

BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO DE AGUAS EUROPEO¹

JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

I. *Introducción.*—II. *El camino hacia la dominialización de las aguas. Italia, Francia, Alemania.*—III. *Organización administrativa en materia de aguas. La cuenca hidrográfica. Italia, Francia, Alemania.*—IV. *La planificación de las aguas. Italia, Francia, Alemania.*—V. *Conclusiones.*—VI. *Referencia bibliográfica.*

RESUMEN

La publicación de las aguas en los Derechos nacionales europeos no ha cesado de intensificarse en las dos últimas décadas, en un proceso iniciado por la Ley alemana de 1976, seguida por la española de 1985 y, más tarde, por la francesa de 1992 y la italiana de 1994. Esta «convergencia» hunde sus raíces en las «cosas comunes» del Derecho romano, y en el aprovechamiento ribereño subsiguiente, pero en las últimas décadas han contribuido a robustecerlo la escasez del recurso y la necesidad de protegerlo. Esta misma «convergencia» se extiende a la organización y la planificación: la cuenca se ha convertido en la base de la organización administrativa, y la planificación en el instrumento de gestión de las aguas.

Palabras clave: publicación; aguas; Derechos nacionales europeos; convergencia; escasez; protegerlo; planificación; cuenca.

ABSTRACT

In the last two decades, European national laws have increasingly emphasised the public nature of water-right ownership, in a process of «publication» that began with the German law of 1976, followed by the Spanish 1985 law, then the French one in 1992 and the Italian in 1994. This convergence amongst national legislations is rooted in the Roman-law concept of *res commune* (common things) and the ensuing approach to waterside usufruct. However, the scarcity of water has made this concept of communality more robust as attempts are made to accord greater protection to this resource. This same convergence can be seen in organisation and planning: the watershed has become the basis of administrative organisation, and planning has become a key instrument in integrated water management.

Key words: publication; waters; European national laws; convergence; scarcity; protection; planning; watershed.

¹ Texto de la ponencia presentada al II Congreso Nacional de Derecho de Aguas, celebrado en Murcia del 22 al 25 de noviembre de 2005.

I. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la promulgación de la Ley de Aguas española de 2 de agosto de 1985, y bajo los auspicios del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y yo mismo publicamos un libro, *El Derecho de aguas en España*, que, por un lado, situaba el régimen español de las aguas en su contexto histórico, a la luz de sus precedentes, y, por otro, llevaba a cabo un análisis pormenorizado de las innovaciones más relevantes del texto legal. Pareció entonces oportuno tratar el Derecho comparado, en particular el régimen de las aguas de los países europeos continentales más relevantes (Francia, Italia, Alemania), no sólo por razón de su peso político o demográfico, sino porque entendíamos que el régimen de las aguas vigente en cada uno de dichos países podía ofrecer pautas para comprender más cabalmente la evolución de nuestro propio Derecho y las reformas acometidas en 1985².

En general, puede decirse que el Derecho de aguas de los citados países arranca del viejo tronco de las «cosas comunes» del Derecho romano, y del consiguiente reconocimiento a los propietarios ribereños del aprovechamiento de las aguas, siempre que no causaran daños a terceros. La consideración en la Ley española de 1866-1879 de las aguas como bienes de dominio público se insertaba en dicha tradición jurídica, intercalando un intenso control administrativo en la gestión de las aguas a través de autorizaciones y concesiones a aquellos usuarios y para aquellos usos que la Administración estimara más pertinente: en último extremo, la escasez del recurso estaría en el origen de esta intensa intervención administrativa en la gestión de las aguas, que es lo que significa el régimen del dominio público. Desde luego, esta expresión de ninguna manera se podía identificar con propiedad en el sentido civil, esto es, como una apropiación pública de las aguas.

Esta reflexión conjunta con el Derecho de los países europeos más relevantes arrojaba entonces un resultado dispar en lo que podríamos llamar el proceso histórico de publicación de las aguas: la Ley alemana de 1976, secundada posteriormente por la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1981 en lo tocante a las aguas subterráneas, había llegado a resultados muy parecidos a los del Derecho español publicando por completo el aprovechamiento de las aguas sobre la base de su consideración como «cosas públicas». Por el contrario, las legislaciones francesa e italiana a la sazón vigentes (Ley de 1964 y Texto único de 1933, respectivamente) no habían alcanzado el referido grado de publicación; así, la legislación francesa mantenía la distinción tradicional entre las aguas del dominio público (las antiguas navegables y flotables) y las no dominiales, en las que el aprovechamiento correspondía a los propietarios ribereños bajo ciertas condiciones de carácter policial.

² GALLEGO ANABITARTE/MENÉNDEZ REXACH/DÍAZ LEMA, *Derecho de Aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986. Me correspondió a mí la redacción de la parte relativa al Derecho comparado.

