

O DIREITO DE ÁGUAS NO BRASIL E NA ESPANHA: UM ESTUDO COMPARADO

Yanko Marcius de Alencar Xavier
Antonio Embid Irujo
Otacílio dos Santos Silveira Neto
(ORGANIZADORES)

O DIREITO DE ÁGUAS NO BRASIL E NA ESPANHA: UM ESTUDO COMPARADO

Fortaleza, Ceará – 2008

© Copyright – 2008 by YANKO MARCIUS DE ALENCAR XAVIER,
ANTONIO EMBID IRUJO, OTACÍLIO DOS SANTOS SILVEIRA NETO

EDITORA RESPONSÁVEL
Anja Czymmeck

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Miguel Macedo

PROJETO GRÁFICO e CAPA
Wiron Teixeira

D698 O direito de águas no Brasil e na Espanha : um estudo comparado / organizadores, Yanko Marcius de Alencar, Antonio Embid Irujo, Otacílio dos Santos Silveira Neto. - Fortaleza : Fundação Konrad Adenauer, 2008.
461 p.

Apresenta textos em português e espanhol.
ISBN 978-85-99995-12-9

1. Recursos hídricos 2. Água I. Xavier, Yanko Marcius de Alencar II. Irujo, Antonio Embid III. Silveira Neto, Otacílio dos Santos IV. Fundação Konrad Adenauer

CDU: 556.18

As opiniões externadas nas contribuições deste livro são de exclusiva responsabilidade de seus autores

Todos os direitos desta edição reservados à
FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER
Avenida Dom Luís, 176, Edifício Mercury - Mezanino
CEP 60160-230 - Fortaleza - CE, Brasil
Telefone: 0055 – 85 – 3261.9293 / Telefax: 0055 – 85 – 3261.2164
www.sustentavel.inf.br - www.kas.de/brasil
e-mail: kas-fortaleza@kas.de

Impresso em papel reciclado
Impresso no Brasil – *Printed in Brasil*

SUMÁRIO

OS AUTORES	7
ABREVIATURAS	9
ÁGUAS, DESENVOLVIMENTO E DIREITO COMPARADO. 11 Yanko Marcius de Alencar Xavier	
LOS DERECHOS DE AGUAS DE BRASIL Y ESPAÑA. 26 PERSPECTIVA COMPARADA Antonio Embid Irujo	
LA ESTRUCTURA DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN HIDRÁULICA	45
Antonio Embid Irujo	
A ESTRUTURA DO ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL.....	79
Vladimir da Rocha França	
EL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO	103
Eloy Colom Piazuelo	
A PROPRIEDADE DA ÁGUA NO BRASIL	139
Otacílio dos Santos Silveira Neto	

PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA	158
Antonio Embid Irujo	
O PLANEJAMENTO HIDROLÓGICO NO BRASIL	189
Mariana de Siqueira	
LOS USOS DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO	221
Eloy Colom Piazuelo	
USOS DA ÁGUA NO BRASIL.....	249
Yanko Marcius de Alencar Xavier	
Livia Melo do Nascimento	
LAS INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS Y LA EVALUACIÓN AMBIENTAL.....	273
Beatriz Setuáin Mendía	
AS INFRAESTRUTURAS HIDRÁULICAS E A AVALIAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL.....	300
Jahyr-Philippe Bichara	
RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DEL AGUA EN ESPAÑA	325
Ismael Jiménez Compaired	
O REGIME ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL	365
Rafael Silva Paes Pires Galvão	
EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RÍOS IBÉRICOS TRANSFRONTERIZOS	391
Sergio Salinas Alcega	
ÁGUAS TRANSFRONTEIRIÇAS, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O ESTADO BRASILEIRO.....	431
Diogo Pignataro de Oliveira	

OS AUTORES

Antonio Embid Irujo - Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza/Espanha.

Beatriz Setuáin Mendía - Profesora de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza/Espanha.

Diogo Pignataro de Oliveira – Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior-CAPEs.

Eloy Colom Piazuelo - Professor Titular. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza/Espanha.

Ismael Jiménez Compaired - Professor Titular de Derecho Tributario. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza/Espanha.

Jahyr-Philippe Bichara - Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil.

Lívia Melo do Nascimento - Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT n.º 36 UFRN, Natal, Brasil.

Mariana de Siqueira - Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bolsista do Instituto Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis junto ao Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº 36 UFRN, Natal, Brasil.

Otacílio dos Santos Silveira Neto - Pesquisador-Visitante do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº 36 da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil. Doutorando em Direito das Águas pela Universidad Zaragoza/Espanha.

Rafael Silva Paes Pires Galvão – Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº. 36 UFRN, Natal, Brasil.

Sergio Salinas Alcega - Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza/Espanha.

Vladimir da Rocha França - Professor Adjunto do Curso de Direito e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil.

Yanko Marcius de Alencar Xavier – Professor Associado, Coordenador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT n.º 36 e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil.

ABREVIATURAS

ANA	Agencia Nacional de Águas
Ar	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
BOCG.CD	Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados.
CCAA	Comunidades Autónomas
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Constitución española
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNRH	Conselho Nacional de Recursos Hídricos
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
DMA	Diretiva Marco de Águas (D. 2000/60/CE)
DSCD	Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados
EC	Estatuto de Cataluña.
EEAA	Estatutos de Autonomía
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IVA	Imposto sobre o Valor Agregado
Lei nº 6662/79	Lei de Política Nacional de Irrigação, de 25-6-1979
Lei nº 9433/97	Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos, 8-1-1997
Lei nº 9984/2000	Lei de Criação da Agência Nacional de Águas, 18-7-2000
Lei nº 10233/2001	Lei de Reestruturação dos Transportes Acuaviário e Terrestre Brasileiro, 5-6-2001.
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas

MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
ONU	Organização das Nações Unidas
PHC	Plan Hidrológico de cuenca
PHN	Plano Hidrológico Nacional
PIDESC	Pacto Internacional sobre Dereitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNRH	Política Nacional de Recursos Hídricos
RAPA	Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica
RDPH	Reglamento del Dominio Público Hidráulico
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
SISNAMA	Sistema Nacional de Meio Ambiente
SNGREH	Sistema Nacional de Gestão dos Recursos Hídricos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tratado de Cooperación Amazônica
TRLA	Texto Refundido de la Ley de Aguas
TRLHL	Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales
TSJ	Tribunal Superior de Justiça
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
WWDR	World Water Development Report

ÁGUAS, DESENVOLVIMENTO E DIREITO COMPARADO

Yanko Marcius de Alencar Xavier^{1*}

Água é vida! Esta afirmação tão simples revela a importância da água para os seres humanos, impondo a reflexão sobre a situação atual desse recurso natural.² A água é um fator estratégico para o desenvolvimento.³ É impossível se conceber desenvolvimento em toda a sua dimensão sem acesso à água, podendo-se até mesmo afirmar que onde não há água dificilmente poderá o homem se desenvolver em sua plenitude. A água é um recurso natural renovável, finito e fundamental para a sobrevivência de todos os seres vivos.

1* Professor, Coordenador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT n.º 36 e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, Brasil.

2 Os termos “água” e “recurso hídrico” serão utilizados neste texto com o mesmo significado. Sobre a distinção entre os termos água e recurso hídrico veja GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 27; POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71-72.

3 O termo desenvolvimento não se restringe aqui ao desenvolvimento econômico. Veja SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. O Desenvolvimento aqui é entendido como expansão de liberdades e não se expressa só através de resultados progressivos das economias. VARELLA considera que “o desenvolvimento deve ser medido à luz dos seguintes critérios: nível de emprego decente, melhoria de infra-estrutura de base, esgoto, fornecimento de água potável, melhoria da educação e aumento da esperança de vida, sendo esses elementos a base do conceito e questões de alta relevância para qualquer organização que se preocupe com o desenvolvimento.” VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 7.

Os recursos hídricos são hodiernamente também um elemento político nas relações tanto internas de um país⁴ quanto nas relações com outros Estados⁵. A água é na atualidade um recurso de tal importância que transcende as fronteiras políticas dos países podendo gerar conflitos.⁶ Não só a falta de água mas também o direito de acesso à água é um problema mundial.⁷ Água é, portanto, motivo de conflitos.⁸ Em várias partes do mundo populações inteiras não têm acesso à água potável⁹ nem a saneamento básico.¹⁰ Água pode ser considerada nesse aspecto específico, vida e morte.¹¹ A temática tem por este motivo papel de destaque nas preocupações contemporâneas, constituindo-se em um dos grandes temas da política internacional.

O Brasil apesar de ser detentor de imensas reservas hídricas, sofre ao mesmo tempo com o problema da escassez¹², não podendo assim ficar

4 Aqui deve-se ressaltar que o número de conflitos envolvendo água tem crescido rapidamente no Brasil. Na Espanha conflitos pela água também são frequentes. Recentemente a Região Autônoma da Catalunha sofre com uma das mais severas crises de abastecimento de água de sua história, levando o seu governo a querer desviar o curso do rio Segre que deságua no rio Ebro e exigir maior autonomia sobre seus recursos hídricos causando tensões regionais.

5 São notórios os conflitos pela água envolvendo Israel e a Palestina.

6 Veja FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 355.

7 Cada vez mais o domínio sobre a água está diretamente relacionado ao poder político e econômico, tendo isso graves conseqüências para as populações mais pobres, que enfrentam dificuldades para ter acesso ao recurso.

8 Veja sobre o assunto TAGUCHI, Clarissa. *A guerra da água*. Disponível em: <www.terrazul.m2014.net/spip.php?article311>. Acesso em: 22.04.08. Sobre os conflitos pela água no Brasil veja MALVEZZI, Roberto. Os conflitos pela água. Disponível em: <www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=22093>. Acesso em 22 de abril. 2008.

9 No Brasil e em várias partes do mundo muitas pessoas têm que andar quilômetros para poder ter acesso à água, muitas vezes contaminadas.

10 “Enquanto a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO – já declarou ser necessário colocar à disposição de cada ser humano 40 litros de água potável por dia, no lugar onde vive a pessoa, no planeta Terra 1,1 bilhão de seres humanos vivem sem água potável, e 2,4 bilhões não têm acesso a instalações sanitárias.” CAUBET Christian Guy.; FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?*. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 19.

11 “Dois milhões de seres humanos, principalmente crianças, morrem anualmente, nos países “do Sul”, por causa de doenças gastrointestinais propagadas por causa de falta de redes de distribuição e de saneamento. Em cada 10 crianças, uma morre por causa de diarreia ou de desidratação sem alcançar a idade de cinco anos.” CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei a política...e o meio ambiente?*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 19.

12 A bacia amazônica, por exemplo, concentra 72% do potencial hídrico nacional; no âmbito regional, o Nordeste concentra apenas 3% de tal potencial, o Centro-Oeste 15%, o Norte 70% e o Sul e Sudeste 12%. Disponível em: <www.tratamentodeagua.com.br/a1/informativos/acervo.php>. Acesso em 20 de agosto. 2007.

indiferente a tais preocupações. Se por um lado o ribeirão amazônico não sente o significado da falta de água¹³, o homem no semi-árido nordestino convive há séculos com o flagelo da seca.¹⁴ Água para o nordestino do semi-árido é um bem precioso e dela depende a sua sobrevivência.

Na região Nordeste¹⁵ do Brasil a escassez faz parte da realidade do homem rural. Soma-se ao problema da pequena concentração de recursos hídricos, a poluição que afeta os mananciais,¹⁶ a baixa pluviosidade e a presença de um terreno de pouca permeabilidade¹⁷ que leva à inexistência de recursos significativos de água subterrânea, que por sua vez apresenta-se geralmente salobra e imprópria ao consumo humano ou animal, bem como para a irrigação.¹⁸ Conviver com a escassez é assim um desafio que se impõe, pois se já desde épocas remotas se conhece os problemas da falta de água, e mesmo com todo o desenvolvimento tecnológico, não se consegue controlar as conseqüências advindas da seca.

O Brasil apresenta uma realidade hídrica bastante diferenciada regionalmente, impondo-se a necessidade de oferecer solução diversa para os problemas que surgem.

13 A bacia amazônica é a maior bacia hidrográfica do planeta, com 6.100.000 km², e abrange mais da metade do território nacional. Disponível em: <www.ana.gov.br/hibam/default.asp>. Acesso em: 20.08.07.

14 O Nordeste concentra apenas 3% de tal potencial hídrico nacional. Disponível em: <www.tratamentodeagua.com.br/a1/informativos/acervo.php>. Acesso em: 20 de agosto. 2007.

15 A preocupação com os recursos hídricos levou o “Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia” do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte a realizar anteriormente pesquisa sobre a gestão legal dos recursos hídricos nos Estados do Nordeste do Brasil. Os resultados da pesquisa foram publicados pela Fundação Konrad Adenauer/Fortaleza. Veja XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). *Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004. Atualmente o Grupo desenvolve projetos de pesquisa sobre Água e Atividade Econômica e Aspectos jurídicos da produção de água na extração de petróleo.

16 O Estado de Pernambuco está dividido em 8 (oito) bacias hidrográficas e, segundo LEITE “Verifica-se que, no tocante aos principais problemas dessas bacias, sua taxa de comprometimento (poluição) é o seu maior óbice para uso, qualquer que seja ele. Foi constatado que de um modo geral, todos os corpos d’água integrantes das bacias hidrográficas estaduais estão poluídos, nos mais diversos graus de intensidade.” Veja LEITE, Fábio Augusto C. C. M.. Pernambuco. In: XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). *Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004, p. 114.

17 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 05; Sobre a gestão legal dos recursos hídricos nos estados do Nordeste do Brasil veja XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). *Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

18 Fundo para transferência de tecnologia Canadá-Brasil. Agosto de 1999. Disponível: <proasne.net/ApresentacaoPROASNESerrinha.pdf>. Acesso em 25 de janeiro.2007.

Pelo fato de possuir água em abundância em seu território, o país deixou durante muitos anos de estabelecer uma política com as diretrizes básicas para a adequada utilização das suas águas.¹⁹ A abundância de recursos hídricos justificou que por muito tempo o país tenha deixado de oferecer políticas públicas adequadas para o tratamento desse patrimônio natural, até a edição da lei Federal nº 9.433/97 que consagrou como um de seus princípios a valoração econômica da água.²⁰

Atualmente a gestão da água enquanto recurso natural escasso baseia-se na necessidade de proteção contra diversas formas de poluição e uso inadequado. É fundada em normas legais que regulam os padrões e critérios e definem a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e estruturam um Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGRH) com vários entes de gestão descentralizada, como elemento de regulação oferecido pelo Ministério do Meio Ambiente através da Agência Nacional de Águas (ANA). A outorga dos direitos de uso e a cobrança pelo uso de água bruta já é realidade em várias regiões do país.

Mesmo assim, pela enorme distribuição geográfica, são alarmantes os dados de que 70% dos rios brasileiros sofrem com a poluição²¹ e que apenas 54% dos domicílios brasileiros têm coleta de esgotos. Nas regiões mais desenvolvidas economicamente quase todos os rios estão poluídos. Entre as muitas ações nocivas sobre as nossas águas estão além da poluição dos rios e a falta de saneamento básico, o lançamento irregular de esgotos e detritos nos mananciais, a contaminação, o desperdício, o uso irracional pela indústria e agricultura, o descontrole e o conflito no uso de um mesmo corpo d'água, a construção de poços ilegais, a destruição das nascentes. As conseqüências deste descaso já são sentidas seriamente nas grandes cidades brasileiras que cada vez mais sofrem com o raciona-

19 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 6 de abril. 2007. p. 09.

20 Sobre o assunto observa FARIAS "Assim, fica caracterizada a nossa aparente abundância de água doce, o que, infelizmente, tem servido de suporte à cultura do desperdício da água disponível, a não-realização dos investimentos necessários ao seu uso, à ineficiência à proteção dos nossos mananciais, e à ilusória consideração de que a água é um bem livre, abundante e sem valor econômico." FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 344-345.

21 Disponível em: <www.tratamentodeagua.com.br/a1/informativos/acervo.php>. Acesso em: 6 de abril. 2007.

mento de água²² e da contaminação²³. Soma-se ao problema a questão da elevação dos custos de tratamento, que é um obstáculo natural ao processo de enfrentamento do problema.

O saneamento apresenta-se como estratégico para o país, tendo em vista a necessidade de se garantir o abastecimento da água em quantidade e qualidade para a população e a melhoria dos índices de desenvolvimento.²⁴ O mesmo está regulamentado pela recente Lei Federal nº 11.445/07, que estabelece as Diretrizes do Saneamento Básico no país.

A globalização com sua integração sistêmica “alicerçada na especialização e “mercantilização” do conhecimento, na eficiência, na tecnologia, na competitividade, na produtividade e no dinheiro”²⁵ atua “de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional.”²⁶ Esta falta de possibilidade de controle se reflete fortemente na esfera ambiental²⁷, ficando a temática cada vez mais refém de acordos

22 A cidade de Recife vive uma séria crise de abastecimento. Veja Boletim de notícias. Junho de 1999 Vol. 1, Nº 2 Disponível em: <proasne.net/boletimv1n2.html#Oily%20Water>. Acesso em: 24 de janeiro. 2007.

23 Segundo reportagem publicada no Diário de Natal, a promotora Gilka da Mata classificou a contaminação da água de Natal como o maior desafio para a sociedade e para o Ministério Público. Veja AMARAL, Ana. “Muita gente em Natal consome água imprópria”. Disponível em: <diariodenatal.dnonline.com.br/site/materia.php?idsec=2&Amat=156452>. Acesso em 22 de abril. 2008. Sabe-se que em muitos bairros de Natal a população está consumindo água contaminada por nitrato em desacordo com a Portaria nº 518/04 do Ministério da Saúde que estabelece o teor máximo de 10mg/L de nitrato para que a água possa ser considerada potável.

24 Veja MUCCI, José Luiz. Introdução às Ciências Ambientais. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Editores). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri: Manole, 2005, p. 30-31; FREITAS, Vladimir Passos de. Águas – Considerações Gerais. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas Aspectos Jurídicos e Ambientais*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 21.

25 FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 52.

26 FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 52; CUNHA se referindo ao processo de globalização afirma que “Hoje, a mundividência é vista como fator da sociedade de risco, que coloca novos problemas ao direito, e o direito parece ter perdido a habilidade de lidar com eles. As fórmulas tradicionais do direito, os mecanismos até agora utilizados para resolver e solucionar os conflitos estão decadentes e carentes de urgentes reformas, que não implicam uma revolução copernicana da ordem jurídica, mas que suscitam uma adaptação às novas tendências, dos novos problemas e das suas mais recentes abordagens e implicações, à atuais estruturas, institutos e abordagens jurídicas.” CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do Direito Ambiental. In: FERREIRA, Heline Sivini; Leite, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 113.

27 O meio ambiente é diretamente afetado pelo processo de globalização da economia. O próprio desenvolvimento econômico em si já gera uma pressão sobre o meio ambiente devido à maior demanda por recursos naturais e pelo maior consumo de produtos industrializados. Preocupante é também o fato de que as atividades que se referem ao desenvolvimento tecnológico com reduzido impacto ambiental são mais comuns nos países mais desenvolvidos, enquanto que as atividades de produção, cada vez mais são transferidas para países em desenvolvimento, onde as exigências de proteção ao meio ambiente muitas vezes são menos rigorosas

internacionais²⁸ de difícil realização e onde os interesses econômicos se sobrepõem claramente à proteção ambiental.²⁹ O descaso com a questão ambiental é tão acentuado “no modelo de globalização da atividade econômica³⁰ e financeira que hoje permeia as sociedades contemporâneas, os riscos são consequência da irresponsabilidade prática dos efeitos de decisões

ou pouco fiscalizadas. Segundo HABERMAS, citado por FARIA, “Com a internacionalização dos mecanismos financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente. Estas escapam cada vez mais às políticas intervencionistas do governo, não apenas as de redistribuição monetária, mas as de incentivo à indústria, subsídios creditícios, proteção tarifária etc. A administração e a legislação nacionais não tem mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições relevantes de produção”. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 53. Tendo em vista estes critérios, os atores transnacionais, com toda certeza, tomarão suas decisões pautados não nos melhores padrões ambientais na tomada de decisão para fazer investimentos em escala global. Para receber investimentos os governos são obrigados “a promover a renúncia fiscal, a reduzir as proteções sociais e a relegar para segundo plano a segurança do trabalho e a preservação do meio ambiente para atrair investimentos internacionais.” FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 106.

28 Segundo FARIA, “Na reflexão teórica e analítica sobre a racionalidade normativa advinda com o fenômeno da globalização, uma das tendências no âmbito do pensamento jurídico tem sido utilizar os conceitos do Direito Internacional como marco referencial para a identificação do perfil da cultura, das regulações e das instituições jurídicas surgidas com a transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo.” E continua o autor mais adiante afirmando que “A valorização do Direito Internacional Público – aquele que regula e disciplina as relações entre os Estados – reside no fato de que, justamente pela decantada debilidade de seu poder de coerção organizada, seus conceitos e suas categorias evoluíram na perspectiva da valorização de técnicas legislativas voltadas muito antes à composição dos interesses, à garantia da coexistência e a estratégias de cooperação do que propriamente à imposição de uma determinada vontade jurídico-política.” FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 150 e 151.

29 VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 256 e 281. Segundo VARELLA “No tocante ao meio ambiente, ele foi integrado à lógica da Organização Mundial do Comércio. O tratamento dado à questão coloca às vezes a proteção ambiental em primeiro plano, e o reducionismo economicista da questão ambiental praticado pela OMC, conforme alegado pelas ONGs, não existe. Todavia, em caso de conflito direto entre as normas da OMC e as dos acordos ambientais, o direito internacional econômico é preponderante e pode anular toda disposição contrária das normas ambientais, em razão da desigualdade de eficácia que opõe os dois sistemas de normas.” VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 290; Segundo BARRAL “ressalvada uma breve menção ao aspecto institucional, o conceito de desenvolvimento da OMC ainda negligencia a questão da liberdade e do desenvolvimento humano, que hoje são considerados centrais para a definição de um conceito contemporâneo de desenvolvimento.” BARRAL, Welber. *Perspectiva para o desenvolvimento na OMC*. In: MENEZES, Wagner (Org.). *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 564.

30 Segundo CUNHA “A economia e a própria vida sobre a terra dependem dos constantes consumos energéticos e dos bens, como a água, o ar, as matérias primas e outros recursos naturais. Os limites do crescimento são, por isso, verdadeiros limites à capacidade de o próprio planeta fornecer esses recursos naturais e à capacidade de os destinos finais desses bens absorverem a poluição que provocam.” CUNHA, Paulo. *A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do Direito Ambiental*. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 110-111.

de uma ecomáfia”, “verdadeiros gângsters da destruição.”³¹ Ressalte-se que este processo não respeita sequer o que foi proclamado no Princípio nº. 8 da Conferência do Rio de Janeiro de 1992, princípio segundo o qual, para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e promover políticas demográficas adequadas.

O Brasil, não podendo ficar à margem dos acontecimentos econômicos mundiais, se insere no processo de globalização, tendo que se submeter às suas regras e também sofrer as suas conseqüências. Este processo impulsiona o aumento da produção agrícola, o desenvolvimento da indústria, o consumo de recursos naturais, a demanda cada vez maior por energia, propicia o crescimento das grandes cidades sem possibilidade de planejamento urbano, gerando uma maior demanda por recursos hídricos e conseqüentemente a necessidade de regularidade no seu fornecimento. Tendo em vista o aumento da demanda por água, bem estratégico e de valor econômico³², impõe-se a necessidade de elaboração de normas condizentes com esta realidade, ou seja, normas que regulem de forma eficiente a gestão de seu uso.

A globalização da economia mundial pautada na produção e no consumo, claramente não respeita os limites da sustentabilidade, devendo o crescimento da atividade industrial³³ também ser observada entre nós, pela ótica da conservação dos recursos, pois a necessidade de inserção do Brasil no mercado globalizado, exportando grande quantidade de produtos que requerem para a sua produção intenso consumo de água, tem impacto considerável nos mananciais³⁴.

31 AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o Direito ao futuro na Ordem Constitucional Brasileira. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 238.

32 A água, como visto, passou a ser um bem de domínio público e um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, nos termos do art. 1º da Lei federal nº 9.433/97.

33 Tendo em vista o alto grau de periculosidade dos efluentes industriais tanto para o meio ambiente quanto para os seres humanos, a indústria tem investido em modos de produção que consomem menos água, como também reciclagem da água.

34 Cf. *A Regulamentação da água virtual nos sistemas ambientais*. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI. Salvador. 2008.16p.

A atividade industrial e agrícola somadas à expansão e crescimento da população em áreas urbanas³⁵, produzem fortes impactos, colocando em risco os recursos hídricos³⁶, comprometendo os padrões de saúde e qualidade de vida.

O acentuado crescimento econômico experimentado nos últimos anos também gera uma demanda acentuada por recursos energéticos. A maior parte da energia produzida e consumida no Brasil é de fonte hidrelétrica provocando também forte impacto ambiental para a sua produção³⁷, tendo este elemento que ser levado em consideração na expansão da oferta de energia que tenha origem nesta fonte.³⁸ Mesmo a produção de petróleo e gás, cada vez mais intensiva no Brasil, tem impactos consideráveis nos recursos hídricos.³⁹ Por outro lado, as imposições ambientais cada vez mais limitam a utilização de combustíveis fósseis. Desta forma, a busca por alternativas energéticas se acentua, e muitas delas, utilizam recursos hídricos em grande quantidade para a sua pro-

35 A utilização intensiva de novas tecnologias nos processos produtivos, sempre na busca de maior produção com o menor custo, seja na indústria ou na agricultura, gera um excedente de mão de obra e consequentemente exclusão social principalmente no meio urbano, tendo como consequência intensa degradação do meio ambiente. No Brasil é exemplo disto a disseminação de favelas nas grandes cidades onde as populações não têm muitas vezes acesso à água potável nem muito menos a saneamento básico. Segundo FERNANDES "O modelo urbano-industrial intensivo e altamente predatório adotado ao longo do século passado já provocou mudanças socioespaciais drásticas no Brasil, bem como consequências ambientais muito graves, cujos impactos e implicações podem ser tecnicamente comparados aos efeitos de grandes catástrofes naturais que até hoje têm poupado o País." FERNANDES, Edésio. Estatuto da Cidade: promovendo o encontro das agendas "verde" e "marrom". In: FERREIRA, Heline Sivini; Leite, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 294-295; Sobre a cidade de São Paulo veja MUCCI, José Luiz. Introdução às Ciências Ambientais. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Editores). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri: Manole, 2005, p. 31 e 42-43.

36 TUNDISI, José Galizia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. 2.ed. São Carlos: RiMa, IIE., 2005, p. 57.

37 Vale a pena também lembrar que recentemente no Brasil, motivado principalmente por um período de seca prolongado, ocorreu uma séria crise de energia, tendo em vista o baixo nível dos reservatórios das hidrelétricas.

38 No que se refere à construção de grandes hidrelétricas são muitos os questionamentos, tanto de cunho ambiental quanto de cunho social, tendo em vista a necessidade de inundação de grandes áreas e a realocação de populações.

39 Sobre o assunto veja NASCIMENTO, Livia Melo. *Água produzida na extração de petróleo: o controle estatal sobre seu uso, tratamento, reaproveitamento e descarte*. Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Monografia. Natal: UFRN, 2007.

dução. produção de biocombustíveis⁴⁰ é hoje no Brasil uma realidade.⁴¹ O Brasil consome em grande escala e é um dos maiores exportadores de etanol do mundo. Por outro lado, a utilização de recursos hídricos por esta indústria é muito intensiva.

