuenca del Níger, de 26 de octubre de 1963, o la Convención y los Estatutos relativos al desarrollo de la Cuenca del Chad, de 22 de mayo de 1964.

Asimismo la cuenca se señala como la referencia más adecuada para la gestión del agua en otros textos internacionales con un valor más político que jurídico, pero que representan los primeros intentos para sentar guías de conducta en el uso correcto de los recursos hídricos. Es el caso de la Carta Europea del Agua, adoptada el 6 de mayo de 1968 en el marco del Consejo de Europa, en cuyo principio XI se considera que la administración del agua debe fundamentarse en la *cuenca natural* más que las fronteras políticas o administrativas. Igualmente puede mencionarse el Plan de Acción de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, de Mar del Plata del 14 al 25 de marzo de 1977, que advierte que los usos conexos de las tierras han de integrarse de manera necesaria en la planificación de los recursos hídricos, apuntándose la necesidad de que los Estados se coordinen a nivel de cuencas fluviales.

No obstante, la consideración del concepto de cuenca hidrográfica como el elemento central sobre el que apoyar el régimen jurídico internacional de los recursos hídricos va a tener también sus obstáculos, que más tarde se van a reflejar con más claridad en el proceso de adopción de la Convención de Nueva York. A este respecto puede señalarse la conclusión recogida en la sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957, en el asunto de *la utilización de las aguas del Lago Lanós*, en la que el tribunal reconoce la realidad de la unidad de la cuenca fluvial desde el punto de vista de la geografía física, pero considera que eso no necesariamente tiene que tener una sanción en el plano jurídico sino en la medida en que corresponde a realidades humanas. El tribunal apoyaba su conclusión en ese caso en la

naturaleza fungible del agua que permite su restitución sin alterar su cualidad en relación con las necesidades humanas, lo que le lleva a concluir que una derivación con restitución, como la contemplada por el proyecto francés, no modifica el estado de cosas ordenado en función de las exigencias de la vida social. No obstante, de alguna forma se produce una disociación entre la realidad física del agua y el régimen jurídico con el que ésta se regula, que posteriormente se traslada al debate desarrollado en la CDI en el que se van a señalar de forma expresa las razones *políticas* que están detrás de esa argumentación.

En ese contexto se inserta el debate que se plantea en el marco de la CDI en relación con la adopción de la Convención de Nueva York, en el que se tiene clara desde el primer momento la necesidad de superar la visión clásica de los cursos de agua internacionales como el conducto que lleva el agua por el territorio de dos o más Estados, para tener en cuenta la existencia de otros elementos que conforman un conjunto y que han de ser tomados en consideración de cara a una gestión integrada y global de los recursos hídricos. Así se afirma que el curso de agua forma parte de algo que cabe calificar como *sistema* y que está constituido por componentes que abarcan o pueden abarcar otras unidades como afluentes, lagos, canales, glaciares y aguas subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario.

Sin embargo, esa claridad no existe en cuanto a la consideración de la cuenca hidrográfica como la base adecuada para el desarrollo de los trabajos. De hecho la Resolución 2669 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 8 de diciembre de 1970, por la que se ponía en marcha el trabajo de la CDI en esta materia, opta por el desarrollo progresivo y la codificación de las normas de Derecho internacional sobre los *cursos de agua internacionales*, desechando la propuesta finlandesa de apoyarse para ello en las Reglas de Helsinki que, como ya se apuntó, descansaban en el concepto de cuenca hidrográfica.

Los diversos puntos de vista existentes al respecto se van a evidenciar en el informe de la Subcomisión del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, creada por la CDI en su 26º período de sesiones, en el que se abordaba el sentido de la expresión cursos de agua internacionales. En dicho informe se concluía que aunque diversos textos internacionales descansaban en el concepto de cuenca fluvial para establecer el régimen jurídico de los cursos de agua internacionales, de la práctica internacional en su conjunto –tratados, práctica estatal, estudios de las Organizaciones internacionales e investigaciones de los organismos jurídicos internacionales– se deducía que el concepto curso de agua internacional no tenía un sentido suficientemente bien definido para delimitar con precisión el alcance de los trabajos de la CDI. Por esa razón la Subcomisión proponía que se plantearan diversas cuestiones a los Estados entre las que se incluían en primer lugar las relativas al alcance que debería darse a la definición de curso de agua internacional y a la adecuación de la cuenca hidrográfica internacional como la base adecuada para un estudio de los aspectos

jurídicos de los usos de los cursos de agua internacionales, de una parte, y de la contaminación de los mismos, de otra parte.

## 2. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA INTERNACIONAL COMO BASE ADECUADA PARA LOS TRABAJOS DE LA CDI: PRIMERAS REACCIONES

Las respuestas a dicho cuestionario que los Estados fueron enviando de manera escalonada ponían de manifiesto una clara división de posiciones, dibujándose dos posturas cada una de las cuales se servía de un argumento aglutinador. En el caso de los Estados que se mostraban partidarios del concepto de cuenca hidrográfica dicho argumento era la adaptación de ese concepto a la interdependencia física del recurso, ofreciendo a los Estados de la parte baja del cauce mayores garantías frente a posibles abusos en el uso del curso de agua internacional por los otros Estados ribereños que los preceden en el cauce. En ese sentido se pronunciaban países como Argentina, Barbados, Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Países Bajos, Pakistán y Suecia, que se encontraban entre los veintitún Estados que enviaban sus respuestas en un primer momento. A ellos se irían uniendo posteriormente otros, como Swazilandia, Yemen, Grecia, Luxemburgo, Níger, Siria, Bangladesh o Portugal.

En el lado contrario se encontraban, también entre los primeros en responder, Estados como Austria, Brasil, Colombia, Ecuador, España, Polonia y Venezuela, que se declaraban partidarios de una definición del alcance de curso de agua internacional más limitada, apuntando la oportunidad de tomar como referencia la recogida en el Acta Final del Congreso de Viena de 1815, conforme a la cual el mencionado concepto debería entenderse referido a los ríos que atraviesan o separan el territorio de dos o más Estados, con lo que no sólo se excluían las aguas subterráneas sino incluso los afluentes que no presentaban ese carácter internacional de manera directa.

Los países partidarios de esta visión más restringida basaban de una manera fundamental su oposición al concepto de cuenca como base para los trabajos de la CDI en argumentos más *políticos*, especialmente en el hecho de que los Estados, es decir ellos mismos, difícilmente iban a aceptar ese concepto. En ese sentido algunos hacían llamamientos a la prudencia señalando precedentes en los que la excesiva amplitud dada al objeto de regulación había planteado obstáculos a la adopción de instrumentos jurídicos internacionales. Así por ejemplo Austria advertía que las dificultades jurídicas, prácticas y políticas habían obligado a limitar a los cursos de agua internacionales el proyecto de convención europea para la protección de los cursos de agua internacionales contra la contaminación que en un principio se apoyaba en las cuencas hidrográficas. En ese mismo sentido España aludía a la necesidad de extraer enseñanzas del fracaso de la Convención de Barcelona de 1921, que recogía un concepto amplio de ríos internacionales y que fue rechazada por muchos Estados por englobar cursos de agua hasta entonces considerados como nacionales. Esos precedentes debían llevar a asumir que si bien

varios Estados podían convenir utilizar conceptos como cuenca hidrográfica o sistema fluvial, las reglas de Derecho internacional general son algo muy diferente y no había ninguna razón en opinión de España para pensar que los Estados estuviesen dispuestos a aceptar en aquel momento lo que habían rechazado cincuenta años antes.

A ello se añadían argumentos más concretos entre los que se incluían razones como la vaguedad e indeterminación, así como la incertidumbre por el avance de la investigación científica, del propio concepto de cuenca hidrográfica. Este último argumento era también esgrimido por España, que advertía que la noción de cuenca hidrográfica, que se funda en la de sistema fluvial, no parecía tener un significado unívoco y en cualquier caso no parecía que se hubiese alcanzado un sentido del mismo de carácter definitivo. En definitiva el Gobierno español consideraba que, teniendo en cuenta el carácter vago de la expresión cuenca hidrográfica y la modificación constante de la aproximación técnica a la misma como consecuencia de la evolución científica, sería preferible permanecer en el plano clásico a la hora de regular los cursos de agua internacionales. No obstante, se añadía que eso no debería impedir que los órganos internacionales de carácter técnico o económico desarrollasen y precisasen el concepto de *cuenca*, de *sistema interdependiente* o de *recursos hidráulicos integrados* ni que los Estados adoptasen esas nociones sobre una base bilateral o regional.

Más difícil de aceptar era otra de las razones esgrimidas por algunos de estos países contrarios a la cuenca hidrográfica como base adecuada para los trabajos de la CDI, como Colombia, Polonia o Venezuela, que minimizaban la trascendencia del elemento que para los Estados del otro grupo constituía la ventaja principal de dicho concepto, como era su adaptación a la realidad física del agua. En efecto esos Estados señalaban que la realidad indiscutible que desde la perspectiva geográfica suponía el concepto de cuenca hidrográfica internacional lo hacía muy conveniente desde el punto de vista de los estudios de la problemática de los recursos hídricos pero no en relación con el establecimiento del régimen jurídico de los usos ni de la contaminación de los cursos de agua internacionales.

Así por ejemplo Polonia afirmaba que si bien la cuenca hidrográfica internacional podía constituir la base apropiada para proyectos de aprovechamiento de cuencas fluviales no lo era sin embargo para estudios jurídicos relativos al uso de los cursos de agua internacionales y a su protección contra la contaminación, respecto de los que esa noción tenía un interés más accesorio. Es decir que, en opinión del Gobierno polaco, la unidad física de las aguas de una cuenca hidrográfica no justificaba que se dedujese una unidad jurídica entre los Estados de la cuenca, creando obligaciones jurídicas a su cargo en cuanto a la utilización de las aguas. De esa manera se calificaba a la cuenca hidrográfica como una noción *puramente geográfica* sin ninguna relevancia jurídica, por lo que la restricción de la soberanía de los Estados sobre sus aguas no podía resultar más que de acuerdos concluidos entre ellos. Es decir que, recuperando la opinión antes señalada expresada por el Tribunal arbitral en el asunto de *la utilización de las aguas del Lago Lanós*, se operaba



una separación entre la realidad física y la regulación jurídica de este recurso, de manera que los condicionantes políticos conducían al establecimiento de un régimen jurídico que no respondía a la realidad del objeto al que se dirigía ese marco normativo.

Entre ambas posiciones se encontraban una serie de Estados que si bien se declaraban partidarios de la postura más restringida en cuanto al alcance de la definición de curso de agua internacional su oposición al concepto de cuenca no era tan nítida o completa como la de los anteriores sino que se justificaba en argumentos de carácter pragmático, concretamente en el deseo de no bloquear el desarrollo legislativo con la búsqueda de una definición para la que no había consenso en ese momento. En esa línea se pueden mencionar los casos de Canadá o la República Federal de Alemania que no querían cerrar las puertas a la posibilidad de retomar en el futuro el concepto de cuenca hidrográfica. Por parte canadiense se apuntaba que una definición jurídica debe ser un punto de partida y no un factor limitativo que impida tomar en consideración posteriormente cualquier unidad geográfica que se considere pertinente. A eso se añadía un argumento con algún punto en común con el que se acaba de señalar en relación con la separación entre realidad física y régimen jurídico, afirmando que debe distinguirse entre nociones jurídicas y nociones aplicables desde el punto de vista de la gestión, de manera que para quien gestiona los recursos la unidad a tomar en consideración debe estar fundamentada normalmente en criterios funcionales más que en criterios jurídicos o geográficos, puesto que el problema a resolver es el del conflicto entre diversos usos.

Por su parte la República Federal de Alemania, aunque se mostraba partidaria de la definición tradicional de curso de agua internacional recogida en el Acta Final del Congreso de Viena, añadía que no debía pasarse por alto el hecho de que el suministro de agua a los países situados aguas abajo puede depender tanto de las tomas de dicho recurso realizadas de un afluente nacional como de las que se hacen directamente del curso de agua internacional. Por consiguiente, podía ser útil extender un estudio jurídico de las cuestiones de cantidad a los aspectos de la cuenca fluvial en su totalidad, tomando debidamente en cuenta los derechos soberanos de los Estados miembros. Otros países, como Francia o Nicaragua, se situaban de alguna manera también en ese terreno intermedio al considerar que si bien el concepto de cuenca hidrográfica internacional no era aceptable en relación con el régimen jurídico de los usos de los cursos de agua internacionales sí que podía constituir una buena base respecto de la contaminación de los mismos.

De cualquier manera, y aunque en muchos casos no se aludiese a él expresamente, el argumento que aglutinaba a todos los países opuestos a la cuenca hidrográfica como base adecuada para los trabajos de la CDI era la afectación que resultaría para el territorio terrestre incluido en la cuenca. Solo de esa forma se explica que se considerase ese concepto como idóneo para la realización de estudios técnicos, al adaptarse a la realidad física de los recursos hídricos, pero no para el establecimiento de un régimen jurídico en relación con su aprovechamiento.

Esa posición se apoyaba en una mala interpretación de las consecuencias de apoyar el régimen jurídico de los cursos de agua internacionales en la cuenca hidrográfica, puesto que parece deducirse la consideración de que ello conllevaría el establecimiento de una especie de co-soberanía en esas zonas de todos los Estados ribereños del curso de agua internacional. Esa visión era expresada por algunos de los miembros de la CDI, como el soviético Nikolai A. USHAKOV, que en la sesión de 1983 señalaba que en su opinión ni la noción de sistema de curso de agua internacional ni la de cuenca hidrográfica tenían la menor posibilidad de ser aceptadas por los Estados, puesto que conducen a que un Estado sin relación con un río que atraviesa el territorio de otro Estado pueda participar en la toma de decisiones relativa a uso del río por el solo hecho de que éste esté alimentado por aguas que provienen de su territorio. Por esa razón consideraba que sería mejor volver a los cursos de agua considerados como ríos que cruzan el territorio de dos o más Estados.

No obstante, también en ese marco de la CDI se expresaban opiniones más exactas en cuanto a las implicaciones del recurso al concepto de cuenca, y así el senegalés Doudou THIAM recordaba que la cuenca de drenaje es cada vez más considerada, en particular por los países que siguen políticas de integración, como un conjunto que puede ser explotado por los Estados co-ribereños sin llegar a ejercer una soberanía conjunta sobre la cuenca. Además, advertía del riesgo de considerar que el curso de agua es internacional y la cuenca no lo es, ya que cada Estado co-ribereño sería libre de actuar sobre la cuenca, lo que puede tener graves consecuencias, por ejemplo si un Estado ribereño actúa de tal manera que el curso de agua cambia de dirección.

Es claro que esa conclusión respecto a la sumisión del territorio comprendido en la cuenca hidrográfica a una especie de soberanía conjunta, ejercida por todos los Estados de la cuenca, no se ajusta a la realidad de las consecuencias resultantes del establecimiento de la cuenca hidrográfica internacional como base para el régimen jurídico de los usos de los cursos de agua internacionales. La opción por la cuenca no significa que los Estados concernidos deban compartir la soberanía sobre la parte de la cuenca que entra dentro de su territorio sino que en realidad pretende coordinar y hacer compatibles los intereses de todos los Estados ribereños de los cursos de agua internacionales, lo que de manera necesaria va a exigir que todos ellos acepten el establecimiento de ciertos límites en cuanto a las actividades que pueden llevar a cabo en su territorio y que produzcan algún tipo de consecuencia sobre los usos del curso de agua internacional.

A eso debe añadirse que, como se verá más adelante, no está claro que los Estados que se oponían al concepto de cuenca hidrográfica internacional haya logrado su objetivo, es decir el evitar que se establezca un régimen jurídico internacional de los recursos hídricos que no conlleve ninguna afectación a la actividad que se realiza en la zona de territorio terrestre vinculada al curso de agua internacional. A ello nos referiremos cuando prestemos atención a las consecuencias resul-

tantes de los conceptos por los que optó la CDI y que finalmente se reflejaron en la Convención de 1997.

En ese contexto de reacciones encontradas respecto de la propuesta de basar el estudio de un régimen jurídico internacional de los usos de los cursos de agua internacionales en la cuenca hidrográfica se comenzaban los trabajos de la CDI que concluirían con la adopción de Nueva York. A continuación veremos cómo a pesar de que la opinión de los Relatores Especiales parecía, a pesar de todo, favorable a la cuenca como la base idónea, esas circunstancias políticas llevarían a plantear diversos conceptos alternativos, en un primer momento con el objetivo de eludir la espinosa cuestión de la definición del ámbito material de esos trabajos y más tarde intentando encontrar un concepto que reuniese un mínimo de aceptación por los Estados.

