

# EL DERECHO DE AGUAS EN EL 25 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

ANTONIO FANLO LORAS

*Catedrático de Derecho administrativo*

*Universitat de La Rioja*

La celebración del 25 aniversario de la Constitución española de 1978 constituye una excelente oportunidad para considerar la incidencia que ha tenido nuestra Carta Magna en el Derecho de Aguas y cómo ha evolucionado éste en el intenso período de reformas ocurrido a partir de aquella fecha en nuestro país. Como en los demás ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho de Aguas se ha beneficiado del extraordinario empuje modernizador propiciado por la Constitución. Aunque no debe olvidarse que este sector normativo tenía a sus espaldas una tradición centenaria iniciada con la Ley de Aguas de 1866-1879, con aportaciones sustantivas hoy generalizadas en el Derecho de Aguas comparado (estatalización de la mayor parte de los recursos hídricos; gestión por cuencas hidrográficas; autoridad de cuenca; planificación hidrológica; participación de los interesados en la gestión del agua), el nuevo marco constitucional ha favorecido e impulsado la reforma de las instituciones jurídicas de la administración del agua, plasmada en la Ley de Aguas de 1985, modificada en distintas ocasiones -en especial en 1999-, ahora integrada en el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001.

Algunas de las claves explicativas del actual Derecho de Aguas han de buscarse directamente en la Constitución de 1978 o indirectamente en ella, como ocurre con la aplicación de la extensa normativa sobre calidad de las aguas de la Unión Europea, vigente en España tras nuestra integración con efectos de 1 de enero de 1986, en virtud de la llamada “cláusula de supranacionalidad” recogida en el artículo 93 CE. Me referiré a

aquellas exigencias constitucionales que han afectado a aspectos estructurales de la gestión del agua y han exigido cambios sustanciales respecto del pasado.

1. En primer lugar, ha de mencionarse, la nueva organización territorial del Estado, profundamente descentralizado, que determina el novedoso sistema de distribución de competencias entre Estados y Comunidades Autónomas y la singular configuración de nuestra Administración Hidráulica, por más que se mantenga la tradicional denominación de Confederaciones Hidrográficas. En efecto, en aplicación de los artículos 148.1.10ª y 149.1.22ª CE, la Ley de Aguas de 1985, en línea con nuestra pionera tradición, hace de la cuenca hidrográfica la unidad de gestión y atribuye a la Administración del Estado la gestión de las supracomunitarias, esto es, aquellas que abarcan el territorio de varias Comunidades Autónomas, atribuyendo a éstas, en exclusiva, la de las cuencas internas.

Ahora bien, adviértase que el modelo organizativo plasmado por el legislador en 1985 no supone, en el caso de las cuencas supracomunitarias, una pura y simple atribución de la competencia a órganos del Estado, como ocurre en otros ámbitos materiales, sino que se ha creado una organización compleja (las Confederaciones Hidrográficas) en cuyos órganos de gobierno (Junta de Gobierno) y planificación (Consejo del Agua) están integradas las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los usuarios, en cuanto plasmación del principio de cooperación orgánica y democrático. Esta integración, constituye “el modo más directo” de participar en la gestión del agua en las cuencas intercomunitarias (STC 166/1996, de 17 de octubre). Las virtualidades del modelo organizativo configurado no han sido suficientemente percibidas, en mi opinión, ni por el Estado, ni por las Comunidades Autónomas, y ello explica buena parte de las disfuncionalidades advertidas en estos años.

La integración orgánica de las Comunidades Autónomas en la gestión del agua es, no obstante, limitada debido al principio de separación entre las funciones de administración del dominio público (que corresponde a los órganos de naturaleza burocrática integrados en la Presidencia de las Confederaciones) y las demás (art. 24 TRLAg), en cuyos órganos sí que existe esa participación, razón por la que se advierte una cierta fractura interna en el seno de las Confederaciones, trasunto de la tradicional dualidad organizativa en materia de aguas (Comisaría de Aguas-Confederaciones Hidrográficas).

Por lo demás, como quiera que sobre el agua (recurso natural y productivo imprescindible para la vida del hombre) se proyectan muy diversos títulos sectoriales, competencia ahora de las Comunidades Autónomas (pesca fluvial, medio ambiente, espacios naturales, ordenación del territorio, agricultura, sanidad, etc.), los entrecruzamientos competenciales son inevitables, origen de una permanente conflictividad. La reforma de 1999 ha potenciado los mecanismos de cooperación funcional (a través de la técnica de los informes previos recíprocos entre Confederaciones Hidrográficas y Comunidades Autónomas) y orgánica (incremento de las funciones de las Juntas de Gobierno) para corregir esas disfunciones y facilitar la cooperación imprescindible en la gestión del agua.