A agroindústria também desempenha um papel relevante na economia mundial.⁴² Isto se dá não só nos mercados internos, com a produção de alimentos para a população, mas também, de forma acentuada nos produtos que integram a pauta de exportações. Produtos estes que no caso brasileiro utilizam de forma intensiva recursos hídricos, causando grandes impactos tanto na questão da quantidade como da qualidade da água, tendo em vista a utilização de irrigação e de adubos e agrotóxicos.⁴³ A agricultura consome grandes quantidades de água e, em obediência a um dos princípios básicos da Lei nº 9.433/97 deve a gestão dos recursos hídricos ser feita levando em consideração o uso múltiplo das águas, caso contrário o uso descontrolado e não sustentável poderá seriamente representar um risco para os recursos hídricos gerando escassez, conflitos e contaminação dos mananciais, não assegurando à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos de acordo com os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Diante de todo o exposto, o desafio brasileiro no que se refere a encontrar soluções adequadas para os problemas existentes em seus recursos hídricos é uma tarefa para toda a sociedade, impondo-se não só uma

40 Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005. A Lei do Biodiesel dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira.

41 XAVIER, Yanko Marcius de. The Legal Situation of Biomass in Brazil. In: Zillman, Donald/Redgwell, Catherine/Omorogbe, Yinka/Barrera-Hernández, Lila (Orgs.). *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. London 2008, p. 399-418; XAVIER, Yanko Marcius de; SILVA, Anderson Souza. Aspectos jurídicos da inserção de energias renováveis na matriz energética brasileira. *Revista Jurídica Verba Volant, Scripta Manent*, vol. 1, p. 107-125.

42 A maior possibilidade de exportação de produtos da agricultura e da pecuária incentivam uma maior produção destes produtos que muitas vezes, dependendo das imposições ambientais internas de cada país, podem ser produzidos com pouca ou nenhuma preocupação com o meio ambiente.

43 A água utilizada na produção de grãos para o mercado mundial tem uma significativa contribuição nas mudanças que ocorrem no sistema hídrico das regiões produtoras de *commodities* agrícolas. A chamada "água virtual" pode ser utilizada como instrumento estratégico na política de recursos hídricos de um país, ou seja, se um país dispõe de poucos recursos hídricos, poderá adotar uma política de importação de produtos que requeiram intensivo consumo de água para a sua produção.

maior sensibilização no que se refere à necessidade de conservação destes recursos, como também gestão eficiente dos mananciais.

Faz-se desta forma necessário o aprendizado do uso racional da água no Brasil. O seu uso racional é um poderoso instrumento na concretização do desenvolvimento sustentável⁴⁴ e sua importância para a evolução da economia⁴⁵ e para a vida no planeta é incontestável.⁴⁶

Impõe-se não só ao Brasil, mas também às sociedades contemporâneas, repensar os seus valores levando em consideração conceitos, entre outros, de sustentabilidade, proteção ambiental⁴⁷, racionalização dos recursos ambientais e gestão ambiental. A água é essencial à sustentação de qualquer forma de vida, às atividades econômicas e ao desenvolvimento das civilizações, mas, no entanto, é um recurso finito devendo haver limitações quanto ao seu uso.

O Brasil consciente de que o acesso à água é um direito fundamental⁴⁸ e tendo em vista a necessidade premente de gestão de seus recursos hídricos

44 *O Nosso Futuro Comum* ou Relatório Brundtland utiliza pela primeira vez a expressão desenvolvimento sustentável e é um relatório elaborado pela Comissão Mundial das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento publicado em 1982; veja VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 49-86.

45 A infra-estrutura hídrica, pela sua importância, foi incluída na “discussão dos eixos nacionais de integração e desenvolvimento” nos planos desenvolvimentistas de governos brasileiros para a região Nordeste, acentadamente no governo Fernando Henrique Cardoso. Segundo ELIAS, exemplo disto “é a difusão da infra-estrutura hídrica, com grande expansão das políticas inerentes às novas formas de gestão dos recursos hídricos: construção de adutoras, canais, barragens, irrigação, programas de transposição de bacias hidrográficas, implantação de comitês de bacias hidrográficas etc.” ELIAS, Denise. *Agronegócio e desigualdades socioespaciais*. In: ELIAS, Denise; PEQUENO, Renato (Orgs.). *Difusão do agronegócio e novas dinâmicas socioespaciais*, p. 25-33; A questão da irrigação das zonas áridas do Nordeste já foi vista como instrumento a ser utilizado para modificar a estrutura ocupacional da região e elevar efetivamente, o padrão de vida da população. Veja Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste (GTDN), *Uma política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste*, 2ª Ed, Recife: SUDENE, 1967, p. 54

46 Veja FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 27.

47 De acordo com a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento a proteção do meio ambiente é parte integrante do processo de desenvolvimento, não podendo ser considerada separadamente. Veja Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>. Acesso em: 18.11.2007.

48 Segundo ADEDE Y CASTRO “As águas, como um dos recursos naturais colocados à disposição do homem pela natureza, são parte do conjunto de direitos fundamentais, em vista das disposições feitas pela Constituição Federal de 1988, no sentido de garantir a todos um ambiente sadio, para as presentes e futuras gerações.” e que é “Impossível olvidar, ainda, que, no preâmbulo e nos primeiros artigos da Constituição Federal, já ficou definido que a sociedade, que se pretende construir, será baseada em normas e comportamentos que a desenham como sendo justa, igualitária, solidária e preocupada com a segurança, o bem estar, a dignidade e a cidadania de todos, o que só poderá ser alcançado com a garantia de um ambiente sadio.” ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Água um Direito Humano Fundamental*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008, p. 12-13.

foi um dos primeiros países a elaborar o seu Plano Nacional de Recursos Hídricos. O Plano Nacional de Recursos Hídricos reconhece em seus objetivos estratégicos a necessidade da melhoria da disponibilidade hídrica, tanto em qualidade quanto em quantidade, a necessidade de redução dos conflitos pelo uso da água e principalmente o fato de que a água deve ser compreendida como valor socioambiental relevante⁴⁹, constituindo a participação social e a descentralização a base da política de gestão de recursos hídricos⁵⁰.

Conhecer a realidade do outro nos faz refletir e compreender melhor a nossa própria realidade na busca de soluções para os nossos problemas. Conhecer o direito estrangeiro, estudá-lo e compará-lo com o direito pátrio permite ao jurista conhecer melhor e descobrir o seu próprio direito⁵¹, refletir sobre suas especificidades e características⁵², podendo assim dar subsídios na interpretação, na aplicação e até mesmo na criação do direito pátrio, como também na busca de soluções para os problemas que afligem o seu mundo.⁵³

49 LIMA, Marina. *Plano Nacional de Recursos Hídricos*, Prefácio, vol. 1.

50 Sobre o tema da descentralização decisória e aplicação do princípio da subsidiariedade na gestão dos recursos hídricos no Brasil, ver GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. RIBEIRO, Márcia Maria Rios; Xavier, Yanko Marcius de Alencar. *Regulação, Princípio da Subsidiariedade e uso da água no Brasil*. Anais do V Congresso Brasileiro de Regulação. ABAR. Recife, 2007.

51 RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. São Paulo: RT, 1995, p. 20-21.

52 "Não existem direitos universalmente válidos. Existem direitos que se justificam e se validam em todas as culturas existentes, como o direito à vida, mas a sua base justificadora não se assenta em valores universalmente válidos. No plano externo, exógeno, há tantos direitos quanto culturas a revelarem – através do discurso e da interpretação – a existência deste mesmo instituto chamado direito. Não há um elemento agregador que possa criar uma unidade justificadora de uma ordem jurídica internacionalmente válida." BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um Direito Ambiental no Século XXI. CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do Direito Ambiental. In: FERREIRA, Helene Sivini; Leite, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 81.

53 Observa POMPEU quando trata dos diferentes sistemas jurídicos que "Embora a progressiva deterioração das águas esteja aos poucos diminuindo a quantidade das utilizáveis para fins mais nobres – abastecimento às populações, recreação, irrigação, aquíicultura e pesca – os traços que distinguem os mencionados sistemas são ainda marcantes. A redução de águas disponíveis vem ultimamente aproximando o conteúdo do direito vigente nos diversos países, em especial no que concerne à sua progressiva publicação". Observa ainda o mesmo autor que "Da mesma forma, a atuação de organismos internacionais e o aparecimento de entidades supranacionais têm concorrido para reduzir a diferença entre as normas legais dos diversos países." E "O surgimento de organizações supranacionais, como a Comunidade Econômica Européia e o Pacto Andino, tem revelado tendência para harmonizar as legislações nacionais, eliminando gradualmente os limites das distintas áreas jurídicas, em especial sobre poluição hídrica." POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 40-41. Exemplo claro de sua afirmação no que se refere às entidades supranacionais é a Diretiva 2000/60/CE ou Diretiva Marco de Águas de 23 de outubro de 2000. Esta Diretiva estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água.

Tendo em vista que os problemas ambientais não conhecem e nem respeitam fronteiras é importante e necessário para o jurista o conhecimento não só da sua ordem jurídica, como também olhar para além das suas fronteiras políticas, principalmente no que se refere a temas de interesse global. A água faz parte desta realidade e assim se coloca como questão global e não só local⁵⁴, tanto na agenda política quanto jurídica dos países. E, apesar de termos hoje no Brasil um marco legal bastante avançado é recente a preocupação com o estabelecimento de normas para a gestão do uso da água⁵⁵, ficando evidente a necessidade de desenvolvimento de estudos sobre o assunto.

Apesar das dificuldades apontadas, o Brasil tem hoje uma das legislações mais avançadas do mundo para a gestão dos recursos hídricos, instituições fortes e atuantes, sob a coordenação de uma agência reguladora específica, a ANA, órgãos colegiados em nível de Ministério do Meio Ambiente e, no nível local, os Comitês de Bacias Hidrográficas, com competência reguladora e participação popular como princípio de gestão, à semelhança de alguns sistemas europeus, em especial, o francês.

Este é o sentido do desenvolvimento deste trabalho conjunto “O Direito de Águas no Brasil e na Espanha: um Estudo de Direito Comparado” realizado pelo “Grupo Consolidado de Investigación Agua, Derecho y Medio Ambiente” (AGUDEMA) da Facultad de Derecho da Universidad de Zaragoza e pelo “Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia” do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

O projeto contou no Brasil com o apoio da Fundação Konrad Adenauer/ Fortaleza que fomenta projetos entre outras temáticas, que tenham como enfoque a questão da sustentabilidade, e de pronto, se comprometeu em publicar os resultados desta pesquisa. Contou também com o apoio do

54 Esta questão pode ser visualizada no conflito entre Argentina e Uruguai tendo em vista a construção de duas fábricas de celulose às margens do rio Uruguai. A Argentina e organizações internacionais ambientais acreditam que as fábricas irão poluir o rio Uruguai, exigindo assim a suspensão da construção das fábricas. Este fato levou a Argentina a acionar o Uruguai no Tribunal Internacional de Justiça em Haia.

55 “O uso e a importância da água nunca foram preocupação da população brasileira. Em tempos recentes a situação começou a alterar-se. Tornaram-se comum a existência de debates, programas na televisão e notícias nos jornais. É possível dizer que 1999 foi o despertar da conscientização sobre o assunto que antes só fazia parte de círculos de técnicos altamente especializados. Com notório atraso, sem dúvida alguma.” FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas – Considerações Gerais*. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas Aspectos Jurídicos e Ambientais*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 17.

Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - PRH-ANP/MCT nº 36 – da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, que também desenvolve pesquisa na área.

Referências

- ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Água um Direito Humano Fundamental*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008.
- AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o Direito ao futuro na Ordem Constitucional Brasileira. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 229-268.
- BARRAL, Welber. Perspectiva para o desenvolvimento na OMC. In: MENEZES, Wagner (Org.). *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 545-567.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um Direito Ambiental no Século XXI. CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do Direito Ambiental. In: FERREIRA, Heline Sivini; Leite, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 71-108.
- BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07.
- CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do Direito Ambiental. In: FERREIRA, Heline Sivini; Leite, José Rubens Morato. *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 109-145.
- CAUBET Christian Guy. *A água, a lei a política...e o meio ambiente?*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.
- EILAS, Denise. Agronegócio e desigualdades socioespaciais. In: ELIAS, Denise; PEQUENO, Renato (Orgs.). *Difusão do agronegócio e novas dinâmicas socioespaciais*. Fortaleza: Banco do Nordeste, 2006, p. 25-33.

- FARIA, José Eduardo. O Direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999
- FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico?. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- FERNANDES, Edésio. Estatuto da Cidade: promovendo o encontro das agendas “verde” e “marrom”. In: FERREIRA, Heline Sivini; Leite, José Rubens Morato. Estado de Direito Ambiental: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 293-330.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Águas – Considerações Gerais. In: FREITAS, Vladimir Passos de. Águas Aspectos Jurídicos e Ambientais. Curitiba: Juruá Editora, 2005.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. São Paulo: Atlas, 2006.
- GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. A regulamentação da água virtual nos sistemas ambientais. Anais do Encontro Preparatório do XVII CONPEDI. Salvador. 2008.
- _____. RIBEIRO, Márcia Maria Rios. XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Regulação, Princípio da Subsidiariedade e uso da água no Brasil. Anais do V Congresso Brasileiro de Regulação. ABAR. Recife, 2007.
- Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste (GTDN), Uma política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste, 2ª Ed, Recife: SUDENE, 1967.
- LEITE, Fábio Augusto C. C. M.. Pernambuco. In: XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.
- LIMA, Marina. Plano Nacional de Recursos Hídricos, Prefácio, vol. 1.
- MUCCI, José Luiz. Introdução às Ciências Ambientais. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Editores). Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental. Barueri: Manole, 2005, p. 29-46.
- NASCIMENTO, Livia Melo. Água produzida na extração de petróleo: o controle estatal sobre seu uso, tratamento, reaproveitamento e descarte. Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Monografia. Natal: UFRN, 2007.
- POMPEU, Cid Tomanik. Direito de Águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIVERO, Jean. Curso de Direito Administrativo Comparado. São Paulo: RT, 1995.

TUNDISI, José Galizia. Água no século XXI: enfrentando a escassez. 2.ed. São Carlos: RiMa, IIE, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Econômico Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Energy for the future: Brazilian law policy. In: Zillman, Donald/Redgwell, Catherine/Omorogbe, Yinka/Barrera-Hernández, Lila (Orgs.). Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition. London 2008, p. 399-418.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; SILVA, Anderson Souza. Aspectos jurídicos da inserção de energias renováveis na matriz energética brasileira. Revista Jurídica Verba Volant, Scripta Manent, vol. 1, p. 107-125.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

LOS DERECHOS DE AGUAS DE BRASIL Y ESPAÑA. PERSPECTIVA COMPARADA

Antonio Embid Irujo

1. LOS DATOS ESTRUCTURALES CONSTITUCIONALES Y LEGISLATIVOS DE BASE. 2. LA PROPIEDAD DEL AGUA. 3. LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA. 4. LOS USOS DEL AGUA. 5. INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS Y CAUTELAS MEDIO-AMBIENTALES. 6. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO. 7. AGUAS TRANSFRONTERIZAS. 8. NOTAS FINALES.

El libro que tiene en sus manos el lector interesado ha sido concebido como el producto final de una actividad científica de investigación llevada a cabo por dos equipos de profesores de la Universidad de Zaragoza (España) y de la Universidade Federal do Rio Grande do Norte en Natal (Brasil). Para ello se contó con una ayuda de la Agencia Española de Cooperación Internacional que ha dado viabilidad económica a los propósitos que menciono, facilitando la realización de reuniones de trabajo tanto en Zaragoza (marzo de 2007) como en Natal (octubre de 2007). El objetivo era llevar a cabo un trabajo comparado entre los derechos de agua español y brasileño centrado en una serie de temas comunes: estructura de gobierno de los respectivos Estados, propiedad del agua, planificación hidrológica, usos del agua, infraestructuras hidráulicas y medio ambiente, régimen económico-financiero y régimen de las aguas transfronterizas. Obviamente con ello no se agotan las posibilidades investigadoras ni las

mismas instituciones que pueden encontrarse en los respectivos derechos de aguas pero sí que pienso, sin embargo, que ningún aspecto fundamental queda sin tratamiento¹.

Como verá el lector observando el índice del libro, cada una de esas partes tiene su presencia en el texto agrupándose dos capítulos en cada una de ellas, uno sobre derecho español y otro sobre derecho brasileño. Se ha procurado que la sistemática de cada uno de los capítulos sea relativamente común, lo que ya facilita el trabajo comparativo. En todo caso parece absolutamente necesario que al frente del conjunto del libro exista un capítulo de síntesis en donde se resalten desde el punto de vista de la necesaria comparación, los puntos más notables de los respectivos derechos de aguas señalándose zonas comunes y también insuficiencias de tratamiento. Este es el objetivo a cumplir por estas páginas.

Antes de que el lector pueda proceder a la lectura del trabajo, debo indicar que el objetivo que se pretendía realizar tenía sus riesgos evidentes puesto que la comparación a simple vuelo de pájaro entre Brasil y España, permite observar bastantes puntos de diferencia sobre los que, inicialmente, puede resultar difícil llevar a cabo comparaciones. Cualquiera puede ver, así, tanto el tamaño tan diferente de los respectivos Estados como unas realidades climatológicas e hídricas diversas también. Brasil, en efecto, más que un país es, desde las dimensiones europeas, prácticamente un continente. Pensar, además, que en su seno se halla la mayor parte de la cuenca del Amazonas, el río más caudaloso del mundo, apabulla cuando se plantea un trabajo de signo comparado con las humildes cuencas hidrográficas españolas e, incluso, permitiría dudar de la utilidad del propósito.

Sin embargo en el moderno derecho de aguas, y en estos comienzos de

1 Me interesa resaltar que este trabajo y desde el ámbito español ha sido emprendido por una serie de miembros que pertenecen al grupo consolidado de investigación de la Universidad de Zaragoza AGUDEMA (Agua, Derecho y Medio de Investigación) que cuenta con reconocimiento como tal por parte del Gobierno de Aragón desde la primera convocatoria que para ello existió, en el año 2002. El grupo ha emprendido un trabajo semejante al que el lector tiene en sus manos con la Universidad del Externado de Colombia con alguna diferencia de orientación: en el caso de Colombia, el objetivo ha sido contemplar el territorio como objeto de políticas sectoriales en el ámbito del agua y de los residuos. El resultado final ha sido el libro que tiene como editores a Antonio EMBID IRUJO y Oscar Darío AMAYA NAVAS, *Agua, residuos y territorio. Estudios jurídicos sobre política ambiental en España y Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 409 pp. El libro colombiano y el que ahora, centrado en Brasil, se presenta son los dos primeros de otros trabajos semejantes que el grupo se propone realizar en el próximo futuro con otros países iberoamericanos y contando con el concurso de Universidades de cada uno de los países. Pensamos que es una de las maneras de confrontar el valor del derecho español de aguas y del medio ambiente –de cuya consideración positiva, desde un punto de vista tanto histórico como presente estamos convencidos- con realidades teóricamente separadas.

un siglo XXI en la que tantos retos tiene planteados la humanidad desde el punto de vista ambiental –por no hablar de otros- sería una simplificación muy grande aventurar la escasa utilidad e, incluso, posibilidad de un trabajo como éste. Más bien creo que sucede lo contrario y me explico un poco más sobre las razones de esa creencia.

Desde luego que pertenece a la “tradición” dogmática del derecho de aguas esa afirmación ya clásica de JORDANA DE POZAS acerca de que los derechos de aguas nacionales responden casi matemáticamente a las condiciones hídricas y climatológicas de un país. Pero creo que esta afirmación, perfectamente suscribible en un tiempo y durante muchos años, ya no lo es así en la actualidad puesto que hoy en día son los planteamientos ambientales los que sirven para homogeneizar los derechos de aguas de países con condiciones climatológicas e hídricas muy distintas, como se puede advertir –el ejemplo es indiscutible- con lo que está sucediendo en Europa a partir de la Directiva 2000/60/CE (Directiva marco de aguas)² a través de la cual nada menos que veintisiete derechos nacionales europeos de aguas van a tener (están teniendo ya) una serie de principios básicos comunes.

Por otra parte hay que reconocer también que un país de las dimensiones de Brasil tiene dentro de él zonas con muy distintas características hídricas como, igualmente y a otros niveles, las tiene España. Si, por un lado, existe la cuenca del Amazonas en la que el agua existe a unos niveles sin comparación posible en el planeta³, también es verdad que existen zonas con niveles históricos y actuales de sequía preocupantes, permanentes⁴, lo

2 En diversas ocasiones me he referido a este proceso de homogeneización de los derechos de aguas basado en los planteamientos medioambientales. Puede verse, como resumen de esto, mi voz “Derecho de aguas” en el *Diccionario de Derecho de Aguas*, (A. EMBID IRUJO, dir.) Iustel, Madrid, 2007, pp. 15 y ss.

3 Planteamiento cuantitativo que por su volumen minimiza los problemas de calidad; algunos datos sobre ello se ofrecen en el capítulo brasileño sobre planificación hidrológica. Pero la gran cuestión es que los problemas de calidad son, precisamente, los que a veces hacen que la cantidad pase a un menor nivel de consideración. Eso es lo que ha sucedido y sucede, precisamente, en Colombia, país también muy rico en caudales pero con una profunda crisis de calidad en muchas partes de su territorio que convierte en inútiles para el aprovechamiento a esas aguas aparentemente tan abundantes. Esa es una de las lecciones que se desprenden del libro *Agua, residuos y territorio...*, supra cit.

4 El grupo de profesores de la Universidad de Zaragoza que se desplazó a Natal, pudo apreciar esta situación de sequía en el nordeste brasileño, justo en los mismos momentos en que en España se vive por tercer año consecutivo una sequía de intensidad y prolongación inusual.

que hace que, entre otras cosas, se planteen en Brasil políticas de trasvase de ríos muy discutidas⁵.

En todo caso los dos países cuentan con legislaciones de aguas relativamente modernas. Como el lector podrá comprobar, existe un antes y después en Brasil de la Ley 9433/1997 y España cuenta con un Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 (que refunde normas de 1985, 1996, 1999 etc...) varias veces modificado con posterioridad (2002, 2003, 2005, 2007). Las dos normativas responden a momentos en que los clásicos planteamientos de la tradicional legislación de aguas basados, únicamente, en políticas de “oferta” de recursos hídricos conseguidos por medio de obras hidráulicas, son, al menos, compartidos con otro tipo de políticas y en los dos casos también es fácilmente advertible la existencia de problemas, supuestos y soluciones comunes en el ámbito del dominio público, de la planificación hidrológica, de la participación de los ciudadanos, de la descentralización en la política hídrica etc... No es aventurado, pues, que se haya realizado un trabajo de investigación conjunta sobre normativas de aguas en dos países tan singulares como Brasil y España y confío en que el resto de este Capítulo introductorio pueda confirmar al lector el acierto del propósito. Y, obviamente, que la lectura completa del libro informe también del acierto en la realización de tal propósito.

1. LOS DATOS ESTRUCTURALES CONSTITUCIONALES Y LEGISLATIVOS DE BASE.

Brasil es un Estado federal (decisión de la Constitución de 1988) y España un Estado descentralizado políticamente que hemos venido en llamar Estado de las Autonomías (decisión de la Constitución de 1978). Todo ello tendrá su traducción específica en la existencia de potestades de gestión sobre las aguas que pertenecen a las distintas unidades territoriales de las que se compone el Estado, pero lo cierto es que ha de reconocerse cómo en los dos países y por diversos motivos existe un papel del Legis-

⁵ Por ejemplo, en la actualidad el proyecto de trasvase del río San Francisco, ampliamente discutido desde planteamientos territoriales y ambientales. Ni que decir tiene que sin pretender entrar, en lo más mínimo, en la consideración y mucho menos juicio sobre la situación brasileña, esa música suena como bastante conocida también en España.

lador “central” que, al margen de que su actuación pueda ser completada por otros legisladores descentralizados (sobre todo en el caso de España, aun cuando en Brasil también puede existir una actuación legislativa complementadora de los Estados federados, del Distrito federal y hasta de los Municipios), hace recaer en éste el peso de las decisiones normativas sobre la ordenación de las aguas.

Así en Brasil es la Unión quien tiene competencia legislativa privativa sobre las aguas y su aprovechamiento como fuente de energía, y también la Constitución otorga a la Unión la competencia para instituir el sistema nacional de gestión de recursos hídricos y definir los criterios para otorgar los derechos de uso así como para instituir las directrices para los servicios de saneamiento básico. Solo si existe una ley complementaria también federal, se puede autorizar a los Estados federales, al Distrito federal y hasta a los Municipios a legislar sobre “cuestiones específicas” en el ámbito del aprovechamiento del agua. En Brasil es la Ley 9433/1997 la que ha concretado la intervención normativa del Estado sobre el agua y el sistema nacional de gestión de recursos hídricos, mientras que en el ámbito del saneamiento es la reciente Ley Federal 11445/2007 quien adopta las decisiones fundamentales.

En España y a través de distintos títulos (propiedad, art. 149.1.18 CE, régimen de las Administraciones públicas, art. 149.1.18, medio ambiente art. 149.1.23 CE) es también al Estado a quien compete el establecimiento de la legislación fundamental (exclusiva en algunos supuestos y en otros básica) pudiendo las CCAA desarrollar la legislación básica y legislar también en relación al aprovechamiento de las cuencas hidrográficas que se encuentren incluidas enteramente dentro del territorio de la Comunidad. Es el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (con diversas modificaciones posteriores) el que representa la referencia normativa estatal en esta materia.

El art. 1 de la Ley federal brasileña 9433/1997 establece como fundamentos de la Política Nacional de Recursos Hídricos una serie de conceptos que suenan muy próximos desde España. Así en el precepto citado, se dice que el agua es un bien de dominio público, que el agua es un recurso natural limitado, dotado de valor económico, que en situaciones de escasez el uso prioritario de los recursos hídricos es el consumo humano y la alimentación de animales, que la gestión de los recursos hídricos debe hacer

posible siempre el uso múltiple de las aguas, que la cuenca hidrográfica es una unidad territorial para la implementación de la Política Nacional de Recursos Hídricos y la actuación del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos y, finalmente, que la gestión de los recursos hídricos debe ser descentralizada y contar con la participación del Poder Público de los usuarios y de las comunidades.

También en España el agua se considera bien de dominio público y sólo quedan restos testimoniales de propiedad privada, la jerarquización de usos y, al frente de ellos, el abastecimiento urbano (uso doméstico del agua) es connatural a la historia del derecho de aguas español, las obras hidráulicas suelen posibilitar ese uso múltiple hasta el punto de que las Comunidades de usuarios suelen reunir usuarios urbanos, regadíos, energéticos, industriales etc...al menos dentro de los grandes sistemas, la planificación hidrológica es elemento fundamental para el uso de las aguas y se resalta sobremanera el valor de la cuenca hidrográfica con la consiguiente gestión descentralizada del recurso.

En ambos supuestos el elemento clave para la gestión de las aguas es la cuenca hidrográfica, con una definición muy precisa de cuenca en el caso español a través de la cual se pueden, perfectamente, discernir las competencias de Estado y de Comunidades Autónomas. El papel decisivo de la cuenca hidrográfica es en el caso del derecho español impulsado más, si cabe, por la Directiva 2000/60/CE, a través de la cual pueden ser conseguidos organismos de cuenca supranacionales cosa que en el caso de Brasil solo puede operar a través de la suscripción de tratados internacionales.

Las aguas subterráneas quedan al margen de esta solución racionalizadora en el caso del derecho brasileño no siendo su Constitución clara a estos efectos y existiendo, por lo tanto, tentativas tendentes a la modificación de los correspondientes preceptos. En el caso español las aguas subterráneas siguen el curso de lo que sucede con las aguas superficiales a las que están asociadas, teniendo lugar a través de la legislación ordinaria y en el caso de los acuíferos que se extienden por el territorio de más de dos organismos de cuenca, los correspondientes repartos entre ellos a efectos de gestión.

La mención en la Constitución brasileña del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos lleva a la legislación ordinaria (art. 33 de la Ley 9433/1997) a la precisión de qué se entiende como tal, lo que ocasiona

una enumeración de órganos colegiados tanto de la Unión como de los Estados o de los Municipios. Destaca dentro de los órganos brasileños la mención a las Agencias de aguas y, en especial, la Agencia Nacional de Aguas estructurada bajo principios de independencia (en la financiación, en el nombramiento y cese de sus gestores y de las políticas que realiza) que responde a criterios organizativos propios del derecho brasileño (autarquías) con relativa proximidad a lo que entre nosotros se conoce ahora como Agencias para la gestión de los servicios públicos.