El panorama ha cambiado sensiblemente en los veinte años transcurridos desde 1985. Como tendremos ocasión de comprobar seguidamente, las reformas legislativas emprendidas en los citados países ponen de manifiesto que se han dado pasos decisivos en el camino hacia una más intensa intervención administrativa en la gestión, en el camino hacia la consideración de las aguas como bienes de dominio público. Los aspectos relacionados con la planificación de las aguas o con la organización administrativa adquieren también un notable protagonismo, como sucede en la legislación de aguas española. En realidad, existe una estrecha relación entre las tres cuestiones enunciadas que hemos seleccionado como muestra significativa de la evolución del Derecho de aguas en Europa.

II. EL CAMINO HACIA LA DOMINIALIZACIÓN DE LAS AGUAS. ITALIA, FRANCIA, ALEMANIA

El proceso de dominialización de las aguas ha sido especialmente visible en el Derecho italiano, a resultas de la Ley 36/1994, de 5 de enero (la llamada Ley Galli). En efecto, de conformidad con el artículo 1 del Texto único de 1933, las aguas adquirirían carácter público o dominial en virtud de un acto administrativo que confirmara su aptitud para servir los intereses generales, de forma presente o potencial³. Ciertamente, a través de esta vía, una parte muy considerable de las aguas fueron declaradas de dominio público, pero quedaban, de todos modos, importantes masas de agua de naturaleza privada, fundamentalmente aguas subterráneas.

La Ley 36/1994, de 5 de enero, culmina el proceso de dominialización del conjunto de las aguas en Italia tanto superficiales como subterráneas, de acuerdo con el principio de solidaridad previsto en el artículo 1, que constituye la base de la declaración de dominio público: «todas las aguas superficiales y subterráneas, aunque no hayan sido alumbradas, son públicas...». Desaparecen con ello las dudas existentes en torno a la compleja declaración de dominialidad prevista en el Texto único de 1933, que con frecuencia abocaba a conflictos que debía resolver una jurisdicción especializada en la materia⁴.

La declaración general de publicidad de las aguas ha sido acogida con satisfacción en el Derecho italiano, porque, en efecto, amplía la cantidad de aguas de esta naturaleza, y tiene, sobre todo, una notable incidencia en las aguas subterráneas. Aunque éstas estaban sometidas al régimen general del Texto único de 1933, en la práctica la flexibilidad inherente a la declaración de dominialidad producía el resultado de que las aguas subterráneas quedaban sustraídas de dicho proceso.

³ Sobre esta declaración de dominialidad, véase GALLEGO ANABITARTE/MENÉNDEZ RE-XACH/DÍAZ LEMA, *Derecho de Aguas en España*, cit., págs. 728 y ss.

⁴ *Ibidem*, pág. 733. Estos Tribunales especiales han sido suprimidos por el Decreto-Ley de 11 de noviembre de 2002; sobre esto, cfr. K. CECCARELLI, «La tutela delle acque pubbliche: profili giurisdizionali e processuali», en *La disciplina giuridica delle risorse idriche* (eds. N. LUGARESÍ y F. MASTRAGOSTINO), Maggioli, 2003, págs. 428 y ss.

Son evidentes las similitudes con el proceso de dominialización de las aguas acaecido en España bajo la Ley de 1985, que, por cierto, también en Italia dio lugar a vivas polémicas en torno a la indemnización de los aprovechamientos anteriores. Como entre nosotros, el criterio de un sector doctrinal que exigía indemnización al Estado como consecuencia de la dominialización producida por la Ley no fue acogido por la Corte constitucional en sentencia de 19 de julio de 1996, por estimar que el carácter público de las aguas no implicaba una apropiación por el Estado en sentido estricto, sino sólo una intensificación de las funciones garantizadoras y de gobierno, o, lo que lo mismo, una versión modernizada del dominio público⁵.

Solamente quedan exceptuadas de la declaración de dominialidad general de la Ley de 1994 ciertos usos menores, las aguas pluviales, charcas y las aguas subterráneas destinadas a usos domésticos⁶.

En la tradición jurídica francesa no existe un régimen único de las aguas, sino regímenes diversos en atención a que las aguas pertenezcan al dominio público, o puedan ser objeto de apropiación por los particulares. La conveniencia del mantenimiento de un régimen de apropiación se puso en cuestión con ocasión de la reforma acometida por la Ley de 16 de diciembre de 1964, y nuevamente se produjo la misma discusión con motivo de la reforma de 1992 (Ley de 3 de enero), que constituye el Derecho vigente en la actualidad.

En efecto, a lo largo de los años 1980 se puso de manifiesto la necesidad de reformar la legislación de aguas, contribuyendo a ello la adaptación al Derecho europeo, las insuficiencias de la Ley de 1964 y el hecho de que, a pesar de contar con abundantes recursos hidráulicos, a partir de los años 1970, Francia sufrió durante varios veranos procesos de sequía no acostumbrados.

