

CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y MUY GENERALES SOBRE LA POLÍTICA DEL AGUA EN EL MOMENTO PRESENTE

Sebastián Martín-Retortillo Baquer. *

Resumen:

En este artículo se presentan de forma general las consideraciones jurídicas de la política del agua, así como la problemática que más afecta a la realidad que vivimos en la actualidad y en nuestro país debido fundamentalmente a la escasez del recurso agua y a la heterogeneidad de los factores relacionados con ella: usos, necesidades, utilización... además de la desigualdad espacial y temporal que sufre España por su ubicación geográfica. Debido a todas estas heterogeneidades se vincula íntimamente el régimen jurídico español con las obras hidráulicas.

Se introduce también el aspecto de la política medioambiental como una preocupación de primer orden, sobre todo en cuanto a la calidad de las aguas.

Se trata también la disponibilidad de recursos, mencionando diversas formas de aumentar la oferta como son las aguas subterráneas, incorporación de agua de mar, recuperación de aguas residuales, etc, junto con un fomento real de la política de ahorro de agua. Junto con esto es necesario una selectividad de las demandas, compatibilidad entre los distintos recursos del agua y un uso racional y repartido por necesidades reales todo tratado (según una de las perspectivas que el autor ofrece al final del texto) de forma conjunta a través de una Administración hidráulica que ordene con rigor la explotación de los recursos.

Palabras clave: política del agua, ordenación jurídica, recursos, demanda, recuperación, ahorro, calidad.

1. Las cuestiones de derecho de aguas sabido es que entre nosotros gozan de gran tradición. A ello ha contribuido, sin duda alguna, la regulación que ofreciera la ley de 1866-79 -vigente hasta 1985-, “como es sabido, -en expresión de E. García de Enterría- el monumento legal más prestigioso de toda nuestra legislación administrativa del XIX”, sin duda, el fruto más granado de nuestro modesto historicismo jurídico: en gran medida vino a sancionar un derecho consuetudinario vivido y aplicado, arraigado además en la propia conciencia social. En una excelente y reciente tesis doctoral, todavía no publicada ha demostrado A. Guerez las claras raíces de nuestra legislación de aguas en el derecho romano. Tradición y arraigo de una regulación que en buena parte se mantendría además plenamente válida; de modo muy principal por la aplicación integradora que de esa ley hicieran la propia Administración y los Tribunales. Una ley, además, sobre una materia, la de las aguas, que en pocos países como en España tanto han significado y significan para la vida social y económica.

El que refiero es tema de muy permanente actualidad. Actualidad que jurídicamente tiene alcance universal. Obsérvese los términos generalizados con que se presenta en el ámbito internacional: reiterados pronunciamientos sobre la materia de numerosas organizaciones internacionales y supranacionales desde que el Consejo de Europa promulgara la Corte europea del agua; también, en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales: países de tanta tradición jurídica como Alemania, Francia, Italia y España, entre otros, han modificado en los últimos años sus respectivos ordenamientos nacionales en materia de aguas.

Y así es temática de plena actualidad diría que lo es porque, como entre nosotros ocurre, hay que abordarla en términos por demás acuciantes: con unos recursos limitados, escasos naturalmente -naturalmente, en su situación natural-hay que satisfacer demandas siempre crecientes. Son muchas y muy heterogéneas las circunstancias que

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, Madrid, España.

realmente concurren en el momento presente en materia de aguas. No cabe cuestionarlas. Hay quienes, sin embargo, con radicalidad extrema, propensos a creer que con ellos se inicia la historia, y siempre proclives, tanto a asumir exclusivamente lo nuevo, como a prescindir del pasado, insisten en la necesidad, perentoria, de lo que viene llamándose la “nueva cultura” del agua a la que no es ajeno un cierto fundamentalismo medioambiental.

2. La ordenación jurídica de esta nueva o vieja cultura del agua es siempre de carácter teleológico; en el horizonte hay siempre unos fines que se pretenden alcanzar. El derecho ni es, ni puede ser pura abstracción. Tiene que instrumentar la efectividad de esos fines, hacerlos realidad y establecer también criterios para la resolución de los conflictos que puedan plantearse. Un planteamiento que parece condicionado tanto en función de las características del bien, las aguas, por las formas de su utilización y que, además, ha de arrancar de la ineludible consideración de las circunstancias físicas de esa realidad, impuestas generalmente por la geografía.