Por su parte el modelo español de administración es más simple que el brasileño pues se centra en los Organismos de cuenca que, en el caso de las cuencas intercomunitarias (las gestionadas por el Estado), reciben el nombre tradicional de Confederaciones Hidrográficas y en donde se reúnen tanto las competencias consultivas y participativas como las decisorias y de planificación. En el caso brasileño éstas se encuentran dispersas en distintos órganos (Consejos Nacional y estatales de recursos hídricos, comités de cuencas nacional y estatal, poderes ejecutivos propios de la Unión, los Estados y los Municipios, Agencias...). Las competencias de otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de las aguas corresponden a los poderes ejecutivos de la Federación, los Estados y el Distrito Federal. En el caso español existe un Consejo Nacional del Agua que no se corresponde exactamente con el Consejo Nacional de Recursos Hídricos brasileño que tiene más amplias competencias (por ejemplo, arbitrar en los conflictos que surjan entre los Consejo Estatales de Recursos Hídricos o aprobar el Plan Nacional de Recursos Hídricos).

2. LA PROPIEDAD DEL AGUA.

Con carácter general en los dos países el agua se considera de dominio público, es decir, un bien propiedad de la Administración pública, situado fuera del comercio frente a los bienes patrimoniales que sí están dentro del comercio. En el caso de Brasil es clara la influencia de las construcciones jurídicas de HAURIUO sin perjuicio de que antes de la recepción de la doctrina del autor francés, también existen construcciones doctrinales sobre el particular.

Es la Constitución brasileña de 1988 quien contiene la caracterización como dominio público de las aguas mientras que en España, aun sustentándose todo el ordenamiento jurídico ordinario en el art. 132 CE, las decisiones concretas son adoptadas por la legislación ordinaria. Es la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, la que ha adoptado la decisión de demanialización general de las aguas, lo que ha afectado singularmente a las aguas subterráneas (pues las superficiales ya lo eran en líneas generales desde 1869, al menos), si bien se ha permitido (disposiciones transitorias segunda y tercera de esta Ley) la opción a los propietarios por seguir en el régimen privado.

En derecho brasileño el carácter de dominio público no obsta a que se trate de bienes destinados a un uso público. Esta calificación es concorde con lo previsto en el Código civil brasileño de 2002 en el que los bienes se clasifican como bienes destinados a un uso público y a un uso especial (bienes de dominio público) y los dominicales (patrimoniales). Con anterioridad a la Constitución de 1988 existían aguas privadas y públicas.

En Brasil la titularidad de las aguas está distribuida entre la Unión federal y los Estados federados, mientras que en España todas las aguas se consideran de titularidad de la Administración del Estado (arts. 1 y 2 del TRLA). En el caso brasileño son los arts. 20 y 26 de su Constitución quienes atribuyen la titularidad de la forma como se ha indicado, existiendo ahora unos intentos de reforma constitucional para determinar a quien pertenecen las aguas subterráneas que se extienden por varios Estados federados. Esta división entre los dos niveles de Administración responde en Brasil al diferente interés que se defiende en cada caso (supraestatal y estatal o local). Los Municipios, aun siendo considerados como unidades federales, no son titulares de aguas.

La atribución de titularidad de la forma que se indica, no es obstáculo para la existencia de órganos comunes en los que participan propietarios e interesados que tratan de coordinar la gestión de las mismas. Serían los órganos integrados en el SINGREH a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior de este Capítulo. En España es también usual esa participación en órganos de encuentro de las distintas Administraciones, y mucho más fácil que en el caso brasileño, en cuanto que no se da esa dualidad de Administraciones titulares de las aguas.

3. LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA.

La importancia, el significado y la realización práctica de la planificación hidrológica, unen los derechos de aguas de Brasil y de España. Sin embargo lo que les separa claramente es la mucho menor densidad normativa que goza en Brasil la planificación hidrológica y, desde luego, su carácter de norma jurídica y, por tanto, vinculante en España que no parece ser en modo alguno la naturaleza de la planificación en Brasil, donde la doctrina discute sobre el particular.

La planificación hidrológica es en Brasil uno de los instrumentos de la Política Nacional de Recursos Hídricos a que se refiere el art. 1 de la Ley 9433/1997. Como resultado práctico de la Política de Planificación, allí fue aprobado el 30 de enero de 2006 el Plan Nacional de Recursos Hídricos por el Consejo Nacional de Recursos Hídricos. Existen, además, previsiones de que se elaboren y aprueben también planes hidrológicos por cuencas hidrográficas. La Ley se preocupa de que los distintos niveles de planificación se subordinen a la unidad esencial en la gestión que debe existir y el respeto a la Federación. Se indica, también, que los planes deben ser compatibles con las planificaciones de los distintos sectores estratégicos (energía eléctrica, saneamiento, navegación etc...).

Desde el punto de vista de realización práctica del PNRH, coincide la situación con España donde el PHN fue aprobado por Ley 10/2001, de 5 de julio, habiendo tenido lugar posteriormente la derogación de los preceptos relativos al trasvase del Ebro –principal decisión de tal PHN- en 2004 y posterior modificación del PHN, otra vez, en 2005. En España ha tenido lugar también la aprobación de planes hidrológicos de cuenca por diversos actos normativos provenientes, también, de distintas autoridades competentes (vid. el caso de la planificación hidrológica de cada una de las Islas Canarias otorgada a la Comunidad Autónoma) a partir de 1998.

La comparación con los niveles de planificación hidrológica existente en España arroja, para ésta, un mayor nivel de concreción. Los objetos del PHN y de los Planes hidrológicos de cuenca en nuestro país están muy delimitados. En el fondo, en España el PHN sólo se justifica como regulador de las transferencias de agua entre distintos ámbitos territoriales de planificación de cuenca (de demarcación hidrográfica ahora).

En el caso de Brasil y, probablemente, por el hecho de la no consideración jurídica de su planificación y, por tanto, de su no vinculatoriedad, el contenido del PNRH parece casi ilimitado tal y como se deduce del estudio específico de este volumen. No solamente se tratan en el mismo cuestiones de índole nacional (cuencas nacionales) sino también de temáticas y cuestiones regionales pero que tengan repercusión nacional.

Algo que está presente en las legislaciones de ambos países es la participación del público en la formación de la planificación hidrológica. La mayor antigüedad de las normas españolas y la consideración jurídica de la planificación, hacen que existan procedimientos racionalizados presentes en el ordenamiento jurídico que en Brasil no se encuentran a nivel de Ley general. En ambos casos parece, sin embargo, que hay mucho todavía que avanzar en la línea de participación; en ese sentido el estudio brasileño constata que la mayor parte de los trabajos que han servido de base a la planificación hidrológica, se han hecho sin participación popular.

La Planificación hidrológica nacional brasileña tiene un horizonte temporal que llega hasta el año 2020 y se plantea como flexible y adaptable a las diversas circunstancias. No es ese el caso de la planificación hidrológica nacional española donde no existe tal previsión limitada temporal sino un conjunto de actuaciones (plasmadas en los anexos una vez que se ha derogado el trasvase del Ebro previsto en el cuerpo sustantivo de la Ley del PHN de 2001) y sin que sea consustancial a la misma la flexibilidad y adaptabilidad que casaría mal con una aprobación por Ley sin perjuicio, obviamente, de que siempre es posible una modificación de la Ley aprobatoria del PHN como efectivamente ha sucedido.

En la actualidad en España se ha entrado en una nueva fase de la planificación hidrológica una vez que, tras el reto que plantean las decisiones de la Directiva 2000/60/CE, ha comenzado el procedimiento de elaboración y aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación que deberá estar concluido antes de 2010.

4. LOS USOS DEL AGUA.

Las aguas se califican en Brasil como bienes destinados a un uso público. Ello lleva consigo que su utilización sea libre cuando esa utilización se

lleva a cabo de forma indistinta por todos los ciudadanos (el caso del uso común general en España) salvo ciertas limitaciones relativas a la salud pública o a la higiene que también se encuentran en el caso español. Cuando se está en presencia de un uso especial es precisa la obtención de un título individual (otorgamiento). Por otorgamiento se entiende el acto de la Administración por medio del cual se faculta al interesado el derecho de uso de recursos hídricos, por precio determinado, siempre que sean respetadas las condiciones establecidas en el acto de otorgamiento. El otorgamiento no implica enajenación de aguas, es temporal y oneroso y, en el caso de no solicitarse, será sancionable si se procede a realizar el aprovechamiento.

El supuesto del derecho español es muy semejante. La posibilidad de llevar a cabo un uso especial de las aguas (en el sentido del derecho español que abarca, por ejemplo, el caso de la navegación) precisa de una autorización administrativa, mientras que el llamado uso privativo, sólo es posible con la obtención de una concesión previendo también la Ley 29/1985 que se alcance el uso privativo mediante atribución legal habiendo desaparecido desde la citada Ley 29/1985, la prescripción como medio de adquisición del uso privativo.

En ambos ordenamientos jurídicos está prevista una jerarquización en los usos de las aguas, siendo preferentes los usos de abastecimiento urbano (uso doméstico) y alimentación de animales, esto último sólo en el caso brasileño. Esta jerarquización es propia de países con fuerte demanda de recursos hídricos en relación al conjunto de los recursos hídricos disponibles.

En los dos casos la legislación clasifica los usos de las aguas entre usos consuntivos y no consuntivos. Como el concepto no conoce fronteras, son idénticas utilizaciones de las aguas las que se pueden encuadrar en uno o en otro lugar. Así, se consideran usos consuntivos el abastecimiento humano y de los animales, el uso industrial, el uso agrícola... Son usos no consuntivos la producción de energía y la navegación... Debe advertirse la gran importancia que tiene en Brasil la producción de energía eléctrica a partir del agua (hidroelectricidad) habiendo perdido posiciones relativas en España dada la mayor primacía de la producción de energía eléctrica a partir de los orígenes nuclear o térmico.

5. INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS Y CAUTELAS MEDIOAMBIENTALES.

En el derecho brasileño existen dos mecanismos de protección medioambiental: el estudio de impacto ambiental, que se contempla primeramente en la Ley 6938/1981, de 3 de agosto, que regula la Política Nacional de Medio Ambiente, de donde pasará al art. 225 de la Constitución de 1988 y, en segundo lugar, el otorgamiento de derechos de uso de recursos hídricos a que se refiere la Ley 9433/1997, varias veces citada ya en este capítulo. Es claro que situación semejante sucede en España, donde la evaluación de impacto ambiental tiene su origen en 1986 estableciendo ya la Ley 20/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que en el otorgamiento de concesiones deberán tenerse en cuenta los impactos ambientales.

La Ley brasileña de 1981 no define conceptualmente el estudio de impacto ambiental ni lo desarrolla a efectos de su regulación y aplicación. Por eso resultó precisa una Resolución del Consejo Nacional de Medio Ambiente para dotar a este instituto de un régimen jurídico que lo hiciera viable en la práctica. Nada de esto ha sucedido en el derecho español donde existe una regulación suficientemente precisa desde el principio, que ha sido modificada varias veces en función, además, de los previos cambios que han tenido lugar en el derecho comunitario que es la fuente en la que bebe la mayor parte del derecho ambiental español y, desde luego, la institución de la evaluación de impacto ambiental.

El art. 225 de la Constitución brasileña de 1988 recoge explícitamente el estudio de impacto ambiental e impone a los poderes públicos el deber de exigirlo en relación con las obras o actividades potencialmente causantes de degradación del medio ambiente. Entre ellas, obras hidráulicas tales como embalses y presas para la generación de energía hidroeléctrica por encima de 10 MW, infraestructuras de saneamiento y de regadío, rectificación de cursos de agua y trasvases intercuenas. La enumeración de obras hidráulicas sometidas a evaluación de impacto ambiental en el caso del derecho español es muy pormenorizada pudiendo concluirse que cualquier posibilidad de impacto está sometida a la previa evaluación. La normativa y el Tribunal de Justicia Comunitario vigilan específicamente el cumplimiento efectivo de estas prescripciones, habiendo tenido lugar diversas condenas a España por el no cumplimiento total del ordenamiento jurídico aplicable.

En el caso del derecho brasileño está mucho más pormenorizado que en el derecho español el sometimiento del otorgamiento de derechos de uso de recursos hídricos a la previa licencia ambiental. En derecho brasileño el otorgamiento de derechos de uso de recursos hídricos tiene como objetivo asegurar el control cualitativo y cuantitativo de los usos de agua valorando su repercusión, y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de acceso al agua. En atención a estos objetivos y, sobre todo, al primero, el otorgamiento está subordinado a la obtención de previa licencia ambiental. Porque han de identificarse previamente las repercusiones negativas del uso (normalmente realizado mediante infraestructuras), realizándose tal identificación mediante el otorgamiento de una licencia ambiental de la que el estudio de impacto ambiental es una parte integrante e indispensable. La licencia ambiental la otorga el órgano ambiental de cada Estado y sólo supletoriamente el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA) que es un órgano ejecutor federal con la finalidad de ejecutar y hacer ejecutar la política y las directrices gubernamentales fijadas para el medio ambiente. El IBAMA también tiene competencia directa para el otorgamiento de esta licencia ambiental en relación con proyectos con impacto ambiental significativo a nivel nacional o regional, si bien la ejercerá a partir del examen técnico realizado bajo la responsabilidad de los órganos del Estado y del municipio en que se pretendan realizar los mismos.

En España los avances en la legislación de los últimos años también basados en la normativa europea, centran en la autorización ambiental integrada (normalmente de competencia de las Comunidades Autónomas) la intervención específica ambiental que no obsta a que deba obtenerse, en su caso, la autorización de aguas. En los supuestos concretos a que se refiere la propia legislación española, la autorización ambiental integrada puede incluir la autorización de vertido, interviniendo en el trámite de otorgamiento de la autorización ambiental integrada los Organismos de cuenca a través de un informe vinculante desde la perspectiva específica del vertido.

6. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

En el caso brasileño el estudio específico contenido en este libro se centra en el instrumento económico exigido en Brasil por el otorgamiento del uso del agua, entendiendo por tal uso no sólo la concesión de caudales sino también los vertidos y cualesquiera otros tipos de usos (por ejemplo, los no consuntivos). No se trata, por consiguiente, de la economía completa de servicios del ciclo del agua como puedan ser los del suministro domiciliario y alcantarillado que llevarán el régimen jurídico propio de los servicios públicos municipales.

La principal problemática jurídica que presenta el ordenamiento brasileño en este sentido es la de los procedimientos para imponer la exacción así como las relaciones que se establecen entre las distintas Administraciones interesadas en ello. En particular resulta curiosa la observación de cómo ha de cuantificarse la exacción en función de las circunstancias específicas de cada caso. Presumo que particular interés tendrá el lector del trabajo en observar el esfuerzo del autor brasileño en la justificación en cada caso de la existencia de una exacción.

La naturaleza jurídica de la exacción es objeto de discusión en el ámbito brasileño, de lo que da buena referencia el trabajo incluido en este libro. El autor se inclina por que no se trata de un tributo. En todo caso llama la atención las dificultades que señala el autor para la plena aplicación de este régimen económico-financiero lo que permite concordar fácilmente la situación con la del derecho español (y casi apuntaríamos con la de cualquier derecho presidido por los principios de recuperación del coste de los servicios proporcionados por el agua que marca la Directiva 2000/60/CE en su art. 9).

El estudio español versa sobre todas las figuras que se exigen de manera coactiva vinculadas con las aguas continentales y literales españolas, con un resultado de gran complejidad dado que el sujeto activo de las mismas es un conjunto pluriforme de entes públicos (Administraciones públicas) que pertenecen a todas las unidades políticas que ejercen competencias en el sector de las aguas (Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales). Parece claro que en el ámbito del derecho español y al contrario de lo que se defiende en el brasileño, nos encontramos ante una naturaleza jurídica tributaria de todas y cada una de las exacciones que operan en este ámbito.

Dada la tradición del régimen económico-financiero de las aguas en España (pese a que haya habido algún perfeccionamiento más que singular en el régimen jurídico a partir de la Ley 29/1985), no existe la necesidad –como en el supuesto brasileño- de justificar la existencia de las exacciones. Cuestión distinta es el juicio sobre la adecuación a las exigencias de nuestro tiempo de exacciones que, insisto, tienen algunas de ellas una antigüedad más que notable. Singular importancia cobra, por ello, la labor de consulta de lo previsto en la Directiva 2000/60/CE (con el principio de recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua, incluidos los costes ambientales) y la lectura, conforme a ella, de las figuras que forman el régimen económico-financiero español de las aguas.

Finalmente el estudio español relaciona el conjunto del régimen económico-financiero con el derecho de los usuarios domésticos a obtener agua a un precio asequible (lo que se viene dando en llamar derecho al agua).

7. AGUAS TRANSFRONTERIZAS.

Existen importantes contradicciones en el caso de Brasil respecto al régimen jurídico de las aguas transfronterizas. Por una parte, este país se opuso de forma clara a la adopción del concepto de cuenca hidrográfica durante el proceso de elaboración de la Convención de Nueva York de 1997, pero ese concepto se encuentra –paradójicamente- reflejado en los tratados relativos a las dos cuencas más importantes que existen en Brasil y de los que este Estado es parte: el Tratado de la Cuenca del Plata y el Tratado de Cooperación Amazónica.

Esa contradicción se percibe también entre las líneas directrices del régimen interno brasileño de las aguas transfronterizas y su política exterior al respecto. Por una parte la Constitución Federal de 1988 otorga a la Unión el dominio, entre otras, de las aguas que sirvan de límites con otros países o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él. Además, la gestión de los recursos hídricos en el sistema brasileño y como ya hemos dicho en ese Capítulo, se da a través de la cuenca hidrográfica como unidad territorial para la ejecución de la Política Nacional de Recursos Hídricos y la actuación del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos.

Pero en la práctica, la gestión de las aguas transfronterizas no se basa en el concepto de cuenca, y la política exterior brasileña se orienta sobre la base de que la cuenca es un concepto que compromete los intereses nacionales y la propia soberanía del Estado. De esa forma Brasil rechaza la imposición de principios que puedan ser un límite a su derecho a utilizar los recursos naturales de su territorio en su propio provecho y soberanamente. Lo máximo que acepta es que el uso de determinados cuerpos de agua contiguos con otro país sea hecho en condominio con el Estado vecino, como sucede con la central de Itaipú, pero rechaza, por el momento, la extensión de ese régimen a los afluentes o el área de drenaje.

En el caso de España, los dos vectores principales del progreso del Derecho de los cursos de agua internacionales –el mantenimiento de un grado importante de relativismo y la ampliación del objeto de regulación y de los principios de ese ordenamiento- se reflejan en el régimen jurídico de los ríos transfronterizos que interesan a España. Eso resulta favorecido por la inserción de todos los Estados implicados en un mismo entorno internacional y comunitario.

El régimen jurídico de los ríos hispano-franceses e hispano-portugueses presenta elementos comunes. Tanto en el Convenio de Albufeira como en el Acuerdo de Toulouse se lleva a cabo una regulación de todas las aguas transfronterizas hispano portuguesas e hispano-francesas. Además, en ambos casos la cuenca hidrográfica, conforme a lo que recoge la Directiva marco de aguas, se establece como la unidad básica de gestión.

También existen diferencias debidas a la mayor longitud y caudal y, por tanto, relevancia de su aprovechamiento, de los ríos hispano-portugueses, cuya regulación es mucho más detallada, que la de los ríos hispano-franceses. En los primeros son mucho más importantes los efectos de la actividad del Estado de la parte alta del cauce (España) sobre el aprovechamiento de los mismos por el de la parte baja (Portugal).

Otros elementos diferenciadores son la disponibilidad de recursos hídricos, menor en el caso de la frontera hispano-portuguesa que en el de la frontera hispano-francesa, en la que solo el Bidasoa tiene cierta transcendencia, sin comparación con la del Duero, Tajo o Guadiana.

El Convenio de Albufeira y el Acuerdo de Toulouse materializan la penetración de los principios del moderno Derecho de los cursos de agua internacionales en el régimen jurídico de los ríos compartidos por España

con Francia y Portugal. No obstante, presentan límites o carencias, en especial en lo relativo a la gestión integrada de las cuencas hidrográficas internacionales, optándose en ambos casos por la coordinación de las respectivas cuencas hidrográficas en lugar de la creación de demarcaciones hidrográficas internacionales.

En el caso brasileño deben estudiarse separadamente las cuestiones relativas a las cuencas del Plata, Amazónica y el acuífero Guaraní. El Tratado de la cuenca del Plata tiene como objetivo promover el desarrollo armónico y la integración física de la cuenca del Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable. Pero no se implantó completamente un modelo cooperativo de reparto de las aguas transfronterizas que limitase la soberanía estatal, señalándose que la acción colectiva debe desarrollarse sin perjuicio de los proyectos y emprendimientos que las Partes decidan ejecutar en sus respectivos territorios. Brasil, que al contrario que Argentina se opone a la aceptación de la noción de cuenca integrada, señala su necesidad de reparto de los recursos naturales para los ríos contiguos, pero no para los sucesivos, adoptando en ese caso, el principio de la soberanía nacional. Para Brasil, los recursos naturales compartidos deben ser gestionados en condominio con el país vecino.

El Tratado de Cooperación Amazónica consagra la soberanía de los países signatarios sobre la parte que les corresponde de la Amazonía. Se dirige a la regionalización de los recursos, no contemplándose un reparto completo y sin restricciones de las aguas, sino una cooperación regional cuando sea preciso. Prevalece el concepto político de territorio y de soberanía en detrimento de la concepción más moderna de la cuenca de drenaje.

En el caso del acuífero Guaraní no existe todavía regulación internacional lo que, entre otras cosas, tiene como consecuencia su sobreexplotación. La competencia de los Estados de la Federación para el otorgamiento del uso de los recursos hídricos subterráneos dificulta la gestión óptima del acuífero en Brasil, puesto que son nada menos que ocho los Estados brasileños con competencia para ello. La formulación de un régimen internacional para su aprovechamiento es una prioridad, habida cuenta del aumento de la explotación de las aguas en diversas regiones del mundo por empresas privadas, que únicamente buscan el lucro.

Finalmente parece claro que MERCOSUR podría y debería convertirse en un excelente canal de discusión y negociación para las aguas trans-

fronterizas, principalmente en el caso del acuífero Guaraní, pero hasta el momento las carencias institucionales y la falta de voluntad política, que contribuyen a una casi inmovilización del organismo internacional, no permiten que tal intento tenga éxito. En contraste con ello, la pertenencia de España a la Unión Europea impone la inserción de determinados conceptos, entre ellos el de cuenca hidrográfica, en todos los Estados miembros y sirve además como marco en el que deberá resolverse cualquier controversia transformada por tanto en posible violación de normas de derecho comunitario de aguas.

8. NOTAS FINALES.

Tras esta breve panorámica comparada de lo que el lector podrá encontrar más pormenorizadamente en los distintos capítulos del libro, parece claro que un trabajo como el que se ha intentando tiene fuertes anclajes en la realidad de los distintos derechos a comparar, el brasileño y el español, y que son los planteamientos medioambientales los principales puntos de sostenimiento de los respectivos derechos de aguas a los efectos de la realización del trabajo.

Aun cuando el objetivo de las distintas personas que han participado en el trabajo de investigación no fuera el de someter a estudio la realidad sino el marco jurídico de esa realidad —cosa no siempre coincidente— no puede dejar de apuntarse ahora cómo en distintos capítulos del texto —sobre todo en el ámbito brasileño— se señala que la práctica del derecho, el derecho vivido, no siempre se corresponde con el derecho escrito. Ello, sin duda, también sucede en distintos aspectos de la realidad española contemplada. Sin la más mínima duda son los profundos cambios que en los últimos años ha sufrido el derecho de aguas, los causantes de esa suerte de convivencia entre formas “antiguas” de aplicar un marco jurídico y preceptos que señalan direcciones distintas pero que todavía no han sido aplicados en su integridad. No queremos sobrepasar nuestra función de estudiosos solo de una realidad jurídica, pero pensamos que los fuertes retos que en la actualidad presenta el mundo desde la perspectiva ambiental (un cambio climático acuciante en sus manifestaciones y en el que ha cooperado, sin duda, la forma como el hombre ha usado de los recursos naturales) coo-

perarán a que cada vez haya menos distancia entre la teoría y la práctica y que, además, el marco jurídico de las aguas alcance mayores niveles de perfeccionamiento, entendiendo como tal todo aquello que camine en la vía de una mayor conservación de los recursos hídricos.

Finalmente señalamos que el derecho de aguas español cuenta con mucha mayor base dogmática y doctrinal que el derecho de aguas brasileño en el que los estudios específicos jurídicos son más escasos que entre nosotros. Ojalá que este texto sirva, entre otras muchas cosas, para la dinamización de los estudios de derecho de aguas en Brasil y, desde luego, para el conocimiento en España de una legislación que se fundamenta en los modernos conceptos de derecho de aguas, lo que tendrá que animar a los propios españoles a profundizar en el perfeccionamiento de unos conceptos jurídicos que no son sólo compartidos dentro del continente europeo.

LA ESTRUCTURA DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN HIDRÁULICA

Antonio Embid Irujo

I) INTRODUCCION GENERAL. EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS COMO PRODUCTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. II) PLANTEAMIENTOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS SOBRE EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE EL AGUA Y LAS OBRAS HIDRÁULICAS. LA CONFUSIÓN ERMINOLÓGICA Y ALGUNAS CONSECUENCIAS INICIALES. III) LA OPCIÓN DE LA LEY DE AGUAS DE 1985: LA DEMANIALIZACIÓN DE LAS AGUAS Y EL CRITERIO TRADICIONAL DE LA CUENCA. IV) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 227/1988, DE 29 DE NOVIEMBRE, COMO SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS NOTADOS. ESQUEMA DE SUS PRINCIPALES APORTACIONES. V) LA EVOLUCIÓN POSTERIOR MARCADA POR LA EQUIPARACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LAS CCAA Y UNA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE SE MUEVE SIEMPRE EN LOS PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA 227/1988, DE 29 DE NOVIEMBRE. VI) LAS NOVEDADES SOBRE EL REPARTO COMPETENCIAL EN EL ACTUAL PROCESO DE REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 1. LA EQUIVOCIDAD DE LA EXPRESIÓN “COMPETENCIAS EXCLUSIVAS” EN ALGUNOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 2. LA PARTICIPACIÓN DE LAS

COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN PROCESOS DECISORIOS DEL ESTADO. 3. EL DERECHO AL AGUA EN DISTINTOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 4. LAS COMPETENCIAS SOBRE LAS CUENCAS INTRACOMUNITARIAS, EN ESPECIAL LAS REFERENCIAS A LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y A LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS. 5. LAS COMPETENCIAS EN RELACIÓN A LAS OBRAS HIDRÁULICAS DE INTERÉS GENERAL. 6. LAS COMPETENCIAS EN RELACIÓN A LAS CUENCAS INTERCOMUNITARIAS. EN ESPECIAL SOBRE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA. 7. LAS COMPETENCIAS DE ANDALUCÍA SOBRE LA CUENCA DEL GUADALQUIVIR Y DE CASTILLA LEÓN SOBRE EL DUERO. 8. LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HIDRÁULICOS Y SU IMPACTO SOBRE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. VII) LA ADMINISTRACIÓN HÍDRICA EN EL ESTADO Y EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LAS COMUNIDADES DE USUARIOS.

I) INTRODUCCION GENERAL. EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS COMO PRODUCTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Una consideración exhaustiva del contenido del ambicioso título que preside estas páginas, demandaría, entre otras cosas, la realización de un estudio histórico en el que quedarán consignados los rasgos fundamentales de la evolución jurídica-constitucional de España y, con ella, de la Administración hidráulica o hídrica, como creo más atinadamente calificar. No es posible en un libro de estas características proceder a ello, por lo que directamente tenemos que referirnos al Estado creado por la Constitución de 1978 y a los rasgos fundamentales que, con ella, aparecen para la Administración hídrica y teniendo en cuenta, sobre todo, lo que en el momento en que se redactan estas páginas –finales de 2007- está sucediendo y lo que de ello pueda deducirse para el porvenir.