Cabía, por ello, esperar una regulación de las aguas de carácter más publicista; sencillamente, la incorporación de todas las aguas al dominio público. No ha sido, sin embargo, así: la reforma de 1992, en la misma línea de la reforma de 1964, mantiene la distinción tradicional entre las aguas del dominio público (las antiguas corrientes de agua navegables y flotables) y las aguas privadas. En realidad, la reforma de 1992 se propone dos objetivos modestos: la mejora de la gestión y la lucha contra la contaminación, sin plantearse frontalmente la modificación del régimen de las aguas.

En efecto, la Ley de 8 de abril de 1898 (que sigue siendo norma básica en la materia) distinguía dos grandes tipos de corrientes de agua: por un lado, las navegables y flotables, sometidas al dominio público; por otro lado, las demás, sometidas a un régimen de apropiación. La Ley de 1964 introdujo entre ambas categorías una intermedia, las llamadas corrientes de agua mixtas, que aparentemente significaban un paso en la dirección del dominio público. Sin embargo, este apartado de la Ley de 1964 ni si-

⁵ Sobre esto, véase Silvia BERTAZZO, «Profili quantitativi nella gestione delle risorse idriche», en *La disciplina...*, cit., págs. 129 y ss.

⁶ Las aguas termales y minerales mantienen un régimen especial, al margen de la Ley de 1994.

quiera llegó a desarrollarse. Por ello, la Ley de 1992 en el fondo vuelve a la antigua distinción entre las corrientes de agua de dominio público y las apropiables por los particulares.

El régimen de las corrientes de agua apropiables (que discurren por los torrentes, arroyos, etc.) arranca de la atribución al ribereño de la propiedad sobre el cauce, tal como establece el artículo 98 del Código rural: «el cauce de las corrientes de agua no dominiales pertenece a los propietarios de las dos riberas». Sobre esta base se reconoce a los ribereños un derecho de uso de las aguas, previsto en el artículo 644 del Código civil y en el artículo 97 del Código rural, que tradicionalmente se limitaba a los usos agrícolas, aunque con el paso del tiempo se admitieron usos de carácter industrial (pero no los hidroeléctricos). Por supuesto, este derecho puede ser cedido, de tal modo que el límite más importante que fija la legislación francesa es el respeto al mismo derecho de los ribereños inferiores.

Por el contrario, las corrientes de agua más importantes tienen el carácter de dominio público, que arranca del criterio tradicional de la navegabilidad y flotabilidad, aunque hoy haya perdido en parte su significación práctica. Una Ordenanza de 10 de julio de 1935 estableció la lista de estas corrientes de agua navegables y flotables. La incorporación a esta lista, así como la desclasificación de la misma, deben ser acordadas por Decreto, aunque es preciso señalar que la desclasificación no implica que las aguas pasen a ser objeto de apropiación: el carácter del dominio público se mantiene. Obviamente, el régimen de estas aguas es radicalmente distinto al de las anteriores, puesto que la propiedad del cauce corresponde al Estado, y, por supuesto, el otorgamiento de derechos de uso sobre las mismas también es de competencia estatal.

En último término, hemos de referirnos a las aguas que no formen parte de un curso o corriente de agua; es el caso de las pluviales, de las procedentes de fuentes o de las subterráneas. Todas ellas tienen naturaleza privada, aunque se pueda dudar del título jurídico concreto que las ampara. Así, en el caso de las aguas pluviales, su naturaleza privada deviene de un derecho de ocupación; mientras que en las aguas subterráneas se discute si el título es la accesión o la ocupación.

El distinto régimen de las aguas (corrientes dominiales y no dominiales, y aguas estrictamente privadas) ha determinado tradicionalmente un régimen de aprovechamiento y, por tanto, unos controles administrativos muy diferentes. Sin embargo, hay que tener presente que ya la Ley de 8 de abril de 1898 había exigido autorización administrativa para aquellas obras que afectaran al discurrir de las aguas, regla que la Ley de 1964 mantuvo.

Sobre esta base, la Ley de 3 de enero de 1992, en el artículo 10, introduce un principio general de control administrativo —consistente en una autorización administrativa o una simple declaración— aplicable por igual a las corrientes de agua no dominiales y dominiales, así como a las subterráneas. Únicamente quedan excluidos los aprovechamientos domésticos. Sin llegar a la declaración formal de dominio público, la Ley de 1992 provoca en una gran medida las mismas consecuencias prácticas.

En efecto, en lo que respecta a las aguas no dominiales, el citado artículo 10 exige autorización o declaración en función de los peligros que el aprovechamiento representa y la gravedad de sus efectos sobre el recurso y los ecosistemas acuáticos. En concreto, el apartado tercero somete a autorización todas las instalaciones y obras que representen un peligro para la sanidad o la seguridad pública, que puedan dañar el libre discurrir de las aguas, de reducir el recurso, de incrementar notablemente el riesgo de inundación, de afectar gravemente a la calidad o a la diversidad del medio acuático... Fuera de estos supuestos más graves, es suficiente una simple declaración. Por supuesto, la autorización puede ser revocada por las mismas razones que han sido señaladas (salubridad pública, riesgo de inundación, amenaza al medio acuático, etc.).