#### **IV. LA EXCLUSIÓN DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN FAVOR DE OTROS CONCEPTOS MENOS EXIGENTES**

Las respuestas enviadas por los Estados al cuestionario que les había sido remitido eran interpretadas por el primer Relator Especial, KEARNEY, que en su informe constataba que una escasa mayoría de Estados se habían mostrado partidarios de basar los trabajos de la CDI en la cuenca hidrográfica internacional, respecto de la que él mismo mostraba su preferencia sobre la base del reconocimiento que la misma supone de la unidad hidrológica del agua, de manera que se tienen en cuenta sus características físicas y se acepta la posibilidad de relaciones recíprocas de causa y efecto en todo el sistema fluvial. Sin embargo, quizá ante lo exiguo de esa mayoría, aconsejaba a la CDI seguir la opinión expresada por diversos Estados relativa a dejar la definición precisa del alcance del concepto de curso de agua internacional para más adelante, de forma que su trabajo no se retrasase por querellas terminológicas, lo que como él mismo apuntaba no es algo ajeno a la práctica habitual de la CDI, que retrasa la adopción de definiciones, o al menos las adopta de forma provisional, esperando la puesta a punto de disposiciones de fondo sobre la cuestión a examen.

Al mismo tiempo seguían llegando respuestas de los Estados al citado cuestionario y a los veintiuno que habían respondido en un principio se unían otros cuatro, que se dividían respecto a la oportunidad de tomar la cuenca hidrográfica internacional como base para los trabajos de la CDI. Así dos de ellos, Swazilandia y Yémen, se pronunciaban a favor de la cuenca y los otros dos, la Jamahiriya Árabe Libia y Sudán, en sentido contrario, si bien el segundo se situaba en una posición intermedia cercaba a la antes señalada de Francia y Nicaragua, al considerar que la noción de cuenca hidrográfica internacional podía ser una base apropiada para un estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de los cursos de agua internacionales pero apenas tiene relación con los usos de los cursos de agua, en

la medida en que en el estado de conocimientos existente en aquel momento esa noción tenía pocas posibilidades de ser utilizada de manera provechosa.

Esa división de opiniones se trasladaba a la discusión del informe del Relator Especial en el seno de la CDI, que finalmente aceptaba la sugerencia de éste y decidía que no era necesaria la definición del sentido de la expresión curso de agua internacional al inicio de los trabajos de la CDI sino que era mejor comenzar formulando los principios generales aplicables a los aspectos jurídicos de los usos de los cursos de agua. El panorama no parecía cambiar demasiado con el cambio de Relator Especial, y así Stephen M. SCHWEBEL, en su primer informe, seguía manteniendo la misma opinión que su predecesor en cuanto a la especial idoneidad de la cuenca.

En concreto el nuevo Relator señalaba que la unidad del curso de agua está fundada en el ciclo hidrológico y la cuenca drenaje o hidrográfica es un elemento esencial de ese proceso, al constituir el área natural de recepción de las aguas en el complejo proceso de retorno al mar del agua caída en tierra. En ese sentido la cuenca, como unidad geográfica y funcional, constituye en su opinión un buen punto de partida para la formulación de los principios que deben regir los usos de los cursos de agua internacionales.

#### **1. LA POLARIZACIÓN DE POSICIONES RESPECTO A LA CUENCA DESDE UNA PERSPECTIVA GEOGRÁFICA**

Sin embargo, el Relator SCHWEBEL también compartía la visión pragmática expresada por KEARNEY, y reconocía que la oposición a la cuenca de casi la mitad de los veinticinco Estados que hasta aquél momento habían respondido al cuestionario era un elemento que no podía desconocerse. Además, el nuevo Relator profundizaba en esa división de posturas extrayendo del análisis de las mismas nuevas líneas de fuerza que debían integrarse en el debate. En ese sentido advertía de la polarización de posiciones desde el punto de vista geográfico, de manera que la mayoría de los países opuestos al concepto de cuenca hidrográfica, a los que en aquel momento se añadía Yugoslavia, se encontraban situados aguas arriba, mientras que los que se habían mostrado a favor del mismo eran también en su mayor parte Estados de aguas abajo del cauce de los cursos de agua internacionales.

Esa circunstancia de alguna manera restaba valor a las respuestas dadas por los Estados al cuestionario en relación con el verdadero objetivo de la pregunta. Es decir que más que responder a si consideraban que el concepto de cuenca hidrográfica internacional era el adecuado para fundamentar el régimen jurídico de los usos de los cursos de agua internacionales, lo que los distintos Estados que enviaron sus respuestas habían hecho era pronunciarse en el sentido de si ese concepto de cuenca hidrográfica era acorde o no con sus intereses.

En ese sentido SCHWEBEL añadía en su primer informe que la posición favorable a la cuenca hidrográfica de dos Estados insulares, como Filipinas y Barbados, que por no tener cursos de agua internacionales podían considerarse como más objeti-

vos, al no estar *contaminada* su respuesta por intereses particulares, era un elemento a tomar en consideración en cuanto a la adecuación de la cuenca hidrográfica para el estudio del régimen jurídico de los usos de los cursos de agua internacionales desde la perspectiva del interés general, centrado de manera exclusiva en la mejor gestión de los recursos hídricos. Sin embargo, el valor positivo que para el Relator tenía la posición imparcial de esos Estados no era visto de la misma forma por ellos, y así Filipinas al responder a las preguntas que se le formulaban se pronunciaba en el sentido de que sus respuestas tenían el problema de la falta de práctica estatal sobre la materia que en su opinión era un elemento fundamental para poder responder de manera adecuada. A ello añadía el propio Relator que la posición de esos Estados tenía una menor relevancia práctica de cara a la adopción y posterior aceptación del texto final de la Convención, al recordar que el apoyo sustancial de los Estados ribereños constituye un elemento indispensable de cualquier tratado universal sobre el derecho aplicable a los recursos de agua dulce, lo que en su opinión debía hacer reflexionar a los partidarios de la solución de la cuenca hidrográfica.

En cualquier caso las fuertes reticencias de un cierto número de Estados, para los que, como advertía el Relator SCHWEBEL, aceptar la noción de cuenca hidrográfica sería ir más allá de lo que están dispuestos a asumir por el momento, llevaron a éste a proponer como hipótesis de trabajo esperar, en cuanto a la elaboración de una definición del campo de aplicación de los artículos, a que las cláusulas de fondo hubieran sido elaboradas, al menos parcialmente. Así en el Proyecto de artículos sometido a la CDI en 1979 el Relator Especial se atenía al concepto de *curso de agua internacional*, apuntando que la mención tenía un matiz descriptivo y que no significaba optar por ninguna de las principales definiciones que podían darse al mismo, incluida la de cuenca hidrográfica, lo que debería determinarse ulteriormente.

Sin embargo, esa opinión no era compartida de forma unánime ni en la CDI ni en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en cuyos debates se ponían de manifiesto posiciones contradictorias al respecto. Algunos de los representantes en esos órganos, como los de Níger, Japón o India, coincidían con el Relator Especial en que era preferible dejar para más adelante la definición del concepto de curso de agua internacional, sin embargo para otros el campo de aplicación del Proyecto de artículos debía definirse sin tardanza ya que el contenido de las reglas en él recogidas dependería de la definición que se diese a los cursos de agua internacionales. En ese sentido se pronunciaban los representantes de Kenia, la URSS y Francia, señalando este último que si bien esa definición no debía paralizar los trabajos de la CDI tampoco debía diferirse demasiado en el tiempo.

## 2. EL RECURSO A LA NOCIÓN DE SISTEMA Y LA VUELTA A LA DE CURSO DE AGUA INTERNACIONAL

El segundo informe del Relator Especial SCHWEBEL venía a indicar que era indispensable adoptar una fórmula que expresase claramente que un curso de agua

internacional no debe considerarse simplemente como un canal natural por el que discurre el agua, y en su opinión eso se lograba empleando la expresión *sistema de curso de agua internacional*, que como él mismo señalaba ha sido frecuentemente utilizada a propósito de los ríos internacionales, citando al respecto el ejemplo de los artículos 331 y 362 del Tratado de Versalles o el artículo 2 de la Convención por la que se fija el estatuto definitivo del Danubio de 1921, así como por la doctrina o los trabajos de los organismos científicos entre los que mencionaba la 10ª Conferencia de la Asociación Interamericana de Abogados celebrada en Buenos Aires en 1957.

Con ello el Relator no modificaba su posición anterior favorable a la adopción de una definición que no supusiese adoptar posiciones definitivas respecto al alcance que debía darse al concepto *curso de agua internacional*. Así señalaba que el término *sistema* no prejuzgaba el uso posterior de la noción de *cuenca de drenaje* o de una definición más limitada de curso de agua internacional, proporcionando una base de trabajo neutra que permitiese elaborar principios generales fundamentales aplicables a la utilización de los cursos de agua internacionales. Pero al mismo tiempo consideraba que el término *sistema* ofrecía con respecto al anterior, curso de agua, la aportación de responder mejor a la existencia de una serie de componentes hidrológicos que conforman una unidad con el curso de agua internacional. En ese sentido el Relator reconocía que la expresión *sistema de curso de agua internacional* tenía todavía cierta imprecisión pero, vistas las diferentes posiciones al respecto, eso era más bien una cualidad, al permitir una cierta flexibilidad en cuanto al uso posterior de dicha expresión, cuyo contenido podía modularse para darle un alcance más restringido o más amplio en relación con los componentes del sistema hídrico incluidos en ella.

En ese momento se recibían las respuestas al cuestionario de la CDI enviadas por cuatro nuevos Estados –Grecia, Luxemburgo, Níger y la República Árabe Siria–, que respondían afirmativamente a la pregunta relativa a si la cuenca hidrográfica internacional podía considerarse como la base adecuada para el estudio del régimen jurídico de los usos de los cursos de agua internacionales. Merece destacarse la afirmación de Grecia de que la noción tradicional de curso de agua internacional había sido hace tiempo sobrepasada y reemplazada por la concepción moderna de cuenca hidrográfica internacional, más amplia y que comprende también los afluentes del río internacional más las aguas subterráneas. Por su parte Níger añadía que debía darse al concepto de curso de agua la definición más amplia y exhaustiva posible, tomando o proponiendo como ejemplo la recogida en las *Reglas de Helsinki*.

La CDI examinaba el segundo informe del Relator SCHWEBEL y las respuestas enviadas por los Gobiernos de esos cuatro Estados miembros y optaba por incluir en el Proyecto de artículos, a título provisional, la expresión *sistema de curso de agua internacional*, que se definía como el conjunto formado por componentes hidrográficos como ríos, lagos, canales, glaciares y aguas subterráneas que, en virtud de su

relación física, constituya un todo unitario. Además la CDI advertía que el objetivo no es elaborar una definición sino una hipótesis de trabajo.

El siguiente paso era la discusión de ese concepto de sistema de curso de agua internacional en el marco de la Sexta Comisión de la Asamblea General, lo que se producía de manera paralela a la presentación por el Relator SCHWEBEL de su tercer informe, en el que insistía en la opinión ya expresada en su primer informe en relación con la necesidad de conformar las normas jurídicas a las leyes de la física que rigen el ubicuo comportamiento del agua, y a la recepción de las respuestas de Bangladesh y Portugal al cuestionario remitido por la CDI, mostrándose ambos partidarios del concepto de cuenca hidrográfica internacional. Varias delegaciones resaltaban en el marco de ese debate en la Sexta Comisión la utilidad del término sistema o incluso lo calificaban como un neto progreso, si bien algunos de esos representantes nacionales que lo consideraban aceptable, como los de Túnez o Ucrania, afirmaban la necesidad de determinar más claramente sus elementos o componentes.

Sin embargo, esa posición favorable no era la única expresada en el seno de la Sexta Comisión puesto que tampoco faltaban los que dudaban del progreso resultante de la opción por el término sistema, criticándolo por diversos motivos entre los que se incluía la ausencia de práctica estatal al respecto, en la que se apoyaba por ejemplo el representante de la URSS para afirmar que sería preferible conservar la expresión curso de agua internacional que podía definirse sobre la base del Derecho internacional existente. Entre los Estados reticentes al citado concepto se encontraba España, que expresaba sus serias dudas en relación con esa aproximación, incluso aunque estimase que los Estados que comparten un curso de agua internacional tienen la obligación de tener debidamente en cuenta los intereses de los otros Estados. Otros, como el representante de Brasil, consideraban que el término sistema equivalía al de cuenca hidrográfica por lo que se oponían a su utilización por la CDI.

Pero el cambio de Relator Especial, con el nombramiento de Jens EVENSEN, iba a suponer la vuelta al concepto anterior de curso de agua internacional y el abandono del de sistema, algo que para el nuevo Relator Especial no implicaba ninguna modificación de fondo sino que era un simple cambio terminológico pero que no era visto de la misma forma ni por los miembros de la CDI ni por los representantes en la Sexta Comisión. Para algunos de ellos el concepto de sistema constituía un elemento esencial del Proyecto de artículos al traducir la realidad hidrológica, por lo que al abandonar ese término se ponía el acento en el agua sin tener en cuenta el contexto geográfico o económico de la misma. E incluso algunos expresaban su preferencia por el concepto de cuenca hidrográfica, más general y sólido desde el punto de vista científico.

El Relator EVENSEN en su primer informe parecía alinearse con la postura pragmática seguida por sus predecesores en el sentido de reconocer que una definición de cursos de agua internacionales fundada sobre la noción de cuenca hidrográfica

no recibiría apoyo suficiente entre los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas para poder resultar útil como punto de partida de un proyecto de Convención en esta cuestión. A eso añadía además las ventajas que aportaba el concepto de sistema de curso de agua internacional, que era suficientemente amplio para incluir además de ríos, lagos y afluentes a otros componentes como canales, arroyos, acuíferos y aguas subterráneas y, al mismo tiempo, suficientemente flexible para permitir en cada caso concreto y en cada esfera de problemas determinar qué componentes deben verse afectados por los principios establecidos respecto de los sistemas de cursos de agua internacionales en general o respecto del sistema de curso de agua determinado.

Sin embargo, esa postura favorable al uso del término sistema se contrarrestaba en su segundo informe, en el que el Relator reconocía que el objetivo por el que se había optado por el término sistema, que era el eludir las reservas y críticas que se habían emitido respecto al concepto de cuenca de drenaje internacional, no se había conseguido, y el propio término sistema había sido objeto de discusión y respecto a él se habían expresado numerosas dudas en la 35ª sesión de la CDI. Además, las dudas y la división de posturas respecto de ese término se había trasladado también a la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo seno algunas delegaciones nacionales se habían mostrado a favor del mismo mientras para otras ese término no presentaba ninguna diferencia con el de cuenca de drenaje, por lo que no aportaba ninguna ventaja práctica en relación con éste. Dado ese panorama el Relator Especial concluía que, a la vista de los debates mantenidos en 1983 en la Sexta Comisión, el término sistema podía constituir un serio obstáculo para la adopción de un instrumento generalmente aceptable, por lo que proponía una vuelta al concepto de curso de agua internacional

Pero tampoco esa marcha atrás se iba a desarrollar pacíficamente sino que, como señala el informe preliminar del siguiente Relator Especial, Stephen C. McCAFFREY, también suscitaba debates encontrados tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, en los que algunos de sus miembros consideraban positivo el abandono del concepto sistema al eliminarse de esa forma el problema resultante de las connotaciones territoriales del mismo, que podía dar a entender una idea de jurisdicción sobre zonas terrestres. Sin embargo otros se lamentaban del abandono de una noción que consideraban una de las piedras angulares del proyecto, solicitando una vuelta a esa noción de sistema porque no se podía cerrar los ojos al nexo natural existente entre los diversos elementos por el hecho mismo de que forman un sistema.

La contraposición de puntos de vista se mantenía hasta el punto que el propio Relator McCAFFREY, con ocasión de su segundo informe, constataba que de los debates celebrados hasta ese momento resultaba que para poder llegar a una definición aceptable de curso de agua internacional o de sistema de curso de agua internacional la CDI corría el riesgo de consagrar a ello todo el tiempo de que disponía en su 38ª sesión para el estudio de esta cuestión, y consideraba que ese gasto de tiempo y de esfuerzo no se traduciría en progresos para el resto del Proyecto de artículos



por lo que no creía necesario definir la expresión curso de agua internacional para poder proseguir los trabajos relativos al Proyecto de artículos de la CDI, en ese sentido recomendaba a la CDI dejar de lado esa definición y fundarse en la hipótesis provisional elaborada y aceptada en 1980.