Con esas premisas debe recordarse cómo la Constitución española crea un Estado descentralizado políticamente fundamentado en la existencia de Comunidades Autónomas (arts. 2 y 137 CE) que la propia Constitución no nombra sino que se han creado mediante la aprobación de su “norma

institucional básica” (art. 147.2 CE) los Estatutos de Autonomía en el período que media entre 1979-1983 hasta el punto de totalizar 17 Comunidades Autónomas. No se trata de un Estado federal (al modo como lo son los Estados Unidos de América) ni tampoco es un Estado regional al estilo de Italia. Tiene unos rasgos originales que se basan en la posesión por parte de las Comunidades Autónomas de potestades legislativas, reglamentarias y ejecutivas sobre un conjunto de materias que no son asumidas expresamente por la Constitución para el Estado (art. 149 CE) y que quedan a disposición de los Estatutos de Autonomía. Son materias importantes pues se cuentan en ellas educación, sanidad, agricultura, industria, medio ambiente, urbanismo, ordenación del territorio, vivienda etc... hasta el punto de que una parte muy importante del gasto público (probablemente en torno al 40% del total) se realiza por las Comunidades Autónomas⁶. Dos de estas CCAA (el País Vasco y Navarra) tienen un status especial desde el punto de vista económico-financiero en cuanto sus relaciones con el Estado en esta materia se basan en instrumentos jurídicos conveniados (Concierto en el caso del País Vasco, convenio en el caso de Navarra).

Las CCAA, finalmente, disfrutaban de una amplia autonomía en el sentido de que el Estado no puede autorizar o aprobar sus Leyes ni la gran mayoría de sus actos existiendo para éste solo una capacidad indirecta de control a través de la impugnación de las Leyes (y de las disposiciones de carácter general en algunos casos) ante el Tribunal Constitucional y de los reglamentos y los actos administrativos ante los Tribunales ordinarios, jurisdiccionalización del control que hace recaer en los Tribunales la resolución de los conflictos que puedan existir.

Todas las CCAA poseen una estructura institucional semejante basada en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal, un Presidente elegido por la Asamblea que a su vez nombra a su Gobierno (art. 152 CE) siendo los EEAA el texto donde se contiene el régimen jurídico del funcionamiento institucional.

En la actualidad y desde 2006, ha comenzado un proceso de reforma

⁶ Inicialmente existieron unas CCAA que pueden llamarse de “autonomía inicial amplia” que podían disponer de un amplio volumen de competencias mientras que el resto, de “autonomía inicial restringida” solo podían acceder a las máximas competencias transcurridos cinco años y mediante reforma de sus EEAA. Hoy estas diferencias ya no existen puesto que en todos los casos se reformaron los EEAA.

de los EEAA (hasta ahora se lleva aprobado la reforma de los EEAA de la Comunidad Valenciana, de Cataluña, de Andalucía, de las Illes Balears y de Aragón) que significa una fuerte profundización en la posición institucional de las CCAA, con nuevas competencias, formas de relación con el Estado basadas en muchos casos en la bilateralidad y otras características que aumentan la autonomía de las CCAA. El contenido de estos nuevos Estatutos de Autonomía y el panorama resultante, será tratado más adelante⁷ bien que resulte adecuado añadir aquí las fuertes polémicas políticas y de contenido constitucional que están acompañando a este proceso, residenciándose la mayor parte de estos nuevos EEAA ante el TC dado que se imputa inconstitucionalidad a algunos preceptos de los mismos.

En el ámbito del agua, la Constitución de 1978 significa una fuerte incidencia en el proceso de demanialización general de las aguas (apud el art. 132 CE que autoriza que dicha demanialización pueda tener lugar mediante Ley estatal) que será concluido por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (me remito sobre todo ello al trabajo de Eloy Colom contenido en este volumen), una mucho mayor relevancia que con anterioridad de los aspectos ambientales de los recursos naturales y con ello del agua (cfr. art. 45 CE remitiéndome al trabajo de Beatriz Setuain también contenido en este volumen) y un reparto competencial entre Estado y CCAA sobre el agua y las obras hidráulicas no muy perfecto técnicamente, y que va a ser objeto de consideración en el siguiente apartado de este trabajo.

II) PLANTEAMIENTOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS SOBRE EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE EL AGUA Y LAS OBRAS HIDRÁULICAS. LA CONFUSIÓN ERMINOLÓGICA Y ALGUNAS CONSECUENCIAS INICIALES.

La Constitución de 1978 establece en el ámbito del agua y de las obras hidráulicas un reparto de competencias entre Estado y CCAA que no

7 La bibliografía sobre estas cuestiones de estructura general del Estado es numerosísima. A los efectos de este libro, resulta más útil la remisión a manuales generales de derecho constitucional o derecho administrativo, que el establecimiento de largas listas de nombres.

se basa en criterios homogéneos. Para todas las CCAA dispone la posibilidad de asunción –si sus EEAA lo quieren- de competencias sobre materia que, genéricamente, puede denominarse de “obras hidráulicas” en cuando se refiere a los “proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma” añadiendo inmediatamente que también entran en la capacidad dispositiva de las CCAA las “aguas minerales y termales” (art. 148.1.10 CE). Del párrafo transcrito destaca el acento puesto en el “interés” de la Comunidad Autónoma, interés coincidente con el que en otro párrafo del art. 148 CE y relativo a las obras públicas en general (1.4) sirve para atribución de competencias a las CCAA. Quiere ello decir que aunque sitas en el territorio de una Comunidad Autónoma unas obras hidráulicas, si su interés excede al de ésta, la competencia pasa a ser del Estado sin plantearse siquiera sobre qué tipo de aguas –intercomunitarias o intracomunitarias en terminología que luego se explicará- se actúa mediante dichas obras.

Por su parte, el art. 149.1.22 CE atribuye al Estado la “legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma”. Resalta de ello que la competencia estatal se basa no en el concepto del “interés” sino en uno puramente geográfico y relativo al bien de que se trata: que discurra por más de una Comunidad Autónoma. El Estado, por su parte, se reserva expresamente la competencia sobre las obras públicas de interés general o que afecten a más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.24).

Consiguientemente y dado lo regulado en la CE, aquellas CCAA de autonomía inicial amplia (este concepto lo hemos explicado en el apartado primero del trabajo), podrían extender sus competencias hasta allí donde el Estado no se las hubiera reservado y, por tanto, además de lo preceptuado en el art. 148.1.10 CE sobre obras hidráulicas (de su interés como hemos visto) podrían tener competencias sobre legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos cuando las aguas discurrieran solamente por la propia Comunidad.

Sin embargo y a pesar de lo que podían ser relativamente claras conclusiones de los anteriores puntos, el nacimiento de los EEAA no fue ocasión para sentar, definitivamente, las competencias respectivas de cada Comunidad Autónoma en materia de aguas sino, al contrario, nuevo

motivo de oscurecimiento del sistema. Los textos utilizados por los EEAA de las CCAA de autonomía inicial reducida (que, en principio, no podían tener competencias en materia de aguas) fueron múltiples y sólo en tres ocasiones (EEAA de Castilla-La Mancha, Madrid y La Rioja) se respetó en su literalidad el tenor constitucional. En general, la falta de mención en muchos EEAA de CCAA de autonomía inicial amplia, del término “recursos” —excepto en el caso de Andalucía— permitía dudar también del alcance real de las competencias de éstas.

Para acabar de comprender el sistema de reparto constitucional debe tenerse en cuenta, además, que no era solamente determinante del tipo de competencias a ejercer sobre las aguas continentales, que se tratara o no de una Comunidad Autónoma de autonomía inicial amplia. Además de ello era necesaria una cualidad geográfica concreta, invariable por la mera acción del ordenamiento jurídico: que fuera una Comunidad que tuviera aguas que discurrieran íntegramente por dentro de su territorio. Aguas entendidas como cuencas hidrográficas o, por el contrario, como cursos aislados, en cuanto la mera intención constitucional no era determinante de una concreta interpretación. En el primer supuesto —cuencas hidrográficas— el ámbito de las Comunidades Autónomas con posibilidad de competencias plenas en la materia era tremendamente reducido pues solamente podría extenderse a las costeras y, dentro de ellas, a las que pudieran tener cuencas hidrográficas entendidas al modo tradicional. Si el criterio de interpretación era el de cursos aislados, podría existir alguna ampliación.

Lo cual no dejaba de ser curioso. Posiblemente nos encontrábamos ante una competencia en la que el criterio geográfico podía imponerse sobre la voluntad de los hombres marcada en una determinada configuración del ordenamiento jurídico. O para ser más exactos, el resultado final de la competencia era una suma entre una realidad geográfica y una configuración jurídico-política de la respectiva Comunidad Autónoma.

El resultado final ha sido el sentimiento de insatisfacción que generará en algunas CCAA la promulgación de la Ley 29/1985 de Aguas que, con una determinada interpretación de los textos constitucionales y estatutarios, aclara un panorama con un sentido real de “recorte” de competencias para algunas CCAA que habían asumido por vía estatutaria lo que no podían finalmente tener. Insatisfacción y frustración con la correspondiente

llamada al TC para que estableciera la doctrina definitiva como veremos inmediatamente.

III) LA OPCIÓN DE LA LEY DE AGUAS DE 1985: LA DEMANIALIZACIÓN DE LAS AGUAS Y EL CRITERIO TRADICIONAL DE LA CUENCA.

Efectivamente, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, adopta las siguientes decisiones en relación a la cuestión que aquí se trata:

1) Decide, en primer lugar, constituirse en la “ley” que según el art. 132.2 CE puede llevar a cabo la incorporación al dominio público (demanialización) de diversos bienes, lo que opera en relación a las aguas subterráneas renovables y, en general, a todas las superficiales. Ello supone la negativa consiguiente a permitir que fuese la ley autonómica la que tuviese alguna intervención en la materia.

2) Decide que la cuenca hidrográfica sea el concepto que sirve de criterio de reparto y que, por tanto, las expresiones constitucional y estatutaria de “aguas (que) discurren por más de una Comunidad Autónoma” o de “aguas que discurren íntegramente por la Comunidad Autónoma” no son nunca referibles a los cursos aislados sino al concepto tradicional de cuenca que, además, se define de la siguiente forma en el art. 14: “a los efectos de la presente Ley, se entiende por cuenca hidrográfica el territorio en que las aguas fluyan 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”.

3) Esa cuenca así definida sirve para delimitar las competencias del Estado y de las CCAA en relación, por ejemplo, a las autorizaciones y concesiones [cfr. art. 15 c) y d)], se utiliza, además, para ser base territorial de la organización administrativa específica estatal que ahora recibe la denominación de Organismos de cuenca (cfr. arts. 17 y ss.) y, por fin, es espacio territorial hábil para la configuración de un instrumento básico en la Ley de Aguas como es la Planificación hidrológica (cfr. arts. 38 y ss.), en ese caso la planificación hidrológica de cuenca.

IV) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 227/1988, DE 29 DE NOVIEMBRE, COMO SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS NOTADOS. ESQUEMA DE SUS PRINCIPALES APORTACIONES.

Diversas CCAA representadas por sus Gobiernos así como cincuenta y ocho senadores, interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 29/1985. A estos recursos se sumaron varios conflictos de competencia planteados por el Gobierno vasco contra diversos textos en materia de aguas, singularmente el RDPH. La acumulación de todos ellos dará lugar a la aparición de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, sentencia que, sustancialmente, reafirma la constitucionalidad de los criterios de la Ley 29/1985, constituyendo por la calidad y rigor de sus aportaciones dogmáticas, un hito fundamental en la evolución del derecho público español, singularmente en lo relativo al régimen jurídico del dominio público, y no sólo por la resolución de problemas específicos del dominio público hidráulico. Las principales aportaciones de esta Sentencia desde el punto de vista del reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas, son las siguientes:

1) Solamente es el Estado quien, por ley, puede declarar dominio público (o, dicho de otra forma, excluir del tráfico jurídico privado) a las aguas continentales en cuanto que son un género de bienes naturales o un recurso natural unitario. Se hace, así, una lectura de la autorización para demanializar del art. 132.2 CE y, consiguientemente, se niega la capacidad de las CCAA para proceder a demanializar bienes del que puede llamarse demanio natural, por el ejercicio de su propia potestad legislativa. El fundamento jurídico de esta doctrina lo halla el TC en el principio de igualdad entre los ciudadanos, que debe ser mantenido esencialmente por el Estado (art. 149.1.1 CE) y en la reserva al Estado de la potestad de legislar en materia civil (art. 149.1.8 CE) (todo ello en el fdo. jdo. 14).

2) El criterio de delimitación territorial de competencias entre el Estado y las CCAA utilizado por el legislador que se basa en la cuenca, es adecuado a la CE. Quizá podría haber otras formas de interpretación igualmente adecuadas, pero no corresponde al TC establecer prevalencias entre ellas. La expresión “aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma” es, así, un concepto constitucional que equivale al de cuenca

pudiéndose llegar a esa equiparación mediante la utilización de criterios lógicos, técnicos y de experiencia (fdo. jdo. 15). Consiguientemente, las competencias de las CCAA sobre el dominio público hidráulico –con la extensión que precisaré en la quinta de estas proposiciones- precisan de un dato geográfico previo: la existencia de cuencas propias, que se llamarán intracomunitarias, y de un dato jurídico: que nos encontremos ante CCAA con plenas competencias sobre esta materia en el sentido que se indicará en la siguiente proposición.

3) La interpretación de las cláusulas de atribución de competencias de los EEAA debe hacerse de forma adecuada a la CE. En ese sentido, los Estatutos de las CCAA de autonomía inicial reducida no pueden legítimamente reconocer otras competencias que aquellas que expresamente se contienen en el art. 148.1.10 CE y relativas a las obras hidráulicas de su interés. Cualquier otra mención estatutaria que aparezca, sólo podrá ser realidad efectiva en el marco de una reforma estatutaria (prevista en el art. 148.2 CE) o de una ley de transferencia o delegación de competencias (de las reguladas en el art. 150.2 CE). Sólo, por tanto, las CCAA de autonomía inicial amplia pueden tener competencias de ordenación y concesión de aprovechamientos en el caso de que posean cuencas interiores, claro está.

4) La existencia de CCAA con cuencas propias y plenas competencias da lugar, en el esquema de la Ley 29/1985, a la previsión de Administraciones hidráulicas de esas CCAA (art. 16). Sin embargo, el TC juzga contrario al esquema constitucional de reparto competencial un precepto de la Ley 29/1985 relativo a esas Administraciones: la existencia de un delegado del Gobierno que asegura la comunicación entre Estado y Comunidad (art. 16.1.c). Para el TC la inconstitucionalidad se deriva de la vulneración de la competencia de autoorganización propia de las CCAA en cuanto se les impone una prescripción orgánica específica. Igualmente ese precepto sería contrario a la previsión constitucional de la figura del delegado del Gobierno (art. 154 CE) que se configura como el cauce ordinario de comunicación Estado-CCAA (fdo. jdo. 21).

5) La dicotomía constitucional de conceptos utilizados (recursos y aprovechamientos) y las polémicas doctrinales existentes sobre esa duplicidad merecen una atención por parte del TC que, en el fondo, va a negar la existencia de criterios decisivos de diferenciación. Para el TC las reglas sobre el dominio público hidráulico (como las del dominio público, en general)

pueden descomponerse en dos órdenes según sus objetivos: las que hacen referencia a la protección del demanio, de un lado, y las que regulan su utilización o aprovechamiento, incluida la denominada policía de aguas o regulación y vigilancia del buen orden en el uso y aprovechamiento, de otro. Las reglas relativas a la protección son, en todo caso, competencia del Estado. El aprovechamiento –con el contenido indicado- puede ser de competencia de las CCAA si así lo reconocen legítimamente sus Estatutos (fdo. jdo. 18).

6) Por ello muchas de las menciones que en la Ley 29/1985 se hacen a competencias del Gobierno o a ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno, deben entenderse hechas a competencias de los Gobiernos de las CCAA o a ejercicio de su potestad reglamentaria siempre y cuando, claro está, se trate de CCAA con competencias sobre la materia.

7) En todo caso es necesaria una colaboración en el ejercicio de las competencias respectivas que operan sobre las aguas continentales. Este principio de colaboración tiene una relevancia específica, para el TC, en todo lo que hace referencia a la elaboración y aplicación de la planificación hidrológica (fdo. jdo. 20).

8) No debe desconocerse, además, que sobre las aguas, operan otros títulos de intervención tanto para el Estado como para las CCAA, que pueden dar lugar a diversas posiciones de estos entes públicos sobre ellas. El TC nombra específicamente al medio ambiente, obras públicas, régimen energético, pesca fluvial etc... (fdo. jdo. 13).

9) Alguno de estos títulos servirá, en concreto, para llevar a cabo la anulación específica de algún precepto de la Ley 29/1985. Así, el TC juzga inconstitucional, por inconcreto y contradictorio con la competencia exclusiva que todas las CCAA poseen de ordenación del territorio, el art. 88.1 de la Ley 29/1985.

V) LA EVOLUCIÓN POSTERIOR MARCADA POR LA EQUIPARACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LAS CCAA Y UNA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE SE MUEVE SIEMPRE EN LOS PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA 227/1988, DE 29 DE NOVIEMBRE.

La situación jurídico-constitucional distinta entre las CCAA en relación a la competencia sobre las aguas, desaparece con la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución.

A partir de este momento todas las CCAA gozan de los mismos títulos para ejercer sus competencias sobre las aguas de tal forma que será ya solo el dato geográfico (la posesión, o no, de cuencas propias), el que marcará la posibilidad de competencias efectivas de las CCAA en materia de aguas. Posteriormente, tendrá lugar la reforma de los EEAA (en distintos momentos a partir de 1994) introduciéndose en todos ellos la competencia sobre aguas.

El Tribunal Constitucional, por su parte, emitirá distintas Sentencias en materia de aguas en las que sigue enteramente vinculado a los principios sentados en la STC 227/1988, lo que parece más que lógico si se tiene en cuenta que el derecho ordinario que sirve de base (la Ley 29/1985, transformada, sin variaciones en este ámbito, en el TRLA de 2001) no cambia en absoluto. Así, se aplican los principios de la Sentencia a la fijación de caudales ecológicos o mínimos (SsTC 15/1998, 110/1998, 166/2000 123/2003) o a la participación de las CCAA en los organismos de cuenca (STC 161/1996).

VI) LAS NOVEDADES SOBRE EL REPARTO COMPETENCIAL EN EL ACTUAL PROCESO DE REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

Lo estudiado anteriormente y la respuesta del TC no ha satisfecho a todo el mundo y, en concreto, han seguido manifestándose argumentos contrarios derivados del peso de determinadas competencias sectoriales de las CCAA en las que el agua tiene un papel esencial (agricultura, industria, turismo...) y del hecho de que determinadas CCAA tienen cuencas que casi pertenecen por entero a las mismas y, sin embargo, son gestionadas por el Estado en función de los criterios legales juzgados adecuados a la Constitución por el TC (es el caso de la cuenca del Guadalquivir y Andalucía o de la del Duero y Castilla y León). Todo ello ha llevado a que en

los nuevos EEAA que a partir de 2006 se están redactando y aprobando, se incluyan preceptos relativos a la competencia de las CCAA sobre aguas que modifican el estado de cosas existente y han ocasionado la impugnación de algunos de sus preceptos relativos al agua ante el TC.

También es causa de algunos preceptos que se encuentran en los nuevos Estatutos o en determinados proyectos de reforma el hecho del resquemor que la agria polémica habida con motivo de la regulación del trasvase 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 y luego elevado a la Ley 11/2005, de 22 de junio también recurrida ante el TC), ha dejado en las distintas CCAA “partes” de dicho trasvase sea como territorios “cedentes” o “receptores” del recurso. 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. En el presente apartado, se van a estudiar las características jurídicas que sobre el reparto competencial entre Estado y CCAA sobre agua y obras hidráulicas aparecen en estos EEAA formulando en todos los casos una propia opinión acerca del grado de su adecuación a la CE, dado que algunos de ellos han sido impugnados ante el TC como ya se ha dicho⁸.

1. LA EQUIVOCIDAD DE LA EXPRESIÓN “COMPETENCIAS EXCLUSIVAS” EN ALGUNOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

Una característica de los nuevos Estatutos de autonomía es el uso bastante generalizado de la expresión “competencias exclusivas” para referirse al haz de posibilidades de la respectiva Comunidad Autónoma sobre una

⁸ Sobre todo lo que sigue a continuación vid. EMBID IRUJO [2007 b)] in totum.

determinada materia (existencia de potestad legislativa, de desarrollo reglamentario y ejecutiva) lo que también tiene sus consecuencias en el ámbito de las competencias sobre el agua. Así y por referirme al Estatuto que está en el origen de las múltiples polémicas habidas, el Estatuto de Cataluña, su art. 117.1 indica que: “Corresponde a la Generalitat, en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso...” y siguen un conjunto de contenidos materiales de tal competencia exclusiva. Parece bastante evidente que el contenido de esta competencia, si se atiende a la doctrina fijada por la STC 227/1988, de 29 de noviembre, no presenta las características de exclusiva pues en muchas de sus manifestaciones se trataría, en realidad, de un ejercicio de desarrollo de la legislación básica, dado que normas básicas son las que en este plano establece el Estado en materia de concesiones o del régimen jurídico de las Administraciones públicas (ex art. 149.1.18 CE), sin ir más lejos. También el Estatuto de Autonomía de Andalucía refiere en su art. 50 que las competencias sobre las cuencas o aguas intracomunitarias de Andalucía son “exclusivas” y lo mismo sucede con otros textos, como el Estatuto de Aragón (art. 72.1 prácticamente idéntico al art. 117.1 catalán).

Existe, pues, un evidente defecto en los preceptos que comentamos que no debe llevar, sin embargo, a predicar ningún tipo de inconstitucionalidad para el mismo sino la simple afirmación de defecto que ya he realizado pero sin trascendencia jurídica. Basta para ello con referirme a dos tipos de argumentos.

a) Por un lado al puramente “histórico”: las competencias de las CCAA sobre agua en los Estatutos de Autonomía de la primera época también aparecieron bajo la rúbrica de “exclusivas” y no por eso fueron los correspondientes preceptos llevados ante el Tribunal Constitucional. Fue –como en tantas otras ocasiones– la labor genérica del TC centrada en la expresión “interpretación de los Estatutos según la Constitución” y la práctica aplicativa de tal principio la que ha tenido el mérito de conseguir trabajosamente la coherencia –tan difícil en cualquier Estado descentralizado políticamente– de las distintas partes del ordenamiento jurídico.

b) Por otra parte y aunque ello no se corresponda con la “ortodoxia” de los conceptos, no puede desconocerse que muchas veces la cuestión que se enuncia en este lugar es meramente de 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 Estado⁹.

2. LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN PROCESOS DECISORIOS DEL ESTADO.

Otra característica general del actual momento de reforma estatutaria, es la previsión de distintas formas de participación de las CCAA en procesos cuya decisión final pertenece al Estado. Se regulan en los textos estatutarios considerados la emisión de informes previos o la simple participación en el proceso de adopción por el Estado de decisiones sobre obras hidráulicas de interés general o transferencias de recursos hídricos.

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. Mi opinión, sin embargo, es enteramente la contraria y creo que debe entenderse como síntoma de buena salud constitucional la intervención de las CCAA en procesos en los que la competencia final de resolución es del Estado y se pretende, solamente, que el Estado cuente con una opinión más formalizada 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 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 cerca de 30 años vista de la aprobación del primer Estatuto de Autonomía, 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

⁹ Cfr. Germán FERNANDEZ FARRERES, (2005) p. 305, nota 16.

participación en procesos de decisión 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 Autonomías¹⁰. 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 o, desde otro punto de vista, también podría interpretarse 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.

b) Las leyes ordinarias han ido recogiendo poco a poco, la existencia de procesos de colaboración como los que ahora recogen 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).

c) Finalmente, 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.

¹⁰ 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”.

3. EL DERECHO AL AGUA EN DISTINTOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

La regulación de un derecho al agua fue iniciada por el Estatuto de la Comunidad Valenciana en 2006 (art. 17.1) si bien no es privativa del mismo aun cuando es el Estatuto valenciano el que ha alcanzado una mayor sofisticación en su contenido al afirmar que existe tal derecho en relación a las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias lo que permite plantear legítimamente la pregunta acerca de si se refiere a las cuencas internas valencianas hipotéticamente excedentes o a las de gestión del Estado. Pero también se afirma en el mismo Estatuto valenciano “el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad” y se dice que “los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales” (del art. 17.1).

Por su parte, el artículo 19.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón indica que los aragoneses, en el marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso, tienen derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón.

Es claro, tras las citas anteriores, que estamos hablando de distintos derechos al agua o, si se quiere, de distintas manifestaciones o contenidos de ese derecho al agua. Por un lado y en el plano de lo más general, estaría el derecho de los ciudadanos al abastecimiento de agua, que operaría en el marco de los servicios públicos de abastecimiento urbano. Y es en el plano de lo más concreto, donde operaría el derecho de los ciudadanos y ciudadanas valencianos a las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias. Existen en la actualidad algunos recursos ante el TC (de Aragón contra el Estatuto valenciano en cuanto se regula el derecho a las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias y de La Rioja contra Aragón en cuanto que el impugnante juzga que, en el fondo, se trata de regulaciones semejantes la aragonesa y la valenciana) cuya resolución contribuirá a aclarar una

cuestión de tipo conceptual, por un lado, y aportará alguna solución a la problemática permanente de las transferencias de recursos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca que parece ha querido ser reverdecida (tras la derogación de la parte de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional que regulaba el trasvase del Ebro) por el art. 17.1 del Estatuto de la Comunidad Valenciana.

4. LAS COMPETENCIAS SOBRE LAS CUENCAS INTRACOMUNITARIAS, EN ESPECIAL LAS REFERENCIAS A LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y A LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.

En prácticamente todos los casos de los nuevos Estatutos, las competencias sobre las cuencas o aguas intracomunitarias se califican como exclusivas. Pero también se indica en los textos que estudiamos un contenido de esa competencia exclusiva. Así, el EC en el art. 117.1 (e idéntico a él el art. 72.1 del Estatuto de Aragón) indica como contenido de tal competencia el siguiente:

“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 verdadera dimensión de esa competencia exclusiva. Pero que no se recuerde expresamente la Constitución no quiere decir que ésta no exista 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.

Y lo mismo sucede en lo relativo a la planificación hidrológica. Se afirma la competencia exclusiva sobre dicha planificación en relación a las cuencas intracomunitarias, pero el art. 149.1.13 CE afirma 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 afirmar 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 de la planificación administrativa y con el mismo Plan Hidrológico Nacional [cfr. fdo. 20 d) en relación al art. 38.6 de la Ley 29/1985, de Aguas].

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 dice 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.

5. LAS COMPETENCIAS EN RELACIÓN A LAS OBRAS HIDRÁULICAS DE INTERÉS GENERAL.

Las obras hidráulicas de interés general son las de competencia del Estado asumiendo el Estado tradicionalmente tal competencia por medio de la declaración del interés general de una obra 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 operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre. También y según la CE (art. 149.1.24) las obras públicas

–y por tanto igualmente las hidráulicas- que afectan a dos o más CCAA son de competencia del Estado. 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 dentro del territorio de una cuenca intracomunitaria (de gestión de la respectiva Comunidad Autónoma) y, a su vez, que las CCAA ejerciten competencias sobre obras hidráulicas (de interés autonómico, pues) dentro del territorio de una cuenca intercomunitaria (de gestión del Estado). Todo depende, insisto, de que la obra pueda considerarse 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 del Estado sobre la misma.