El precepto citado ha sido desarrollado por el Decreto de 29 de marzo de 1993, precisando los supuestos incluidos en uno u otro procedimiento, de autorización o declaración.

Dentro del ámbito de las aguas no dominiales, únicamente quedan excluidos de los citados controles administrativos los usos domésticos (por tales se entiende el aprovechamiento de 40 m³/día).

Al margen de este régimen general hay que situar las llamadas «zonas especiales de reparto de las aguas», así como medidas excepcionales de suspensión o limitación provisional de las autorizaciones, fundamentalmente en caso de sequía o similares.

El régimen de las aguas no dominiales constituye uno de los rasgos más característicos del Derecho francés, que, manteniendo formalmente el derecho al aprovechamiento sobre las mismas, no obstante, para asegurar la protección del recurso, lo somete a unos controles administrativos rigurosos en todo idénticos a los existentes en el aprovechamiento de las aguas dominiales. Éstas, en efecto, se someten a los mismos procedimientos del artículo 10 —autorización o declaración—, a que acabamos de referirnos. En todo caso, corresponde al Prefecto la adopción de las resoluciones pertinentes. Obviamente, tal regulación es posible porque el problema de gestión de las aguas no es tanto de cantidad como de calidad.

En definitiva, la Ley de 1992 unifica el control administrativo en el aprovechamiento de las aguas, pasando por encima de su distinto régimen básico o de apropiación, porque en el caso de las aguas no dominiales dichos controles han de considerarse como limitaciones impuestas a los ribereños, mientras que en el caso de las dominiales surgen del aprovechamiento del dominio público.

Por lo que respecta a las aguas subterráneas, se produce una situación similar. Ya la Ley de 1964 estableció una autorización para las tomas de agua no domésticas, mientras que admitió la extracción libre de las domésticas (la frontera entre unas y otras se sitúa en 8 m³/hora). Pues bien, la Ley de 1992 extiende también a las aguas subterráneas los mismos procedimientos ya señalados del artículo 10 (declaración o autorización para toda obra o actuación que afecte a las aguas subterráneas sin limitaciones).

En síntesis, la unificación de los procedimientos de declaración y autorización previstos en el artículo 10 de la Ley de 1992, aplicables por igual a

las aguas dominiales y a las no dominiales —ambas superficiales— y también a las subterráneas, demuestra que el legislador francés, a pesar de que ha mantenido aparentemente el régimen de apropiación tradicional de las aguas como en la Ley de 1964, en realidad ha dado un paso decisivo en el camino hacia la dominialización total del recurso. Sólo la abundancia de recursos hidráulicos explica que se haya quedado a las mismas puertas de la declaración de dominio público. Visto desde nuestra perspectiva, se podría decir que si la dominialización impulsada por el legislador español desde 1866 y culminada en 1985 (aguas subterráneas) trae su origen de la escasez cuantitativa del recurso, en el caso francés son las exigencias cualitativas (conservacionistas o medioambientales) las que explican la imposición del mismo régimen a todas las aguas, aun manteniendo el régimen tradicional de apropiación. No se considera imprescindible la intervención administrativa en el reparto de todas las aguas, pero el control administrativo para asegurar su conservación produce unos resultados muy cercanos a la declaración de dominialidad general. Visto en una perspectiva histórica, éste parece que será el próximo e inevitable paso de la legislación francesa.

Por el contrario, puede decirse que el Derecho alemán apenas ha conocido innovaciones sustanciales en materia de aguas desde la Ley de 16 de octubre de 1976 (*Wasserhaushaltsgesetz*). Esta Ley, que reformó la de 27 de julio de 1957, llevó a su plenitud la publicación de todas las aguas, considerándolas en conjunto como «cosas públicas» e imponiéndoles, por consiguiente, unas muy intensas limitaciones jurídico-públicas, que se traducen en que, con ciertas salvedades, la inmensa mayoría de los aprovechamientos están sometidos a un previo control administrativo (o bien de carácter autorizatorio o bien de carácter concesional). Esto es aplicable por igual a las aguas superficiales y a las aguas subterráneas, sobre las que se pronunció una importante sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1981.

Ello no significa, sin embargo, que no se hayan acometido sucesivas reformas en los años noventa; la Ley de 1976 ha sido reformada en los años 1994, 1996 y 2002 (la séptima y última reforma ha sido aprobada por Ley de 19 de agosto de 2002). Los problemas más importantes que han debido encarar dichas reformas, y en particular las dos citadas en último lugar, han tenido relación con la aplicación del Derecho comunitario y sus consecuencias sobre la organización de las aguas, extremando la atención a los aspectos medioambientales y conservacionistas. El último texto establece una regulación de las cuencas, fija exactamente su delimitación y refuerza las medidas de planificación que ya estaban contenidas en el texto de 1976, todo ello vinculado a los objetivos de conservación medioambiental y calidad de las aguas que han sido mencionados.