McCAFFREY volvía sobre la cuestión en su séptimo informe intentando describir los componentes del curso de agua internacional, lo que consideraba necesario para clarificar los derechos y obligaciones de los Estados ribereños. En este sentido proponía dos alternativas: las de sistema internacional de cursos de agua y la curso de agua internacional, mostrando su preferencia por la primera que haría que siempre se tuviese en cuenta la interdependencia entre los distintos componentes del curso de agua. Sin embargo, tras el debate en la CDI, en su 43º período de sesiones, se optó finalmente por la segunda alternativa que se incorporaba al Proyecto de artículos.

La cuestión era evocada de nuevo por el último Relator Especial, Robert ROSENSTOCK, que en su primer informe, ya al final del proceso de adopción de la Convención de Nueva York, apuntaba que ciertos Gobiernos en sus observaciones habían propuesto la reapertura del debate en relación al sentido del término curso de agua internacional, pero estimaba que no reportaría ninguna utilidad en ese estadio tardío y teniendo en cuenta los compromisos alcanzados volver al análisis acerca de las ventajas e inconvenientes del empleo de la expresión cuenca hidrográfica internacional. Entre esos Gobiernos que planteaban la reapertura de esta cuestión se encontraba el griego, para el que en lugar del concepto sistema de curso de agua internacional adoptado por la CDI según el artículo 2 del Proyecto hubiera sido preferible la adopción de la noción moderna de cuenca hidrográfica internacional científicamente más sólida.

Finalmente el artículo 2.a) de la Convención de Nueva York de 1997 recoge una definición de curso de agua conforme a la cual se entiende por tal: «[...] un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común». La opción finalmente elegida es considerada como quizá la única posible en la práctica para intentar conciliar puntos de vista aparentemente contradictorios, el de aquellos que consideran la necesidad de contar con una unidad de gestión del recurso hídrico que se adapte a la realidad física del mismo y los que no quieren aceptar el concepto de cuenca por sus implicaciones de carácter territorial.

Sin embargo, en la mayor parte de los casos se expresa una cierta decepción por la oportunidad perdida al optar por una unidad de gestión menos apropiada que la cuenca desde el punto de vista del control del curso de agua. En ese sentido se señala que la opción por la cuenca hubiera sido más útil especialmente desde el punto de vista medioambiental, al permitir tener en cuenta y someter a regulación las consecuencias que sobre el mismo pueden tener actividades realizadas en

tierra, como el vertido de residuos o la deforestación<sup>5</sup>. No obstante, las consecuencias negativas de esa oportunidad parecen compensarse puesto que, como veremos más adelante, el concepto de cuenca hidrográfica ha vuelto a ser recuperado en diversos textos internacionales.

## **V. CONSECUENCIAS DE LA OPCIÓN POR EL CONCEPTO *CURSO DE AGUA INTERNACIONAL***

El temor a las posibles implicaciones que el concepto de cuenca hidrográfica pudiera tener sobre el ejercicio práctico de la soberanía en relación a la parte de territorio terrestre comprendido en la cuenca primó sobre cualquier otra consideración, llevando a que finalmente se optase por el término *curso de agua internacional* en detrimento de aquél. De esa manera se producía, al menos en principio, la ya mencionada separación entre la realidad física de los recursos hídricos y el régimen jurídico por el que se regulan sus usos, y se excluía del mismo un concepto que es aceptado en un buen número de ordenamientos jurídicos internos como el más adecuado para la ordenación y gestión del agua. Sin embargo, del análisis del contenido de la Convención de Nueva York, especialmente desde una perspectiva global, no está del todo claro que la opción final por el concepto curso de agua internacional permita excluir de las obligaciones resultantes de la Convención las relativas a las actividades llevadas a cabo en el territorio terrestre comprendido en la cuenca.

### **1. LA CERCANÍA DEL CONCEPTO *CURSO DE AGUA* RECOGIDO EN LA CONVENCION CON EL DE *CUENCA HIDROGRAFICA***

Las equivalencias y diferencias entre los conceptos *curso de agua* y *sistema de curso de agua* y el de *cuenca hidrográfica* eran objeto de debate en el seno de la CDI, cuyos miembros se dividían al respecto. Por un lado había algunos que, como el británico Ian SINCLAIR, no creían que los términos sistema y cuenca fuesen sinónimos, puesto que el primero es más restringido al limitarse a los elementos de agua dulce del curso de agua y al curso de agua en sí mismo excluyendo las tierras situadas en el área de alimentación. Sin embargo, pese a señalar que comprendía el temor que por su excesiva amplitud e imprecisión suscita el concepto de cuenca hidrográfica, afirmaba que no se podía hacer una abstracción completa de lo que pasa en la tierra a la hora de abordar el régimen jurídico de los cursos de agua internacionales, puesto que los usos industriales son muy a menudo una de las fuentes de contaminación de los cursos de agua internacionales. En cualquier caso eso no le impedía concluir que a los fines del Proyecto de artículos la noción de curso de agua internacional, comprendiendo el agua dulce del curso de agua y el curso de agua en sí mismo, puede tomarse como base de los trabajos futuros. La diferencia entre sistema y cuenca era también defendida por el argentino Julio

---

5. En este sentido véanse, por ejemplo ARCARI, Maurizio, (1997), pg. 10, o TANZI, Attila, (1997), pgs. 964 y ss.

BARBOZA, para quien mientras la primera es estrictamente funcional la segunda se refiere a consideraciones geográficas, territoriales e hidrológicas.

Enfrente de esa posición, que parecía dejar una *zona muerta* a la hora de regular los usos de los cursos de agua internacionales, como es la de los efectos que sobre esos usos tienen las actividades llevadas a cabo en la zona terrestre de la cuenca hidrográfica, se situaban quienes consideraban que en realidad curso de agua internacional y cuenca hidrográfica son términos sinónimos o equivalentes. En esta línea puede citarse al francés Paul REUTER, quien señalaba que el Proyecto de artículos presentado en aquel momento contenía en realidad dos nociones de sistema de curso de agua internacional: una en relación con la cual el Relator había tenido presente el concepto de cuenca hidrográfica, y que se recogía en el artículo 1.1, que definía el sistema de curso de agua internacional como el formado ordinariamente por componentes del agua dulce situados en dos o más Estados del sistema. Pero había una segunda noción respecto de la que se descartaba el concepto de cuenca y que tenía un carácter funcional, que se contemplaba en el párrafo 2 de ese mismo artículo, que apuntaba que en la medida en que: «[...] una o varias partes del sistema de un curso de agua situadas en un Estado del sistema no afecten a los usos del sistema de curso de agua en otro Estado del sistema ni sean afectados por ellos, no se considerará que esas partes están incluidas en el sistema del curso de agua internacional a los efectos de la presente Convención».

En todo caso para REUTER la noción de sistema tenía un carácter físico, a la vez geográfico e hidráulico, y no era muy diferente de la de cuenca de drenaje, añadiendo que en la práctica resulta imposible no tener en consideración el conjunto del territorio terrestre en el que se encuentra la cuenca fluvial, por ejemplo en relación con la contaminación de los cursos de agua internacionales. La posición favorable a la equivalencia entre sistema de curso de agua y cuenca de drenaje era compartida por el brasileño Carlos CALERO RODRIGUES que señalaba que ambas nociones expresan el carácter físico unitario de los cursos de agua. De esa forma mientras el término cuenca designa en general el conjunto de la zona geográfica en la que se encuentran las aguas, el término sistema no aporta más que un matiz insistiendo sobre la parte propiamente hidrológica de la cuenca. Sin embargo, concluía que si las expresiones cuenca de drenaje o sistema de curso de agua convienen perfectamente para la realización de estudios científicos y técnicos, es dudoso que puedan emplearse para formular reglas de Derecho internacional aplicables a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

De las opiniones expresadas se deduce sin embargo que la opinión de los distintos miembros de la CDI respecto de la posible equivalencia entre los conceptos de sistema de curso de agua y cuenca hidrográfica no servía como regla general para identificar sus posiciones respecto a la adecuación o no de la segunda para servir de base para el establecimiento del régimen jurídico de los cursos de agua internacionales. Es decir que en algún caso, como el señalado de CALERO RODRIGUES, el reconocer la equivalencia entre ambos no significaba considerar que se

debiese optar por la cuenca, lo que debe encontrar su explicación en el factor político antes señalado, es decir en el temor de que de ello pudiese resultar una limitación del ejercicio práctico de la soberanía de los Estados ribereños sobre la parte terrestre de la cuenca hidrográfica.

En cualquier caso como se ha visto varios de los miembros de la CDI, como REUTER o SINCLAIR, expresaban con claridad que el régimen jurídico de los usos de los cursos de agua internacionales no podía desentenderse de las actividades llevadas a cabo en la zona terrestre de la cuenca. En ese sentido se advertía que un Estado no podría denegar su responsabilidad por los daños causados a otros Estados como consecuencia de la contaminación del curso de agua resultante de esas actividades, lo que llevaba, en consecuencia, a señalar que el concepto de cuenca hidrográfica no podía excluirse de un texto jurídico que regule la totalidad del tema.

Algo más allá en ese sentido iba el antiguo Relator Especial de la CDI, Stephen C. McCAFFREY, al afirmar la inclusión implícita de la cuenca hidrográfica en el régimen jurídico establecido por la Convención de Nueva York como consecuencia de su equivalencia funcional con el curso de agua, al menos desde una perspectiva hidrológica<sup>6</sup>. Es decir que el objetivo de evitar el *problema territorial* al optar por el concepto de curso de agua internacional no se habría conseguido puesto que al tratar algunos aspectos del régimen jurídico de los cursos de agua internacionales, muy en especial lo que se refiere a la contaminación, debe prestarse atención a las actividades llevadas a cabo por los Estados ribereños en la parte de su territorio afecta a ese curso de agua internacional<sup>7</sup>.

Sin embargo, la opción por el concepto de curso de agua internacional obliga a que para fundamentar esa responsabilidad haya que acudir a los principios establecidos en la Convención de Nueva York, especialmente el relativo a la obligación de no causar daños sensibles. El resultado es que la exclusión expresa del concepto de cuenca hidrográfica en el texto final de la Convención no solo no ha eludido de manera absoluta un posible efecto de ese régimen jurídico sobre la parte terrestre de la cuenca, sino que ha conllevado una merma de la eficacia del mismo desde el punto de vista de la gestión del agua. Esa merma resulta de que dicho régimen jurídico atiende a los efectos que sobre el curso de agua internacional tienen las actividades desarrolladas en tierra desde una perspectiva reactiva, es decir que se tiene en cuenta únicamente la posible responsabilidad derivada de las mismas una vez que se han llevado a cabo, impidiendo introducir un elemento de planificación que si hubiese sido posible de haber optado por la cuenca hidrográfica, que hubiese permitido el establecimiento de común acuerdo por los Estados que comparten el curso de agua internacional de un régimen que prohibiese llevar a cabo actividades en la zona terrestre de la cuenca con efectos negativos en las aguas compartidas.

---

6. McCAFFREY, Stephen C., (2003), pg. 37.

7. PONTE IGLESIAS, M<sup>a</sup> Teresa, (1989), pgs. 42 y 48.

Esa limitación de los instrumentos de que dispone la Convención en este punto era señalada en el marco de la propia CDI por Ian SINCLAIR que apuntaba que la norma negativa consistente en no causar perjuicio apreciable no es suficiente para resolver los múltiples problemas que plantean los usos contrapuestos de un recurso natural escaso como las aguas del sistema de un curso de agua internacional. En ese sentido consideraba esencial formular una norma positiva en la que se pida la cooperación entre los Estados interesados. La determinación de la cuenca hidrográfica como la unidad de ordenación y gestión de los cursos de agua internacionales, gestionada de común acuerdo por todos los Estados de la misma, podría ser una solución en ese sentido.

## **2. EL USO DEL CONCEPTO DE CUENCA HIDROGRÁFICA INTERNACIONAL Y DE OTROS MÁS AMPLIOS TRAS LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

La opción en la Convención de Nueva York por el concepto de curso de agua internacional supuso como ya se ha señalado un serio revés para la consolidación de la cuenca hidrográfica como la unidad de planificación y gestión de los recursos hídricos de carácter internacional. Sin embargo, ese revés no ha sido definitivo y son varios los textos internacionales que fundamentan su régimen jurídico en ese concepto, e incluso se plantean en algunos casos otros conceptos que superan e integran al de cuenca hidrográfica. La razón puede ser que desde la conclusión de la Convención de Nueva York, y mucho más desde el momento en que se desarrollaron la mayor parte de los debates en torno a esa cuestión en la CDI y la Sexta Comisión, a finales de la década de los setenta y primera mitad de la de los ochenta, el panorama de crisis hídrica se ha agudizado, y en consecuencia se ha hecho más necesaria una aproximación integrada que permita usar esos recursos con la máxima eficacia posible.

Esa circunstancia de cambio de escenario en relación con aquél en el que se inscribe el debate sobre la utilización o no del concepto de cuenca se ponía de manifiesto antes incluso de la adopción de la Convención de Nueva York y así puede mencionarse cómo la Declaración sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, adoptada con ocasión de la Conferencia de Dublín sobre el Agua y el Medio Ambiente, del 26 al 31 de enero de 1992, no sólo señala que el enfoque integrado que concilie desarrollo económico y social y protección de los ecosistemas naturales es condición necesaria para la gestión eficaz del agua, sino que añade que la entidad más adecuada para esa planificación y gestión es la cuenca fluvial, incluyendo las aguas de superficie y las subterráneas.

Además, ese cambio de escenario ha hecho que alguno de los países que habían mostrado su oposición al concepto de cuenca como base para los trabajos de la CDI en relación con el régimen jurídico de los usos de los cursos de agua internacionales, hayan variado su posición y se apoyen actualmente en el mismo para la gestión de los cursos de agua internacionales que les conciernen. Ese es el caso de España que podía tomarse como modelo de la diversidad de condicionan-

tes existentes en la gestión de las aguas en el plano interno e internacional; así, aunque España es uno de los países pioneros en la fundamentación de su Derecho de aguas en torno a la cuenca hidrográfica, las posibles consecuencias resultantes de su posición predominante de Estado de aguas arriba del cauce de sus ríos internacionales le movía en su momento, como ya se señaló, a declararse partidario de un concepto clásico de curso de agua internacional para los trabajos de la CDI. En la actualidad la gestión de los cursos de agua internacionales que interesan a España descansa en el concepto de cuenca, lo que entre otros factores viene motivado por las exigencias impuestas por el Derecho comunitario europeo, más concretamente por la Directiva 2000/60/CE.

De hecho en el caso español incluso se anticipaba la obligación impuesta en esa Directiva mediante la adopción del Convenio de Albufeira, de 30 de noviembre de 1998, sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, en cuyo artículo 3 define como su ámbito de aplicación las cuencas hidrográficas de los ríos Miño, Limia, Duero, Tajo y Guadiana, definiendo, en su artículo 1.b), como tales cuencas: «[...] la zona terrestre a partir de la cual toda la escorrentía superficial fluye a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta, así como las aguas subterráneas asociadas».

Dejando el caso español debe señalarse que la recepción de la cuenca hidrográfica internacional en los textos jurídicos ha sido especialmente significativa en el plano europeo y no toda la *culpa* es de la Directiva marco de aguas sino que a ello han ayudado otros textos internacionales que también descansan en el mismo concepto. Es el caso de otro de los textos que destacan, junto a la Convención de Nueva York, de cara a la conformación de un régimen jurídico internacional de los recursos hídricos con carácter o vocación de generalidad, aunque en este caso de alcance regional, como es el ya mencionado Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, de 17 de marzo de 1992. Este texto establece en su artículo 2.6 la cuenca hidrográfica como el marco geográfico de referencia para la elaboración de políticas, estrategias y programas armonizados para la prevención, control y reducción del impacto transfronterizo y la protección del medio ambiente de las aguas transfronterizas.

Por otra parte la cuenca hidrográfica se presenta como la unidad básica de ordenación y gestión de los recursos hídricos en diversos convenios internacionales por los que se regulan los usos de los cursos de agua más importantes del continente europeo y que eran adoptados de manera más o menos coetánea a la Convención de Nueva York. Así pueden apuntarse el Convenio sobre la Comisión internacional para la protección del Elba, de 8 de octubre de 1990, el Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio, de 29 de junio de 1994, o el Convenio sobre la protección del Rin, de 22 de enero de 1998.

Pero, aunque esa necesidad de una gestión integrada se sienta de manera especial en Europa, eso no significa que únicamente en el Derecho europeo de

aguas se recurra a la cuenca hidrográfica, sino que ésta también tiene su reflejo en los textos adoptados en otras partes del mundo. Así ocurre en África, con el Acuerdo sobre un Plan de Acción para la gestión ecológicamente razonable de la Cuenca común del río Zambeze, de 28 de mayo de 1987, o con el ya apuntado Protocolo sobre sistemas de cursos de agua compartidos en la Comunidad de Desarrollo de la Región de Sur de África, de 16 de mayo de 1995. E igualmente en Asia se puede señalar el también mencionado anteriormente Acuerdo sobre la cooperación para el desarrollo sostenible en la Cuenca del río Mekong, de 5 de abril de 1995.