Una evidente lógica inspira lo que se dice. Las características físicas y naturales condicionan la ordenación jurídica de los recursos. En el derecho español es fácil constatarlo. Siempre ha tenido en cuenta su escasez. Recuérdese al respecto, sin perjuicio de referirnos más adelante a otros supuestos, cómo una categoría que, desde antiguo, ha sido habitualmente asumida con carácter general como determinante para establecer la naturaleza pública de las aguas corrientes, como es la de la perennidad de los caudales o su navegabilidad, esto es, que aquéllas sean vías de comunicación, en España queda del todo marginada. No podría ser de otra forma. Apenas sería referible a pocos, muy pocos tramos de algunos ríos. Una situación frente a la que contrasta, advirtámoslo desde ahora, la notable amplitud que entre nosotros ha tenido siempre el carácter de las aguas como bienes de dominio público. Es este un extremo reconocido, reiteradamente puesto de relieve.

Lo que se dice se proyecta en un doble orden de consideraciones sobre las que es obligado reflexionar. En primer lugar, que habiendo agua, y con frecuencia agua abundante, el sentido común permite establecer dos postulados, elementales. Por una parte, si hay zonas en las que hay agua y otras en las que no la hay, habrá que llevarla a éstas últimas; también, que si el agua es necesaria -

y sabemos en que términos-, para poder disponer de ella cuando no la hay, parece obligado guardarla cuando la hay, a veces, incluso, en exceso. No hay otra opción: que el agua, sabido es, no se guarda en una canasta...

La necesidad de una regulación jurídica de las aguas de carácter general -la ley de 13 de junio de 1866-, se presentó como ineludible, simplemente, cuando quien quisiera, no podía utilizar los caudales que quisiera, allí donde, en principio, también quisiera. Era necesario -y no podía ser de otro modo-, sancionar un contexto limitativo para su utilización. Habida cuenta que se establecía con la finalidad de permitir tal utilización, el régimen jurídico de las aguas en el ordenamiento jurídico español se establecerá en íntima vinculación el de las obras hidráulicas. Primera nota a destacar: la obra hidráulica es no sólo la que posibilita su aprovechamiento; también, con frecuencia, la que modula el alcance del derecho que puede corresponder; la que establece sus condiciones y su régimen económico; la que igualmente determina las limitaciones a imponer a los derechos de terceros, etc. Ordenación jurídica de las aguas, régimen jurídico de las obras hidráulicas. Son los dos pilares sobre los que es obligado asentar el tema.

Unas consideraciones también en relación a los condicionamientos que para el derecho de aguas se derivan de las características físicas. Que contra lo que las mismas pueden suponer, hay que reflexionar en nuestros días sobre el carácter unificador que suponen las directrices y reglamentos de la Unión europea en esta materia. Es tema que me atrevo a calificar de delicado. En todo caso, hay que ser muy consciente del alcance que tiene. Pronunciamientos del derecho europeo que, cada vez con mayor insistencia, han venido entrando por una vía un tanto sigilosa: la de la condicionante política medioambiental, progresivamente desarrollada por la Unión. Los temas principalmente regulados han venido siendo los de la calidad de las aguas; determinación de sus condiciones, sanitarias principalmente, conforme a sus distintos usos; régimen de los vertidos; calidad ecológica del agua; medidas contra la contaminación y otras de naturaleza análoga. Ha habido un abundante número de directivas y de pronunciamientos de los órganos comunitarios. Es de notar, sin embargo, el grado de penetración de las medidas adoptadas, dada la interpretación extensiva que de esa política medioambiental se hace, se supera el estricto ámbito de la misma, y viene a establecer una auténtica política hidráulica integrada. Los pasos

seguidos al efecto, han venido a concluir en la “Propuesta de directiva del Consejo por la que se establece un nuevo marco comunitario en el ámbito de la política de aguas”. El enunciado es ya expresivo. Se trata de sancionar una política de aguas sostenible de carácter general, que transciende con mucho la perspectiva que legitima la habilitación de la Unión en la materia.