En efecto, el fundamento constitucional de la Ley es «la administración del agua», bajo cuya expresión se esconden dos finalidades en principio contrapuestas pero que deben ser ponderadas por las autoridades administrativas: la protección medioambiental y la mayor utilidad general. Estos límites marcan la intervención administrativa, y en esta misma me-

dida acepta la Ley ciertas iniciativas privadas o usos libres que se mantienen. La impronta medioambiental de la Ley es perceptible en sus primeros artículos, y en particular en el artículo 1.a), al establecer los principios y fines de gestión del agua (en beneficio de los intereses generales), destaca reiteradamente objetivos medioambientales, como evitar los daños ecológicos o el respeto a las exigencias de la protección del clima; o los artículos 25.a) o 33.a), que insisten en que la gestión de las aguas debe evitar toda modificación de su estado ecológico y químico.

III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE AGUAS. LA CUENCA HIDROGRÁFICA. ITALIA, FRANCIA, ALEMANIA

El proceso de descentralización que de una manera reiterada conoce el Estado italiano desde los años 1970 (reformas de 1970-72, 1975-77, 1997-1998) afecta, como no podía ser de otra manera, también a las aguas. Si la Constitución de 1948 se regía por el principio de que el Estado ostentaba una competencia legislativa y administrativa general, mientras que las atribuciones regionales tenían un carácter específico y tipificado, las sucesivas reformas descentralizadoras culminadas en la Ley constitucional de 2001 han alterado sustancialmente este panorama

A este respecto, conviene tratar en primer término las reformas introducidas antes de la Ley constitucional 3/2001, que afectan a las aguas, y posteriormente los principios de la Ley de 2001, cuyas consecuencias sobre la organización de las aguas no están totalmente desarrolladas en el momento actual.

La Ley 183/1989 (que, en el marco de la protección del suelo, moderniza el régimen de las aguas), así como las posteriores 36/1994 y 152/1999, llevan a cabo un doble proceso consistente en potenciar el papel del Estado en el plano legislativo y en atribuir mayores facultades a las regiones en el plano administrativo. Desde un punto de vista sustantivo, las Leyes citadas —empezando por la 183/1989— incardinan el régimen de las aguas dentro del amplio concepto del «gobierno del territorio» en el que se incluyen las competencias urbanística o medioambiental.

En este contexto, el Decreto legislativo 112/1998 atribuyó al Estado la fijación de una serie de criterios comunes o estándares, así como la formación del balance hídrico nacional (planificación hidrológica). Mantiene la distinción entre cuencas regionales y nacionales, otorgando poderes decisorios a las regiones exclusivamente en el primer caso y sólo facultades de participación en el segundo caso. En la elaboración de los planes de cuenca intervienen no sólo las autoridades hidráulicas, sino también las regionales generales.

Hemos dicho que el proceso iniciado por la Ley 112/1998 implica reforzar las facultades administrativas de las regiones; y, en efecto, la gestión del dominio público se encarga en su totalidad a las mismas, de manera que, según la doctrina, se produce una escisión entre la titularidad del recurso, que se mantiene en manos del Estado, y la gestión, que se entrega a las re-

giones y a las entidades locales. Corresponde, por ello, a las regiones el otorgamiento de concesiones, previo un informe vinculante de la autoridad hidráulica de cuenca acerca de la compatibilidad del proyecto con las previsiones de la planificación hidrológica⁷; las grandes derivaciones para aprovechamientos hidroeléctricos se reservan, no obstante, al Estado. Por lo demás, el abastecimiento de poblaciones se mantiene en su integridad en el ámbito local. En este mismo esquema de la Ley 112/1998, las obras hidráulicas corresponden fundamentalmente a las regiones, y sólo se atribuyen al Estado aquellas de carácter primario o interregional.

La reforma constitucional de la Ley 3/2001 introduce importantes novedades, que no afectan al plano administrativo, pero sí al plano normativo. En general, la mayor innovación introducida en el Título V de la Constitución se refiere a la relación entre la legislación estatal y la regional, invirtiendo la cláusula residual: las facultades legislativas ordinariamente se atribuyen a las regiones, salvo las competencias atribuidas con carácter exclusivo al Estado, de modo que se extiende también al plano legislativo el principio de subsidiariedad. A tenor de este mismo principio, no solamente se produce la descentralización en favor del nivel regional, sino incluso del local, puesto que la reforma de 2001 asume facultades normativas de las entidades locales de una cierta entidad. En consecuencia, se mantienen en manos del Estado las grandes obras hidráulicas, como por ejemplo las que afectan a las grandes vías de navegación, pero adquieren un papel predominante las regiones en la fase de planificación, e incluso se atribuyen a las entidades locales lo que podríamos denominar inspección y vigilancia en el uso de las aguas.