Pero la necesidad de una gestión integrada de los recursos hídricos no solo ha supuesto la recuperación de un cierto protagonismo de la cuenca hidrográfica en el régimen jurídico internacional del agua dulce sino que ha llevado incluso al planteamiento de conceptos más amplios de ordenación y gestión, que integran al de cuenca, entre los que destacan los de *demarcación hidrográfica*, recogido en la Directiva 2000/60/CE, y de *Gestión Integrada de los Recursos Hídricos* (en adelante «GIRH»), acuñado en el marco de las Naciones Unidas. En cuanto al primero la citada Directiva, en su artículo 2.15, define la demarcación hidrográfica como: «[...] la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, designada con arreglo al apartado 1 del artículo 3 como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas».

Esa vinculación del agua dulce con el agua marina que se encuentra cercana a la desembocadura está también en la base del otro concepto, el de la GIRH. No obstante, este segundo es especialmente amplio, y quizá un tanto indefinido, siendo desarrollado en el Segundo Informe de las Naciones Unidas sobre el *Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo*, que señala la necesidad de ir más allá del concepto de cuenca a la hora de establecer el régimen jurídico de los usos de los recursos hídricos, de forma que no sólo se engloben en ese régimen las actividades que se lleven a cabo en la parte terrestre de la cuenca y que puedan tener efectos sobre esos recursos hídricos sino que se tenga en cuenta que esa interdependencia se repite en relación con las zonas costeras. Es decir que se tome en consideración que cualquier actividad llevada a cabo en éstas puede tener repercusiones en la utilización de los recursos hídricos.

No obstante, aunque la aparición de modelos de gestión integrada de los recursos hídricos centrados en conceptos de este tipo sea un elemento positivo conviene no hacerse demasiadas ilusiones al menos a corto plazo en cuanto a su generalización en el Derecho de los cursos de agua internacionales, puesto que como se señala en el informe de las Naciones Unidas en relación con la implantación del modelo de GIRH, son muchos los obstáculos por vencer y únicamente en un número muy reducido de Estados puede decirse que se haya alcanzado ese objetivo de la ordenación y gestión del agua dulce en base a modelos integrados. Tampoco es muy positivo el balance que se lleva a cabo respecto de las aguas compartidas entre varios Estados, señalándose que el acuerdo entre éstos se limita la mayoría

de las veces a la asignación de caudales o la construcción de infraestructuras para la utilización de esos recursos, pero en muy pocos casos se establecen modelos de gestión integrada de esos cursos de agua internacionales, no siendo ajeno a esto el temor ya apuntado de que de esa forma se afecte al ejercicio práctico de la soberanía de los Estados sobre su propio territorio.

En cualquier caso desde las Naciones Unidas se advierte de la necesidad de llevar a cabo una gestión integrada de esos recursos hídricos transfronterizos que, como ya se señaló al comienzo, constituyen una parte muy importante de las reservas de agua dulce disponibles en el planeta. En ese sentido se señala que los Estados deben asumir compromisos a largo plazo en relación con la gestión de las aguas transfronterizas que no se limiten a una cooperación técnica, como la relativa a la adopción de metodologías y normas conjuntas para la recopilación de datos hidrológicos y planes de seguimiento conjunto, sino que alcance la armonización de las políticas hídricas y la adopción de planes de desarrollo conjunto para una cuenca o incluso cuestiones de mayor calado acerca de cómo compartir los beneficios de las cuencas y los acuíferos.

## **VI. CONCLUSIONES**

La traslación al plano internacional de la solución adoptada en numerosos ordenamientos internos, especialmente en aquellos casos en los que existe un sistema descentralizado de gestión de los recursos hídricos, conforme a los cuales la cuenca hidrográfica se presenta como la unidad idónea ha encontrado el obstáculo de la afectación que de la misma resulta a la soberanía territorial. La consecuencia es que los redactores de la Convención de Nueva York prefirieron optar por otro concepto que, por más restringido, no se adapta de la misma forma a las necesidades físicas de la gestión del recurso. Esa elección se produjo a pesar de que pueda argumentarse por una parte que esa afectación de la zona terrestre de la cuenca debe ser bien entendida, sin que en ningún caso pueda considerarse como el establecimiento de co-soberanías entre todos los Estados ribereños, y por otra que la toma en consideración de la cuenca es en sí misma inevitable en la práctica, en la medida en que la gestión adecuada de un recurso escaso exige un enfoque integrado que tenga en cuenta todos los factores que afectan a ese recurso, y en ese abanico deben incluirse las actividades que se llevan a cabo en tierra y que pueden producir efectos sobre el agua dulce.

Es cierto que aunque finalmente adoptada en 1997 el grueso de los debates sobre esta cuestión tuvieron lugar en los años setenta y primera mitad de la década de los ochenta, en los que si bien ya se percibía la importancia del recurso todavía no había una sensación tan evidente de crisis respecto a su disponibilidad como la que hay en este momento. La trascendencia de esa circunstancia se percibe en relación con las respuestas enviadas por los Estados al cuestionario que en su momento les remitió la CDI, pudiendo comprobar que si bien en un primer momento existía una división de fuerzas casi equitativa, conforme iba pasando el tiempo las



respuestas de los Estados se inclinaban mayoritariamente hacia la aceptación de cuenca hidrográfica como la base adecuada para el estudio del régimen jurídico de los usos de los cursos de agua internacionales. Eso puede explicar que, aunque la Convención de Nueva York de 1997 supusiese una oportunidad desperdiciada a los efectos de hacer descansar el régimen jurídico internacional del agua dulce en conceptos más acordes con la realidad física que se intenta regular, no todo está perdido y son numerosos los documentos que optan por la cuenca como base de su régimen, e incluso que proponen superarla y plantear unidades todavía más amplias, como las de demarcación hidrográfica, propuesta por la Directiva 2000/60/CE, o el paradigma de la GIRH en el caso de las Naciones Unidas.

Todo ello conduce a afirmar que el debate relativo a la estructuración del Derecho de los cursos de agua internacionales en torno al concepto de cuenca hidrográfica internacional no está ni muchos menos cerrado y las ventajas de ésta la colocan en una buena posición, especialmente si no se olvida una premisa que parece básica, especialmente en períodos de escasez, como es que ese régimen jurídico debe establecerse sobre bases realistas, de manera que los intereses particulares no obstaculicen la solución de un problema que por ser universal requiere una respuesta en la misma escala.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARCARI, M., (1997), «The Codification of the Law of International Watercourses: The Draft Articles adopted by the International Law Commission», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIII, pgs. 3-32.
- BERBER, F. J., (1959), *Rivers in International Law*, Londres, Stevens & Sons.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L. y SALMAN, S. M. A., (2005), *Les ressources en eau et le droit international*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
- BRUHÁCS, J., (1993), *The Law of non-navigational uses of international watercourses*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers.
- CAFLISCH, L., (1989), «Règles générales du droit des cours d'eau internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 219 (vol. VII), pgs. 9-226.
- CAFLISCH, L., (1997), «La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation», *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLIII, pgs. 751-798.
- CASTILLO DAUDÍ, M., (1999), «La protección y preservación de los cursos de agua internacionales: el Convenio sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 21 de mayo de 1997», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV, pgs. 115-158.
- MCCAFFREY, S. C., (2003), *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*, Oxford, Oxford University Press.
- MCCAFFREY, S. C. and SINJELA, M., (1998), «The 1997 United Nations Convention on Inter-

national Watercourses», *American Journal of International Law*, vol. 92, January, núm. 1, pgs. 97-107.

PONTE IGLESIAS, M<sup>a</sup>. T., (1989), *La contaminación fluvial: cuestiones de responsabilidad internacional*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia.

REY CARO, E. J., (2003), «El derecho de los cursos de agua internacionales», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, pgs. 677-712.

TANZI, A., (1997), «La Convenzione di New York sui corsi d'acqua internazionali», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXX, fasc. 4, pgs. 956-1002.

— (2001), *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses: A Framework for Sharing*, International and National Water Law and Policy Series, 5.

## VIII. RELACIÓN DOCUMENTAL

### *Anuarios de la Comisión de Derecho Internacional*

– An. CDI, 1974, vol. II (Primera parte), pgs. 305 y ss.

– An. CDI, 1974, vol. II (Segunda parte), pgs. 37 y ss.

– An. CDI, 1976, vol. II (Primera parte), pgs. 161 y ss.

– An. CDI, 1978, vol. II (Primera parte), pgs. 271 y ss.

– An. CDI, 1979, vol. II (Primera parte), pgs. 145 y ss.

– An. CDI, 1980, vol. I, pgs. 121 y ss.

– An. CDI, 1980, vol. II (Primera parte), pgs. 159 y ss.

– An. CDI, 1980, vol. II (Segunda parte), pgs. 101 y ss.

– An. CDI, 1982, vol. II (Primera parte), pgs. 79 y ss.

– An. CDI, 1983, vol. I, pgs. 185 y ss.

– An. CDI, 1983, vol. II (Primera parte), pgs. 165 y ss.

– An. CDI, 1984, vol. II (Primera parte), pgs. 107 y ss.

– An. CDI, 1985, vol. II (Primera parte), pgs. 91 y ss.

– An. CDI, 1986, vol. II (Primera parte), pgs. 91 y ss.

– An. CDI, 1991, vol. II (Primera parte), pgs. 47 y ss.

– An. CDI, 1993, vol. II (Primera parte), pgs. 163 y ss.

### *Otros documentos*

– Sentence du tribunal arbitral franco-espagnol en date du 16 novembre 1957 dans l'affaire de l'utilisation des eaux du Lac Lanoux, *Revue Générale de Droit International Public*, t. LXII, 1958, pgs. 79 y ss.

– Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DO núm. L 327, de 22 de diciembre de 2000).



## «Las aguas marítimas y la gestión de las cuencas hidrográficas en los países descentralizados políticamente»

GRISELDA CAPALDO<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente trabajo analiza el problema de la prevención de la contaminación del medio marino desde fuentes terrestres, especialmente la ocasionada desde las cuencas hídricas que vierten sus aguas en el Atlántico Sur. Para abordarlo, se examina el tema tanto a nivel local (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, y Uruguay), como a nivel regional (Cuenca del Plata y MERCOSUR).

La investigación está dividida en tres partes. En las dos primeras se lleva a cabo un estudio comparativo-analógico con el fin de detectar simetrías o asimetrías jurídicas, que –en la tercera parte del trabajo– muestren el grado de dificultad al que tendrá que enfrentarse ese elenco de Estados para proteger el mar y su biota, no solo de las acciones antrópicas desarrolladas desde sus costas sino particularmente la que procede de los ríos.

**Palabras clave:** Cuencas hídricas – contaminación del medio marino – Cuenca del Plata – MERCOSUR.

### Siglarlo/Acrónimos.

AMBA	(Área Metropolitana Buenos Aires)
CIC	(Comité Intergubernamental Coordinador de la Cuenca del Plata)
GEF	(Global Environment Fund)
GESAMP	(Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection)
GPA	(Global Programme of Action)
ICARM	(Integrated Coastal Area and River Basin Management)
NPA	(National Programmes of Action)
PADH	(Physical Alteration and Destruction of Habitats)
PNUD	(Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo)
PGT	(Programa de Gerenciamento Ambiental Territorial, Brasil)
SAP	Wastewater (Strategic Action Plan on Municipal Wastewater)
SQA	(Secretaría de Calidad Ambiental en los Asentamientos Humanos, Brasil)
UNEP	(United Nations Environment Programme)

1. Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja Universidad de Buenos Aires (UBA)

## I. INTRODUCCIÓN

El interés por ocuparse de la contaminación del medio marino desde las cuencas hídricas, nació en el ámbito internacional antes que en el regional o el local.

Desde 1967, a través del GESAMP, la comunidad científica va tomando registro del doble rol que desempeñan los océanos y sus costas como proveedores de recursos naturales y de servicios ambientales, así como también sobre las fuentes antrópicas que contribuyen a su contaminación desde las costas. Respecto de lo primero, merced a una investigación basada en 100 estudios realizados durante las dos últimas décadas, se estima que el valor global de los bienes y servicios provistos por los ecosistemas marinos y costeros ronda los U\$S 23 trillones por año, casi el Producto Bruto Nacional de todos los Estados del planeta. Respecto de lo segundo, se sabe que los principales focos de polución marina son la disposición de residuos sólidos y líquidos de origen urbano, industrial y agrícola, y en menor medida, la contaminación que llega desde los ríos que desembocan en el mar.

Estamos, pues, ante un emergente pluri-focal de estructura compleja.

Para abordarla, la comunidad internacional –a través del *Programa de Mares Regionales* y del *Programa Global de Acción* (GPA) diseñado y ejecutado por UNEP desde 1974 y 1995, respectivamente– está dedicando significativos esfuerzos para proteger los océanos mediante la identificación y regulación de aquellas actividades terrestres que causan la contaminación de las áreas marinas. En suma, el GPA busca evitar la degradación del ambiente marino mediante el desarrollo de directrices omnicomprendivas destinadas a prevenir y controlar las fuentes terrestres de polución en los tres niveles, internacional, regional y nacional. Está demostrado por vía estadística, que el 80% de la polución oceánica se origina en las actividades humanas desplegadas en el área costera y una franja adyacente de alrededor de 100 kilómetros de ancho. Esa área puede extenderse mucho más allá si se contabiliza la contaminación acarreada por los ríos que desembocan en el mar. Prueba de esa presión ambiental son: la creciente alteración y destrucción de hábitats y ecosistemas costero-marinos; el incremento y difusión de procesos de eutroficación; merma en las pesquerías y otros recursos renovables; cambios en los caudales de sedimentación debidos a las variaciones hidrológicas; etc.

En la séptima sesión especial celebrada en Cartagena de Indias, del 13 al 15 de febrero de 2002, UNEP suscribió la decisión SS.VII/6 por la que quedó aprobado el Programa de Trabajo, que había sido propuesto durante la Primera Reunión Inter-gubernamental para la Revisión del GPA, celebrada en 2001 en Montreal.

El Programa pone énfasis en la urgente necesidad de integrar el manejo y protección de los recursos costeros con una correcta administración de las cuencas hidrográficas.

Los componentes neurálgicos del Programa de Trabajo son: el NPA (National Programmes of Action), el SAP Wastewater (Strategic Action Plan on Municipal Wastewater), el PADH (Physical Alteration and Destruction of Habitats), y el

ICARM (Integrated Coastal Area and River Basin Management). A estos deben sumarse el PAO (Public Awareness and Outreach), el Clearing-House Mechanism del GPA y algunas herramientas especiales, tales como los acuerdos legales e institucionales, los acuerdos financieros innovadores, y el Manejo Integrado del Área Costera.

A su vez, los principales propósitos del ICARM son:

- Respetar la integridad de la cuenca hidrográfica y los sistemas costeros, reconociendo cuáles son los límites al uso de los recursos; y
- Promover, en todos los niveles, la integración multisectorial para la toma de decisiones, vinculando los manejos a gran escala con las intervenciones precisas a nivel local.

Dado que la Cuenca del Plata, con una superficie de 3.1 millones Km<sup>2</sup>, es la quinta en área de drenaje del mundo y la segunda de América del Sur<sup>2</sup>; y considerando que ella vuelca en promedio unos 23.000 m<sup>3</sup> de agua por segundo en el océano Atlántico, de los cuales un 97% lo aportan los ríos Paraná y Uruguay<sup>3</sup>, lo que indagaremos en la siguiente sección es el grado de armonía, o de asimetría, entre las normas de derecho interno vigentes en cada uno de los cinco ribereños de la cuenca para prevenir y controlar, directa o indirectamente, la contaminación del medio marino desde fuentes hídricas. El objetivo de esta metodología es verificar si el grado de armonía es tan importante como para facilitar una política y acción integrada respecto de la cuenca hidrográfica, vinculando los manejos a gran escala con las intervenciones precisas a nivel local, a fin de evitar la degradación del ambiente marino de esta franja del Atlántico Sur desde la Cuenca del Plata, cuyas aguas son receptoras de muchos desechos crudos, de efluentes industriales y urbanos, del vertido de material de dragado, y además de recibir todo el escurrimiento superficial de la tierra y residuos de hidrocarburos procedentes del tráfico marítimo<sup>4</sup>.