Sobre esa realidad sucintamente descrita inciden varios artículos de los EEAA considerados. Así, el Artículo 117.2 EC atribuye a la Generalitat “en los términos establecidos en la legislación estatal” competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general 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 Estatuto de Autonomía de Aragón 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 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).

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, como 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 actuales procesos de reforma estatutaria, 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.

6. LAS COMPETENCIAS EN RELACIÓN A LAS CUENCAS INTERCOMUNITARIAS. EN ESPECIAL SOBRE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA.

Las cuencas intercomunitarias son aquellas que comprenden aguas que se extienden por el territorio de dos o más CCAA y, por tanto, resultan de competencia del Estado (art. 149.1.22 CE y su interpretación por la STC 227/1988 tal y como se ha estudiado anteriormente) con independencia de lo que luego se dirá en relación a la cuenca del Guadalquivir en el Estatuto de Andalucía y a la cuenca del Duero en el proyecto de Estatuto de Castilla y León.

Los EEAA reformados prevén distintas formas de intervención de las CCAA en la gestión de estas cuencas estatales. Así, el EC además de lo ya examinado en relación a las obras de interés general en el caso que se desarrollaran en las cuencas intercomunitarias:

a) Regula la participación en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos.

b) Dispone la competencia ejecutiva sobre la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y

c) Asume las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal (art. 117.3.c) lo que es una cierta particularización de la previa decisión sobre la asunción de “competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico” (del art. 117.2).

Pues bien, en todos los casos me parece que nos encontramos ante textos plenamente compatibles con la Constitución. Así:

a) La participación en la planificación hidrológica estatal es la plasmación de un estado de cosas existente no regulándose otra cosa que la decisión positiva de la Generalidad para asumir lo que la legislación

estatal disponga porque, no se olvide ese pequeño detalle, el legislador estatal en esta materia es tan enteramente libre que podría llegar hasta a suprimir la misma planificación hidrológica, en cuanto que no existe un solo precepto en la Constitución del que pueda deducirse con entera seguridad que la planificación hidrológica como decisión imprescindible para la gestión del dominio público hidráulico (del art. 1.3 TRLA) es un mandato del supremo texto de nuestro ordenamiento jurídico que, por otra parte, solo podría estar implícito en preceptos como el art. 132 o el 149.1.22. Al contrario, nos encontramos, lisa y llanamente, ante una decisión del legislador ordinario español, adelantado en esta materia a la tónica existente en otros países y con una decisión posteriormente “refrendada” por la Directiva Marco de aguas de 2000 que, por cierto, configura una planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación hidrográfica, con contenido y funcionalidad ligeramente distinta de la que hasta ahora reflejan las normas españolas.

De la misma manera, la participación en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos es también una plasmación del estado de cosas existente, basado en la previa y libre decisión de las CCAA de incorporarse a los Organismos de cuenca (del art. 25 TRLA). Lo que hace el Estatuto de Autonomía es, obviamente, dar máxima solemnidad a la decisión ya adoptada en el pasado por todas las CCAA (y por Cataluña, cuyo precepto es el que estamos siguiendo aquí) de participar en tales organismos de cuenca estatales, pero bastaría con que la legislación estatal suprimiera la actual configuración participada por las CCAA de las Confederaciones Hidrográficas (organismos autónomos estatales, no se olvide) para que el precepto del EC quedara sin posibilidad de aplicación y sin posibilidad de tachar de inconstitucional –al menos en una interpretación jurídica no forzada- a tal modificación de la legislación estatal.

b) La adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos es una plasmación sectorial de la genérica competencia de las CCAA de establecer normas adicionales en materia de protección del medio ambiente que recoge el art. 149.1.23 CE.

c) El ejercicio de competencias sobre el dominio público hidráulico (art. 117.2) o de facultades de policía del dominio público hidráulico [art. 117.3.c)], tiene lugar en los términos que diga la legislación estatal según indica el mismo precepto del EC.

Acudiendo, ahora, a lo que se dice con otra sistemática en el Estatuto de Andalucía, en el ámbito de las cuencas intercomunitarias se reconocen a Andalucía diversas competencias dentro de la “participación” y sometidas a cuanto diga la legislación estatal o, en algún caso, a convenio (art. 50.2). Esta referencia a la legislación estatal (o al convenio) puede ser importante a la hora de salvar los posibles reproches de inconstitucionalidad que contra este precepto pudieran formularse, pues no parece la norma andaluza por su redacción, realizada con la intención de asumir nada que no atribuya efectivamente la legislación estatal o un convenio específico, dada la correspondiente remisión.

7. LAS COMPETENCIAS DE ANDALUCÍA SOBRE LA CUENCA DEL GUADALQUIVIR Y DE CASTILLA LEÓN SOBRE EL DUERO.

Uno de los preceptos más resaltables del Estatuto de Andalucía 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 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) es lo que está en el origen de un texto que, sin embargo, no parece en principio enteramente adecuado a la Constitución, entendiendo por adecuación a la Constitución la interpretación de la frase del art. 149.1.22 (“aguas –que- discurren 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 Tribunal Constitucional 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.

El texto andaluz somete a un conjunto de “precauciones” la atribución de competencia 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 Estatuto 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. 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 discurren, sí, por más de una Comunidad Autónoma –en esto no puede haber dudas- pero 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.

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 Estatuto de Andalucía. Quizá –y uniendo con otra de las menciones del precepto- solo podría realizarse con el presupuesto previo de una nueva planificación hidrológica que hubiera señalado –porque ése sería uno de sus objetivos primordiales- cuáles son esas aguas del Guadalquivir que discurren por más de una Comunidad Autónoma pero que al no afectar a otras Comunidades son susceptibles de cesión a la andaluza sin lesión constitucional, en cuyo caso habría que diferir la efectividad 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

afectación”, ¿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, 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 que ello tiene. Lo indicado aquí sirve para reiterar lo muy problemático –en mi opinión– de la existencia de una negociación en el seno de una Comisión Mixta de Transferencias y la necesidad de diferir cualquier decisión a la clara demostración de no afectación a otra Comunidad Autónoma en el bien entendido, claro está, de que la fórmula pudiera entenderse como constitucional.

Y ello porque, finalmente, restaría la última mención del precepto que comento 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 Tribunal Constitucional– 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 Tribunal Constitucional 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 Tribunal Constitucional sólo ha dicho hasta ahora que la interpretación de la Ley de Aguas de 1985 (basada en la cuenca hidrográfica) es adecuada a la Constitución, no que no pudieran existir otros desarrollos legislativos que también pudieran ser adecuados.

Resulta de todo ello un precepto ciertamente confuso y en el que se producen contradicciones internas que conducirían a la conclusión final de la negación de las competencias a la Comunidad Autónoma que, para-

dóxicamente, 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. En todo caso es un precepto que estaba pidiendo por salud constitucional y seguridad jurídica para todos, que alguien legitimado para ello recurriera al TC para que éste tuviese la ocasión de ratificar su clásica jurisprudencia aplicándola, igualmente, a la nueva dicción del art. 51 del Estatuto de Andalucía o, en su caso, cambiarla para adecuarla a las nuevas condiciones normativas incluidas en el art. 51 del Estatuto de Andalucía y, esencialmente, la pertinencia jurídica de esa “no afección” a otras CCAA. Ese recurso ha sido realizado por la Comunidad Autónoma de Extremadura, por lo que el TC tendrá en su momento la oportunidad de establecer una segura doctrina sobre la importante cuestión indicada en esta parte del trabajo.

También el proyecto de Estatuto de la Comunidad de Castilla y León 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 Guadalquivir 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, a saber 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 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: 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.

8. LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HIDRÁULICOS Y SU IMPACTO SOBRE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

En este apartado voy a estudiar distintas normas relacionadas con las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos Planes hidrológicos de cuenca [que es la denominación técnica de la materia que trato en el art. 45.1.c) del TRLA] en los distintos EEAA reformados o en proceso de ello pronunciándome, en todos los casos, sobre su constitucionalidad o no.

A) ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DEBEN VELAR PARA QUE NO EXISTAN TRASVASES.

El Estatuto de Autonomía de Aragón parece especialmente sensible ante la hipotética posibilidad de que pueda volver a regularse un trasvase del Ebro de semejantes características al de la Ley 10/2001, a cuyos efectos contiene algunas disposiciones de signo preventivo. Así el art. 19.3 dice lo siguiente:

“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 y que la CE regula en el Capítulo III del Título I. Los EEAA de la etapa de reformas actual –también en algún caso los de la primera etapa, la inmediatamente posterior a la promulgación de la CE- han optado por configurar igualmente 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, puede observarse que lo que se encarga a los poderes públicos aragoneses no es velar contra la existencia de cualquier tipo de transferencia de recursos hidráulicos sino, solamente, frente a 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 de la CE 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 y, al margen de ello, con un 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. No cabe duda –si es que alguien pudiera tenerlas- que este principio rector es claramente adecuado a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico aplicable.

B) LOS INFORMES PREVIOS AL DESARROLLO DE LA POLÍTICA ESTATAL DE TRANSFERENCIAS DE RECURSOS HIDRÁULICOS.

Diversos EEAA (vigentes y en proyecto) regulan la existencia de informes

previos a las propuestas de transferencias de recursos hídricos. 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 Estatuto de Aragón, en su art. 72.3 relaciona el informe con “la defensa de 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 proyecto de Castilla y León, también regula el informe al que nos referimos y que ahora aparece vinculado al principio rector de la acción política para garantizar abastecimiento de agua en condiciones de calidad; 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 tales informes es plenamente adecuada a la Constitución. He tratado ya el tema anteriormente y ahora solo cabe aplicar, a lo singular, lo ya establecido anteriormente de manera general. No es posible concluir, así, 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 institucional 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 significativos 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. Como ya indiqué entonces, el principio de colaboración no escrito expresamente en la CE –tal y como el TC ha dicho varias veces- ampararía la presencia en los EEAA de este tipo de informes que no podría merecer reproche de tipo constitucional.

C) LAS RESERVAS DE CAUDALES PARA LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN.

En el Estatuto de Aragón su disposición adicional quinta dice de la siguiente forma:

“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 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 Hm³”.

La cifra de 6.550 Hm³ aparece de una forma en absoluto vinculante, pues simplemente se recuerda que procede de una Resolución de un Parlamento territorial, no nacional, pero lo que está bien claro es que es la planificación hidrológica estatal quien concretará la cifra final.

VII) LA ADMINISTRACIÓN HÍDRICA EN EL ESTADO Y EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LAS COMUNIDADES DE USUARIOS.

Y, finalmente, debe tratarse el tema de la Administración hídrica tanto en el Estado como en las CCAA. En esta cuestión se sintetiza y resume una buena parte de las aportaciones del derecho español de aguas, como es la creación de una Administración hidráulica basada en las cuencas hidrográficas. En 1926 se crearon las Confederaciones Hidrográficas con la regulación general de las misma y la primera de todas ellas, la

Confederación Hidrográfica del Ebro¹¹ si bien en el primer momento las Confederaciones tenían una funcionalidad en la realización de obras hidráulicas según un Plan coordinado de obras en la cuenca y no la gestión de las aguas, aspecto que se alcanzaría más tarde.

En todo caso, hablar de Confederaciones Hidrográficas es hacer una clara referencia a un modelo de organización administrativa por cuencas, basado en un principio de participación de los usuarios hasta el punto de que la expresión “Confederaciones Hidrográficas” y su ínsito contenido, parecen algo esencial y naturalmente vinculado. Y algo tan simple como esto, se gestó originalmente en nuestro país en el marco de una evolución histórica en la que mucho tuvieron que ver las fórmulas organizativas ensayadas previamente en la Ley de Riegos del Alto Aragón (Ley de 7 de enero de 1915), también en el ámbito territorial de lo que devendría Confederación Hidrográfica del Ebro. En la actualidad se postula la implantación del modelo de Organismo de cuenca en todos los países como fórmula idónea de administración de las aguas¹², sin que sea fácil, ni mucho menos, su consecución en todos los casos, pues ello precisa de una situación de “madurez hídrica” y de conocimiento en las exigencias de la gestión de las aguas, que no en todos los supuestos se da con la misma necesaria intensidad.

Pues bien, con los anteriores datos podemos pasar a la exposición del ordenamiento jurídico vigente sobre las Confederaciones Hidráulicas en cuanto Administración hídrica del Estado. Su regulación se encuentra en los arts. 21 y ss. del TRLA con un desarrollo reglamentario en el RAPA.

Según estos textos, las Confederaciones Hidrográficas son Organismos autónomos, lo que quiere decir que tienen personalidad jurídica propia aun dependientes de la Administración General del Estado, en concreto ahora del Ministerio de Medio Ambiente. Gozan de una amplia autonomía lo que se manifiesta en su capacidad de adquirir y enajenar bienes y derechos, capacidad contractual y de ejercer ante los Tribunales todo tipo de acciones. Sus actos y resoluciones ponen fin a la vía administrativa siendo,

11 La creación de las Confederaciones tiene lugar por Decreto de 5 de marzo de 1926. De la misma fecha es la creación de la Confederación Sindical (como se llamaron originalmente) Hidrográfica del Ebro, creándose durante la década de los años veinte y por orden la del Segura, Duero, Guadalquivir, y Pirineo Oriental.

12 La Directiva 2000/60/CEE, hace de esta decisión de administración del agua por cuencas (incluso supranacionales) un principio clave de su contenido.

por tanto, recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Su principal función es la de elaborar el Plan hidrológico de cuenca y administrar y controlar el dominio público hidráulica. A esos efectos pueden otorgar concesiones y autorizaciones y ejercer la potestad sancionatoria. También tienen capacidad de proyectar, realizar y explotar obras hidráulicas, capacidad que hoy comparten con las Sociedades estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas cuya constitución autorizó la Ley 13/1996 y que ha tenido un relativo éxito.

Su estructura institucional se basa en la existencia de órganos de gobierno (Junta de Gobierno y Presidente), órganos de gestión (Asamblea de Usuarios, Comisión de Desembalse, Juntas de Explotación y Juntas de Obras) y un órgano de participación y planificación como es el Consejo del Agua de la Demarcación).

Las Juntas de Gobierno tienen una composición plural, pues son presididas por el Presidente de la Confederación existiendo en las mismas miembros de la Administración General del Estado, representantes de las CCAA del territorio de la cuenca (en número variable según la superficie en la cuenca de la Comunidad y su población), representantes de las entidades locales y un número de usuarios que en ningún caso podrá ser inferior a 1/3 de los miembros de la Junta de Gobierno. Sus atribuciones miran al ámbito del diseño estratégico de la actuación de la Confederación teniendo también facultades de administración extraordinaria del dominio público hidráulico (por ejemplo, la declaración de sobreexplotación de acuíferos).

El Presidente de las Confederaciones es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Medio Ambiente. Es quien otorgar las concesiones y autorizaciones y ejerce la potestad sancionatoria.

Finalmente, el Consejo del Agua de la demarcación tiene facultades de promover el ejercicio del derecho de participación de los ciudadanos singularmente en el ámbito de la elaboración y revisión de la planificación hidrológica. También los usuarios tienen que estar representados en el mismo con un número no inferior a la tercera parte de sus miembros existiendo igualmente representación ciudadana (movimientos ecologistas, asociaciones de consumidores, etc...).

El modelo confederal, como se indica, tiene un antiguo origen en el tiempo (1926) y ha conocido diversos cambios a lo largo del tiempo. En

particular, hoy es advertible en todos los lugares (y no sólo en España) una preocupación creciente de los simples ciudadanos, sin categoría de usuarios tradicionales, en relación a las cuestiones del agua, que hace imprescindible su inserción en diversos órganos de las Confederaciones Hidrográficas, hasta el punto de que algunos de éstos ya no son concebibles sin esa participación, cuyo porcentaje y formas de expresarse puede ser materia a discutir.

En otro orden de cosas, debe constatarse que la configuración tradicional de las Confederaciones Hidrográficas conoce hoy de la importante “afección” que supone la creación de las Sociedades Estatales para la construcción y/o explotación de obras hidráulicas que, como he señalado con anterioridad, vienen a cumplir la principal de las funciones con que se concibieron las Confederaciones, la realización de obras hidráulicas, lo que no deja de ser ciertamente paradójico. Me parece que hoy todavía no tenemos la suficiente perspectiva para notar el impacto que sobre las Confederaciones ha tenido la creación de las Sociedades Estatales referidas, pero que éste es evidente y, además, se acentuará en el futuro. No tardará mucho tiempo para que se pueda proceder a la completa medida de este impacto desde ámbitos tan diversos como la política de personal, los presupuestos de las Confederaciones y, dentro de ellos, los ingresos derivados del régimen económico-financiero tradicional. Dentro de ello, será necesario medir también la validez de la permanencia del criterio de “participación” de usuarios y de entidades dentro de lo que puede llegar a convertirse, casi exclusivamente, en gestión del dominio público hidráulico, allí donde tradicionalmente los mecanismos participativos tienen menos función y donde más necesidad existe de una gestión burocrática. (Pues el régimen práctico de las concesiones, autorizaciones o la imposición de sanciones, deben ser conducidas con unos criterios en nada participativos, para ser eficaces y, además, ajustados a los presupuestos del ordenamiento jurídico sobre estas concretas cuestiones). Solo la elaboración de la planificación hidrológica y su periódica revisión, seguiría justificando el tradicional modelo confederal.

Y al lado de esta Administración hídrica del Estado debemos referir la propia de las CCAA. Esta tiene dos manifestaciones: por un lado la Administración hídrica de las CCAA que tienen cuencas hidrográficas propias y que ha dado lugar a la creación de un modelo de “Agencias”

(Agencia Catalana del Agua, Agencia Vasca del Agua, Agencia Andaluza del Agua...) relativamente parecido al de las Confederaciones, pero con algunas peculiaridades organizativas sobre las que no podemos incidir aquí.

Y al lado de esta Administración hídrica que podríamos denominar “general”, estarían múltiples entes y órganos que podríamos calificar como de Administración hídrica “sectorial” y que existen en las CCAA para ocuparse de una cuestión de gran importancia como es la construcción y explotación de infraestructuras de saneamiento y depuración así como de la gestión de tributos creados para recabar ingresos con los que construir y, sobre todo, explotar estas infraestructuras. Las formas organizativas son muy diversas manejando estas Administraciones hídricas importantes recursos económicos derivados de esta exacción tributaria.

Pero no se agotan con esto las necesarias referencias al ámbito organizativo en la gestión de las aguas. Recuerdo obligado y especial debe tenerse para las Comunidades de Usuarios, otra de las aportaciones significativas del derecho español de aguas aun cuando primero recibieron el nombre de Comunidades de Regantes, hoy sustituido por el que regula la Ley 29/1985, de Aguas, Comunidades de Usuarios, si bien siguen las Comunidades de Regantes siendo el ejemplo primigenio de ellas. La concepción de las Comunidades es muy adecuada a su potencial y real funcionalidad. Así, la decisión de articular en torno a unas Corporaciones de Derecho Público (por tanto, con potestades públicas) la colaboración en la gestión del dominio y la articulación de hipotéticos intereses contrapuestos, completamente adecuada. No cabe sino esperar que en los casos en que todavía no están formadas Comunidades de Usuarios debiendo estarlo (sobre todo en el supuesto de las aguas subterráneas), así se fomente o exija por la Administración hídrica y que, además, se les dote de todos los poderes y responsabilidades para el mejor ejercicio de sus importantes funciones. Sin ninguna duda que las Comunidades de Usuarios deben ser las mejores colaboradoras de la Administración hídrica, precisamente porque también son Administración, y eso quiere decir que igualmente deberán ser colaboradoras en la realización de los intereses generales a partir de su primigenio papel de representantes y defensores de intereses de usuarios individuales, privados.

Nota Bibliografica

Ante la variedad de cuestiones examinadas en el texto y la amplia bibliografía existente, se ofrece solamente una pequeña muestra de la misma como guía para el lector interesado. A través de la consulta de estas obras, se podrá acceder a otras más.

CARO-PATÓN CARMONA I. y MACERA Bernard-Frank (2002), “El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección ambiental y aguas”, Universidad de Valladolid, Valladolid.

EMBED IRUJO A. (1993), “Las competencias constitucionales y estatutarias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica”, REDC 37, pp 37-79.

EMBED IRUJO A. (dir), [2007 a)], Diccionario de Derecho de aguas, Iustel, Madrid.

EMBED IRUJO A. [2007 b)], “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 Agua y territorio (A. EMBED IRUJO dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

FANLO LORAS A. (1996) “Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones hidráulicas”, Civitas, Madrid.

FERNANDEZ FARRERES, G (2005) “Planteamientos generales”, en Derecho Público Aragonés (A. EMBED IRUJO, dir.), 3ª ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S. (1992) “Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas”, RAP 128, pp. 23 y ss.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER S. (1997), Derecho de aguas, Civitas, Madrid.

MENÉNDEZ REXACH, A (1986) en A. GALLEGO ANABITARTE, J.M. DIAZ LEMA y A. MENÉNDEZ REXACH (eds.) “El Derecho de aguas en España”, vol. I, Madrid, MOPU, 1986,

VVAA (2006), Derecho de Aguas, IEA, Murcia.

A ESTRUTURA DO ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL

Vladimir da Rocha França

1. Introdução. 2. A estrutura do Estado na Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição Federal). 3. Regime constitucional dos recursos hídricos no Brasil. 4. Bases constitucionais da organização administrativa. 5. Administração dos recursos hídricos no Brasil. 6. Considerações finais. Referências.

1. Introdução.

A preocupação com o meio ambiente e o alerta da crescente escassez dos recursos hídricos, estendidos pela constatação do aquecimento global, tem imposto a países em desenvolvimento - como o Brasil - o desafio de superar os seus problemas sócio-econômicos com o ideal do desenvolvimento sustentável.

Como se conclamou no Princípio 4 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 14 de junho de 1992, para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada separadamente.¹³

13 Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <www.mma.gov.br/index>.

O uso racional das águas constitui um poderoso instrumento na concretização do desenvolvimento sustentável, haja vista o seu valor para a vida humana e para a evolução da economia.¹⁴ Especialmente para nações dotadas de um extenso patrimônio hídrico como o Brasil.

O modesto objetivo do presente trabalho é analisar os fundamentos constitucionais e a estrutura básica da administração dos recursos hídricos no sistema do direito positivo brasileiro. Embora não seja possível esgotar todas as questões que permeiam a gestão das águas em nosso País, é viável oferecer ao leitor um panorama de seu arcabouço jurídico.

2. A estrutura do Estado na Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição Federal).

Partindo-se de uma perspectiva normativista¹⁵, a ordem jurídica brasileira em vigor tem como ponto de origem a Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição Federal), promulgada em 5 outubro de 1988. É fruto da superação do longo período autoritário que encobriu o país de 1964 até 1985, quando o povo brasileiro exerce o Poder Constituinte e retoma os seus destinos.

Conforme o art. 1º, caput, da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito formado pela união indissolúvel dos Estados Federados e Municípios e do Distrito Federal. Com base no art. 18, caput, da Constituição Federal¹⁶, podem ser identificados no ordenamento jurídico brasileiro a União como ordem jurídica central; e os Estados Federados, Distrito Federal e Municípios

php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>. Acesso em: 22.04.2007.

14 Sobre a matéria, CAUBET Christian Guy. *A água, a lei a política...e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá Editora, 2004; FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?*; e XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). *Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

15 BOBBIO, Norberto, *Teoria generale del diritto* e KELSEN, Hans, *Teoria Geral do direito e do estado*.

16 Art. 18, caput, da Constituição Federal: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

como ordens jurídicas locais.¹⁷

Incluímos aí os Municípios haja vista a autonomia que a Constituição Federal lhes conferiu, rompendo uma tradição de federalismo dual que orientava as constituições brasileiras desde da primeira experiência republicana.¹⁸ Ademais, a Ciência do Direito deve examinar as normas fundamentais do Estado - como o princípio federativo - pela descrição e compreensão do ordenamento jurídico que o constitui, e não pelo que se julga mais acertado ou conveniente pela ótica da Ciência Política ou da Ciência Econômica.¹⁹

Seguindo a consagrada fórmula da separação dos poderes, o art. 2º da Constituição Federal prescreve como Poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Também se prevê Legislativo, Executivo e Judiciário para os Estados Federados²⁰ e Distrito Federal²¹, que devem seguir o modelo da União quando não houver ressalva na Lei Maior.²² Em se tratando dos Municípios²³, há apenas o Legislativo e o Executivo, de acordo com os parâmetros constantes da Lei Maior.²⁴

Cada Estado Federado tem os poderes de auto-organização e de autolegislação, sendo-lhes conferida o direito de se reger por sua Constituição e pelas leis que editar na esfera de sua competência, respeitados os preceitos da Constituição Federal.²⁵ Os Municípios e o Distrito Federal têm prerrogativa similar, com a diferença que esses entes federativos não dispõem de uma Constituição, mas sim de Lei Orgânica.

17 Sobre o federalismo no Brasil, vide TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional, p. 605-660.

18 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 310-314.

19 BECKER, Alfredo Augusto, Teoria geral do direito tributário, p. 39-91.

20 Vide arts. 25 e 26 da CFRB.

21 Vide art. 32 da Constituição Federal.

22 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 603-15.

23 Vide arts. 29 a 31 da Constituição Federal.

24 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 624-8.

25 CLÈVE, Clémerson Merlin. Temas de direito constitucional (e de teoria do direito), p. 56-83; HORTA, Raul Machado. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 361-448; e SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 589-98.

Assim, a Constituição Federal assegura a todos os entes federativos autonomia política, administrativa e financeira, reservando-lhe as competências que se fazem necessárias para garantir: (i) a capacidade das comunidades estaduais e locais escolherem os seus governantes e membros de seus parlamentos; e, (ii) a capacidade delas para dispor sobre a administração das atividades que lhe foram constitucionalmente designadas.²⁶

A Constituição Federal permite à União, por meio de lei complementar, dividir o território nacional em regiões administrativas, segundo características geoeconômicas e sociais.²⁷ Elas não gozam de autonomia política, administrativa e financeira, servindo apenas como parâmetros geográficos para o desenvolvimento e concretização de políticas públicas nacionais.

Também se prevê na Lei Maior, a possibilidade de lei complementar estadual agrupar Municípios limítrofes em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microregiões, para a organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.²⁸ Com a instituição desses mecanismos, o Estado Federado passa a participar mais ativamente na gestão de serviços públicos de competência municipal.

No que diz respeito aos recursos hídricos, a Constituição Federal optou por compartilhar a sua gestão entre todos os entes federativos, como se verá no próximo item.

3. Regime constitucional dos recursos hídricos no Brasil.

3.1. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em conformidade com o art. 225 da Constituição Federal, o meio ambiente foi qualificado como bem do domínio público, sendo a proteção de seu equilíbrio ecológico classificado com direito fundamental:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equi-

26 CLÈVE, Clémerson Merlin. Temas de direito constitucional (e de teoria do direito), p. 56-83; HORTA, Raul Machado, Direito constitucional, p. 361-448; e José Afonso da SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 589-98.

27 Vide art. 43 da Constituição Federal.

28 Vide art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

librado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A defesa do meio ambiente também constitui princípio constitucional da ordem econômica²⁹, devendo servir de parâmetro e meta para o Estado quando atua na regulação dos setores públicos e privados da economia.³⁰ Logo se vê que a ordem constitucional brasileira acolheu a idéia do desenvolvimento sustentável como diretriz jurídico-econômica.

O art. 3º, inciso I, da Lei Federal nº. 6.938, de 31.8.1981, define o meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Uma vez que o diploma legal em apreço foi recepcionado pela Constituição Federal, esse conceito jurídico-positivo mostra-se relevante para demarcar o campo de proteção do direito consagrado no preceito constitucional acima transcrito. Merece destaque que a doutrina ambientalista não tem contestado a sua legitimidade junto à Constituição Federal vigente.³¹ E, afinal, os conceitos jurídico-positivos também vinculam o intérprete na concretização do Direito Positivo.³²

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um direito fundamental que tem seu lastro no valor da solidariedade e da fraternidade, destinando-se não à tutela do indivíduo, do Estado ou de um grupo social específico, mas sim do próprio gênero humano.³³ Isso impõe a sua classificação na categoria dos direitos difusos, uma vez que, embora o seu sujeito ativo seja indeterminado, o sujeito passivo é perfeitamente identificável a partir do exame do caso concreto na aplicação da lei.³⁴ Tanto o Estado como o particular pode compor o pólo passivo

29 Vide art. 170, inciso IV, da Constituição Federal.

30 Vide art. 174, caput, da Constituição Federal.

31 MACHADO, Paulo Affonso Leme. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 130; e MILARÉ, Edis. *Direito do meio ambiente*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101-4.