En definitiva, a partir de los años 1970 el Derecho italiano conoce un fuerte proceso descentralizador en favor de las regiones, del que no podía estar ausente la gestión de las aguas, pero hasta la reforma constitucional de 2001 el Estado había retenido lo esencial de las facultades legislativas y aspectos decisivos de la planificación; en las sucesivas reformas de los años setenta y noventa las regiones sólo habían visto acrecidas sus facultades administrativas; sin embargo, la reforma de 2001 de la Constitución refuerza el poder regional también a través de la vía legislativa, de manera que, según la doctrina, el influjo de la legislación estatal sobre las aguas se va a producir más bien a través de títulos transversales como la tutela medioambiental, el gobierno del territorio o la garantía de niveles esenciales en las prestaciones de derechos civiles y sociales.

La organización de las aguas en Francia ha conocido importantes modificaciones a partir de la Ley antes citada de 1964, continúa en 1971 con la creación del Ministerio de Medio Ambiente (al que se atribuyeron las

⁷ Véase Silvia BERTAZZO, «Profili quantitativi nella gestione delle risorse idriche», en *La disciplina...*, cit., pág. 142, nota 43, que advierte de la complejidad del sistema, que más adelante (pág. 176) critica por entender que se produce una descomposición de las competencias entre el nivel de la planificación y el propiamente administrativo de las concesiones, sin que sean eficaces los mecanismos de coordinación previstos. Al parecer, la Ley de 4 de marzo de 1996 ha tratado de remediar este estado de cosas, pero, de todos modos, no parece que la solución sea satisfactoria.

competencias en materia de aguas, que hasta ese momento correspondían a los Ministerios de Agricultura y de Obras Públicas) y culmina en la Ley de 1992 y sus Reglamentos de desarrollo, que potencian los instrumentos de planificación. No en vano, como hemos dicho, la Ley de 1992 tiene por objeto mejorar la gestión de las aguas y la lucha contra la contaminación.

En efecto, la Ley de 1964 establece por primera vez en el Derecho francés la cuenca como unidad geográfica de gestión del recurso. Se trata, sin duda, de una de las mayores innovaciones de esta norma, desarrollada por un Decreto de 21 de octubre de 1965 donde se fijaron los límites de las seis cuencas hidrográficas. Las cuencas constituyen la base de una organización descentralizada de las aguas, que tiene en las Agencias de cuenca y en los Comités de cuenca sus órganos más emblemáticos, en ambos casos con una fuerte participación de los usuarios, las entidades locales y, por supuesto, de la Administración central. Esta organización descentralizada se completa con la creación de un órgano consultivo —el Comité Nacional del Agua, previsto en el artículo 15 de la Ley de 1964—.

La Ley de 1992 fortalece los instrumentos ya previstos en la Ley de 1964, tanto de carácter organizativo como de planificación, partiendo de la consideración del carácter unitario de los recursos hidrológicos (aguas superficiales y subterráneas). Pero, según hemos visto, esto quiere hacerse compatible con el mantenimiento de regímenes diversos sobre las aguas (dominial y no dominial); el reforzamiento de los instrumentos de planificación es la vía elegida por el legislador francés para asegurar la gestión equilibrada y uniforme de los recursos hidrológicos.

El mismo proceso se advierte en la legislación alemana. En lo relativo a la organización de las aguas, la Ley en el artículo 1.4 establece la cuenca como unidad de gestión del recurso, incluyendo tanto las aguas subterráneas como las costeras afectadas, y dentro de la cuenca prevé la existencia de unidades inferiores. En el artículo 1.b) fija la lista de las cuencas (Danubio, Rin, Elba, Oder, etc.), añadiendo a continuación la necesidad de coordinar la gestión de las mismas con las autoridades estatales de la Federación o con otros Estados, pertenezcan o no a la Unión Europea.

IV. LA PLANIFICACIÓN DE LAS AGUAS. ITALIA, FRANCIA, ALEMANIA

La planificación de las aguas en el Derecho italiano es relativamente reciente. Si prescindimos de algunos antecedentes contenidos en normas de 1952 y 1962 relativos a la planificación de obras hidráulicas, en rigor la planificación de las aguas surge en la Ley 319/1976, de 10 de mayo, que prevé la creación de unos llamados planes de protección («tutela») de las aguas con la finalidad de ordenar su saneamiento.

Hay que esperar, sin embargo, a la Ley 183/1989 para encontrar un régimen completo de planificación de las aguas: divide el territorio nacional en cuencas hidrográficas que pueden tener carácter nacional, interregional o regional; prevé la creación de autoridades de cuenca, y dispone lo relativo a su competencia más importante: formular los Planes de cuenca, cuyo

contenido está estrechamente ligado a la ordenación territorial y a la «protección del suelo», que es el objeto propiamente dicho de esta Ley. La diferencia entre los distintos tipos de cuenca y planes trae como consecuencia que la aprobación de los nacionales e interregionales corresponda al Presidente del Consejo, mientras que los regionales son competencia de las regiones respectivas.