## II. EL DERECHO DE AGUAS EN LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS DE LA CUENCA DEL PLATA

En esta sección se habrá de listar y describir brevemente las principales normas ambientales relativas al agua, que hayan sido aprobadas por cada uno de los cinco estados bañados por la Cuenca del Plata (ver mapa 1). Nuestra finalidad es detectar qué principios, obligaciones, y objetivos se reiteran en la legislación interna de cada estado, con el fin de discernir cuál es el grado de uniformidad, o disparidad, entre ellas. En razón del volumen de información a manejar, sólo se prestará aten-

2. El área que ocupa la cuenca es aproximadamente un tercio de la superficie total de los EE.UU. y es casi igual a la que ocupan todos los países miembros de la Unión Europea.  
3. MENÉNDEZ y RE, (2005).  
4. KURUCZ, (1997).

ción a las normas de mayor jerarquía, comenzando por los preceptos constitucionales.

## **1. LA CLÁUSULA AMBIENTAL EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS DE LA CUENCA DEL PLATA**

En este párrafo se analizarán y compararán los preceptos ambientales contenidos en las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay. En general, se observa que las Constituciones de Uruguay y de Bolivia dedican poca atención a los temas ambientales, en tanto que las de Brasil y Paraguay son las más completas. La de la Argentina ocuparía un rango intermedio.

Todas ellas tienen disposiciones semejantes sobre la defensa, conservación, y preservación del ambiente, pero sólo la argentina y la brasilera consagran el principio de responsabilidad intergeneracional. Los demás Estados lo hacen a través de normas de rango inferior, en tanto que Uruguay y Paraguay son los únicos que consagran expresamente en normas derivadas, el derecho de acceso al agua potable como un derecho humano.

Salvo Bolivia, los otros cuatro países incluyen la obligación de compensar y remediar el daño causado al ambiente. Sin embargo, sólo la paraguaya y la brasilera se refieren explícitamente a los delitos o crímenes ambientales. Bolivia lo hace a través del Capítulo VI a la ley 1333/92 de Medio Ambiente, en tanto que Argentina y Uruguay lo hacen en sus Códigos Penales.

La Argentina, Brasil, y Paraguay aluden al equilibrio ecológico y proponen un enfoque ecosistémico (más detallado incluso en las Constituciones de las dos últimas), también resguardan los derechos ambientales colectivos y admiten su protección a través de una acción colectiva (llamada «acción de amparo» en las Constituciones de Argentina y Paraguay).

Ese mismo elenco de países garantiza constitucionalmente el derecho tanto a la información como a la educación ambiental.

Salvo Uruguay, el resto de las Constituciones reconoce el derecho de las comunidades aborígenes a defender, gestionar, y preservar aquellos hábitats que tradicionalmente ocuparon. La Constitución paraguaya incluso da prioridad a la aplicación del derecho consuetudinario indígena cuando se trata de resolver conflictos suscitados entre distintas tribus.

La Constitución brasilera incluye normas concretas sobre evaluación de impacto ambiental y manejo de recursos hídricos, en tanto que sólo la Norma Fundamental paraguaya tiene disposiciones sobre desastres o calamidades ambientales.

Las aguas superficiales y las subterráneas son explícitamente consideradas como bienes de dominio público en las Constituciones de Brasil y de Bolivia, e implícitamente en la de la Argentina (esto se infiere del art. 124, cuando dispone que «Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales



existentes en su territorio»). Idéntica política ha sido adoptada por Paraguay y Bolivia, pero a través de normas de inferior jerarquía.

Finalmente, ningún país tiene disposiciones concretas respecto a la prevención y protección del medio marino de su contaminación desde fuentes terrestres (incluidas las hídricas). Sólo Brasil alude al deber de preservar el ambiente y los recursos naturales de la zona costera (art. 225.4).

## **2. EL DERECHO DE AGUAS EN LA LEGISLACIÓN INTERNA**

Este acápite tiene por objeto realizar un análisis comparativo sincrónico, sobre el tratamiento del recurso agua en la legislación más relevante de los cinco ribereños de la cuenca.

### **A) Argentina**

Es un país federal, integrado por un gobierno nacional, 23 provincias y una ciudad autónoma (Buenos Aires). La distribución de competencias administrativas, legislativas y jurisdiccionales entre la Nación y las Provincias se realiza según lo establece el art. 121 de la Constitución, es decir, las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal, además del que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación a la República.

Respecto a la preservación del agua y los recursos hídricos, la Argentina cuenta con la Ley General del Ambiente Núm. 25675/02, la ley 25688/02 sobre Gestión Ambiental de Aguas, la ley 23879/90 (modificada en 1995 y 2004) sobre Evaluación de Impacto Ambiental para Represas, la 24354/94 relativa al Sistema Nacional de Inversiones Públicas, cuyos dos anexos exigen EIAs para puertos y vías navegables, entre otras actividades evaluables, y la ley 25831/04 sobre Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos, y obligaciones: **(1)** preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales; **(2)** participación social en los procesos de toma de decisión; **(3)** uso racional y sustentable de los recursos naturales; **(4)** conservación de la diversidad biológica; **(5)** derecho de las generaciones futuras a gozar de un ambiente sano; **(6)** derecho a la información; **(7)** derecho a la educación ambiental; **(8)** minimización de riesgos ambientales; **(9)** recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental; **(10)** principio precautorio; **(11)** ordenamiento ambiental del territorio; **(12)** principio de congruencia de la legislación provincial y municipal hacia los preceptos de la ley general del ambiente; **(13)** principio de progresividad, en el sentido que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual; **(14)** responsabilidad por los daños causados al ambiente.

A estas prescripciones, la ley 25688/02 sobre Gestión Ambiental de Aguas añade el criterio de unidad ambiental de gestión de las cuencas hídricas, y la obligación de administrar las cuencas interjurisdiccionales a través de Comités de Cuencas. A su vez, la 25675/02 crea un Fondo de Compensación Ambiental a ser administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción.

Es de notar que ni la Ley General del Ambiente ni la de Gestión Ambiental de Aguas han sido reglamentadas todavía. Esta mora legislativa provoca no pocos obstáculos a su efectiva aplicación, dado que la mayoría de sus preceptos no son de naturaleza operativa sino programática.

La Argentina no cuenta con legislación federal específica sobre manejo costero-marino, ni mucho menos sobre prevención de la contaminación marina desde fuentes hídricas. Como se verá más adelante, con lo que se cuenta es con dos proyectos del PNUD, uno de ellos integrado con el Uruguay, relativos al manejo integrado de costas y riberas.

## **B) Bolivia**

Es un país unitario, organizado en 9 departamentos subdivididos en 112 provincias que responden a un gobierno central. Su marco legislativo en materia de aguas, está integrado por la Ley de Aguas del año 1906, la ley 1333/92 de Medio Ambiente, la ley 1604/94 de Electricidad, la Ley 2066/00 de Saneamiento Básico, y los Decretos Supremos 24716/97 sobre Concesiones del Sector Aguas, y 24176/95 que aprueba tres Reglamentos sobre Gestión Ambiental, Prevención y Control Ambiental (regula, entre otros temas, las EIAs), y Contaminación Hídrica.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos, y obligaciones: (1) protección, prevención, y conservación del medio ambiente y los recursos naturales; (2) promoción del desarrollo sostenible; (3) principio de responsabilidad intergeneracional; (4) conservación de la diversidad biológica; (5) optimización y racionalización del uso de aguas, aire suelos y otros recursos naturales renovables garantizando su disponibilidad a largo plazo; (6) derecho a la educación ambiental; (7) ordenamiento territorial, a través de la zonificación ecológica, económica, social y cultural; (8) elaboración y mantenimiento de cuentas patrimoniales con la finalidad de medir las variaciones del patrimonio natural nacional; (9) compatibilización de las políticas nacionales con las tendencias de la política internacional en los temas relacionados con el medio ambiente; (10) promoción y fomento de la investigación científica y tecnológica relacionada con el medio ambiente y los recursos naturales; (11) registrar, organizar, actualizar y difundir la información ambiental nacional; (12) promoción de acciones de saneamiento ambiental, garantizando los servicios básicos y otros a la población urbana y rural en general; (13) derecho a participar en la gestión ambiental, y el deber de intervenir activamente en la comunidad para la defensa y/o conservación del medio ambiente; (14) derecho a ser informado veraz, oportuna y suficientemente sobre las cuestiones vinculadas con la protección del medio ambiente; (15) monitoreo continuo de la calidad

ambiental; **(16)** mitigar y evitar las incidencias ambientales negativas de un proyecto, obra o actividad en proceso de implementación, operación o etapa de abandono; **(17)** recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

La Ley 1333 contiene un par de Capítulos específicos sobre el Recurso Agua (Cap. II) y los Recursos Hidrobiológicos (Cap. VII) que subrayan el manejo integral de las cuencas como unidad geográfica de planificación, y el control de vertidos de cualquier sustancia o residuo líquido, sólido y gaseoso que cause o pueda causar la contaminación de las aguas o la degradación de su entorno. Además crea un Fondo Nacional para el Medio Ambiente (FONAMA) dependiente de la Presidencia de la República, como organismo de Administración descentralizada (art. 87).

En suma, la gestión de los recursos hídricos es descentralizada, colegiada y participativa, y considera la diversidad de los diferentes ecosistemas del país<sup>5</sup>. No es menos importante destacar que el Estado boliviano reconoce el derecho de las comunidades indígenas, originarias y campesinas, de realizar una gestión sostenible y concertada de los recursos hídricos respetando sus autoridades consuetudinarias, sus usos, costumbres, servidumbres, y conocimientos tradicionales sobre el uso del agua<sup>6</sup>.

### C) **Brasil**

Organizado como una república federal, Brasil está dividido en 26 Estados y un Distrito Federal (Brasilia). El tratamiento jurídico de las aguas y los recursos hídricos está contenido en el Código de Aguas de 1934 (Decreto-ley 24643), la ley 9433/77 de Política Nacional del Agua, la ley 6938/81 de Política Nacional de Medio Ambiente, sus Fines y Mecanismos de Formulación, y otras Providencias, la ley 9605/98 de Crímenes contra el Medio Ambiente, la ley 9984/00 de creación de la Agencia Nacional de Aguas, y la ley 7661/88 que instituye el Plan Nacional de Gerenciamiento Costero.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos, y obligaciones: **(1)** principio de responsabilidad intergeneracional; **(2)** promoción del usos sustentable del agua; **(3)** preservación, mejora, y recuperación de la calidad ambiental, haciéndola propicia para la vida; **(4)** recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental y de los recursos hídricos; **(5)** prevenir eventos ambientales e hidrológicos críticos; **(6)** responsabilidad por el daño causado al ambiente, y a bienes de valor estético, turístico y paisajístico; **(7)** prevenir y minimizar el daño ambiental, así como los efectos de sequías e inundaciones; **(8)** control de la polución hídrica; **(9)** derecho a la información ambiental; **(10)** derecho a la educación ambiental; **(11)** mantenimiento del equilibrio ecológico; **(12)** planificación ambiental del territorio y del desarrollo económico y social; **(13)** deber de preservar las áreas más representativas de los ecosistemas; **(14)** participación social

5. DEL CARPIO, (2005).

6. Ebd.

en la gestión ambiental; **(15)** principio de utilización racional e integrada del agua, el suelo, el subsuelo, y el aire.

Como notas singulares de la legislación ambiental brasilera, puede señalarse que la gestión de los recursos hídricos es descentralizada y participativa a través de Comités de Cuencas. A ello se añade el principio de regulación del agua como recurso natural limitado, con valor económico, y multiplicidad de usos.

Brasil cuenta con legislación específica sobre manejo costero-marino (Ley 7661/88, que crea el Plan Nacional de Gerenciamiento Costero). Si bien, en principio, está orientado a la conservación y protección tanto de los sistemas fluviales, estuarinos y lagunares así como de los recursos naturales –renovables y no renovables– de la zona costera, su ámbito de aplicación espacial bien puede extenderse hasta el océano, pues se incluye dentro de su ámbito de aplicación en razón de la materia a las islas costeras y oceánicas y a los promontorios y grutas marinas.

Al igual que la Argentina y Uruguay, también Brasil ejecuta un programa UNEP sobre manejo costero integrado.

#### **D) Paraguay**

Paraguay es un país unitario, dividido en Departamentos y Municipios autónomos. Hasta mediados de 2007, el régimen jurídico del agua estaba disperso en una docena de cuerpos normativos diferentes. Ese año se sancionó la ley 3239 relativa a los Recursos Hídricos del Paraguay, cuya reglamentación está actualmente en estudio. Obviamente, esa ley se articula con otras, también relevantes para el manejo del agua y los recursos hídricos, tales como la ley 294/93 sobre Evaluación de Impacto Ambiental (exigido, entre otras actividades, para obras hidráulicas y portuarias, y para acueductos en general), la ley 352/94 de Áreas Protegidas Silvestres (entre cuyos objetivos está la preservación y el manejo de las cuencas hidrográficas y de los humedales, así como el control de su erosión y sedimentación), y el Estatuto Agrario aprobado por ley 1863/01.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos, y obligaciones: **(1)** gestión y uso sustentable, racional e integral de los recursos hídricos y de los recursos naturales; **(2)** protección, conservación y restauración de territorios productores de agua; **(3)** equilibrio armónico del ambiente con los intereses públicos y privados; **(4)** criterio de unidad de gestión de las cuencas; **(5)** garantizar el derecho humano de acceso al agua potable; **(6)** minimización de los efectos adversos o daños al ambiente; **(7)** valor social, ambiental, y económico de los recursos hídricos; **(8)** enfoque sistémico de las cuencas hídricas; **(9)** derecho a la información ambiental; **(10)** participación de los usuarios en la gestión ambiental y de los recursos hídricos; **(11)** principio de responsabilidad intergeneracional; **(12)** defensa del ambiente contra los efectos del cambio climático sobre las aguas, en especial las inundaciones y la salinización; **(13)** armonización de las leyes y reglamentos ambientales con los tratados y convenios internacionales ratificados por el

Paraguay; **(14)** protección de los caudales ambientales o ecológicos; **(15)** responsabilidad por los daños causados al ambiente.

Por su singularidad, merece recordarse que en el Paraguay el derecho de uso y aprovechamiento de los recursos hídricos no podrá ser otorgado ni transferido a un Estado extranjero o sus representantes (art. 14, ley 3239).

## E) Uruguay

Uruguay es un país unitario, integrado por 19 Departamentos autónomos. La regulación de sus recursos hídricos está en manos del Código de Aguas, aprobado por decreto-ley 14859/78 (reformado en 1987 y 1991), la ley 16466/94 sobre Evaluación de Impacto Ambiental (necesaria para emisarios de líquidos residuales, puertos, obras de explotación o regulación de recursos hídricos, entre otras actividades), y la ley 17283/00 sobre Protección Ambiental.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos, y obligaciones: **(1)** deber genérico de abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca en depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente; **(2)** responsabilidad por el daño causado al ambiente; **(3)** recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas; **(4)** obligación de adoptar todas las medidas tendientes a prevenir, eliminar, y mitigar al máximo los impactos ambientales negativos; **(5)** participación de los usuarios en la gestión ambiental; **(6)** desarrollo sustentable; **(7)** principio de responsabilidad intergeneracional; **(8)** derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado; **(9)** efectiva integración de la dimensión ambiental al desarrollo económico y social; **(10)** principio de gradualidad; **(11)** derecho a la información ambiental; **(12)** derecho a la educación ambiental; **(13)** ordenamiento ambiental del territorio; **(14)** la obligación de considerar a las cuencas hidrográficas como unidades básicas.

Como aspectos particulares de la legislación uruguaya, se destacan el principio de cooperación ambiental regional e internacional, el reconocimiento de la naturaleza trans-sectorial de la gestión ambiental y el deber de conservar la configuración y estructura de la costa uruguaya.

El Proyecto ECOPLATA, que involucra a Uruguay y Canadá (por medio del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo del Canadá), se inicia en 1991 para el desarrollo de la capacidad institucional, de las ciencias del mar, y del desarrollo costero. Simultáneamente, la Gestión Integrada de la Zona Costera<sup>7</sup>, iniciada en 1997, apunta al desarrollo sustentable de los espacios costeros. Su objetivo es consolidar una protección eficaz de las áreas sensibles y asegurar la sustentabilidad en los distintos usos sociales y productivos de la costa.

7. Lo integran el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, la Universidad de la República, la Dirección Nacional de Recursos Acuáticos (DINARA) y el Servicio de Oceanografía, Hidrografía y Meteorología de la Armada

### **III. EL DERECHO DE AGUAS EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL VINCULANTE A LOS ESTADOS RIBEREÑOS DE LA CUENCA DEL PLATA**

En esta sección se habrá de listar y describir brevemente las principales normas ambientales internacionales relativas al agua, que hayan sido adoptadas por los países ribereños de la Cuenca del Plata. Nuestro objetivo es examinar cuán robusta y coherente es la suma de compromisos internacionales asumidos respecto al manejo sustentable e integrado de la cuenca.