32 DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Análise crítica das definições e classificações jurídicas como instrumento de compreensão do direito*, p. 296-9.

33 BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. 12ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 522; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 52-4.

34 FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*, p. 110. Vide o art. 81, parágrafo

da relação jurídica gerada pela ameaça ou atentado à integridade a esse bem jurídico.

Assim, todos os elementos que são indispensáveis para a manutenção do equilíbrio ecológico do meio ambiente gozam de especial proteção constitucional.

Não seria diferente com relação às águas, bens cuja relevância para o meio ambiente é indiscutível.³⁵

3.2. Domínio das águas na Constituição Federal.

Ao demarcar os bens de cada ente federativo, a Constituição Federal torna juridicamente inviável que os mesmos possam ser objeto de apropriação privada. Mostra-se nítido aqui que as normas infraconstitucionais preexistentes que dispunham em contrário não foram recepcionadas pela atual ordem jurídica brasileira.

No que diz respeito à propriedade das águas, a Constituição Federal separa a sua titularidade entre a União, Estados Federados e o Distrito Federal da seguinte maneira.

Encontram-se sob domínio da União, os seguintes recursos hídricos, nos termos do art. 20, incisos III, VI e VIII: – “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; – o mar territorial; – os potenciais de energia hidráulica”.

Por sua vez, pertencem ao domínio dos Estados Federados, conforme o art. 26, inciso I, da Constituição Federal: “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

Quanto ao Distrito Federal, convém anotar que o mesmo tem competências legislativas reservadas aos Estados Federados e Municípios.³⁶ Assim, parece natural identificar esse ente federativo como titular das águas de

único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº. 8.078, de 11.9.1990).

35 FARIA Paulo José Leite S, *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?*, p. 331-358; e XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). *Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil.*, p. 10-1.

36 Vide art. 32, § 1º, da Constituição Federal.

características idênticas aos recursos hídricos estaduais e que estejam na área territorial desse ente federativo. Além do mais, a Constituição Federal não faz nenhuma ressalva que justifique a sua presença no domínio público federal ou estadual.

A Lei Maior não concedeu aos Municípios a titularidade de qualquer recurso hídrico, embora se reconheça a eles um importante papel na gestão desses bens, como se verá oportunamente.

Desse modo, os dispositivos infraconstitucionais que reconheçam a existência de águas municipais ou particulares não foram recepcionados pela Constituição Federal e, por conseguinte, não fazem mais parte do ordenamento jurídico pátrio.³⁷

3.3. Competências legislativas em matéria de recursos hídricos na Constituição Federal.

Quando a Constituição Federal coloca o assunto no rol das competências legislativas privativas da União³⁸, os demais entes federativos carecem de legitimação constitucional para expedir leis sobre o mesmo. A Lei Maior somente excepciona essa regra quanto aos Estados Federados, se houver lei complementar federal que os autorize a legislar a respeito de “questões específicas” relacionadas às matérias constantes do rol do dispositivo constitucional em apreço.³⁹

O mesmo vale para o Distrito Federal, por força do art. 32, § 1º, da Constituição Federal.

Ao se examinar o texto constitucional, observa-se que as “águas” e o seu aproveitamento como fonte de energia constituem matéria sujeita à competência legislativa privativa da União⁴⁰, devendo ser consideradas inconstitucionais as leis estaduais ou distritais que versarem sobre essa matéria, salvo se existir lei complementar federal que as autorize e, mesmo assim, sobre “questões específicas”. A União não tem legitimidade

37 MACHADO, Paulo Affonso Leme. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 410-14.

38 Vide art. 22 da Constituição Federal.

39 Vide art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal.

40 Vide art. 22, inciso IV, da Constituição Federal.

para delegar inteiramente aos Estados Federados e ao Distrito Federal a competência legislativa em apreço.

Ainda em conformidade com a Lei Maior, compete à União, por meio de lei⁴¹, instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir os critérios de outorga de direitos de seu uso⁴², bem como instituir as diretrizes para os serviços de saneamento básico.⁴³

Em princípio, a lei municipal não tem legitimação constitucional para tratar de águas. Mas não se deve deixar de reconhecer que esses entes federativos têm competência para “legislar sobre assuntos de interesse local” e “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.⁴⁴ Se obedecidos os parâmetros constantes da pertinente lei federal ou estadual, os Municípios poderão perfeitamente expedir as normas que se fizerem necessárias para viabilizar a sua boa aplicação no âmbito local.

No caso do saneamento básico, não se deve olvidar que esses serviços públicos são de competência do Município. A lei federal deve se restringir a estabelecer diretrizes, não devendo estabelecer preceitos que tumultuem a sua autonomia, ao versar sobre aspectos que somente podem ser objeto de lei municipal. Atualmente, essas normas gerais constam da Lei Federal nº. 11.445, de 5.01.2007.

3.4. Competências administrativas em matéria de recursos hídricos na Constituição Federal.

O Poder Público, como se sabe deve desenvolver a função administrativa para assegurar a concretização da lei e na proteção do interesse público, nos moldes determinados pela Constituição.⁴⁵ No sistema do direito positivo brasileiro, essa função é distribuída constitucionalmente entre os entes federativos. Caso a Constituição Federal seja omissa na

41 Vide art. 48, caput, e inciso IV, da Constituição Federal.

42 Vide art. 21, inciso XIX, da Constituição Federal.

43 Vide art. 21, inciso XX, da Constituição Federal.

44 Vide art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal.

45 Entende-se a função administrativa como a atividade desenvolvida pelas pessoas estatais (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas públicas) que abrange a expedição de normas complementares à lei (ou à própria Constituição), sujeitas à controle jurisdicional e destinadas à concretização do interesse público. FRANÇA, Vladimir da Rocha. A função administrativa, p. 13.

identificação da pessoa política responsável pelo exercício das competências administrativas em determinado setor, pressupõe-se que a tarefa caiba aos Estados Federados.

A Lei Maior também trata de competências administrativas em matéria de recursos hídricos.

Consoante determinação da Constituição Federal, é de competência comum da União, dos Estados Federados, do Distrito Federal e dos Municípios: (i) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas⁴⁶; (ii) promover programas de melhoria de saneamento básico⁴⁷; e registrar, acompanhar e fiscalizar os direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos em seus territórios.⁴⁸

No sistema constitucional brasileiro, as competências comuns - constantes do art. 23 da Constituição Federal - são competências administrativas compartilhadas entre todos os entes federativos. Em rigor, cabe à lei federal estabelecer as diretrizes e as vocações de cada um deles nos setores indicados nesse elenco, respeitado o princípio federativo.

Logo, a proteção da água contra ameaça ou lesão à sua integridade ecológica deverá ser implementada segundo a divisão de trabalho imposta pela legislação ambiental em vigor.

Por fim, merece realce o fato de que a Constituição Federal permite que os serviços de saneamento básico sejam prestados mediante gestão associada, sob regime de consórcio público ou convênio de cooperação.⁴⁹ Nesse caso, os Municípios poderão compartilhar entre si a responsabilidade pela regulação e realização dessas atividades essenciais.

Outra opção constitucionalmente aceita é a assunção desses serviços pelo Estado Federado, mediante o agrupamento de municípios limítrofes em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, para a sua melhor organização, planejamento e execução. Para tanto, faz-se necessário a edição de lei complementar estadual, conforme determina o art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

46 Vide art. 23, inciso VI, da Constituição Federal.

47 Vide art. 23, inciso IX, da Constituição Federal.

48 Vide art. 23, inciso XI, da Constituição Federal.

49 Vide art. 241 da Constituição Federal.

4. Bases constitucionais da organização administrativa.

4.1. O Poder Executivo.

A organização administrativa do Estado brasileiro segue o princípio da federação. Cada ente federativo tem a prerrogativa de instituir e estruturar os órgãos e pessoas jurídicas – a administração pública – que se fizerem necessárias para o exercício das competências administrativas que a Constituição Federal lhes confere.

Consoante a Constituição Federal, o titular do Poder Executivo é o Presidente da República⁵⁰, que deve exercer a direção superior da administração pública da União com o auxílio dos Ministros de Estado.⁵¹ Também nos termos da Lei Maior, compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis⁵² e para dispor sobre a organização e funcionamento da administração pública federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.⁵³

Dentre as competências dos Ministros de Estado, destaca-se: (i) a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração pública federal⁵⁴; (ii) a expedição de instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.⁵⁵ Merece igual realce que a criação de Ministérios e órgãos da administração pública deve ser feita mediante lei.

A Constituição Federal também traz a matriz do Poder Executivo dos demais entes federativos: (i) no plano estadual, o titular do Poder Executivo é o Governador do Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado⁵⁶; (ii) no plano distrital, o Governador do Distrito Federal é o Chefe do Poder

50 Vide art. 76 da Constituição Federal.

51 Vide art. 84, inciso II, da Constituição Federal.

52 Vide art. 84, inciso IV, da Constituição Federal.

53 Vide art. 84, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal.

54 Vide art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal.

55 Vide art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal.

56 Vide art. 28 da Constituição Federal.

Executivo, auxiliado pelos Secretários do Distrito Federal⁵⁷; e, (iii) no plano municipal, temos o Prefeito como autoridade máxima da administração pública local, secundado diretamente pelos Secretários Municipais.⁵⁸

No exercício de seu poder de auto-organização e de autolegislação, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios deverão seguir - a no que couber e na omissão de ressalvas na Constituição Federal – o modelo de Poder Executivo previsto para a União na aplicação do princípio da separação dos poderes no âmbito de seus respectivos ordenamentos jurídicos.⁵⁹

4.2. Administração direta e administração indireta.

Pelo que se depreende de seu art. 37, caput, a Constituição Federal recepcionou o modelo de administração pública federal constante do art. 4º do Decreto-Lei nº. 200, de 25.02.1967, que a separa em: (i) administração direta, que é composta pelos órgãos integrados à estrutura da Presidência da República e dos Ministérios; e (ii) administração indireta, formada por entidades criadas pela União, dotadas de personalidade jurídica própria, para a prestação de serviços públicos específicos ou o desenvolvimento de atividades relevantes para o interesse público.

Ainda em conformidade com a Constituição Federal é lícito concluir que esse paradigma organizacional deve ser reproduzido no plano estadual, distrital e municipal. Afinal, a Lei Maior determina implicitamente isso, ao impor preceitos que devem ser seguidos pela “administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”⁶⁰, bem como a disciplina da criação de entidades da administração indireta para todos os entes federativos.⁶¹

No sistema do direito positivo brasileiro, a administração indireta pode

57 Vide art. 32, § 2º, da Constituição Federal.

58 Vide art. 29, incisos I e V, da Constituição Federal.

59 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 609 e 624-5.

60 Vide art. 37, caput, da Constituição Federal.

61 Vide art. 37, incisos XIX e XX, da Constituição Federal.

ser composta pelas seguintes espécies de entidades: (i) autarquias; (ii) fundações governamentais; (iii) empresas públicas; e (iv) sociedades de economia mista.⁶²

Ressalte-se a existência de autarquias sob regime especial, às quais se designam maior autonomia decisória, administrativa e financeira. São as agências reguladoras e as agências executivas.

Ao lado dessas entidades, a Lei Federal nº. 11.107, de 06.04.2005, disciplina a formação de consórcios públicos, para viabilizar a gestão associada de serviços públicos que está prevista no art. 241 da Constituição Federal. Adequados para a regulação e prestação de serviços públicos nos agrupamentos de Municípios firmados com base no art. 25, § 3º, da Lei Maior.

4.3. Sobre o terceiro setor.

Ao lado da administração pública, o sistema do direito positivo brasileiro admite a criação de entidades privadas sem fins lucrativos para a prestação de serviços de interesse público para a coletividade. Elas compõem o que se convencionou chamar terceiro setor.⁶³

Dentre as entidades do terceiro setor, convém destacar as organizações sociais - disciplinadas pela Lei Federal nº. 9.637, de 15.05.1008 - e as organizações da sociedade civil de interesse público – reguladas pela Lei Federal nº. 9.790, de 23.03.1999. Mediante ato jurídico especial, esses entes privados recebem recursos públicos e especial reconhecimento do Estado para a prestação de serviços públicos sociais.

5. Administração dos recursos hídricos no Brasil.

5.1. Disciplina legal da administração dos recursos hídricos.

Tendo por escopo a regulamentação do art. 21, inciso XIX, da Cons-

62 Sobre o regime jurídico das entidades da administração indireta, vide BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 145-205.

63 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor, p. 356.

tituição Federal, foi editada a Lei Federal nº. 9.433, de 08.01.1997. Ela institui a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH). Sem sombra de dúvida, representa um diploma legal de grande relevância na composição do regime jurídico-administrativo da gestão dos recursos hídricos em nosso país.

Antes do advento da Lei Federal nº. 9.433/97, a matéria era objeto do Código de Águas, estabelecido pelo Decreto Federal nº. 24.643, de 10.07.1934. O ato normativo em apreço foi recepcionado pela atual ordem constitucional como lei, mas boa parte de seus dispositivos foi objeto de revogação tanto pela Constituição Federal como pela Lei Federal nº. 9.433/97.⁶⁴

Por fim, a existência de leis estaduais, distritais e municipais sobre a matéria merece igual destaque, cujo exame e aplicação deverá levar necessariamente em consideração as normas constitucionais e federais em apreço.

O art. 1º da Lei Federal nº. 9.433/97 estabelece como fundamentos da PNRH: (i) a água é um bem de domínio público; (ii) a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; (iii) em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; (iv) a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; (v) a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da PNRH e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos-SINGREH; e, (vi) a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

A PNRH envolve igualmente os objetivos, diretrizes gerais de ação e instrumentos que devem ser observados e empregados pelo SINGREH no exercício de suas competências legais.⁶⁵ Nesse esforço, caberá ao SINGREH regular, fiscalizar e controlar o uso dos recursos hídricos, bem como viabilizar a cobrança de preços pela sua utilização pelos agentes econômicos privados.

64 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 408-15; e MILARÉ, Edis. *Direito do meio ambiente*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 639-40.

65 Vide arts. 2º a 5º da Lei Federal nº. 9.433/1997.

5.2. Objetivos e composição do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos-SINGREH.

Podemos definir o SINGREH como o conjunto de órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal responsável pela gestão dos recursos hídricos no Brasil.

Ao criar o SINGREH, a Lei Federal nº. 9.433/1997 fixou-lhe os seguintes objetivos em seu art. 32: (i) coordenar a gestão integrada das águas; (ii) arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos; (iii) implementar a PNRH; (iv) planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; e, (v) promover a cobrança pelo uso de recursos hídricos.

O SINGREH tem a seguinte estrutura, na forma do art. 33 da Lei Federal nº. 9.433/1997: (i) o Conselho Nacional de Recursos Hídricos; (ii) A Agência Nacional de Águas (ANA); (iii) os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal; (iv) os Comitês de Bacia Hidrográfica; (v) os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionam com a gestão dos recursos hídricos; e, (vi) as Agências de Água.

5.2.1. Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

Em conformidade com o art. 34 da Lei Federal nº. 9.433/1997, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos deve ser composto: (i) por representantes dos Ministérios e Secretarias da Presidência da República com atuação no gerenciamento ou no uso de recursos hídricos; (ii) por representantes indicados pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; (iii) por representantes dos usuários dos recursos hídricos; e (iv) por representantes das organizações civis de recursos hídricos.

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos é presidido pelo Ministro do Meio Ambiente e tem como Secretário Executivo o titular do órgão do Ministério do Meio Ambiente responsável pela gestão dos recursos hídricos (art. 36 da Lei Federal nº. 9.433/97).

A forma de indicação e a quantidade dos representantes do Conselho Nacional de Recursos Hídricos devem ser fixadas mediante Decreto Fe-

deral.⁶⁶ Contudo, o art. 34, parágrafo único, da Lei Federal nº. 9.433/97 impede que o número de representantes do Poder Executivo Federal exceda a metade mais um do total dos integrantes do colegiado sob análise. De qualquer forma, não vemos óbice em identificar esse órgão especial como integrante da administração direta da União, apesar da independência decisória que o diploma legal citado lhe reconhece frente ao Chefe do Poder Executivo Federal.

O rol de competências do Conselho Nacional de Recursos Hídricos são as seguintes nos termos do art. 35 da Lei Federal nº. 9.433/97: (i) promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regional, estaduais e setores usuários; (ii) arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; (iii) deliberar sobre os projetos de aproveitamento de recursos hídricos cujas repercussões extrapolem o âmbito dos Estados em que serão implantados; (iv) deliberar sobre as questões que lhe tenham sido encaminhadas pelos Conselhos de Recursos Hídricos ou pelos Comitês de Bacia Hidrográfica; (v) analisar propostas de alteração da legislação pertinente a recursos hídricos e a PNRH; (vi) estabelecer diretrizes complementares para implantação da PNRH, aplicação de seus instrumentos e atuação do SINGREH; (vii) aprovar propostas de instituição dos Comitês de Bacia Hidrográfica e estabelecer critérios gerais para elaboração de seus regimentos; (viii) acompanhar a execução e aprovar o Plano Nacional de Recursos Hídricos e determinar as providências necessárias ao cumprimento de suas metas.

5.2.2. Agência Nacional de Águas-ANA

A ANA constitui uma autarquia sob regime especial que integra a administração indireta da União.⁶⁷ A sua inserção no SINGREH ocorreu com o advento da Lei Federal nº. 9.984, de 17.07.2000. É uma agência reguladora destinada à implementação do PNRH no âmbito nacional, dotada das prerrogativas que se julgou necessárias para a regulação, fiscalização e aplicação das normas constitucionais e legais em matéria de recursos

66 MILARÉ, Edis. Direito do meio ambiente. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 665.

67 Vide arts. 1º e 3º da Lei Federal nº. 9.984, de 17.07.2000.

hídricos.⁶⁸ Isso, sem prejuízo às articulações que esse ente deve desenvolver com os demais integrantes do SINGREH. A ANA deve respeitar a esfera de competências do Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

A Lei Federal nº. 9.884/2000 procura assegurar a ANA autonomia frente ao Poder Executivo Federal, garantindo-lhe independência financeira para a entidade e mandato estável para seus dirigentes.⁶⁹ Contudo, a ANA deverá exercer suas competências regulatórias de acordo com a PNRH e na medida em que a lei lhe permite.

5.2.3. Os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal.

Os Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos deverão ser instituídos segundo determinações das leis dos respectivos Estados Federados, respeitadas as normas constitucionais e federais relativas à matéria.

Compete aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos⁷⁰: (i) suscitar e encaminhar questões para deliberação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos⁷¹; (ii) deliberar sobre acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos quando estes forem dos respectivos Estados Federados⁷²; (iii) atuar como órgão recursal das decisões dos Comitês de Bacia Hidrográficas Estaduais⁷³; (iv) autorizar a criação de Agências de Águas em bacias de rios de domínio estadual.⁷⁴

O Conselho Estadual de Recursos Hídricos integra a administração direta do Estado, segundo os preceitos regentes da PNRH.

Essas considerações também se aplicam ao Conselho de Recursos Hídricos do Distrito Federal.

68 Vide art. 4º da Lei Federal nº. 9.984/2000.

69 Vide arts. 3º, 9º e 10 da Lei Federal nº. 9.984/2000.

70 MILARÉ, Edis. Direito do meio ambiente. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 666.

71 Vide art. 35, inciso IV, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

72 Vide art. 38, inciso V, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

73 Vide art. 38, parágrafo único, Lei Federal nº. 9.433/1997.

74 Vide art. 44, inciso XI, alínea a, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

5.2.4. Comitês de Bacia Hidrográfica.

Segundo o art. 1º, inciso V, da Lei Federal nº. 9.433/1997, a bacia hidrográfica é a unidade territorial para a implementação da PNRH e atuação do SINGREH. O diploma legal sob apreciação prevê a constituição de Comitês de Bacia Hidrográfica.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica tem como área de atuação ⁽⁷⁵⁾: (i) a totalidade de uma bacia hidrográfica; (ii) sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou, (iii) grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas.

A instituição de Comitê de Bacia Hidrográfica de rio de domínio da União é assunto da alçada do Presidente da República, ouvido o Conselho Nacional de Recursos Hídricos.⁷⁶ Em se tratando de rio de domínio estadual, a competência para a criação do respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica será designada pela legislação do Estado Federado.⁷⁷

Compete aos Comitês de Bacia Hidrográfica ⁽⁷⁸⁾: (i) promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; (ii) arbitrar, em primeira instância administrativa os conflitos relacionados aos recursos hídricos; (iii) aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia; (iv) acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; (v) propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos com pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes; (vi) estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir valores a serem cobrados; (vii) estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo de interesse comum e coletivo.

A composição do Comitê de Bacia Hidrográfica variará conforme o

⁷⁵ Vide art. 37 da Lei Federal nº. 9.433/1997.

⁷⁶ Vide arts. 35, inciso VII, e 37, parágrafo único, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

⁷⁷ MILARÉ, Edis. Direito do meio ambiente. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 667.

⁷⁸ Vide art. 38 da Lei Federal nº. 9.433/1997.

domínio do rio e sua localização.⁷⁹ Em todos os casos, o órgão deverá ser composto por representantes da União, bem como dos Estados Federados e do Distrito Federal e dos Municípios nos quais se situe, ainda que parcialmente, as pertinentes águas.⁸⁰ Também devem contar com a participação dos representantes dos usuários das águas de sua área de atuação e das entidades civis de recursos hídricos que desenvolvem comprovadamente suas atividades na bacia.⁸¹

Caso se trate de rios fronteirícios e transfronteirícios, a representação da União deverá incluir um representante do Ministério das Relações Exteriores.⁸² Abrangendo-se terras indígenas, exige-se a presença de representantes da Fundação Nacional do Índio e das comunidades indígenas residentes ou com interesses na bacia.⁸³

O Comitê de Bacia Hidrográfica atua, portanto, como uma espécie de parlamento para a respectiva unidade territorial de recursos hídricos. Consubstancia-se como o órgão responsável pelas decisões políticas que devem orientar a aplicação dos instrumentos da PNRH.⁸⁴

Em princípio, os Comitês de Bacia Hidrográfica integrarão a administração direta dos entes federativos que os criaram. Contudo, o número de componentes e a forma de indicação devem ser disciplinados pelos regimentos dos colegiados sob exame, com o cuidado de que a representação dos Poderes Executivos envolvidos não ultrapasse a metade do total de membros.⁸⁵

O Presidente e o Secretário do Comitê de Bacia Hidrográfica deverão ser eleitos entre os seus membros, na forma de seu regimento.⁸⁶

79 Vide art. 39 da Lei Federal nº. 9.433/1997.

80 Vide art. 39, incisos I, II, e III, e § 4º, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

81 Vide art. 39, incisos IV e V da Lei Federal nº. 9.433/1997.

82 Vide art. 39, § 2º, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

83 Vide art. 39, § 3º, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

84 MILARÉ, Edis. Direito do meio ambiente. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 667.

85 Vide art. 39, § 1º, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

86 Vide art. 40 da Lei Federal nº. 9.433/1997.

5.2.5. Os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionam com a gestão dos recursos hídricos.

De acordo com o art. 29 da Lei Federal nº. 9.433/1997, compete ao Poder Executivo da União: (i) tomar as providências necessárias à implementação e ao funcionamento do SINGREH; (ii) outorgar os direitos de uso de recursos hídricos, e regulamentar e fiscalizar os usos, na sua esfera de competência; (iii) implantar e gerir o Sistema de Informações de Recursos Hídricos (SIRH); e, (iv) promover a integração da gestão dos recursos hídricos com a gestão ambiental.

Em se tratando dos Poderes Executivos estaduais e do Distrito Federal, o art. 30 da Lei Federal nº. 9.433/1997 estabelece as seguintes competências: (i) outorgar os direitos de uso de recursos hídricos e regulamentar e fiscalizar os seus usos; (ii) realizar o controle técnico das obras de oferta hídrica; (iii) implantar e gerir o SIRH, em âmbito estadual e distrital; e, (iv) promover a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental.

Relevante é a tarefa que se designou para os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos Municípios de integrar as políticas municipais de saneamento básico, uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estaduais de recursos hídricos.⁸⁷

Para o melhor atendimento a essas atribuições legais, tradicionalmente compõem a administração direta dos entes federativos Ministérios ou Secretarias que possuem dentre suas competências a atuação em matéria de recursos hídricos. O art. 45 da Lei Federal nº. 9.433/1997 prevê, inclusive, que a Secretaria Executiva do Conselho Nacional dos Recursos Hídricos será exercida por órgão integrante do Ministério do Meio Ambiente.

5.2.6. As Agências de Água.

A Lei Federal nº. 9.433/1997 determina que “as Agências de Água exercerão a função de secretaria executiva do respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica”, devendo ter a “mesma área de atuação que um ou mais Comitês de Bacia Hidrográfica”.⁸⁸

⁸⁷ Vide art. 31 da Lei Federal nº. 9.433-1997.

⁸⁸ Vide arts. 41 e 42 da Lei Federal nº. 9.433/1997.

A criação da Agência de Água deve ser solicitada pelo Comitê de Bacia Hidrográfica interessado, e autorizado pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (se rio de domínio federal) ou pelo Conselho Estadual de Recursos Hídricos (caso o rio seja de Estado Federado).⁸⁹ Condiciona-se ainda a instituição de Agência de Água à prévia existência do respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica e viabilidade financeira assegurada pela cobrança do uso dos recursos hídricos em sua área de atuação.⁹⁰

Embora a Lei Federal nº. 9.433/1997 identifique as competências das Agências de Águas no SINGREH⁹¹, é importante advertir sobre a possibilidade da ANA delegar-lhes competências regulatórias.⁹² Isso impõe que as mesmas tenham personalidade jurídica própria e regime de direito público compatível que tais atribuições.

E, ainda que não haja essa delegação, as atividades de controle da cobrança e da administração financeira dos recursos arrecadados em função do uso das águas somente poderiam ser desempenhadas por uma autarquia sob regime comum. Assim, as Agências de Águas não podem ser constituídas sob a forma de fundações governamentais, empresas públicas ou sociedades de economia mista – pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta – nem ser reconhecidas em entidades do terceiro setor como as Organizações Sociais ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse público.⁹³

Por conseguinte, a criação das Agências de Águas deverá ser feita mediante lei federal ou estadual, consoante a natureza do Comitê de Bacia Hidrográfica ao qual servirão como secretaria executiva.

89 Vide art. 42, parágrafo único, da Lei Federal nº. 9.433/1997.

90 Vide art. 43 da Lei Federal nº. 9.433/1997.

91 Vide art. 44 da Lei Federal nº. 9.433/1997.

92 Vide art. 4º, § 4º, da Lei Federal nº. 9.984/2000.

93 Pela admissibilidade de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público atuarem como Agências de Águas, MILARÉ, Edís. Direito do meio ambiente. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 670.

5.3. Sobre as organizações civis de recursos hídricos.

Tanto no Conselho Nacional de Recursos Hídricos como nos Comitês de Bacia Hidrográfica, a Lei Federal nº. 9.433/1997 prevê a participação das organizações civis de recursos hídricos, como já visto.⁹⁴

No art. 47 da Lei Federal nº. 9.433/1997, são consideradas organizações civis de recursos hídricos: (i) consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas; (ii) associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos; (iii) organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos; (iv) organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade; (v) outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos.

Para integrar o SINGREH, exige-se no art. 48 da Lei Federal nº. 9.433/1997 que as organizações civis de recursos hídricos devem ser legalmente constituídas.