La inminente aplicación de la Directiva marco de aguas (2000/60/CE) exigirá el reforzamiento de los mecanismos de cooperación orgánica y funcional entre Estado y

Comunidades Autónomas, como consecuencia de la integración de las aguas de transición y costeras (sobre las que tienen competencias las Comunidades Autónomas) en las “demarcaciones hidrográficas”, nueva unidad de gestión y ámbito donde deben alcanzarse los objetivos de calidad del agua. Las Confederaciones Hidrográficas son hoy instrumentos de cooperación y coordinación, razón por la que es innecesario, en mi opinión, crear nuevas estructuras para cumplir la Directiva.

2. En segundo lugar, la Constitución revitaliza la categoría dogmática del dominio público recogida en el artículo 132, como técnica de protección de categorías o géneros de bienes definidos por sus características físicas o naturales homogéneas, que el legislador de 1985 aplicará al agua y a los bienes por donde ésta discurre o se halla (que integran el dominio público hidráulico estatal), abandonando los caducos sistemas clasificatorios seguidos por el Código Civil y la anterior Ley de Aguas. La declaración de todas las aguas (las superficiales –que ya lo eran- y subterráneas) como dominio público del Estado constituye el final lógico de una evolución histórica claramente decantada en esa dirección y es una legítima opción del legislador absolutamente conforme con la Constitución (incluido el derecho transitorio aplicable a los derechos privados sobre aguas adquiridos de acuerdo con la Ley anterior). El carácter público de las aguas debiera predicarse, también, en lógica consecuencia, de las aguas minerales y termales, carentes de regulación expresa, como ha ocurrido con las aguas desaladas una vez incorporadas a los bienes integrantes del dominio público hidráulico.

La demanilización del agua no es una exigencia de la unidad del ciclo hidrológico, sino una legítima decisión política adoptada en atención a las características hidrológicas de España, coherente, por lo demás, con las tendencias que se observan en el Derecho comparado, común en los países de las mismas características climáticas que España. El legislador ha considerado que la titularidad pública del agua, en cuanto patrimonio común sujeto a un régimen jurídico específico, facilita la gestión de este recurso natural -escaso y vulnerable- fundamental para la vida del hombre. En consecuencia, la utilización privativa o singular del agua requiere una previa autorización del organismo de cuenca (concesión o autorización de vertidos), razón por la que el modelo español de aprovechamiento del agua puede ser calificado como un sistema centralizado de asignación de recursos.

Este sistema, basado en la titularidad estatal del agua, y en su gratuidad como recurso natural (el “precio” del agua es el del coste de servicio, no la del recurso en sí mismo) facilita la gestión, aunque ofrece ciertas rigideces, tomadas como justificación para regular el mal llamado “mercado del agua” (los contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas), introducido en la reforma de 1999 y desarrollado reglamentariamente en este año 2003. La reasignación de usos que pretende no deja de ser más teórica que real, pues sólo cabe aplicar mecanismos de mercado allí donde realmente existe ese mercado, que no es el caso de la gestión del agua en España, dadas nuestra singularidad hidrológica.

3. En tercer lugar, el artículo 45 CE reconoce el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como el deber de conservarlo y establece el principio rector de la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. Protección del medio ambiente y

desarrollo sostenible (en su triple dimensión social, económica y ambiental) constituyen principios constitucionales rectores de la política social y económica de los poderes públicos, en plena sintonía con la evolución reciente del Derecho comparado y, en especial, con las exigencias derivadas del Derecho de Unión Europea que ha incorporado al Tratado la protección del medio ambiente como una de sus misiones e incorporado el concepto de desarrollo sostenible. Adviértase, no obstante, que la sostenibilidad aplicada a la gestión del agua es un concepto relativo. La explotación de un acuífero por encima de su capacidad de recarga natural es insostenible ciertamente. Sin embargo, los recursos superficiales o subterráneos pueden incrementarse (aunque no infinitamente) mediante obras de regulación siendo medidas de gestión plenamente sostenibles, contrariamente a ciertos planteamientos de moda.

El agua no solo es un recurso productivo, sino un recurso natural que hay que conservar y proteger: asegurar su disponibilidad en cantidad (oferta) y calidad adecuadas (buen estado ecológico) son objetivos de la planificación hidrológica, plenamente incorporados a nuestro Derecho. La calidad del agua en España es indisociable de la cantidad (si no hay agua, mal puede hablarse de calidad) y esos objetivos solo son alcanzables en España mediante una continuada política de obras hidráulicas, de regulación y saneamiento. Dichas obras son intrínsecamente medioambientales.