#### **1. ACUERDOS MULTILATERALES REFERIDOS A LOS RECURSOS HÍDRICOS**

La Primer Conferencia Panamericana, celebrada en 1889 en la ciudad de Washington, aprobó una serie de recomendaciones, entre las cuales se destaca el derecho de los ribereños de una cuenca transfronteriza a utilizar tanta agua como les sea indispensable siempre que ello no cause un detrimento a los intereses de los otros ribereños. En 1933, durante la Séptima Conferencia Inter-Americana, catorce países centro y sudamericanos aprobaron la Declaración de Montevideo sobre Usos Agrícolas y Ganaderos de los Ríos Internacionales. En ella se recomienda a los signatarios que informen a los demás ribereños antes de emprender cualquier trabajo o estudio sobre un río compartido, de lo contrario éstos pueden iniciar –bajo protesta– un proceso de conciliación para resolver la disputa mediante una comisión técnica conjunta. En caso de que una de las partes se negare a formarla, el conflicto debiera resolverse mediante arbitraje. Esta Declaración fue invocada y aplicada por Bolivia y Chile entre los años 1939 y 1962 para resolver la disputa que mantenían sobre el río Lauca. Otro hito regional fue la Carta de Punta del Este, firmada en 1961, mediante la cual los países americanos admitieron la crucial importancia de que sus pueblos tengan acceso a una cantidad suficiente de agua potable y la necesidad de aunar esfuerzos para el logro de ese objetivo<sup>8</sup>.

Desde los años 60 en adelante, los cinco ribereños de la Cuenca del Plata (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, y Uruguay) asumieron una serie de compromisos mutuos con el fin de asegurar un desarrollo armónico y equilibrado de la región en general y del Río de la Plata y su red de afluentes en particular.

El primer paso fue dado en 1967, con la creación del Comité Intergubernamental Coordinador para los países de la Cuenca del Plata (CIC).

La segunda iniciativa fue tomada en 1968, con la firma del Acta de Santa Cruz de la Sierra, cuyo principal objetivo es preservar para las generaciones futuras el acceso a bienes y servicios mediante: (1) el máximo aprovechamiento de los recursos naturales (Preámbulo, par. 3; y Sección II.C.1.); y (2) la promoción de proyectos compartidos para inventariar y evaluar los recursos naturales de la Cuenca (Sección II.A.3 y II.A.7).

---

8. ALLENDE, (1971).

La siguiente estrategia fue más ambiciosa, pues culminó con la adopción del Tratado de la Cuenca del Plata en 1969, que instituyó al CIC como su órgano permanente (art. 3). Su principal objetivo es promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca, así como de sus áreas de influencia directa y ponderable (art. 1). A tal fin se comprometen a: **(1)** realizar una utilización racional del recurso agua, especialmente a través de un aprovechamiento múltiple y equitativo [art. 1.b)]; **(2)** preservar y fomentar la vida animal y vegetal [art. 1.c)]; **(3)** cooperar en materia de educación, sanidad y luchar contra las enfermedades [art. 1.g)]; **(4)** promover el inventario, evaluación y aprovechamiento de los recursos naturales del área [art. 1.h)]; **(5)** desarrollar acciones colectivas dentro del respeto al derecho internacional y según la buena práctica entre naciones vecinas y amigas (art. 5); **(6)** mantener las condiciones de navegabilidad de los ríos [art. 1.a), y 1.d)]; **(7)** proveer al logro de los objetivos generales de desarrollo de la Cuenca mediante acuerdos específicos o parciales, bilaterales o multilaterales (art. 6); **(8)** adoptar las decisiones mediante el voto unánime de los cinco países miembros del CIC (art. 2, par. 3); y **(9)** asegurar la preservación de los recursos naturales de la región para las generaciones futuras (Preámbulo).

En 1971, el mismo grupo de estados suscribió la Declaración de Asunción sobre Aprovechamiento de Ríos Internacionales. Por medio de ella adoptaron una serie de principios rectores, entre los cuales se destacan: **(1)** el derecho de cada estado de aprovechar las aguas en razón de sus necesidades, siempre que no cause un perjuicio sensible a otro estado de la cuenca (1<sup>er</sup> Principio); **(2)** el intercambio de información (3<sup>er</sup> Principio); **(3)** mantener en las mejores condiciones la navegabilidad de los ríos (5<sup>to</sup> Principio); **(4)** adoptar las medidas necesarias para preservar los recursos vivos de la cuenca, en caso de que se realicen obras en el sistema fluvial de navegación (7<sup>mo</sup> Principio).

En 1992, como resultado de sucesivas Resoluciones adoptadas unánimemente desde el año 1987, los mismos países adoptaron el Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná y sus seis Protocolos Adicionales. Si bien su principal característica radica en que se inserta normativamente dentro del ámbito del Tratado de la Cuenca del Plata (art. 1), las partes lo dotaron de una organización institucional propia (el Comité Intergubernamental de la Hidrovía –CIH, y el Comité del Acuerdo– CA) que funciona con total independencia del CIC (arts. 22 a 25). Este diseño operativo poco aporta a una gestión integrada de la Cuenca, ya que no hay canales de inter-acción ni de comunicación entre ambos órganos<sup>9</sup>. Si se presta atención a las normas ambientales contenidas en el Acuerdo, se comprueba que ellas apuntan a: **(1)** crear una comunidad de intereses adecuada, eficaz y mancomunada, basada en la igualdad de derechos y obligaciones de sus países ribereños (Preámbulo); **(2)** enfatizar el derecho de los países signatarios de adoptar medidas para proteger el medio ambiente, la salubridad y el orden público, de acuerdo con su respectiva legislación interna (art. 34); **(3)** el deber abstenerse de emplear medios o procedimientos que representen ries-

9. CAPALDO, (2003).

gos inaceptables para la seguridad de la navegación, de terceros, o del medio ambiente, al realizar operaciones tendientes a remover obstáculos no permanentes para la navegación (art. 38, del Protocolo Adicional sobre Navegación y Seguridad); (4) la obligación de los dueños o armadores de buques de informar sobre la contaminación de las aguas a las autoridades competentes de cada país (art. 58, del Protocolo *ibídem*); (5) proteger, preservar, y conservar las aguas, la salud humana, la biota, y los recursos naturales de la Hidrovía Paraguay-Paraná, así como minimizar, controlar, y evitar su contaminación (arts. 82 a 101, del Protocolo *ibídem*); (6) adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir, y controlar las contaminación de las aguas ocasionada por los buques y sus operaciones en la Hidrovía (arts. 82 a 101, del Protocolo *ibídem*); (7) mantener la navegabilidad de los ríos (arts. 1 a 36 del Acuerdo, y arts. 35 a 39 del Protocolo Adicional sobre Navegación y Seguridad); (8) intercambiar información sobre seguridad de la navegación, contaminación de las aguas, y sobre toda norma que se prevea dictar en relación con la prevención de incidentes de contaminación, con vistas a que sean compatibles o equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos (arts. 51, 58, y 96, del Protocolo *ibídem*); (9) responsabilizar al Estado signatario por las actividades realizadas en sus aguas jurisdiccionales que constituyan o vayan a constituir peligro, obstáculo para la navegación, o amenaza de daños a terceros, o al medio ambiente (art. 39, del Protocolo *ibídem*).

## **2. MERCOSUR AMBIENTAL**

Nueve años más tarde, en 2001, los cuatro estados ribereños de la Cuenca que a su vez son miembros del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, y Uruguay) firmaron el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente (en vigor desde 2004). Los signatarios se comprometen a respetar los siguientes principios: (1) proteger el medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio [art. 3.a)]; (2) promover el desarrollo sustentable [art. 1, art. 3.c)]; (3) promover una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales [art. 3.e)]; (4) incorporar los aspectos ambientales en las políticas comunes del MERCOSUR [arts. 3.b), y 6.b)]; (5) cooperar en el cumplimiento de los acuerdos internacionales ambientales de los cuales los miembros del MERCOSUR sean partes, e instrumentar la aplicación de aquellos principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que no hayan sido objeto de Tratados Internacionales (arts. 2 y 5); (6) profundizar el análisis de los problemas ambientales de la subregión con la participación de los organismos nacionales competentes y de las organizaciones de la sociedad civil (art. 6, primer párrafo); (7) armonizar la legislación ambiental [art. 6.a) y 6.c)]; (8) intercambiar información [art. 6.a)]; (9) prevenir, controlar y mitigar los impactos ambientales en los Estados Partes, con especial referencia a las áreas fronterizas [art. 6.j)]; (10) promover la educación ambiental [art. 6.l)]; (11)



considerar los aspectos culturales, cuando corresponda, en los procesos de toma de decisión en materia ambiental [art. 6.m)].

Este Acuerdo Marco consta de un Protocolo Adicional en Materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales, firmado en 2001, pero que ningún estado miembro ha ratificado aún.

No será abordado en este trabajo ningún documento vinculado con aguas subterráneas ni con acuíferos confinados o semiconfinados, tales como el Guaraní, por tratarse de temas que están fuera del contexto aquí analizado.

### 3. OTROS ACUERDOS AMBIENTALES

Del escrutinio de los documentos internacionales negociados por sus respectivas Cancillerías, se desprende que los cinco Estados miembro de la Cuenca del Plata son también parte en numerosos tratados ambientales en vigor<sup>10</sup> así como en acuerdos ambientales bilaterales de cooperación<sup>11</sup>, que han consagrado los principios de: (1) desarrollo sustentable, (2) cooperación ambiental, (3) intercambio de datos, (4) protección y preservación de los ecosistemas, (5) prevención, reducción y control de la contaminación, (6) prevención y mitigación de las condiciones perjudiciales, y (7) principios precautorio y contaminador-pagador.

### 4. ACCIONES RELEVANTES EN MATERIA DE MANEJO COSTERO

Desde hace 35 años UNEP coordina distintos Programas de Mares Regionales (Regional Seas Programmes) que apuntan a controlar la acelerada degradación de los océanos y áreas costeras por medio de una serie de estrategias jurídicas y acciones concretas de manejo sustentable relativas al uso de esos espacios marinos y terrestres.

10. Por ejemplo, la Convención Ramsar de 1971 (en 22 I.L.M. 698); el Convenio de 1982 sobre Derecho del Mar (UN Doc. A/CONF.62/122, reprinted in 21 I.L.M. 1261); el Convenio de Viena de 1985 sobre Protección de la Capa de Ozono (en 22 I.L.M. 698) y su Protocolo de Montreal de 1987 con las modificaciones de Londres, Copenhagen, y Montreal (26 I.L.M. 1529 and 1550); el Convenio de Basilea de 1989 sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación (28 I.L.M. 657); el Convenio Marco sobre Cambio Climático de 1992 (31 I.L.M. 849) y el Protocolo Kyoto de 1997, (disponibles en: <http://www.unfccc.int>); el Convenio sobre Diversidad Biológica (31 I.L.M. 322); el Convenio para Combatir la Desertificación de 1994, (disponible en: <http://sedac.ciesin.org/pidb/texts-menu.html>); por solo citar a los más destacados.
11. El Tratado de Cooperación Ambiental, del 1 junio de 1997, firmado por Argentina y Bolivia (aprobado por ley 24774/97, Argentina); el Tratado de Cooperación Ambiental, del 9 abril de 1996, suscripto por Argentina y Brasil (aprobado por ley 24930/97, Argentina); el Acuerdo sobre Evaluación y Control de los Recursos Ictícolas y de la Calidad de las Aguas del Río Paraná, del 26 abril 1989 (disponible en la Sección Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina – DM/DT/N.R. 5) firmado por Argentina y Paraguay; y el Acuerdo sobre las Reglas Aplicables al Control de la Calidad de las Aguas del Río Uruguay, del 5 noviembre 1977, suscripto por Argentina y Uruguay (disponible en <http://www.parlamento-gub.uy/htmlstat/consgenerica/consleyes.asp>).

Más de 140 países participan en 13 Programas de Mares Regionales coordinados por UNEP, a los que se suman otros Programas especiales asociados al de Mares Regionales. Ellos son: el del Mediterráneo (MAP), el del Caribe (CAR), el de las Áreas Costeras y Marinas de la Región del Centro y Oeste Africanos (WACAF), el Plan de Acción para la Protección, Manejo y Desarrollo del Ambiente Marino y Costero de la Región Oriental Africana (EAF), el plan de Protección y Desarrollo de las Áreas Marinas y Costeras de la Región de los Mares del Este Asiático (EAS), el programa de Manejo y Desarrollo del Ambiente Marino y Costero de la Región del Noreste Pacífico (NOWPAP), un Plan de Protección suscrito por la Organización Regional para la Protección del Ambiente Marino (ROPME-KAP), un Plan de Acción para el Sudeste Pacífico (SE/PCF), un Plan para la Conservación del Ambiente Marino y las Áreas Costeras del Mar Rojo y el Golfo de Adén (RED), un Plan para el Manejo Ambiental de la Región del Pacífico Sur (SPREP), el Programa Ambiental para el Mar Negro (BLACK), el plan de Protección y Manejo de los Mares de la Región de Asia del Sur (SAS), el Programa Ambiental Integrado del Mar Báltico (BALTIC), y el Programa de Acción del Nordeste Atlántico (OSPAR), y los programas para la Antártida, para el Ártico, para el Mar Caspio, y para el Noreste Atlántico.

Todos ellos cuentan con tratados regionales en vigor, negociados por los Estados parte de acuerdo a las urgencias de cada zona.

De los cinco países ribereños de la Cuenca del Plata, Argentina, Brasil, y Uruguay cuentan con planes de manejo costero, en los tres casos financiados por organismos internacionales. Lo que los diferencia del Programa de Mares Regionales, es que ninguna de estas acciones se encarrila dentro de un Convenio vinculante que tenga en miras proteger la calidad del ambiente marino.

La Argentina implementó a partir de 2002 y por el término de 5 años (prorrogado hasta el 30/06/08), el proyecto PNUD ARG 02/018, co-financiado por el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF). Abarca toda la costa patagónica argentina, y en su ejecución están involucrados el gobierno federal, las provincias de Río Negro, Chubut, Santa Cruz, y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, junto con la Prefectura Naval Argentina (PNA) y el Servicio de Hidrografía Naval (SHN).

Como se dijo, está orientado exclusivamente a la conservación de la costa patagónica argentina. O sea que del proyecto quedaron excluidos los casi 2.000 km de la costa bonaerense, que es la que más presiones antrópicas genera sobre costas y mar adyacente.

Desde 1999 la Argentina y Uruguay están ejecutando el Proyecto FREPLATA (PNUD/GEF/RLA99/G31, sobre Protección Ambiental del Río de la Plata y su Frente Marítimo: Prevención y Control de la Contaminación y Restauración de Hábitats), cuyos orígenes se remontan a Primera Reunión Binacional Argentino-Uruguaya, sobre la Prevención de la Contaminación en el Frente Marítimo convocada por la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo (CTMFM) en 1993.

La importancia ambiental estratégica de este Proyecto se basa en que cubre el área costera bonaerense que deja vacante por el Proyecto PNUD ARG 02/018. Al norte de esa costa, sobre el AMBA, drena toda la Cuenca del Plata. El AMBA es un área geográfica que agrupa a la ciudad de Buenos Aires y los 32 municipios de la provincia de nombre homónimo que la rodean. Es un área que cubre menos del 1% de la superficie total del país, en donde viven unos 12 millones de personas que representa el 33% de la población nacional. Allí se asienta uno de los polos industriales y petroquímicos más importantes de país, desde donde se genera el 50% del PBI, hay alrededor de 100 basurales clandestinos, y el volcado de efluentes y contaminantes al río y sus afluentes se realiza con escaso control estatal.

El proyecto FREPLATA co-existe con el Proyecto ECOPLATA, iniciado diez años antes (1989) merced a un Acuerdo General de Cooperación para el Desarrollo entre Uruguay y Canadá. Ya se está en la fase de ejecución del ECOPLATA III, cuyo principal objetivo es la elaboración de un modelo conceptual para el Manejo Integrado de la Zona Costera del Río de la Plata.