El tema, como digo, es desde luego en extremo delicado. No discuto que haya aspectos cuya regulación pueda permitir adoptar soluciones homogéneas. En cualquier caso, es de notar la dificultad que últimamente están teniendo los países mediterráneos en el cumplimiento estricto de muchas de las Directivas de la Unión Europea. Directivas que, de modo habitual, tienen la impronta indiscriminada de países de características físicas muy distintas a las nuestras, y en los que la problemática fundamental es la defensa contra el exceso de agua, no la de su escasez. Entiendo obligado abandonar cualquier intento homogeneizador a ultranza en materia de política hidráulica. Una referencia muy elemental avala lo que se dice: a la vista de las condiciones naturales, no parece pueda tener mucho en común la ordenación jurídica que para la ordenación del aprovechamiento de los recursos pueda establecerse en Escocia, con la que se sanciona para el Tirol o para la Puglia o para las tierras de Jaen en España. Hay que recoger las especificaciones correspondientes, en términos claros y que no sean objeto de polémica. En otro caso, estaremos frente a normas cuyo cumplimiento no resultará defendible.

Junto a realidades de obligada consideración que nos vienen dadas, hay otras que son resultado de la obra humana y determinan igualmente valoraciones no menos condicionantes que se proyectan en la ordenación jurídica de las aguas: desde el desarrollo demográfico e industrial, a la valoración de los costos de los aprovechamientos de los recursos y su ponderación con sus resultados económicos; desde lo que son usos y simples prácticas sociales, a criterios de ordenación del territorio; desde los mercados internacionales de los productos que son resultado de los aprovechamientos de las aguas -energía, productos alimenticios, por ejemplo-, a las posibilidades que ofrecen experiencias de otros sistemas o a las opciones que en cada momento puede facilitar el desarrollo tecnológico y científico. Y aunque sobre este último particular, por su importancia, volveré más adelante, entiendo que las expuestas son, entre otras muchas, vertientes condicionantes que con

el carácter de presupuestos imprescindibles hay que considerar necesariamente en la ordenación jurídica de los recursos.

3.- Y sobre la base de lo dicho, hay que plantear ahora la explotación de los recursos, en la que se manifiesta, de modo muy señalado, la exigencia de respetar lo que, en expresión acuñada, se entiende como principio de “recíproca compatibilidad” entre los distintos usos de las aguas. Una exigencia que, en definitiva, es consecuencia directa de la amplia y heterogénea gama de usos de los que aquéllas son susceptibles, en concordancia con las numerosas actividades que precisan de los recursos hidráulicos. Extremo obvio, y reiteradamente puesto de relieve: a él se ha referido la STC 227/1988 (F.J. 13) y, también, la STC 243/1993 de 15 de julio (F.J. 3). Y ante esa pluralidad de posibles utilizaciones de los recursos es obligado relacionarlas y, también, compatibilizarlas.

Es ésta, sin duda alguna, una de las cuestiones claves. Una cuestión que, además -de ahí precisamente su significado-, hay que referir a unos recursos no disponibles de forma ilimitada, sino más bien notoriamente escasos. Su planteamiento en el ámbito estricto de la utilización de las aguas se ha formulado a diferentes niveles. En primer lugar, obligada compatibilidad entre las distintas formas de su utilización -usos comunes, usos privados, etc.-. También, ya entre los usos privados, en cuanto son distintas las finalidades a las que cabe destinar las aguas: finalidades relacionadas, habitualmente alternativas, y con frecuencia incompatibles. Es en este punto donde radica toda la vieja problemática habida en el derecho español acerca de la prelación de las distintas formas de aprovechamiento de las aguas -abastecimientos a poblaciones, a ferrocarriles, regadíos, usos industriales, etc.-, establecida con carácter general por ley, y que ahora considera el art. 58 LAg., básicamente, mediante la remisión a los Planes Hidrológicos de Cuenca

Siempre lo ha sido, pero, la tarea de encuadrar los distintos tipos de aprovechamientos en nuestros días deviene todavía mucho más compleja. Desborda los límites habituales, fundados básicamente en los distintos tipos de utilización de las aguas, ya que es obligado relacionar la ordenación de los usos de las aguas, entendida en los términos expuestos, con ámbitos muy distintos, en los que aquéllas desempeñan también un papel relevante. Esta es cuestión fundamental y que ha pasado a primer plano: aquéllas son tam-

bién elementos de diferentes realidades cuya consideración es obligada: piénsese en la ordenación del territorio; la conservación del medio ambiente; la protección del suelo; la restauración de la naturaleza, etc. La complejidad que así alcanza el tema resulta notoria: heterogeneidad de categorías y valoraciones que es preciso asumir para hacer realidad, primero, la recíproca compatibilidad de los distintos usos de las aguas; también, y muy señaladamente su compatibilidad con esas otras valoraciones y que resultan de obligada consideración.