La Ley Galli, de 1994, antes comentada, añadió a los instrumentos de planificación de la Ley de 1989 el llamado «balance hídrico», cuyo objeto es garantizar el equilibrio entre las necesidades para los distintos usos y la disponibilidad de los recursos hídricos. La elaboración y aprobación de este «balance» corresponde a la misma autoridad de cuenca, previendo la misma Ley, además de balances por cuencas, también un balance hídrico nacional.

La Ley de 11 de mayo de 1999 sistematiza la legislación precedente, convirtiendo el balance hídrico en una planificación global de las aguas, con objetivos de cantidad y de calidad, e inserta en ella los planes de tutela que se conciben como desarrollo de los anteriores, pero con alcance regional. Por ello mismo, la competencia para su aprobación sigue residiendo en las regiones. En este esquema se produce la aplicación de las Directivas comunitarias, en particular la 2000/60, cuyo objeto es precisamente reducir la contaminación de las aguas y favorecer la progresiva mejora del estado de los ecosistemas acuáticos.

La incorporación de los planes no deja de generar ciertas distorsiones en la gestión hidráulica tradicional, que, como en el caso español, estaba muy influida por la fijación de prioridades de uso. La Ley de 1994 oscila entre el respeto a las normas tradicionales sobre dicha prioridad (tal como se reflejaba en el Texto único de 1933), manteniendo una lista de usos: el consumo humano, los regadíos, los usos industriales y los usos hidroeléctricos (con concesiones reservadas con carácter indefinido al Ente nacional de la energía eléctrica, y la nueva orientación ecológica plasmada en la garantía de los caudales ecológicos (*minimo defluso vitale*). Pero la fijación de estos caudales no sólo afecta al sistema de prioridades, sino también al mismo otorgamiento de las concesiones, en la medida en que puede introducir una excesiva discrecionalidad en favor de la Administración; y también a lo largo de la vida de la concesión, puesto que deben adaptarse en todo momento al balance hidrológico, lo que exigirá en su caso la correspondiente modificación.

También la legislación francesa ha convertido a la planificación en un instrumento capital en la gestión de las aguas. Como hemos dicho, la Ley de 1992 se propuso el objetivo de asegurar la gestión equilibrada y uniforme de las aguas y, con ciertos precedentes en la Ley de 1964, instauró unos instrumentos muy precisos de planificación, que en lo esencial están tomados del Derecho de la ordenación territorial y del urbanismo. Del mismo modo que la planificación territorial contiene las grandes orientaciones, que luego serán desarrolladas por la planificación urbanística (respetando, por supuesto, la autonomía local), la Ley de Aguas francesa de 1992 crea los Planes directores de ordenación y gestión de las aguas y, en desarrollo

de éstos, los Planes de ordenación y gestión de las aguas (*schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux* y *schémas d'aménagement et de gestion des eaux*, respectivamente).

En cuanto a los primeros, que constituyen la mayor innovación de la Ley de 1992, son aprobados por el Prefecto previas las consultas pertinentes. La articulación entre ambos tipos de Planes de aguas está calcada de la existente entre la planificación territorial y la urbanística: el Plan director se impone a los Planes de ordenación o aprovechamiento ulteriores y, por supuesto, compromete las decisiones individuales en materia de aguas; sin embargo, en lo relativo a otros instrumentos de planificación cuyo objeto no sea el agua, el Plan director sólo será «tenido en cuenta». Desde luego, el Plan director no obliga directamente a los particulares.

El segundo instrumento de planificación de las aguas es el Plan de ordenación o aprovechamiento, que constituye un desarrollo del Plan director, y se aprueba para cada unidad hidrográfica, cuyo perímetro ha de ser en principio determinado por el Plan director. En líneas generales, corresponde a este Plan de ordenación o aprovechamiento establecer el estado de los recursos, hacer un balance de los mismos, indicar los diferentes usos posibles de las aguas. En concreto, el contenido del Plan de ordenación ha sido precisado por una Circular de 12 de octubre de 1992, y consiste en la previsión de obras; normas en caso de sequía, inundaciones, etc.; instalaciones clasificadas por razón de protección medioambiental; perímetros de protección para la captación de agua destinada al consumo humano; concesiones; otros actos de gestión del dominio público; etc.

La planificación de las aguas está muy arraigada en la legislación alemana: ya prevista en la Ley de 1957, ha sido perfeccionada en las reformas posteriores. El texto vigente de 2002, en los artículos 36 y siguientes, regula toda una cadena de planes para la gestión de las aguas sobre la base de las cuencas hidrográficas antes señaladas. En primer lugar, el artículo 36 prevé un programa de medidas con unos contenidos básicos, que debe respetar los fines de la ordenación territorial. A continuación, el artículo 36.b) prevé planes de aprovechamiento que deben contener un inventario de las aguas, el estado de las mismas, zonas de protección, un análisis económico del uso del agua, etc.