Brasil instituyó el Plan Nacional de Manejo Costero en 1988, a poco de sancionar la ley 7661. A veinte años de aquella iniciativa, el Ministerio de Medio Ambiente conduce un ambicioso plan de gerenciamiento de los 17 Estados costeros de Brasil. Sus 8.500 km de costa, en donde operan cerca de 300 municipios, son administrados por la Gerencia de Calidad Costera, bajo la supervisión del Ministerio por intermedio del Proyecto de Gestión Integrada de los Ambientes Costeros y Marinos, en el ámbito del Programa de Gerenciamiento Ambiental Territorial (PGT), de la Secretaría de Calidad Ambiental en los Asentamientos Humanos (SQA, en portugués). En comparación con la Argentina y Uruguay, el programa costero brasileño es el más completo y ambicioso, pues incluye, entre otros objetivos, la gestión integrada de la orla marítima y la evaluación del potencial sustentable de los recursos de la zona económica exclusiva.

#### **IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES ACERCA DE LA EXISTENCIA DE UN *CORPUS IURIS AQUARUM AMBIENTALIS* Y SU CONEXIDAD CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO**

La lectura de la apretada síntesis hecha en las páginas precedentes sobre los objetivos y contenidos más relevantes del elenco de normas ambientales clave, nacionales e internacionales, seleccionadas por cada Estado miembro de la Cuenca del Plata, nos permite colegir que las analogías superan ampliamente en número a las discrepancias. Si por asimetría o discrepancia entendemos aquellos principios y obligaciones que sólo son consagradas por uno o dos de los cinco Estados, se comprueba que los mismos se reducen a los siguientes ítems: principio de progresividad o gradualidad (Argentina y Uruguay); obligación de elaborar cuentas patrimoniales con el fin de medir las variaciones del patrimonio natural nacional (Bolivia); hacer un monitoreo continuo de la calidad ambiental (Bolivia); proveer a la defensa del ambiente contra eventos ambientales e hidrológicos críticos y contra

los efectos del cambio climático sobre las aguas, en especial las inundaciones y la salinización (Brasil y Paraguay); obligación de proteger los caudales ecológicos (Paraguay); y obligación de garantizar el derecho humano de acceso al agua potable (Paraguay y Uruguay).

Por el contrario, tal es el grado de coherencia jurídica alcanzado a lo largo de 75 años de historia común, que no dudamos en afirmar que el mismo adquiere la naturaleza de un sólido *Corpus Iuris Aquarum Ambientalis* de naturaleza consuetudinaria y vinculante<sup>12</sup>, cuyo núcleo central está integrado por los siguientes principios, obligaciones, derechos, y objetivos:

- Preservación, protección, y conservación del agua, y de los recursos naturales;
- Derecho a la participación social en los procesos de gestión ambiental;
- Derecho a la información ambiental;
- Derecho a la educación ambiental;
- Utilización racional y equitativa del agua y de los recursos naturales;
- Derecho al desarrollo sustentable;
- Principio de responsabilidad inter-generacional;
- Deber de minimizar, controlar, y prevenir la contaminación del agua y del ambiente;
- Deber de recomponer los daños causados al ambiente y a los recursos hídricos;
- Planificación y ordenamiento ambiental del territorio;
- Responsabilidad por los daños causados al ambiente;
- Deber de emplear el criterio de unidad de gestión de las cuencas hídricas;
- Cooperación y relación de buena vecindad entre los ribereños;
- Intercambio de datos e información entre los ribereños;
- Deber de notificar y de realizar consultas previas a cualquier plan, obra, o acción concerniente a la utilización de un curso de agua internacional;
- Deber de mantener las condiciones de navegabilidad de los ríos;
- Principio de libertad de navegación de los ríos internacionales;
- Responsabilidad de los Estados por todo daño o amenaza de daño al ambiente a causa de sus propias actividades o de las actividades de las personas físicas y jurídicas domiciliadas en su territorio;

---

12. CAPALDO, (2008).

- Deber de evitar todo daño transfronterizo significativo;
- Enfoque ecosistémico;
- Solución pacífica de controversias;
- Deber de observar y fortalecer todos los tratados ambientales de los cuales los Estados ribereños son parte;

Este *Corpus* de principios, obligaciones, derechos, y objetivos aplicables al manejo de los recursos naturales en general y de los recursos hídricos en especial, es un excelente marco teórico y jurídico para desarrollar una política común a los Estados miembro de la Cuenca del Plata, y *mutatis mutandi*, del MERCOSUR, que facilite una acción regional integrada, enfocada a prevenir la contaminación del medio marino desde fuentes hídricas. Esa acción debiera vincular los manejos a escala regional con las intervenciones precisas a nivel local, a fin de evitar la degradación del ambiente marino desde fuentes hídricas.

Las preguntas que forzosamente tenemos que formularnos a esta altura de las conclusiones preliminares son dos, (1) si el escenario presente y el futuro mediato tienen indicios ambientales suficientes para generar un estado de alerta sobre la probable contaminación del medio marino desde la Cuenca del Plata; y (2) si están dadas las condiciones jurídicas para adoptar un convenio multilateral regional, o en su defecto un conjunto de resoluciones obligatorias, que prevengan la contaminación del medio marino desde fuentes terrestres, incluidas las hídricas.

La respuesta afirmativa se impone por las razones que serán expuestas a continuación.

## 1. SITUACIÓN AMBIENTAL DEL RÍO DE LA PLATA Y SU FRENTE MARÍTIMO

Además de ser el cuerpo de agua más ancho de Latino América (llega a los 230 km en la desembocadura), sabemos que el Río de la Plata es un sistema fluvio-marino (ver mapa 2) casi único en el mundo<sup>13</sup>. Esta naturaleza hace de él un ambiente acuático altamente complejo, como lo es, por ejemplo, el Estuario y el Golfo de Saint Lawrence en la costa atlántica canadiense.

Hay cuatro cuencas hídricas que, desde la costa uruguaya, vierten sus aguas al Río de la Plata y su Frente Marítimo<sup>14</sup>. Sobre estas cuencas se asienta una de las principales áreas de producción agrícola del país, caracterizada por el uso indiscriminado de fertilizantes que son vertidos en la cuenca del río Santa Lucía, así como de industrias asociadas a la agricultura. Otro segmento de la costa recibe los efluentes de industrias textiles y curtiembres, y de piletas de reciclado de metal. En la zona costera de Carrasco el mayor impacto antropogénico viene del turismo, y en la Bahía de Montevideo procede del puerto y de las refinerías de petróleo (ver mapas 3 y 4).

13. MÉNDEZ et al, (1997).

14. Ellas son: el río Santa Lucía, el Arroyo Pantanoso, el Arroyo Miguelete, y el Arroyo Carrasco.

Hay una intrincada red hidrológica que, desde la costa argentina, vierte sus aguas al Río de la Plata<sup>15</sup>. A ellos se suman dos importantes desagües de aguas servidas e industriales en Berazategui y Berisso. Las presiones ambientales antropogénicas se presentan bajo la forma de efluentes industriales sin tratar o tratados insuficientemente, aguas servidas, desagües pluviales y domésticos, residuos sólidos, y derrames de petróleo desde buques (ver mapas 5 y 6).

Por la considerable cantidad de nutrientes (carbono, nitrógeno, y fósforo) que se vierten al Río de la Plata, más los que vienen de arrastre desde todo el largo de la Cuenca del Plata, hay una expansión de floraciones fitoplactónicas tóxicas<sup>16</sup>. Dentro de los contaminantes inorgánicos, se registran niveles elevados de mercurio, y niveles base de cadmio, plomo, cromo, zinc, y cobre<sup>17</sup>. Respecto de contaminantes orgánicos, se detectaron trazas de pesticidas clorados asociados con agua y material en suspensión en los ríos de la Plata y Uruguay<sup>18</sup>.

Según los resultados del Taller realizado en Colonia Suiza, Uruguay, el 27 de mayo de 2004, sobre «Presentación y Discusión del Documento Análisis Diagnóstico Transfronterizo (ADT) del Río de la Plata y su Frente Marítimo» (ver cuadros 1 y 2), los diversos impactos ambientales al que están sometidos el río, sus costas, y su frente marítimo, afectarán muy negativamente los usos y servicios de este sector de la región en el mediano (+ 25 años) y largo plazo (+ 50 años). Esos estudios multidisciplinares «[...] sugieren que la magnitud de los impactos negativos sobre el sistema podría representar a largo plazo (+ 50 años) el doble que en la actualidad. Esta “visión” de un posible futuro se refiere a un desarrollo sin la aplicación de medidas de prevención y mitigación de los impactos ambientales.»<sup>19</sup> Si se los agrupa por orden de importancia, esos impactos negativos significarán:

- Aumento del riesgo de vertimientos y derrames
- Aumento de la presión poblacional sobre los espacios costeros
- Aumento del volumen (y cambios en la composición) de residuos agroindustriales
- Alteración de los caudales de los ríos tributarios (por efecto del cambio climático)

---

15. Se trata de: el río Luján; los Arroyos Medrano, Vega, White, Maldonado, Riachuelo, las Perdices, las Piedras, San Francisco, Giménez, las Conchitas, Pereyra, Martín, Carnaval, Rodríguez, y la Guardia; los canales de drenaje Sarandí, Santo domingo y Villa Elisa; la cuenca del río Santiago; los canales Este y Oeste y el barranco Andaluza en el distrito de Magdalena.

16. BRAZEIRO et al, (1994.a, b, c)

17. MOYANO et al, (1992).

18. JANIOT y ROSES, (1990, 1992).

19. PROYECTO PNUD/GEF-RLA/99/G31, Documento Técnico, (2005).

- Aumento del volumen de residuos (en particular efluentes urbanos)
- Aumento del volumen de residuos (en particular desechos sólidos)
- Aumento de la presión económica sobre los espacios costeros
- Riesgo de sobreexplotación de recursos pesqueros,
- Invasión de especies exóticas por vertimiento del agua de lastre de los buques y pinturas «anti-fouling»
- Aumento del dragado
- Aumento del nivel del mar

Es forzoso colegir que la duplicación de la magnitud de estos impactos producidos por una fuente hídrica de aquí a 50 años, no sólo impactará negativamente sobre la zona de transición entre ecosistemas fluviales y marítimos, sino además sobre el medio marino que recibe las aguas del río (ver mapa 7). Dado el escenario de impacto ambiental adverso que tenemos por delante, el desarrollo de marcos jurídicos complementarios a los existentes es una estrategia a tomar en cuenta.

## 2. CONTEXTO JURÍDICO FAVORABLE/DESFAVORABLE

El Tratado de la Cuenca del Plata faculta a los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros a adoptar decisiones (por voto unánime), que tengan por objeto trazar directivas básicas de política común, así como adoptar las providencias necesarias para el cumplimiento del Tratado y el logro de sus propósitos (art. 2). Entre éstos está la preservación de los recursos naturales de la región (Preámbulo). Simultáneamente, encomienda al Comité Intergubernamental Coordinador (CIC) la tarea de ejecutar las decisiones que se adopten en la reunión de Ministros (art. 3). Por último, pero no menos importante, nada obsta a que las Partes Contratantes concluyan acuerdos específicos o parciales, bilaterales o multilaterales, encaminados al logro de los objetivos generales del acuerdo marco (art. 6). El Tratado bilateral del Río de la Plata y su Frente Marítimo es un ejemplo de ello, el de la Hidrovía es otro. No hay razones, pues, para **no** adoptar otro más específico orientado a preservar y prevenir la contaminación del medio marino desde la Cuenca. Nuestra postura no alteraría en absoluto el ámbito espacial de aplicación del convenio, extendiéndolo a zonas que le son ajenas, ya que –como se vio oportunamente– su principal objetivo es promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca, así como de sus áreas de influencia directa y ponderable (art. 1). El mar adyacente al río es una de ellas.

La importancia del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo para el tema aquí desarrollado no es menor, puesto que el Río de la Plata es el último segmento de la Cuenca del Plata, y por lo tanto su desembocadura en el Atlántico. Sus órganos son la Comisión Administradora (arts. 59 a 67), la Secretaría (art. 61), y la Comisión Técnica Mixta (arts. 80 a 84). Una de las funciones legislativas clave de la Comisión Administradora es dictar normas reguladoras de la actividad de

pesca en el río en relación con la conservación y preservación de los recursos vivos [artículo 66.b)], mientras que a la Comisión Técnica Mixta se le encomienda presentar proyectos sobre armonización de las legislaciones de ambas Partes, con respecto a las materias que son objeto del cometido de la Comisión [art. 82.f)]. Entre estos cometidos está el establecer normas relativas a la prevención y eliminación de la contaminación [art. 82.d)]. En otras palabras, las funciones legislativas de ambos órganos están acotadas a materias específicas. Esta suerte de *capitis diminutio* puede ser sorteada gracias a lo previsto en los artículos 66.j. y 82.h., que le acuerdan a ambas Comisiones no sólo el cometido de cumplir las demás funciones que las Partes le asignen en su Estatuto, sino también hacerlo por medio de notas reversales u otras formas de acuerdo. En estos casos, siempre dentro de lo que es el objeto y fin del Tratado, las Comisiones pueden adoptar resoluciones de carácter obligatorio, que se tornen vinculantes luego del intercambio de notas reversales, por dar un ejemplo. Una de esas resoluciones podría regular el tema de la prevención de la contaminación marina desde el Plata.

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

Hemos descrito sumariamente las sinergias ambientales entre los cursos de agua dulce y el mar. Desde datos aportados por investigaciones multidisciplinarias, hemos comprobado cuán significativa es la contaminación de la cuenca del Plata, más precisamente en su desembocadura sobre el Atlántico a través del Río de la Plata. Desde las ciencias duras nos advierten que nuestro estuario es un «sistema fluvio-marino» que es necesario preservar por sus características casi únicas en el mundo.

Analizamos el contexto jurídico, tanto de orden interno como regional e internacional, que se aplica en los cinco países ribereños de la Cuenca del Plata, y hallamos que la Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, tienen en común un amplio espectro de principios, derechos, obligaciones y objetivos. Tal es su grado de coherencia, que nos fuerza a sostener que existe un sólido *Corpus Iuris Aquarum Ambiental* compartido por los cinco estados de la región (cuatro de ellos, a la sazón, miembros del MERCOSUR). Ello nos conduce a afirmar que tal *Corpus* no solo es aplicable a la Cuenca del Plata, sino también a la del Amazonas, que es la otra gran cuenca hídrica del MERCOSUR.

Analizamos también cuáles son los mecanismos de toma de decisión dentro del marco del Tratado de la Cuenca del Plata y del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo.

Dimos cuenta además de los numerosos programas de mares regionales auspiciados por UNEP, que cubren casi todo el planeta, excepto el Atlántico Sur.

En razón de y con fundamento en todo ello, sostenemos que están dadas las condiciones óptimas para que esos países den muestras concretas de su compromiso por evitar o minimizar los daños al ambiente marino, no solo controlando las



actividades costeras sino muy especialmente aquellas otras que se despliegan a lo largo de sus redes hídricas que desembocan en el Atlántico Sur, pues ellas son las rutas colectoras de todas las actividades poluentes que se desarrollan a la vera de sus riberas, con lo cual traen hasta el mar la contaminación que se genera bien tierra adentro.

Para llevar adelante este objetivo, creemos que los Estados aludidos cuentan con dos opciones, una óptima o de máxima y otra imperfecta o de mínima.

### 1. ESTRATEGIA ÓPTIMA O DE MÁXIMA

Sería laudable que los Estados adopten un tratado especial para el Atlántico Sur, relativo a la prevención de la contaminación del medio marino desde fuentes terrestres, incluidas especialmente las fuentes hídricas. Este Programa debiera recoger no sólo los principios y acciones que ya son comunes a todos los Programas de Mares Regionales administrados por UNEP, sino además –y muy especialmente por su solidez– aquellos otros ya consagrados por la Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay a lo largo de 75 años.

Si así se hiciera, obtendríamos las siguientes ventajas:

– Contaríamos con un Programa de prevención de la contaminación del medio marino en una región que aún está vacante de políticas y marcos jurídicos regionales, el Atlántico Sur.

– Este Programa debiera incluir un capítulo especial dedicado a la prevención de la contaminación del medio marino desde fuentes hídricas, que se haga eco del rico mosaico de preceptos jurídicos que componen el que yo denomino *Corpus Iuris Aquarum Ambientalís*.

– A los principios y acciones vigentes en los Programas de Mares Regionales en vigor, se le podrían añadir los suficientemente consolidados por este quinteto de países del Atlántico Sur, no solo en materia hídrica, sino más ampliamente en materia ambiental.

– Con este Programa no sólo se cubriría un área geográfica vacante de regulación, sino que se estarían regulando ambientalmente las actividades desplegadas a lo largo de 16.800 km de litoral marítimo (sumatoria de las costas de Brasil, Uruguay y Argentina).