4.- Disponibilidad de recursos, demanda de los mismos: adecuar los dos enunciados recogidos es -y así ha sido siempre-, el núcleo central de toda política hidráulica. ¿Qué fórmula deberá acoger el derecho? En cualquier caso, habrá de ser en extremo sensible a los profundos cambios que es obligado asumir en relación con los términos que eran habituales que resultan inservibles en gran medida.

Necesidad de valorar con rigor extremo, en primer lugar, la demanda de los recursos partiendo de una ponderada constatación de necesidades efectivas y reales. Es ésta, desde luego, tarea no fácil, compleja ciertamente. Es susceptible de versiones distintas. De todos modos, no parece cabe desorbitarla ni que, por ejemplo, permita concluir con un indiscriminado aumento de las necesidades de abastecimiento a poblaciones -cuya prioridad nadie discute-, cuando, además de lo que después se dirá, y del concurso que al respecto pueden ofrecer recursos con los que habitualmente no se cuenta, la población española es numéricamente decreciente.

Con consecuencias en extremo significativas, es obligado fijar también los caudales disponibles a computar en términos distintos a los que acostumbran a ser habituales. Y ello para no alcanzar situaciones que se califiquen de deficitarias. En relación con ello y antes que nada, en términos realmente apremiantes, necesidad de plantear seriamente, y de verdad, la utilización conjunta de los recursos superficiales y subterráneos. Es hipótesis que todos comparten en su enunciado, pero que queda muy lejos de asumirse con el alcance que en efecto tiene. Y, en su caso, utilización también de los recursos marítimos.

Y siempre desde la perspectiva de aumentar la oferta de los recursos disponibles -diríase que se trataría de generar nuevos recursos-, y jugando un especial papel en el supuesto del abaste-

cimiento a poblaciones, dos hipótesis son igualmente de referencia obligada. Así, incorporación del agua de mar; también, necesidad de considerar los caudales que pueden resultar de la recuperación de las aguas residuales, que tan amplia utilización pueden tener, en concreto, en los ámbitos urbanos: riego de parques y jardines; limpieza viaria; usos industriales; incluso, suministro domiciliario que no sea de "agua de boca"; también, en la agricultura. Es planteamiento de amplias posibilidades, apenas si desarrolladas entre nosotros. Junto a él, y habida cuenta que el mayor consumo de agua para la industria se incrusta claramente en el entramado urbano, realizar estos suministros con agua que no sea de la exigida para los abastecimientos en su sentido propio -¿cómo es posible que sea ésta la que se utilice en todos los sistemas de refrigeración de las industrias conectadas a la red municipal o en todas las estaciones de lavados de coches?-.

También, y es extremo en el que explícitamente quiero hacer especial hincapié, necesidad de asumir igualmente con toda radicalidad, pero con no menor realismo, una política de ahorro del agua. En el momento actual estas cuestiones constituyen dicho sea lisa y llanamente, uno de los ejes de la ordenación de los recursos y que entre nosotros apenas sí recibe consideración alguna. Se trata desde luego de hipótesis enunciadas y reconocidas por todos. No obstante, generalmente, se quedan en meras palabras, sin que nada se lleve a efecto, y sin que, dicho sea abiertamente, nada serio se haya hecho al respecto.