Sin embargo, aunque el marco formal haya variado poco, el contenido y la orientación han cambiado sustancialmente. Puede darnos una buena idea del cambio producido en la legislación alemana desde la Ley de 1976 a la vigente de 2002 contrastar el contenido de estos planes de aprovechamiento previstos en el citado artículo 36.b); en el texto de 1976 el acento se pone en los aprovechamientos del agua («los Estados aprobarán planes de aprovechamiento de las aguas para hacer frente a las necesidades de los usos correspondientes»), mientras que en la versión de 2002 el mismo plan relega a un plano secundario el aprovechamiento del agua y se concentra en una serie de objetivos de carácter netamente protector y medioambiental. De este modo, la Ley convierte a la planificación en el instrumento central para alcanzar la adecuada conservación de los recursos hidráulicos de acuerdo con los fines señalados en el artículo 25.a), en coherencia con

la reforma de la Ley Fundamental aprobada por Ley de 27 de octubre de 1994, que en el artículo 20.a) añadió una nueva meta o finalidad al Estado, cual es la protección de los fundamentos de la vida natural (*das Staatsziel des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen*).

V. CONCLUSIONES

El proceso de publicación del régimen de las aguas en los Derechos nacionales europeos aquí analizados (Italia, Francia, Alemania) no ha cesado de intensificarse en las dos últimas décadas. El legislador italiano y, en menor medida, el francés han seguido el camino trazado primero en la Ley alemana de 1976 y más tarde en la española de 1985, que, aunque con distintas herramientas conceptuales, habían llegado a la publicación total y unitaria de las aguas continentales, en el caso español declarando todos los recursos hidráulicos de dominio público. La Ley italiana de 1994 consume el mismo paso en el Derecho italiano, mientras que la francesa de 1992 no ha dado el paso de declarar formalmente el dominio público sobre todas las aguas, porque mantiene en parte el régimen de apropiación tradicional, pero al imponer los mismos criterios de uso y con los mismos procedimientos a todo tipo de aguas, públicas o apropiables, se acerca a dicha declaración de dominialidad general, que era lo que proponía, singularmente en relación con las aguas subterráneas, parte de la opinión de los juristas.

Esta «convergencia», por utilizar la palabra de moda, tiene profundas raíces que arrancan nada menos que del régimen de las cosas comunes del Derecho romano y del aprovechamiento ribereño subsiguiente, además de normas muy similares contenidas en los Códigos civiles (singularmente, las relativas a las aguas subterráneas), pero en las últimas décadas han sido determinantes varias circunstancias que han intensificado el referido proceso de publicación: en unos casos, singularmente el español, la escasez (cuantitativa) del recurso está en el origen de la declaración general de dominialidad, sin descuidar los problemas medioambientales o cualitativos; en los demás, singularmente en el caso de Francia y Alemania, es la necesidad de proteger los recursos hidráulicos lo que explica especialmente el referido proceso. Naturalmente, la normativa comunitaria, esencialmente medioambientalista, ha servido también de acicate para robustecer la publicación del régimen de las aguas.

Esta misma «convergencia» en el «fondo» de la regulación de las aguas se extiende también a los aspectos ligados a la organización y a la planificación. La cuenca se ha convertido, sin excepciones, en la base de la organización de las aguas, bajo criterios de descentralización y participación, y la planificación se ha convertido en el instrumento decisivo para asegurar precisamente los objetivos de calidad de las aguas. Prácticamente, el Derecho de aguas de los países aquí reseñados, amén de España, se rige por los mismos patrones en estos aspectos fundamentales.

VI. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

— Una síntesis del Derecho de aguas vigente en Francia, Italia y Alemania en torno a 1985 (fecha de promulgación de la Ley española de 2 de agosto de 1985), en GALLEGO ANABITARTE/MENÉNDEZ REXACH/DÍAZ LEMA, *Derecho de Aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986, págs. 683 y sigs. (a cargo de José Manuel DÍAZ LEMA).

— Entre la bibliografía posterior merecen citarse:

1. *La disciplina giuridica delle risorse idriche* (ed. a cargo de Nicola LUGARESI y Franco MASTRAGOSTINO), Maggioli, 2003.
2. GAZZANIGA, J. L./OURLIAC, J.-P. /LARROUY-CASTERA, X.: *L'eau: usages et gestion*, Litec, París, 1998.
3. SIEDER, F.: *Wasserhaushaltsgesetz und Abwasserabgabengesetz*, Beck, 1983 (comentario en 3 tomos, con puesta al día en 2004).
4. BREUER, Rüdiger: *Öffentliches und privates Wasserrecht*, Beck, 2004.