### 2. ESTRATEGIA IMPERFECTA O DE MÍNIMA

En caso de que no exista la voluntad política de negociar un tratado de esta envergadura, a los mismos Estados les queda otra opción, menos ambiciosa, que consistiría en adoptar una resolución obligatoria a los países miembros de la Cuenca del Plata, con el fin de tomar acciones concretas para controlar y prevenir la degradación del medio marino originada en esa red hídrica.

Sin embargo, en virtud del ámbito de aplicación en razón del espacio, esta opción de mínima tiene el defecto de que sólo sería aplicable a la Cuenca del Plata y de ningún modo podría hacerse extensiva al resto de las cuencas hídricas de estos cinco países sudamericanos que, en un altísimo número, desembocan en el Atlántico.

Dados los procesos de toma de decisión adoptados para la Cuenca del Plata, sería indispensable dar una serie de pasos previos encaminados a:

(a) Reglamentar el art. 3 del Tratado de la Cuenca del Plata, que faculta al CIC a *ejecutar* las decisiones que se adopten en las Reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores.

(b) Reglamentar los artículos 66.j) y 82.h) del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, que facultan a la Comisión Administradora y a la Comisión Técnica Mixta a adoptar *resoluciones de carácter obligatorio* (por ejemplo, mediante el intercambio de notas reversales) respecto de los asuntos que son objeto del tratado, entre los cuales está el establecer normas relativas a la prevención y eliminación de la contaminación [art. 82.d)]. En razón del tema abordado en este trabajo, el objetivo de esas normas sería proteger el medio marino de la contaminación que se descarga desde la Cuenca.

(c) Articular las acciones de las dos Comisiones del Tratado del Río de la Plata, con las del Comité Intergubernamental Coordinador de la Cuenca del Plata (CIC), con el fin de que el CIC, previa decisión adoptada por voto unánime de la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, las ejecute y haga obligatorias para el resto de los ribereños de la Cuenca del Plata, habida cuenta de que la contaminación del Río de la Plata y su Frente Marítimo no solo es consecuencia de las acciones de los dos países (Argentina y Uruguay) cuyas costas son bañadas por el Río de la Plata antes de desembocar en el Atlántico, sino también de las acciones de los Estados que están aguas arriba (Bolivia, Brasil y Paraguay).

Señalamos que esta articulación entre el CIC y las Comisiones creadas por los otros tratados que regulan aspectos parciales de la misma Cuenca (sea en razón del espacio o en razón de la materia), es indispensable y urgente. Es inentendible que aún no se ha logrado, a pesar de que transcurrieron casi 40 años desde la firma del tratado marco para la Cuenca del Plata en 1969. No dudamos en señalar que éste es uno de los más serios problemas de gobernabilidad que afrontan los ribereños de esta cuenca transfronteriza.

En suma, dadas las limitaciones procesales, operativas, y espaciales descriptas en el párrafo anterior, pocas dudas quedan respecto de la conveniencia de promover la primera de las acciones sugeridas, es decir, negociar un Convenio para el Atlántico Sur a ser coordinado por UNEP dentro de su Programa de Mares Regionales. Como se vio, la oportunidad y la plataforma jurídica para hacerlo son inmejorables.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALLENDE, Guillermo (1971), *Derecho de aguas*, Buenos Aires, ed. EUDEBA.

BRAZEIRO, A., et al (1994, a), «Environmental factors associated with a toxic bloom of *Alexandrium tamarensis* in the Uruguayan coast», *Unpublished paper*, Instituto Nacional de Pesca, Montevideo, 22 pgs.

— (1994, b), «Florecimiento tóxico de *Alexandrium tamarensis* asociado a la presencia de un sistema de frente (Uruguay)». *Abstract of poster paper*.

— (1994, c), «Florecimientos tóxicos de *Gymnodinium catenatum* en Uruguay», *Abstract of poster paper*.

CAPALDO, Griselda (2003), «South American Paraná-Paraguay Waterway (HIDROVIA). An Environmental Diagnosis and prognosis», *Yearbook of International Environmental Law*, (Volume 14-2003), Oxford University Press, pgs. 185-210.

CAPALDO, Griselda (2008), *The Río de la Plata Basin: is there a Corpus Iuris Aquarum Ambientalis applicable to the pulp mills case on the Uruguay River?*, History of Water Law Book, Springer (in process of publication).

DEL CARPIO, Fernando (2005), «Legislación nacional sobre aguas», capítulo del libro *Política exterior en materia de recursos hídricos*, pgs. 127-144, La Paz-Bolivia, EDOBOL.

FREPLATA, PROYECTO PNUD/GEF-RLA/99/G31, Documento Técnico (2005), *Análisis diagnóstico transfronterizo del Río de la Plata y su Frente Marítimo*, Montevideo, 312 pgs.

JANIOT, L. J. y ROSES, D. E. (1992), *Distribución de pesticidas clorados entre agua y material en suspensión en el Río de la Plata*, pgs. 101-108. UNESCO and IOC (COI) editors.

KURUCZ, Américo, et al. (1997), *The Río de la Plata. An Environmental Overview*, pgs. 71-86, Nova Scotia, CIID-UNESCO.

MÉNDEZ, Silvia et al (1997), *The Río de la Plata. An Environmental Overview*, pgs. 87-116, Nova Scotia, CIID-UNESCO.

MENÉNDEZ, A. N. – RE, M. (2005), «Hidrología del Río de la Plata», en: *El cambio climático en el Río de la Plata*, pgs. 69-83, Buenos Aires, CIMA-CONICET.

MOYANO, M. et al (1992), *Diagnóstico primario de la contaminación química en las costas de Montevideo*, pgs. 93-99. UNESCO and IOC (COI) editors.

MOSTO, Gustavo: «Producción urbana», en *Atlas Ambiental de Buenos Aires*, disponible en: [http://www.atlasdebuenosaires.gov.ar/aaba/index.php?option=com\\_content&task=view&id=303&Itemid=145&lang=es](http://www.atlasdebuenosaires.gov.ar/aaba/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=145&lang=es) (visitada el 2-4-08).

PÍREZ, Pedro: Gestión, en *Atlas Ambiental de Buenos Aires*, disponible en: [http://www.atlasdebuenosaires.gov.ar/aaba/index.php?option=com\\_content&task=view&id=34&Itemid=161&lang=es](http://www.atlasdebuenosaires.gov.ar/aaba/index.php?option=com_content&task=view&id=34&Itemid=161&lang=es) (visitada el 2-4-08).

## VII. REFERENCIAS DOCUMENTALES

Acuerdo de 1992 de Santa Cruz de la Sierra de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (*1992 Santa Cruz de la Sierra Agreement on the Fluvial Transport along the Hydrovia*), signed in Valle de las Leñas, 26 June 1992, approved by Act 24385/94 (Argentina, Official Gazzete 21 November 1994). Together with the Agreement six Additional Protocols were signed, and approved by the above mentioned Act. (It can be accessed at <http://infoleg.mecon.gov.ar/normas/774.htm>)

Acta de Santa Cruz de la Sierra, 20 mayo 1968, en *Tratados y documentos internacionales*, ed. Zavalía, Buenos Aires 1993, p.655. It was unanimously adopted by Argentina, Bolivia, Brazil, Paraguay, and Uruguay.

Declaración de Montevideo de 1933, Resolución 72 –Organización de Estados Americanos– OEA/Treaty Series A-40.

Declaración de Asunción sobre la Utilización de Ríos Internacionales, 3 junio 1971, available at Ministry of Foreign Affairs of Argentina, Treaties Section – Leg. 754. It was unanimously adopted by Argentina, Bolivia, Brazil, Paraguay, and Uruguay.

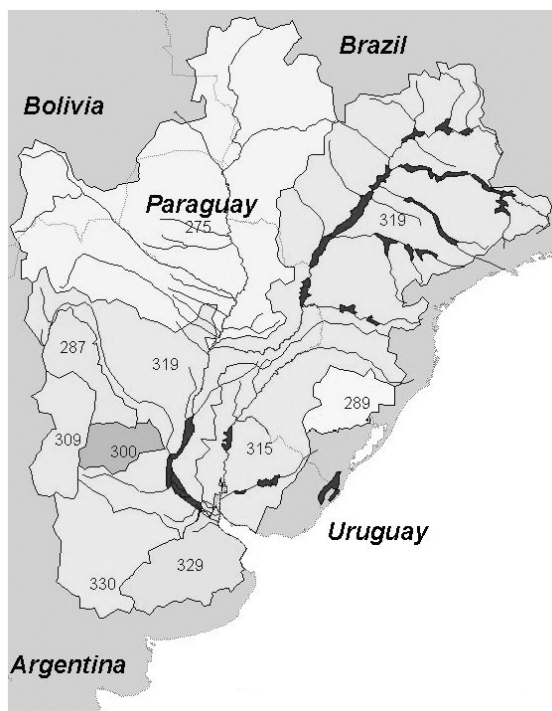
Tratado de la Cuenca del Plata (*Treaty of the River Plate Basin*), Brasilia, 23 April 1969, U.N.T.S. 1973 No. 12.550. It entered into force on 14 August 1970.

UNEP (OCA)/LAB/IG.2/7, 5 diciembre 1995, referido al Programa Global de Acción para la Protección del Ambiente Marino desde fuentes terrestres

## VIII. ANEXO

### Mapa 1

#### Cuenca del Plata



### Mapa 2

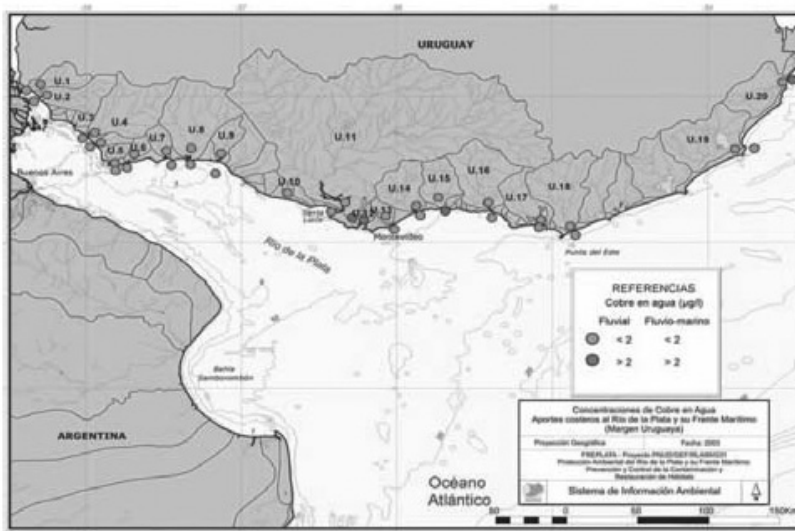
#### Río de la Plata y su Frente Marítimo



### Mapa 3

#### Calidad de las aguas en el Río de la Plata

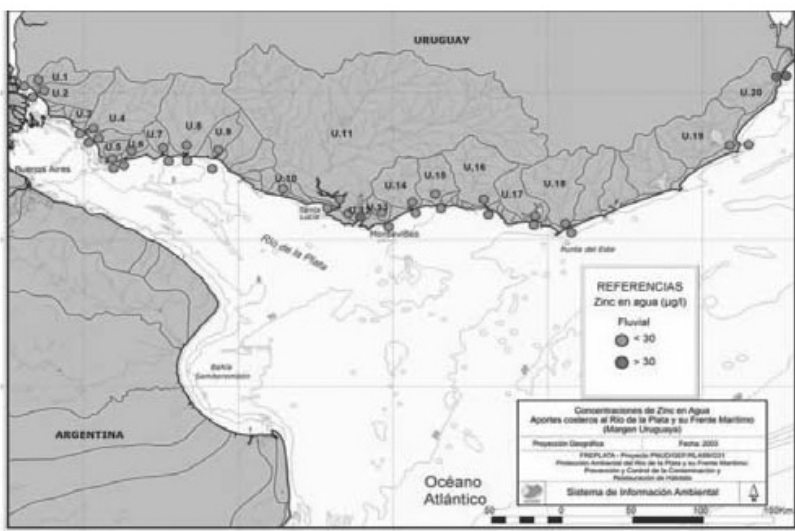
(Fuentes terrestres de contaminación desde las costas uruguayas)



### Mapa 4

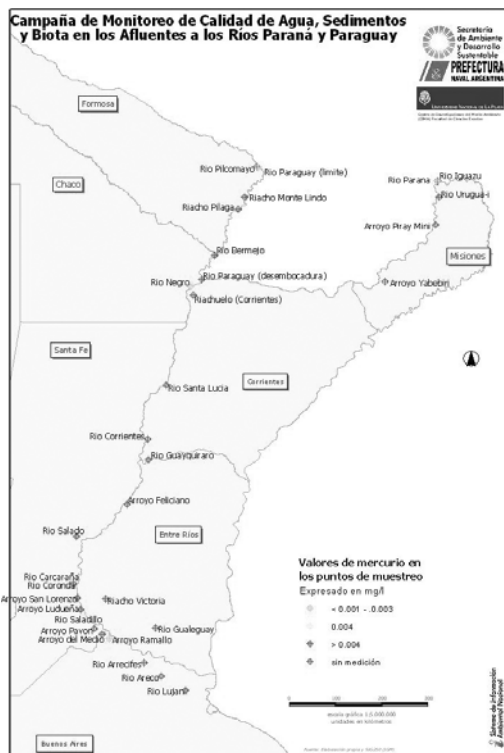
#### Calidad de las aguas en el Río de la Plata

(Fuentes terrestres de contaminación desde las costas uruguayas)



### Mapa 5

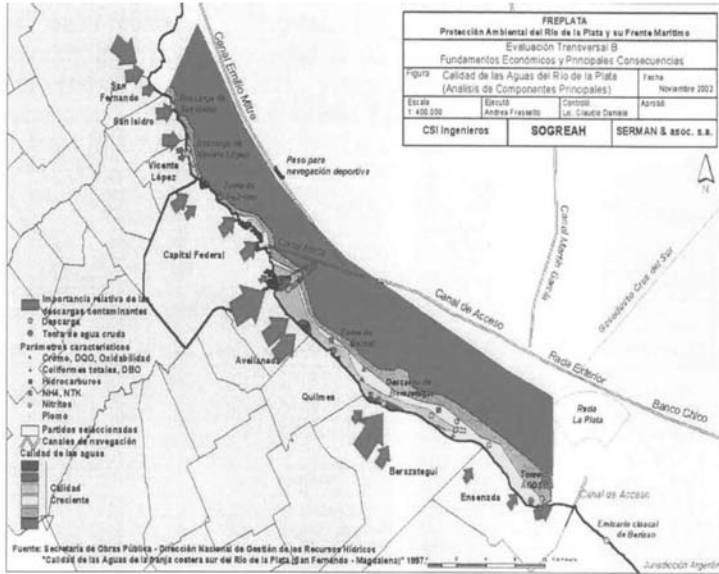
### Calidad del Agua, Sedimentos y Biota en la HIDROVIA Paraná-Paraguay



**Mapa 6**

**Calidad de las aguas del Río de la Plata**

(Fuentes terrestres de contaminación desde las costas argentinas)



**Mapa 7**

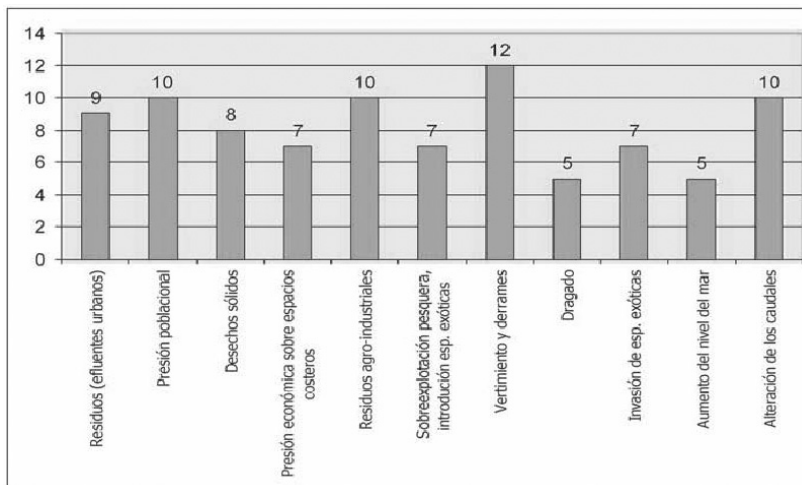
**Pluma del flujo de agua del Río de la Plata sobre su Frente Marítimo**





**Cuadro 1**

**Magnitud del impacto de las «posibles consecuencias negativas» sobre los usos y servicios del sistema acuático del Río de la Plata y su Frente Marítimo**



**Cuadro 2**

**Posibles tendencias y consecuencias negativas en el área de influencia del Río de la Plata y su Frente Marítimo**