La protección de la calidad del agua ha sido la seña de identidad de la política de aguas de la Unión Europea cuya evolución culmina en la Directiva Marco del agua, que debe ser transpuesta a nuestro ordenamiento antes del 23 de diciembre de 2003. La Ley de Aguas de 1985 ya acogía estos planteamientos medioambientales, si bien han sido reforzados en la reforma de 1999 para garantizar el buen estado ecológico del agua exigido por la citada Directiva europea. El establecimiento de caudales ecológicos (como una restricción general a los sistemas de explotación); el principio de sostenibilidad ambiental (evaluación ambiental de los aprovechamientos) y el régimen de autorización de vertidos, son técnicas de protección de la calidad del dominio público hidráulico establecidas ya en nuestro ordenamiento jurídico que únicamente requieren su implementación por los organismos de cuenca y por los agentes sociales y económicos.

La planificación hidrológica en el ámbito de la cuenca (en el futuro inmediato deberá extenderse a las “demarcaciones hidrográficas”, donde quedan incluidas las aguas interiores y de transición) es el instrumento para garantizar el buen estado ecológico de las aguas y la disponibilidad del recurso, así como la coordinación de la gestión del agua con el resto de políticas sectoriales (medio ambiente, producción hidroeléctrica, regadío, ordenación del territorio).

4. En cuarto lugar, el principio democrático y participativo que anima el nuevo sistema de valores constitucionales está en la base de la “vuelta a los orígenes” del modelo confederal, considerado como un supuesto de autoadministración de los interesados. En efecto, en 1979 tiene lugar la reforma transitoria de las Confederaciones Hidrográficas (entonces simples organismos autónomos estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas) restableciendo la participación de los usuarios en sus órganos de gobierno, siguiendo el modelo original (1926-1929). La Ley de Aguas de 1985, unifica en

un solo organismo la Administración del agua en la cuenca (Comisarías de Aguas y Confederaciones Hidrográficas) y mantiene y potencia la presencia de los usuarios en los órganos de gobierno, en los de gestión y en el de planificación, con la limitación común a la señalada para las Comunidades Autónomas, de que no alcanza a la estructura de naturaleza burocrática de la Presidencia.

Los órganos de las Confederaciones tienen por su composición una naturaleza participativa y democrática, acorde con las recomendaciones de la declaraciones internacionales sobre gestión del agua. En este sentido, la participación de los usuarios es un signo característico de nuestra Administración del agua, que alcanza su mayor intensidad en el caso de las Comunidades de usuarios (las tradicionales Comunidades de Regantes), ejemplo prototípico de autoadministración del agua. La línea de evolución de esta participación parece enfocada (caso de la Directiva Marco del agua) en su ampliación a otros sectores sociales, superando la condición tradicional de usuarios-consumidores de agua, que debe dar cabida a la representación y defensa de los valores e intereses ambientales. Esa sustantivación de lo ambiental, no deja de ser equívoca, pues, la protección y sensibilidad por la calidad del agua y el medio ambiente debe integrarse en la gestión ordinaria del agua.

5. En quinto lugar, la Constitución se sustenta en la idea de España como espacio de solidaridad, como recogen los artículos 2 y del 138. Solidaridad que tiene muy diversas manifestaciones que afectan a valores y bienes jurídicos fundamentales para la convivencia en paz (caja única del sistema de la Seguridad Social; sistema nacional de salud, fondo de compensación interterritorial, etc.). Esa solidaridad tiene una proyección singular en la gestión del agua, plasmada en la consideración de España como una unidad hidrológica a los efectos de garantizar su disponibilidad en todas las regiones que corrijan los desequilibrios espacio-temporales en su distribución. Ese es el sentido de las interconexiones de cuencas practicadas desde hace decenas de años como remedio a los desequilibrios existentes de recursos (abastecimiento de Bilbao desde el Ebro; trasvase Tajo-Segura, el Plan Borrel de 1993 y ahora el trasvase del Ebro-cuencas mediterráneas). La ruptura del principio de unidad de gestión por cuencas que conlleva todo trasvase y el riesgo de desequilibrios territoriales (pues, es obvio, que reequilibrar la disponibilidad de agua no debe conllevar desequilibrios económicos interterritoriales) explican que la decisión de trasvasar recursos de una cuenca a otra se reserve a las Cortes Generales que debe fijar las “condiciones”. Eso es lo que ha hecho la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. La conflictividad que sigue suscitando esta decisión, tal vez pueda revelar que han sido insuficientes las vías de diálogo.