Nesse ponto, SINGREH abre espaço para a participação efetiva dos usuários dos recursos hídricos e para as entidades do terceiro setor na gestão das águas no Brasil. Esses entes porém não poderão exercer prerrogativas que devem ser exclusivas de autoridades administrativas, como a competência regulatória ou o poder de instituir preços pelo uso das águas.

As restrições reconhecidas à atuação dos particulares no exercício do poder de polícia⁹⁵ são inteiramente aplicáveis à gestão de bens públicos. Afinal, o regime jurídico de direito privado não se mostra adequado para o uso de prerrogativas estatais.

Aparentemente, consoante o art. 48, inciso I, da Lei Federal nº. 9.433/1997, os consórcios públicos formados pelos Municípios com amparo na Lei Federal nº. 11.107/2005 no SINGREH teriam o peso de organizações civis de recursos hídricos. Contudo, ao examinar-se o regime jurídico desses entes, deve-se advertir que as prerrogativas que a lei lhes reconhece jamais poderiam ser reconhecidas em entidades do terceiro setor. Ademais, os consórcios públicos integram a administração

⁹⁴ Vide arts. 34, inciso IV, e 39, inciso V, da Lei Federal nº. 9.433/2000.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação.

indireta dos entes federativos os quais os constituíram, seja sob a forma de associação civil, seja sob a forma de associação pública.

Este é um aspecto a ser esclarecido no marco regulatório dos recursos hídricos em nosso País.

6. Considerações finais.

O sucesso do SINGREH na concretização dos preceitos fundamentais da PNRH depende de um diálogo permanente entre o Poder Público, os usuários dos recursos hídricos e a sociedade civil organizada. Malgrado o acerto da Lei Federal nº. 9.433/1997 em tomar as bacias hidrográficas como unidades territoriais para aplicação do PNRH, assevera-se a necessidade do respeito ao princípio federativo consagrado na Constituição Federal.

Toda e qualquer inovação na organização administrativa dos recursos hídricos deve guardar coerência e compatibilidade com a Constituição Federal, especialmente no que concerne aos limites ao poder normativo da administração pública e ao devido processo legal.

Por fim, é imprescindível que a gestão dos recursos hídricos não perca de vista o imperativo constitucional do desenvolvimento sustentável. Sem sombra de dúvida, uma questão de sobrevivência para a humanidade.

Referências Bibliográficas

Livros:

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BOBBIO, Norberto. Teoria generale del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAUBET, Christian Guy. A água, a lei, a política...e o meio ambiente? Curitiba: Juruá, 2004.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. Temas de direito constitucional (e de teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1993.
- FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Estrutura e motivação do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 3 ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- _____. Teoria geral do direito e do estado. 2 ed. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MILARÉ, Édis. Direito do meio ambiente (doutrina – jurisprudência – glossário). 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de direito constitucional. Atualização Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Gestão legal dos recursos hídricos no Nordeste do Brasil. In XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). Gestão legal dos recursos hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil. Fortaleza: Fundação Kondar Adenauer, 2005.

Artigos:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: nº. 20/1997, p. 21-8.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Análise crítica das definições e classificações jurídicas como instrumento para compreensão do direito. In SUNDFELD, Carlos Ari; e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). Direito global. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 238, p. 345-62, outubro/dezembro-2004.

_____. A função administrativa. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 42, nº. 167, p. 7-14, julho/setembro-2005.

XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Gestão legal dos recursos hídricos no Nordeste do Brasil. In XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). Gestão legal dos recursos hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil. Fortaleza: Fundação Kondar Adenauer, 2005.

EL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO

Eloy Colom Piazuolo

I) INTRODUCCION. II) EL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO: SU CONFIGURACION JURIDICA Y LA ATRIBUCION DE SU TITULARIDAD AL ESTADO. 1.- Configuración del dominio público hidráulico. A) Configuración del dominio público como una propiedad pública fuera del comercio. B) Admisibilidad de la disociación entre Administración propietaria del dominio público y Administración con competencias sobre el mismo. 2.- El dominio público hidráulico pertenece al Estado. III) COMPOSICION DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO. 1.- Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. 2.- Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. 3.- Los lechos de los lagos, lagunas y embalses superficiales en cauces públicos. 4.- Los acuíferos. 5.- Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar. A) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar durante la vigencia del Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio, y la Ley de Aguas de 1985. B) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985, y el TRLA de 2001. C) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar en la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica el TRLA de 2001. IV) LA FASE ATMOSFERICA DEL CICLO HIDROLOGICO

I) INTRODUCCION.

Las aguas continentales se encuentran reguladas en España en el TRLA y se configuran jurídicamente en dicha norma como bienes de dominio público. En concreto, en el artículo 1.3 del TRLA se dice que las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Configuración que se concreta en el artículo 2 del TRLA, modificado por la Ley 62/2003, de 30 diciembre, y la Ley 11/2005, de 22 junio. En este último precepto se dice que integran el dominio público hidráulico del Estado, las aguas continentales superficiales y subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales, continuas y discontinuas, los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, los acuíferos y las aguas procedentes de la desalación de agua de mar. Artículo que se complementa con lo dispuesto en otros preceptos del mismo TRLA y a los que se aludirá en el presente trabajo.

La comprensión de la regulación contenida en el TRLA que se acaba de exponer requiere en primer lugar determinar el alcance del concepto de dominio público del que se parte. Noción que se expondrá en un apartado específico. (II).

Una vez examinado dicho concepto y las consecuencias que se derivan, se procederá a analizar cada uno de los bienes que forman parte del dominio público hidráulico y que se enumeran en el artículo 2 del TRLA (III).

Es preciso advertir que dentro del concepto de dominio público hidráulico definido en el artículo 2 del TRLA no se comprenden todas las fases del ciclo hidrológico. En el mismo se integran exclusivamente las aguas superficiales y las subterráneas renovables. En consecuencia, queda excluida la fase atmosférica del ciclo hidrológico. Exclusión que responde a que se configura como una cosa común sujeta a la intervención de la Administración, tal y como se indicará en un apartado especial (IV)

II) EL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO: SU CONFIGURACION JURIDICA Y LA ATRIBUCION DE SU TITULARIDAD AL ESTADO.

En el artículo 2 del TRLA se enumeran los diversos bienes que se integran dentro del dominio público hidráulico estatal. Entre ellos se mencionan las aguas continentales superficiales y subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales, continuas y discontinuas, los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, los acuíferos y las aguas procedentes de la desalación de agua de mar. Artículo que también es aplicable en las islas Canarias de conformidad con lo previsto en la Disposición adicional novena del TRLA.

Esta integración de los elementos citados dentro del dominio público requiere determinar qué es lo que conlleva dicha calificación en nuestro Derecho. Punto que trataremos en un apartado específico (1). Con posterioridad, se examinarán las razones que ha determinado que los bienes de dominio público hidráulico se atribuyan al Estado (2).

1.- Configuración del dominio público hidráulico.

Como se ha indicado anteriormente, la integración de las aguas en el dominio público exige determinar el sentido y alcance de este concepto. En relación con el mismo debe indicarse que en nuestro Derecho el concepto de dominio público está sometido a un amplio debate doctrinal en la actualidad. Así, se han propuesto básicamente dos grupos de teorías. Para el primero de ellos el dominio público no es una propiedad pública de una Administración, sino una función pública (teoría funcionalista del dominio público), un título causal de intervención o se articula como una relación de soberanía o jurisdicción. Y para el segundo de ellos se configura como una propiedad pública de una Administración destinada a un fin público.

La dualidad de articulaciones propuesta por la doctrina a la que se acaba de hacer referencia no será desarrollada en el presente estudio, dadas las limitaciones de espacio⁹⁶. De ahí que la exposición que se realice a con-

96

Para un examen de las diferentes teorías sobre el dominio público en España puede consultarse

tinuación se limite a examinar la configuración del dominio público en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. A estos efectos debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance del concepto de dominio público hidráulico en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre. Sentencia que se pronunció sobre la Ley de Aguas de 1985. Cabe avanzar que la citada Sentencia configura el dominio público como una propiedad pública fuera del comercio perteneciente a una Administración pública y destinada a un fin público, es decir, de acuerdo con el segundo grupo de teorías sobre el dominio público al que antes se ha hecho referencia. Configuración que no implica que todas las competencias sobre el dominio público pertenezcan a su propietario, sino que parte de las mismas pueden estar atribuidas a otra Administración.

A continuación, primero haré referencia a la articulación del dominio público como una propiedad pública fuera del comercio (A) y después cómo se produce la disociación entre la Administración titular dominical y la Administración competente sobre el dominio público, sin que ello implique una alteración en su configuración (B)

A) Configuración del dominio público como una propiedad pública fuera del comercio.

El dominio público se configura en nuestra jurisprudencia como una propiedad pública fuera del comercio. Dicha articulación puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en uno de los considerandos aceptados de la Sentencia apelada por la Sentencia de la Sala 4ª de 28 de octubre de 1981 (Ar. 4703), se afirma que el dominio público en nuestro ordenamiento jurídico, en el presente momento histórico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía, tal como proclama, no sólo el Código

a ALVAREZ GENDIN, El dominio público. Su naturaleza jurídica, Bosch, Barcelona, 1956; BALLBE PRUNES, voz "Dominio público", Nueva Enciclopedia Jurídica, T. VII, Seix, Barcelona, 1955; PAREJO ALFONSO, "Dominio público: un intento de reconstrucción de su teoría general", RAP, núms. 100-102 (1982), pp. 2379 y ss.; GALLEGU ANABITARTE (Dir.), El Derecho de aguas en España, T.I, MOPU, Madrid, 1986; MORILLO VELARDE, Dominio público, Trivium, Madrid, 1992; SAINZ MORENO, "Comentario al artículo 132", en Comentarios a las leyes políticas (Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL), T. X, EDESA, Madrid, 1998; y GONZALEZ CAMPOS, La titularidad de los bienes de dominio público, Marcial Pons, Madrid, 1998.

civil, en sus artículos 338 a 345, sino también la Ley de Régimen Local, en sus artículos 182 y siguientes y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, en los artículos 3, 4, y en el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 2 octubre 1967 y 25 marzo 1970, doctrina también proclamada por el Consejo de Estado, en sus Dictámenes de 14 febrero 1957 y 10 mayo 1962. O en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1987 (Ar. 1801) se afirma que dominio público quiere decir propiedad de titularidad de un sujeto público dotada de una protección especial reforzada (inalienabilidad e imprescriptibilidad).

Esa configuración como una propiedad pública conduce a que el dominio público se articule inspirándose en la regulación de la propiedad privada. De esta forma, por ejemplo, los Tribunales aplican los artículos 348 y 350 del Código civil –que son artículos que regulan primariamente la propiedad privada- al dominio público para determinar las facultades que corresponde a la Administración titular del demanio. Pueden citarse en este sentido las Sentencias de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1988 (Ar. 9384) y de la Sala 4ª de 20 de diciembre de 1986 (Ar.1173 de 1987).

La configuración del dominio público expuesta también puede apreciarse en la jurisprudencia constitucional. En este sentido, en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, se afirma lo siguiente:

“La incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares.”

En definitiva, lo que viene a decir el TC que los bienes de dominio público son cosas fuera del comercio destinadas a un fin público de las Administraciones públicas. Articulación que es similar a la defendida por

el Tribunal Supremo.

Esta configuración jurisprudencial del dominio público ha tenido su reflejo en la LPAP de 2003. Por ejemplo, en el artículo 5.1 de la LPAP se dice que son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales; o en el artículo 30.1 de la LPAP se dice que los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

B) Admisibilidad de la disociación entre Administración propietaria del dominio público y Administración con competencias sobre el mismo.

De la configuración del dominio público como una propiedad pública fuera del comercio no se deriva que todas las competencias sobre el mismo correspondan a la Administración que resulte titular, dado que una parte de ellas puede atribuirse a otras Administraciones. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el dominio público hidráulico. Los bienes que lo forman son de titularidad estatal, pero sobre ellos las Comunidades Autónomas ejercen las competencias que les han atribuido los Estatutos de Autonomía. En otras palabras, la atribución de la propiedad de un bien de dominio público al Estado no conlleva la exclusividad de competencias sobre ese bien demanial, que en principio podía derivarse de la admisión de esa titularidad.

Esta distinción entre la Administración propietaria del bien de dominio público y la Administración competente ha sido admitida en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, antes mencionada. En concreto, en ella se afirma lo siguiente:

“La titularidad estatal del dominio público hidráulico no predetermina, como se ha dicho, las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en relación con el mismo. Si es cierto, como alega el Letrado del Estado, que del art. 149.1.22.^a de la Constitución no se deriva la titularidad dominical autonómica sobre las aguas que, en virtud de ese precepto, los recurrentes califican de intracomunitarias, pues ello responde a una concepción patrimonialista del dominio público que no

se desprende del texto constitucional ni de los Estatutos de Autonomía, también lo es que no cabe servirse de esa misma concepción para sostener, sin más, que al Estado corresponden una serie de potestades exclusivas sobre las aguas públicas en concepto de dueño de las mismas. Por ello, lo que importa es analizar los preceptos constitucionales y estatutarios que regulan la distribución de competencias en esta materia. Entre ellos merece atención preferente el art. 149.1.22.^a de la Constitución, que reserva en exclusiva al Estado la «legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma».

Es preciso advertir que cuando el Tribunal Constitucional considera que la teoría patrimonialista del dominio público no resulta aceptable, en realidad lo que está rechazando es que la Administración propietaria tenga necesariamente atribuidas todas las competencias sobre el bien demanial. Puede existir una separación entre la Administración propietaria y la Administración competente sobre el dominio público. Separación que, por otra parte, también puede apreciarse en el ámbito del Derecho privado, dado que un menor de edad puede ser propietario, pero las decisiones para administrar sobre dichos bienes corresponder a su representante legal.

Por tanto, el Tribunal Constitucional no rechaza la configuración del dominio público como una propiedad pública de una Administración, sin perjuicio de quién sea la Administración competente. Así, en la citada Sentencia 227/1988 se afirma lo siguiente:

“El régimen demanial comporta la titularidad pública de los bienes sobre los que recae, pero sobre todo supone que tales bienes quedan sujetos a reglas exorbitantes del Derecho privado. Estas reglas pueden clasificarse en dos grupos: las que se refieren a la protección del demanio, de un lado, y las que regulan su utilización o aprovechamiento, incluida la denominada policía de aguas o regulación y vigilancia del buen orden en el uso y aprovechamientos, de otro. Los Estatutos de Galicia y el País Vasco aluden concretamente a este último grupo de materias. En cambio, no atribuyen a las respectivas Comunidades Autónomas las competencias sobre la protección del dominio público hidráulico, concepto este que no es posible encuadrar estrictamente en el de aprovechamiento. Por lo demás, si el Estado ha asumido la titularidad de las aguas continentales públicas, es lógico que haya de corresponderle también la potestad de protección del

demanio hídrico, con el fin de asegurar la integridad de aquella titularidad sobre todos los bienes que lo componen, en aplicación y desarrollo de los principios establecidos en el art. 132.1 de la Constitución”.

Esta separación entre la propiedad estatal de las aguas y las competencias sobre los mismos bienes es justificada por el Tribunal Constitucional en las especiales características de esta clase de bienes de dominio público, ya que se trata de demanio público natural. En particular, en la STC 227/1988 se dice lo siguiente:

“Dentro de esta amplia categoría de los bienes demaniales es preciso distinguir entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias. En los primeros, la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material. En cambio, a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la «riqueza del país», en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución). Por ello, en el supuesto de la afectación en régimen demanial de un bien singular a un servicio público *stricto sensu*, resulta claro que la titularidad del bien es accesoria a la de la competencia para la gestión del servicio, salvo prescripción expresa en contrario, a lo que no se opone el art. 132.2 de la Constitución. En tales casos tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden ejercer las potestades que les confieren la Constitución (art. 128.2) y los Estatutos de Autonomía, cuando ello implique una afectación de bienes al dominio público, y de acuerdo con las leyes que regulen el régimen jurídico de este último (art. 132.1 de la Constitución). Por el contrario, tratándose del «demanio natural», es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a

un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene y que la propia Ley de Aguas impugnada le reconoce. Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, en virtud de la Constitución y de sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencias a las que, por los motivos señalados, no es inherente la potestad de afectación y la titularidad del bien sobre el que recaen.

Esta separación entre Administración propietaria del bien de dominio público y Administración competente sobre el mismo puede apreciarse en otra serie de supuestos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. En este sentido puede mencionarse, por ejemplo, la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, que se pronunció sobre la Ley de Costas. Sentencia en la que también se parte de la diferenciación entre la Administración estatal propietaria de las costas y las restantes Administraciones con competencia sobre las mismas.

En concreto, en la Sentencia 149/1991 se dice lo siguiente:

“La función y el alcance de las figuras tradicionales de intervención quedan decisivamente modulados por su articulación en el seno de un Estado compuesto. En un Estado unitario, en efecto, la titularidad demanial es título suficiente para que la Ley habilite a la Administración una intervención plena en cualquier aspecto relativo al uso y destino del correspondiente bien, regulando mediante concesiones, autorizaciones y reglamentaciones las actividades públicas y privadas que se realizan utilizando porciones del dominio público. Buena muestra ofrece en este sentido la legislación preconstitucional en la materia, desde la venerable Ley de Aguas de 1866, hasta la última Ley de Costas de 1969. Una vez instaurado el Estado de las autonomías, sin embargo, la potencialidad expansiva del dominio público como título de intervención administrativa se ve drásticamente limitada por el orden constitucional de competencias, y así como una Comunidad Autónoma no puede enajenar un bien inmueble de su exclusiva propiedad sin atenerse a las reglas estatales cuya observancia impone el art. 149.1.18 C.E., las leyes estatales no pueden otorgar a la Administración del Estado atribuciones sobre las actividades que se desenvuelven en el demanio natural sin respetar los ámbitos materiales que los Estatutos de Autonomía reservan a sus respectivas Administraciones

(STC 103/1989, fundamento jurídico 4.º).

La propiedad pública de un bien es, en efecto, separable del ejercicio de aquellas competencias públicas que lo tienen como soporte natural o físico: ni las normas que distribuyen competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado sobre bienes del dominio público prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o a aquéllas, ni la titularidad estatal del dominio público constitucionalmente establecida predetermina las competencias que sobre él tienen atribuidas el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 227/1988 fundamentos jurídicos 14.5 y 15.1). En esta Sentencia y para corroborar esta disociación entre la titularidad de un bien de dominio público y las competencias -legislativas o de otro orden- que atañen a su utilización, nos apoyamos precisamente en el dato de que distintas Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la ordenación del litoral, aunque la Constitución considera inequívocamente dominio público estatal a la zona marítimo-terrestre y las playas y mencionamos también la atribución a diversas Comunidades de competencias sobre salvamento marítimo y vertidos en aguas territoriales del Estado, así como sobre medios de transporte que discurren sobre infraestructuras de titularidad estatal [en el mismo sentido, STC 53/1984]”.

En resumen, el dominio público hidráulico se configura en nuestro Derecho como una propiedad pública fuera del comercio perteneciente al Estado. Atribución de la titularidad que no conlleva la asunción por el Estado de todas las competencias sobre dichos bienes, puesto que es necesario estar al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas contenido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

2.- El dominio público hidráulico pertenece al Estado.

En el apartado anterior se ha indicado cómo los bienes de dominio público se configuran como propiedades públicas pertenecientes a una Administración. En el caso del dominio público hidráulico dichos bienes son de titularidad del Estado. Atribución a la Administración estatal que se recoge expresamente en el artículo 1.3 del TRLA. En particular, en dicho artículo se dice que las aguas continentales superficiales, así como

las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Desarrollando esta previsión, en el artículo 2 del TRLA se vuelve a señalar que constituyen el dominio público hidráulico del Estado los bienes que se enumeran en el citado precepto y que se comentarán en el apartado siguiente.

Esta atribución de la titularidad de las aguas al Estado no está expresamente prevista ni en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía, sino que constituye una solución legal contenida en el TRLA, en aplicación del artículo 132.2 de la Constitución. Solución que ha sido declarada constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre. Sentencia que a continuación se procederá a comentar con el fin de comprender las razones que han llevado a atribuir al Estado dicha titularidad.

Antes de entrar a exponer los motivos que han determinado la atribución al Estado del dominio público hidráulico, debe señalarse que en la Sentencia 227/1988 se parte de que no se deduce necesariamente de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía que las aguas sean de titularidad de una Administración concreta. Así, en la mencionada Sentencia se afirma que del artículo 149.1.22.^a de la Constitución no se infiere expresamente que el legislador pueda incluir en el dominio público del Estado únicamente las aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma, y tampoco se establece en ese precepto y en ningún otro de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía que a las Comunidades Autónomas corresponda la potestad de demanializar o, en su caso, de ser titulares de las aguas continentales que discurran íntegramente por su territorio.

De la misma forma, en la Sentencia 227/1988 se parte de que la atribución de la titularidad de un bien de dominio público al Estado o la potestad de demanializar no conlleva la atribución de competencias al Estado sobre esos bienes, dado que es disociable la propiedad de un bien y el ejercicio de competencias sobre el mismo. En este sentido, el Tribunal afirma que tampoco es manifiesto que la potestad de demanializar y la titularidad de los bienes de dominio público constituyan una atribución implícita o inherente a las competencias que las Comunidades Autónomas

han asumido sobre los aprovechamientos hidráulicos, según el indicado criterio territorial; de donde se sigue que son, en principio, separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural.

Partiendo de estas premisas, el Tribunal Constitucional considera que la atribución del dominio público hidráulico al Estado es una decisión adoptada como consecuencia de su configuración como un supuesto de demanio natural y en aplicación del artículo 132.2 de la Constitución.

En particular, en la citada Sentencia se afirma que el artículo 132 de la Constitución reserva a la ley la regulación de su régimen jurídico y dispone que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental» (apartado 2). Ciertamente, sigue diciendo la Sentencia, este artículo 132.2 no es en sí mismo una norma de distribución de competencias, ni traza nítidamente la frontera entre un dominio público estatal y otro autonómico; lo que establece, junto a la asignación directa y expresa de algunas categorías genéricas de bienes al dominio público estatal, es una reserva de ley -obviamente de ley del Estado- para determinar qué otros bienes han de formar parte de ese mismo dominio público adscrito a la titularidad estatal.

No obstante, el problema que se plantea a la hora de interpretar el artículo 132.2 de la Constitución consiste en determinar qué tipo de bienes pueden ser demanializados y atribuidos al Estado. En relación con este punto en la Sentencia citada se afirma que la Constitución ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio «natural» formen parte del dominio público del Estado. Sin embargo, con un criterio flexible, no ha pretendido agotar la lista o enumeración de los géneros de bienes que, asimismo, en virtud de sus caracteres naturales, pueden integrarse en el demanio estatal, pero sí ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración. Así se desprende, por lo demás, del inciso inicial de este artículo 132.2: «Son de dominio público estatal los que determine la ley ...». Tanto el verbo utilizado -«son», en vez de la expresión «pueden ser»-, como la misma reserva absoluta de ley indican a las claras que la Constitución

se está refiriendo no a bienes específicos o singularmente identificados, que pueden ser o no de dominio público en virtud de una afectación singular, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas.

Teniendo en cuenta el sentido que tiene el artículo 132.2 de la Constitución, en la citada Sentencia se considera correcta la atribución de la titularidad de las aguas al Estado acordada por una ley estatal, al tratarse de un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo hidrológico que indudablemente tiene y que la propia Ley de Aguas impugnada le reconoce; todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, en virtud de la Constitución y de sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencias a las que, por los motivos señalados, no es inherente la potestad de afectación y la titularidad del bien sobre el que recaen.

Finalmente, en la Sentencia citada se considera que la forma de afectación general al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el artículo 149.1.1.^a de la Constitución. Por estricto que sea el alcance de este último precepto, es fácil advertir que la igualdad sustancial de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de propiedad quedaría quebrantada si la zona marítimo-terrestre, las playas, las aguas continentales u otros tipos de bienes naturales semejantes pudieran ser o no objeto de apropiación privada en las distintas zonas del territorio del Estado. De ahí que sólo el legislador estatal pueda disponer, como condición básica que garantice la igualdad sustancial, la determinación de las categorías de bienes naturales que quedan excluidas del tráfico privado. Por otra parte, a la luz de los antecedentes históricos, no cabe duda de que la regulación de la clasificación primaria de los bienes en susceptibles o no de dominio privado constituye parte de la legislación

civil, sin perjuicio del carácter público de la legislación que fije el régimen exorbitante de protección y uso de los bienes públicos.

En resumen, de lo expuesto en el presente apartado se deduce que los bienes de dominio público hidráulico se configuran como una propiedad pública de la Administración estatal, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas sobre los mismos. Dominio público hidráulico cuya composición se examinará en el apartado siguiente.

III) COMPOSICION DEL DOMINIO PUBLICO HIDRUALICO.

En el artículo 2 del TRLA, modificado por la Ley 62/2003, de 30 diciembre, y la Ley 11/2005, de 22 junio, se dice que constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

- a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.
- b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.
- c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
- d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
- e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

Elementos integrantes del dominio público hidráulico que serán objeto de examen a continuación en apartados separados. Así, en primer lugar, se hará referencia a las aguas continentales (1), después a los cauces y los lechos de los lagos, lagunas y embalses (2 y 3), a continuación a los acuíferos (4) y, finalmente, a las aguas procedentes de la desalación de agua de mar (5).

Antes de comenzar el examen de los diferentes supuestos debe advertirse que en el artículo 2 del TRLA no se mencionan expresamente las aguas minerales y termales. Ello obedece a que en la mayor parte de las ocasiones pueden considerarse integradas en los diversos casos que se mencionan en el citado artículo. De ahí que resulte innecesaria una referencia expresa. Sin embargo, se alude a las mismas en el artículo 1.5 del

TRLA. Mención que responde a las peculiaridades de esta clase de aguas y a que, por tanto, es necesario aplicar la legislación sectorial específica con carácter prioritario.

En concreto, en el artículo 1.5 del TRLA se dice que las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.2 del TRLA, es decir, de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición. Legislación específica que está constituida por los artículos 23 y ss. de la Ley de Minas de 1973 y normativa autonómica aprobada en virtud de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

1.- Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación

En el artículo 2 del TRLA se consideran de dominio público las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.

Con respecto a lo que se entiende por aguas continentales, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 227/1988, ha afirmado que no es aceptable utilizar un concepto estricto y unívoco de «aguas continentales» con la pretensión de que la Ley de Aguas sólo puede aplicarse en el territorio continental y no en los archipiélagos. Ni la Constitución ni los Estatutos, sigue diciendo la citada Sentencia, emplean ese concepto, mientras que no hay duda de que la Ley de Aguas [artículo 1.2 y 2 a)] lo utiliza como equivalente al de «aguas terrestres», por contraposición a las «aguas marítimas», y no como equivalente al de aguas «peninsulares», por oposición a las aguas «insulares», términos estos últimos que carecen de toda significación en nuestra tradición jurídica, positiva y doctrinal.

Dicha interpretación se corresponde con la regulación contenida en la Disposición adicional novena del TRLA, en la que se prevé la aplicación de la citada norma a las islas Canarias y, en especial, los artículos que definen el dominio público estatal. También se corresponde con la definición de aguas continentales contenida en el artículo 40 bis del TRLA, introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. En dicho precepto se dice que a los efectos de la planificación hidrológica y de la protección

de las aguas objeto de esta Ley se entenderá por aguas continentales todas las aguas en la superficie del suelo y todas las aguas subterráneas situadas hacia tierra desde la línea que sirve de base para medir la anchura de las aguas territoriales

De lo que se entiende por aguas continentales declaradas de dominio público se debe excluir una serie de supuestos que se enumeran en el propio TRLA. Por ejemplo, en el artículo 10 del TRLA se dice que las charcas situadas en predios de propiedad privada se considerarán como parte integrante de los mismos siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios y sin perjuicio de la aplicación de la legislación ambiental correspondiente.