El ahorro de los recursos requiere superar la inercia con que habitualmente se acogen estos enunciados. Y como resultado de un convencimiento profundo, generar un talante, una actitud que, en definitiva, ha de ser el fundamento y el punto de arranque de las muy distintas medidas que al efecto deben adoptarse. Las acciones a llevar a cabo se harán realidad, desde luego, a través de estas medidas concretas. En todo caso, diría, que lo importante es asumir el convencimiento señalado acerca de la necesidad de una política que las inspire, conjunte y, a la postre, las haga efectivas. Política de carácter estructural, en la que, también aquí, es preciso el concurso de la investigación científica y técnica, que tan importante papel pueden prestar al respecto. Política, además, de carácter permanente, no coyuntural -insisto en ello-, que obliga a concretar todo un conjunto de acciones particulares, ciertamente heterogéneas, muchas de ellas, aparentemente modestas, aunque

no por ello menos eficaces, y que como es lógico hay que referir según los distintos tipos de aprovechamientos: pensemos, con carácter general, en la eliminación de pérdidas de todas las conducciones de agua -muy notorias en la agricultura- o en la modificación de los sistemas de riego que, incluso, cabría establecer imperativamente, con las debidas ayudas económicas como es lógico.

5.- El planteamiento habitual en materia de ordenación jurídica de los recursos hidráulicos, está experimentando, debe experimentar, un cambio radical; en buena medida, lo que tan sucintamente se ha expuesto ha hecho que se hayan invertido los términos en los que venía formulándose habitualmente.

En primer lugar, no se trata sólo, era en lo que se insistía, de aumentar la oferta de los recursos aprovechables, básicamente de aguas corrientes: sin renunciar a esta vía, se insiste de forma creciente en la selectividad de las demandas y, también, y de modo muy señalado, en la necesidad de su reducción: es así que la referida política del ahorro del agua cobra un papel fundamental.

Está también -y de modo muy condicionante-, el contexto condicionante de las exigencias medioambientales que pasa a un primer plano; quizá, como consecuencia obligada del deterioro que los recursos han experimentado. En relación con ello -aunque con matices propios-, cobra especial relieve todo el tema de la calidad de las aguas. Son exigencias que obligan a adoptar una serie de acciones, en relación con las que hay que ser sabedores que siempre tienen un costo económico evidente. Mantener un determinado grado de calidad de las aguas, tienen un precio. Y aquí, como en relación tantos otros temas, plantear cualquier tipo de acciones sin la necesaria instrumentación financiera, es mantenerlas en el terreno de las intenciones y de los píos deseos; en todo caso, inoperantes.

En mi opinión es sin duda alguna esta última, la calidad de las aguas, la cuestión más apremiante con la que debe enfrentarse entre nosotros la ordenación y gestión de los recursos. En relación con ella no se valorará bastante lo que han contribuido a su reconocimiento los distintos movimientos sociales habidos para la protección de la naturaleza; también, de las aguas. Un reconocimiento que formulo sin reserva alguna. En definitiva, consecuencia de haber asumido que los recursos hidráulicos no cabe considerarlos -y regu-

larlos- de modo exclusivo como factor de producción. Son eso pero, no son sólo eso. Es algo en lo que vengo insistiendo con reiteración. Tienen también valor como recurso natural que en si mismo hay que considerar, proteger e, incluso, restaurar. Establecer la posición adecuada entre ambas valoraciones, encontrar el punto de engarce entre ellas, es la tarea más importante y difícil del derecho de aguas de nuestros días.

Insistir en lo que acabo de señalar puede parecer innecesario. Si lo hago, es porque entiendo resulta obligado, de modo principal, frente a cierto fundamentalismo medioambiental, en ocasiones generalizado en demasía: que en el heterogéneo conjunto de movimientos de defensa de la naturaleza, hay algunos que, con mayor frecuencia de la que fuera deseable, mantienen posiciones crispadas, con notoria violencia en algunas ocasiones: y no tanto en defensa del medio ambiente, cuanto, sobre la base de esa apoyatura, de oposición prácticamente generalizada a que se lleve a cabo actuación alguna en materia de aguas. Se trata de un fenómeno del que hay que hablar con toda claridad; en relación con él, es hora que la Administración hidráulica de la debida respuesta y salga de la pasiva posición que viene caracterizándola.

El horizonte de la administración de los recursos en los años venideros hay que situarlo, desde luego, en una decidida defensa de las exigencias medioambientales. Y ello sin reserva de ningún tipo. Pero no menos inequívocamente también, en el rechazo, igualmente radical, de esas reivindicaciones obstruccionistas a ultranza. Diferenciar lo que en ellas hay de válido, si de verdad se quiere, puede ser más fácil de lo que acaso parezca. En ocasiones, sin embargo, habrá de requerir la más rigurosa aplicación de las reglas ignacianas sobre el "discernimiento de espíritus"; sí, de espíritus...

6.- En tiempos de comienzo de siglo las reflexiones que los juristas acostumbran a hacer en relación con los más variados sectores, concluyen casi siempre planteándose cuáles hayan de ser las líneas por las que discurrirá su regulación en el futuro. En nuestro caso, las que seguirá el derecho de aguas. Ni tengo condiciones de profeta, ni he sentido nunca especial interés por los temas de prospectiva. No obstante, asumiendo como punto de partida las consideraciones que sobre el presente acabo de recoger, cabe plantearse cuál es, cuál ha de ser, la línea a la que responderá la nueva "cultura", el nuevo derecho de las aguas.

Algo cabe deducir de lo que dije al comienzo. No se me entienda mal sin embargo: que ante todo, hay que ser muy conscientes que se trata de ordenar una realidad que, por el significado que cada día ofrecen de modo más apremiante los recursos hidráulicos -por su creciente importancia y por su escasez-, resulta en extremo compleja. Y es con ella, con la problemática que encierra, con la que hay que enfrentarse. ¿Cómo?.

Cuatro pueden ser, por vía un tanto aproximativa, las perspectivas desde las que el derecho considere esa realidad. En primer lugar, habrá de acoger, y hacerlo sin reserva alguna, los distintos valores que, decantados, asuma y exprese la propia sociedad. Tal es, por ejemplo, el significado de la perspectiva medioambiental, que, obviamente, resultará condicionante y en la que convergerán buena parte de las normas que se establezcan. Dígase lo mismo de las utilizaciones lúdicas de los recursos, o de las amplias medidas que se derivan de una política de ahorro del agua, que ha de ser debidamente aceptada y asumida. En segundo lugar, la ordenación jurídica de las aguas y de su utilización deberá asumir y, además sin reserva alguna, las posibilidades que se derivan del desarrollo tecnológico. Es esta perspectiva que en los ámbitos jurídicos no siempre encuentra el eco debido. Sus posibilidades -lógicamente todavía por determinar-, son extraordinarias: piénsese, por ejemplo, en el ámbito de las aguas subterráneas; también, la incidencia que en el régimen jurídico a establecer representan fórmulas tales como la de las centrales reversibles, los nuevos sistemas de depuración o de reciclaje de caudales ya utilizados, los de incorporación de las aguas del mar o, muy señaladamente, los propios de los sistemas de riego. Campo de posibilidades inmensas que, en ocasiones, el derecho no puede ciertamente preveer. No obstante, tiene que tener, al menos, la sensibilidad bastante para que en cada momento puedan ser efectivas. En tercer lugar necesidad de establecer una Administración hidráulica fuerte y eficaz que, con la flexibilidad suficiente, ordene con el rigor necesario la explotación de los recursos. Debe ser inflexible: no obstante, no se trata de acumularle más y más funciones, como hace la ley de aguas vigente que en gran parte quedan sin cubrir: las que se señalen debe llevarlas a cabo, naturalmente, con la dotación de los medios necesarios. Por último, en éste como en otros campos, hay que ser muy consciente de la realidad jurídica con la que nos encontramos. Muchos, muchos extremos, ciertamente, han de modificarse; ciertamente, ha-

brá un cierto recelo a asumir tales cambios, máxime cuanto choquen con prácticas arraigadas. De todos modos, hay que asumir -y estar convencido de ello-, la plena validez de no pocas de las soluciones vigentes. Las tendencias arrumbadoras del pasado que, en éste, como en tantos otros ámbitos aparecen con frecuencia son, sencillamente, pura necesidad. No es baladí, aunque pueda presentar sus dificultades, el significado que puede tener el arraigo de una determinada ordenación jurídica. Y recordando, que ya Platón observó que sobre el agua hay buenas y antiguas leyes, la gran tarea a asumir no será sino consecuencia, también aquí, del discernimiento para saber lo que de ellas hay que conservar, y lo que ante las exigencias y posibilidades que deban acogerse imponga la "nueva" cultura del agua. Es ésta, además, la mayor garantía de acierto de las soluciones que hayan de establecerse.