O en el artículo 54.1 del TRLA se alude al aprovechamiento de las aguas pluviales que discurran por las fincas de propiedad particular y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho. Artículo que según el fundamento jurídico 23 e) de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, se refiere a la utilización de aguas que no son de dominio público, según la propia ley, lo que supone una delimitación general ex lege, de las facultades del propietario de las fincas por las que discurran aguas pluviales o en las que se encuentren aguas estancadas; se trata por ello de la regulación de un aspecto específico del régimen de la propiedad fundiaria, cuya determinación corresponde al Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución.

Por otra parte, tampoco se integran dentro del dominio público una serie de supuestos específicos que antes de la Ley de Aguas eran propiedad privada y que dicha norma respeta. Así, en la Disposición adicional primera del TRLA se dice que los lagos, lagunas y charcas sobre las que existan inscripciones expresas en el Registro de la propiedad conservarán el carácter dominical que ostentaran en el momento de entrar en vigor la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

De la misma forma en las Disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta del TRLA se regulan los derechos sobre aguas calificadas como privadas por la Ley de 1879 y su conversión al nuevo sistema introducido por la legislación de aguas.

En concreto, en la Disposición transitoria segunda del TRLA se dice que

a los titulares de algún derecho conforme a la Ley de Aguas de 1879, sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte y hubieran obtenido su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, les será respetado dicho régimen por un plazo máximo de cincuenta años, a contar desde el 1 de enero de 1986; quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud de título legítimo, tendrán derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Si los interesados no hubiesen acreditado sus derechos con arreglo a la Disposición transitoria segunda que se comenta, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley.

En la Disposición transitoria tercera del TRLA a la que antes se ha hecho referencia se dice que los aprovechamientos temporales de aguas privadas procedentes de pozos o galerías, inscritos en el Registro de Aguas al amparo de la Disposición transitoria tercera 1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, serán respetados por la Administración, durante un plazo de cincuenta años a contar desde el 1 de enero de 1986, en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales, y derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la citada Ley. Si los interesados no hubiesen acreditado sus derechos, de conformidad con la Disposición transitoria tercera que se comenta, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente Ley.

Y, finalmente, en la Disposición transitoria cuarta del TRLA se dice que los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de

Aguas de 1879 se podrán inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos y a los efectos previstos en las citadas Disposiciones transitorias segunda y tercera del TRLA. Todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se declararán por sus titulares legítimos ante el Organismo de cuenca, en los plazos que se determinen reglamentariamente; y el Organismo de cuenca, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamiento de aguas privadas de la cuenca. En todo caso, los titulares de aprovechamientos de aguas continentales de cualquier clase, que no los hubieren inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo de cuenca, podrán ser objeto de multas coercitivas en la forma y cuantía que resulten de la aplicación de los criterios determinados en el TRLA.

De lo expuesto en el presente apartado se deduce que todas las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, se configuran como bienes de dominio público hidráulico, sin perjuicio de la existencia de algunos supuestos específicos que han sido comentados.

2.- Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del TRLA forman parte del dominio público hidráulico los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. Por tales debe entenderse el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias (artículo 4 del TRLA). A estos efectos, se considerará como caudal de la máxima crecida ordinaria la media de los máximos caudales anuales, en su régimen natural, producidos durante 10 años consecutivos, que sean representativos del comportamiento hidráulico de la corriente (artículo 4.2 del RDPH).

La existencia de una definición legal va a conllevar que no se consideren cauces de dominio público o parte de ellos los terrenos en los que falte alguna de las notas expuestas. En este sentido, por ejemplo, en el artículo 11 del TRLA se dice que los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas no ordinarias de los ríos o arroyos conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieren. Se consideran zonas inundables las delimitadas por los niveles teóricos que alcanzarían las aguas en las avenidas cuyo período estadístico de retorno sea de 500

años, a menos que el Ministerio de Medio Ambiente, a propuesta del Organismo de cuenca fije, en expediente concreto, la delimitación que en cada caso resulte más adecuada al comportamiento de la corriente (artículo 14 del RDPH)

Aunque estas zonas inundables no son de dominio público, están sometidas a limitaciones. Así, en el artículo 11 del TRLA se prevé que los Organismos de cuenca den traslado a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de los datos y estudios disponibles sobre avenidas, al objeto de que se tengan en cuenta en la planificación del suelo y, en particular, en las autorizaciones de usos que se acuerden en las zonas inundables; y el Gobierno, por Real Decreto, podrá establecer las limitaciones en el uso de las zonas inundables que estime necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, además, normas complementarias de dicha regulación.

Tampoco se consideran integrados dentro de la definición de cauce de dominio público antes expuesta los cauces por los que discurran ocasionalmente aguas pluviales de dominio particular. Exclusión que aparece reconocida en el artículo 5 del TRLA. En concreto, en este último precepto se dice que son de dominio privado los cauces por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular. Y sigue diciendo el precepto que el dominio privado de estos cauces no autoriza para hacer en ellos labores ni construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las aguas o alterar su calidad en perjuicio del interés público o de tercero, o cuya destrucción por la fuerza de las avenidas pueda ocasionar daños a personas o cosas.

De la misma forma tampoco quedan comprendidos aquellas instalaciones que no sean cauces propiamente, sino acequias o acueductos. Así, en el artículo 49 del TRLA se dice que en toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas o, en caso de evacuación, de los que procedieran.

Además, quedan excluidas también del concepto de cauce de dominio público las márgenes de los mismos. Concepto de margen que es necesario diferenciar de la noción de ribera. En este sentido, para el artículo 6 del TRLA las riberas son las fajas laterales de los cauces públicos situadas por

encima del nivel de aguas bajas; y las márgenes los terrenos que lindan con los cauces. Es decir, las riberas forman parte de los cauces de dominio público, mientras que las márgenes no.

Las márgenes pueden ser de propiedad particular y se encuentran sometidas a las servidumbres previstas en la legislación de aguas. En concreto, según el artículo 6 del TRLA, las márgenes están sujetas, en toda su extensión longitudinal a una zona de servidumbre de 5 metros de anchura, para uso público que se regulará reglamentariamente; y a una zona de policía de 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen. La anchura de ambas zonas podrá modificarse en la forma que reglamentariamente se determine en las zonas próximas a la desembocadura en el mar, en el entorno inmediato de los embalses o cuando las condiciones topográficas o hidrográficas de los cauces y márgenes lo hagan necesario para la seguridad de personas y bienes. Las finalidades para las que se establecen dichas servidumbres y las condiciones para su ejercicio aparecen descritas en los artículos 7 y ss. del RDPH.

Por último, es preciso señalar que en el artículo 7 del TRLA se establece que podrán realizarse en caso de urgente necesidad trabajos de protección de carácter provisional en las márgenes de los cauces; y serán responsables de los eventuales daños que pudieran derivarse de dichas obras los propietarios que las hayan construido.

Al margen del concepto legal de cauce y los supuestos excluidos del mismo, debe indicarse que los cauces que forman parte del dominio público pueden sufrir modificaciones. Modificaciones que pueden ser artificiales o naturales. En cuanto a las primeras, en el artículo 8 del TRLA se establece que para aquellas que se originen por las obras legalmente autorizadas, se estará a lo previsto en la concesión o autorización correspondiente.

Y por lo que respecta a las modificaciones naturales, en el citado artículo 8 del TRLA se indica que las situaciones jurídicas derivadas de las modificaciones naturales de los cauces se regirán por lo dispuesto en la legislación civil. Remisión que conlleva la aplicación de los artículos 366 y ss. del Código civil de 1889, que regulan la accesión fluvial y, en particular, las modalidades de aluvión, avulsión o fuerza de río, mutación de cauce y formación de isla.

En concreto, en el artículo 366 del Código civil se establece que perte-

neces a los dueños de las heredades confinantes con las riberas de los ríos el acrecentamiento que aquéllas reciben paulatinamente por efecto de la corriente de las aguas. No obstante, en el artículo 367 se dice que los dueños de las heredades confinantes con estanques o lagunas no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, ni pierden el que éstas inundan en las crecidas extraordinarias.

En cuanto al segundo supuesto, la avulsión o fuerza de río, en el artículo 368 del Código se establece que cuando la corriente de un río, arroyo o torrente segrega de una heredad de su ribera una porción conocida de terreno y lo transporta a otra heredad, el dueño de la finca a que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de ésta. Y en el artículo 369 se dice que los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas pertenecen al propietario del terreno a donde vayan a parar, si no los reclaman dentro de un mes los antiguos dueños; si éstos los reclaman, deberán abonar los gastos ocasionados en recogerlos o ponerlos en lugar seguro.

En relación con el tercer caso, las mutaciones de cauce, en el artículo 370 del Código se establece que los cauces de los ríos, que quedan abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno; si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras. Sin embargo, en el artículo 372 del Código se establece que cuando en un río navegable y flutable, variando naturalmente de dirección, se abre un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público; el dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas vuelvan a dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto.

Y, con respecto a las islas de los ríos navegables, en el artículo 371 del Código se dice que las islas que se forman en los ríos navegables y flotables, pertenecen al Estado. Pero en el artículo 374 del Código se dice que cuando se divide en brazos la corriente del río, dejando aislada una heredad o parte de ella, el dueño de la misma conserva su propiedad. Igualmente la conserva si queda separada de la heredad por la corriente una porción de terreno. Y en el artículo 373 del Código se afirma que las islas que por sucesiva acumulación de arrastres superiores se van formando en los ríos pertenecen a los dueños de las márgenes u orillas más cercanas

a cada una, o a los de ambas márgenes si la isla se hallase en medio del río, dividiéndose entonces longitudinalmente por mitad. Si una sola isla así formada distase de una margen más que de otra, será por completo dueño de ella el de la margen más cercana.

Para acabar con el examen de los cauces de dominio público debe señalarse que los mismos pueden ser objeto de apeo y deslinde. Técnica protectora del demanio que se regula en el artículo 95 del TRLA. Así, en el citado artículo se dice que el apeo y deslinde de los cauces de dominio público corresponde a la Administración del Estado, que los efectuará por los Organismos de cuenca, según el procedimiento que reglamentariamente se determine. El deslinde aprobado declarará la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento; y la resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Por otra parte, dicha resolución será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso, los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial.

3.- Los lechos de los lagos, lagunas y embalses superficiales en cauces públicos.

Según el artículo 2 del TRLA forman parte del dominio público hidráulico los lechos de los lagos, lagunas y embalses superficiales en cauces públicos. Se entiende por lecho o fondo de los lagos y lagunas el terreno que ocupan sus aguas en las épocas en que alcanzan su mayor nivel ordinario; y por lecho o fondo de un embalse superficial el terreno cubierto por las aguas cuando éstas alcanzan su mayor nivel a consecuencia de las máximas crecidas ordinarias de los ríos que lo alimentan (artículo 9 del TRLA).

No forman parte de los lechos de los lagos, lagunas y embalses de dominio público las márgenes de los mismos, si bien están sujetas a servidumbres administrativas. En este sentido, en el artículo 96.2 del TRLA se establece

que las citadas márgenes quedarán sujetas a las zonas de servidumbre y policía fijadas para las corrientes de agua.

Tampoco forman parte del dominio público las zonas inundables. Así, en el artículo 11 del TRLA se dice que los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas no ordinarias de los lagos, lagunas y embalses conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieren. Se consideran zonas inundables las delimitadas por los niveles teóricos que alcanzarían las aguas en las avenidas cuyo período estadístico de retorno sea de 500 años, a menos que el Ministerio de Medio Ambiente, a propuesta del Organismo de cuenca fije, en expediente concreto, la delimitación que en cada caso resulte más adecuada al comportamiento de la corriente (artículo 14 del RDPH).

Por lo que respecta a estas zonas inundables, en el artículo 11 del TRLA se dice que los Organismos de cuenca darán traslado a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de los datos y estudios disponibles sobre avenidas, al objeto de que se tengan en cuenta en la planificación del suelo y, en particular, en las autorizaciones de usos que se acuerden en las zonas inundables. El Gobierno, por Real Decreto, podrá establecer las limitaciones en el uso de las zonas inundables que estime necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes; y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, además, normas complementarias de dicha regulación.

4.- Los acuíferos.

En el artículo 2 d) del TRLA, en la nueva redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, se establece que constituyen el dominio público hidráulico los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. Se entiende por acuífero una o más capas subterráneas de roca o de otros estratos geológicos que tienen la suficiente porosidad y permeabilidad para permitir ya sea un flujo significativo de aguas subterráneas o la extracción de cantidades significativas de aguas subterráneas (artículo 40 bis TRLA). O como se indica en el artículo 15 del RDPH terrenos acuíferos o acuíferos subterráneos son aquellas formaciones geológicas que contienen agua, o la han contenido y por las cuales el agua puede fluir (artículo 15 del RDPH).

La limitación de la calificación como dominio público de los acuíferos a los fines indicados responde a que una interpretación expansiva de lo que se entiende por tales podría afectar a las facultades de los propietarios privados de la superficie y plantearse en qué medida se les debería indemnizar. Por ello, en el artículo 12 del TRLA se especifica claramente el alcance de la declaración como dominio público. En concreto, en este último precepto se dice que el dominio público de los acuíferos o formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas, se entiende sin perjuicio de que el propietario del fundo pueda realizar cualquier obra que no tenga por finalidad la extracción o aprovechamiento del agua, ni perturbe su régimen ni deteriore su calidad, con la salvedad prevista en el apartado 2 del artículo 54 de la Ley de Aguas. En este último precepto se dice que en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos; en los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este artículo sin la correspondiente autorización.

Finalmente, es preciso indicar que la redacción originaria del artículo 2 d) del TRLA limitaba la calificación como dominio público a los acuíferos subterráneos. Sin embargo, dicha calificación fue ampliada, suprimiéndose la referencia al carácter subterráneo en la modificación introducida en dicho artículo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

5.- Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

En el artículo 2 e) del TRLA, en la nueva redacción dada por la Ley 11/2005, de 22 de junio, se incluyen dentro del dominio público las aguas procedentes de la desalación de agua de mar. Dicha regulación constituye una de las soluciones que se han ido adoptando los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que sea preciso examinar los precedentes normativos de la modificación introducida por la Ley 11/2005 para comprender el alcance de la regulación actual.

En concreto, primero se examinará la naturaleza jurídica de las aguas desaladas durante la vigencia del Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio,

regulador de las instalaciones de desalación de agua marina o salobre, y la Ley de Aguas de 1985 (A); después su calificación tras la reforma de la Ley de Aguas de 1985 realizada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, modificación que se incorporó posteriormente al TRLA de 2001 (B); y, finalmente, la consideración de las aguas en la reforma del TRLA realizada por la Ley 11/2005, de 22 de junio (C). Debe avanzarse que con la Ley 11/2005 se vuelve a una calificación de las aguas desaladas similar a la prevista en el Real Decreto 1327/1995, como se podrá apreciar a continuación.

A) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar durante la vigencia del Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio, y la Ley de Aguas de 1985.

Como consecuencia de la situación de escasez de recursos hídricos, se aprobó a mediados de la década de los años noventa del siglo XX, el Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio, regulador de las instalaciones de desalación de agua marina o salobre. Precisamente, en el artículo 2 del citado Real Decreto se aludía a la calificación de dichas aguas desaladas:

“Quedan sujetas a las normas de esta disposición todas las instalaciones públicas o privadas cuya finalidad sea la desalación de agua marina o salobre, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice al efecto; quedan igualmente sujetos los recursos de agua así obtenidos, que se integran -en el caso de la desalación de agua marina- en el ciclo hidrológico conjuntamente con las aguas continentales y las subterráneas renovables, formando parte del dominio público hidráulico a efectos de la aplicación de la Ley de Aguas.”

Es decir, el Real Decreto 1327/1995 partía de que las aguas desaladas constituían una parte del dominio público hidráulico, una vez que hubieran sido transformadas.

Esta integración de las aguas desaladas dentro del dominio público hidráulico no supuso una novedad en relación con lo dispuesto en la Ley de Aguas de 1985 entonces vigente. Así, lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3ª, Sección 3ª, de 19 de mayo de 1998 (Ar. 4172) que se pronunció sobre la legalidad del citado Real Decreto 1327/1995. También se pronunció sobre el carácter demanial de tales aguas el Dicta-

men del Consejo de Estado núm. 1518/1995, de 6 de julio de 1995, que se pronunció sobre el proyecto de Real Decreto mencionado.

No obstante, este supuesto planteaba un problema técnico, que en última instancia es lo que ha originado las sucesivas reformas de años posteriores. Las aguas del mar que eran objeto de aprovechamiento y desalación se regían por la Ley de Costas de 1988. Una vez transformadas las mismas y desaladas, el Real Decreto 1327/1995 las consideraba integradas en el dominio público hidráulico y, por tanto, se les aplicaba la Ley de Aguas. En definitiva, existía una transformación de las aguas que conllevaba que las aguas pasasen de regirse por la Ley de Costas a aplicarse la Ley de Aguas.

El problema técnico radicaba en determinar el momento concreto en que comenzaba a aplicarse la legislación de aguas y su régimen de aprovechamientos. En este punto el Real Decreto 1327/1995 partía de que no se podía separar el régimen de utilización de las aguas marinas para desalación, que en principio debía regirse por la normativa de costas, del régimen de aprovechamiento de las aguas ya desaladas, que se regulaba por la legislación de aguas. De ahí que en el artículo 4 del citado Real Decreto 1327/1995 se regulara la autorización de la actividad de desalación de agua de mar o salobre a particulares, Corporaciones locales o comunidades de regantes que fueran destinatarios del agua; y en el artículo 3, el procedimiento para la concesión de una desalinizadora de agua marina o salobre, es decir, para aquellos supuestos en los que la empresa que desalinizaba no fuera el destinatario último del consumo. Esto implicaba que el Real Decreto comentado regulaba de forma conjunta tanto el aprovechamiento de agua de mar para la desalación como la utilización de las aguas ya desaladas.

Esta aplicación de la normativa de aguas a situaciones previas en las que propiamente no existían aguas continentales terrestres fue considerada correcta por la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3ª, Sección 3ª, de 19 de mayo de 1998 (Ar. 4172). Sentencia esta última en la que se examinó la legalidad de la regulación contenida en el mencionado artículo 3 del Real Decreto 1327/1995. En concreto, en la citada Sentencia se decía lo siguiente:

“La actividad en cuestión se caracteriza singularmente por su objeto, consistente en el tratamiento y transformación de un bien de dominio

público -el agua marina o salobre- que -y esto tampoco es dudoso-, modificado, desalado, sigue formando parte, o pasa a integrarse -en el caso de la desalación de agua marina- en el ciclo hidrológico. Esa característica singular determina que no sólo la utilización privativa de la materia prima, en cuanto bien demanial, quede sujeta a un régimen de concesión (artículos 50 y 57 de la Ley de Aguas), sino también, y salvo excepción la actividad en sí misma, pues por derivación, la titularidad pública del bien conlleva un mismo predicamento de la actividad dirigida precisamente a su tratamiento y transformación. La planificación hidrológica a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico (artículo 1.3 de la Ley de Aguas), y la consideración de éste como un recurso unitario, subordinado al interés general (artículo 1.2 de la misma Ley), que debe estar disponible no sólo en la cantidad necesaria sino también con la calidad precisa, en función de las directrices de la planificación económica, de acuerdo con las previsiones de la ordenación territorial y en la forma que la propia dinámica social demanda (Preámbulo de la repetida Ley de Aguas), justifica sobradamente y da cobertura legal a una reglamentación como la que se contiene en el ya citado artículo 3 del Real Decreto impugnado”.

Pero esa aplicación del Real Decreto 1327/1995 a la utilización de las aguas marinas para su desalación se realizó sin coordinar su regulación con las previsiones contenidas en la Ley de Costas. De esta forma, en el artículo 3 del citado Real Decreto 1327/1995 se limitó a decir que lo establecido en este Real Decreto se entendía sin perjuicio de que la desalación de aguas marinas requiriera, en cuanto a la ocupación y utilización del dominio público marítimo-terrestre, el correspondiente título habilitante, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Costas; o en el artículo 4 se dijera que lo dispuesto en este artículo se entendía sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones que fueran precisas de acuerdo con la Ley de Costas. Esto suponía que eran exigibles tanto los trámites previstos en el Real Decreto 1327/1995 como los contemplados en la Ley de Costas, sin ningún tipo de coordinación.

En resumen, el Real Decreto 1327/1995 parte de que las aguas desaladas forman parte del dominio público hidráulico y que la normativa de aguas no regula exclusivamente el aprovechamiento de las aguas desaladas, sino que también se aplica a situaciones anteriores a la exis-

tencia de agua desalada. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa sobre costas.

B) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985, y el TRLA de 2001.

La situación descrita en el apartado anterior se modificó parcialmente, al aprobarse la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985. Regulación que se incorporó posteriormente al TRLA de 2001. Así, la Ley 46/1999 introdujo una nueva letra e) en el artículo 2. En ella se decía que formaban parte del dominio público hidráulico estatal

“e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores”.

En los apartados anteriores del artículo 2 se decía que formaban parte del dominio público hidráulico, las aguas continentales, los cauces, los lechos de lagos y lagunas y de los embalses superficiales en cauces públicos y los acuíferos subterráneos. Elementos que han sido objeto de examen en apartados anteriores.

Es preciso destacar que únicamente se integraban dentro del dominio público hidráulico las aguas que se “incorporaran” a alguno de los elementos mencionados en el artículo 2 de la Ley de Aguas. Idea de incorporación que constituía una manifestación más de la teoría patrimonialista del dominio público que inspiraba la legislación de aguas y que conllevaba la configuración del demanio como una propiedad pública, tal y como se indicó en un apartado anterior. E idea de incorporación que también estaba presente en la regulación de la propiedad privada en el Código civil. Así, en el artículo 353 del Código civil se decía que formaba parte de la propiedad todo aquello que se les unía o “incorporaba”, natural o artificialmente.

Del requisito de la incorporación se deducía que todas aquellas aguas desaladas que no se hubieran incorporado a alguno de los elementos mencionados en el artículo 2 de la Ley de Aguas no se calificaban como bienes de dominio público hidráulico y, por tanto, no les eran aplicables las previsiones de aprovechamientos de la Ley de Aguas. A esos efectos

debe tenerse en cuenta que en el artículo 1 de la Ley de Aguas se decía que era objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico y en el presente caso no se estaba en presencia de bienes de dominio público.

No obstante, en el artículo 12 bis de la Ley de Aguas, introducido también por la Ley 46/1999, se previó una cierta intervención finalista de la Administración en estas aguas que no eran de dominio público hidráulico. En particular, en el citado precepto se decía que cualquier persona física o jurídica podía realizar la actividad de desalación de agua de mar, previas las correspondientes autorizaciones administrativas respecto a los vertidos que procedieran, a las condiciones de incorporación al dominio público hidráulico y a los requisitos de calidad según los usos a los que se destinase el agua.

La falta de consideración de las aguas no incorporadas como dominio público hidráulico llevó a que fueran de plena aplicación las normas de la legislación de costas. En este sentido, en el artículo 12 bis de la Ley de Aguas, introducido por la Ley 46/1999, se decía que lo dispuesto en este artículo se entendía sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que fueran precisas de acuerdo con la Ley de Costas, y las demás que procedieran conforme a la legislación sectorial aplicable si a la actividad de desalación se asociaban otras actividades industriales reguladas, así como las derivadas de los actos de intervención y uso del suelo; aquellas autorizaciones y concesiones que debieran otorgarse por dos o más órganos u organismos públicos de la Administración General del Estado se tramitarían en un sólo expediente, en la forma que reglamentariamente se determinase.

En definitiva, lo que hizo la Ley 46/1999 fue modificar los ámbitos de aplicación de las leyes de aguas y de costas previstos en el Real Decreto 1327/1995, permitiendo que las aguas desaladas susceptibles de aprovechamientos que no hubieran sido incorporadas a alguno de los elementos mencionados en el artículo 2 de la Ley de Aguas pudieran existir al margen de las previsiones de la normativa de aguas, si bien con sujeción a las normas de costas y legislación específica.

Esta intencionalidad fue expresamente destacada por el Secretario de Estado de Aguas y Costas, en las comparecencias de personalidades en el Congreso de Diputados, al objeto de informar el proyecto de Ley de modificación de la Ley de Aguas (DSCD, VI. Legislatura, Comisiones,

Medio Ambiente, núm. 723, s. 28 de junio de 1999, pág. 20647), como puede apreciarse a continuación:

“Lo que hace la Ley –y veo por algunos comentarios que me llegan que no se ha entendido bien- no es separar aguas públicas de privadas, sino separar la aplicación del régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre del régimen jurídico del dominio público hidráulico, pero siempre en el ámbito del dominio público (...) Ahora aplicamos hasta un punto del proceso la protección prevista en la Ley de Costas para el régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre y a partir de otro momento la protección de la Ley de Aguas para el régimen jurídico del dominio público hidráulico”.

En resumen, después de la Ley 46/1999 las aguas desaladas sólo formaban parte del dominio público hidráulico en el supuesto de que se hubieran incorporado a alguno de los elementos previstos en el artículo 2 de la Ley de Aguas. En el caso de que no se hubieran incorporado era aplicable la legislación de costas y específica, al respecto.

C) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar en la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica el TRLA de 2001.

La regulación de las aguas desaladas introducida por la Ley 46/1999 e incorporada al TRLA de 2001 ha sido de nuevo modificada por la Ley 11/2005, de 22 de junio. Con dicha modificación se han vuelto a configurar las aguas desaladas de forma similar a como se realizaba en el Real Decreto 1327/1995.

En concreto, en el artículo 2 e) del TRLA, en la redacción dada por la Ley 11/2005, se dice que constituyen el dominio público hidráulico del Estado las aguas procedentes de la desalación de agua de mar. Regulación que es semejante a la contenida en el artículo 2 del Real Decreto 1327/1995 y que se comentó en un apartado anterior. En consecuencia, ya no es necesario que estén incorporadas a algunos de los elementos mencionados en el artículo 2 del TRLA para que se consideren integrantes del dominio público hidráulico.

Al ser las aguas desaladas parte del dominio público hidráulico, también se les aplica la legislación de aguas. A estos efectos no olvidemos que en el

artículo 1.1 del TRLA se dice que es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico. Aplicación del TRLA que es coherente con la regulación contenida en su artículo 13.1. En este artículo 13.1 del TRLA, en la redacción dada por la Ley 11/2005, se dice que la actividad de desalación de agua marina o salobre queda sometida al régimen general establecido en esta Ley para el uso privativo del dominio público hidráulico.

No obstante, con la nueva regulación de las aguas desaladas introducida por la Ley 11/2005 se sigue planteando el mismo problema que se ha señalado en apartados anteriores: la necesidad de coordinar la legislación de costas y aguas. Así, las aguas del mar que son objeto de aprovechamiento y desalación se rigen por la Ley de Costas de 1988. Una vez transformadas las mismas y desaladas, la Ley 11/2005 las considera integradas en el dominio público hidráulico y, por tanto, les resulta aplicable la Ley de Aguas. En definitiva, existe una transformación de las aguas que conlleva que pasen de regirse por la Ley de Costas a aplicarse la Ley de Aguas.

El problema técnico radica en determinar el momento concreto en que comienza a aplicarse la legislación de aguas y su régimen de aprovechamientos. En este sentido, la Ley 11/2005, al igual que hizo el Real Decreto 1327/1995, parte de que no se puede separar el régimen de utilización de las aguas marinas para desalación, que en principio debería regirse por la normativa de costas, del régimen de aprovechamiento de las aguas ya desaladas, que se regula por la legislación de aguas. Por eso, el artículo 13 del TRLA, en la redacción dada por la Ley 11/2005, somete la actividad de desalación de agua marina al régimen general establecido en esta Ley para el uso privativo del dominio público hidráulico. Sometimiento que conlleva que la autoridad competente en materia de dominio público hidráulico otorga una concesión administrativa para desalar agua de mar y para destinarla, una vez desalada, a los fines que se indiquen en el título concesional. Fines que pueden implicar el autoconsumo de quien desala o su cesión a terceras personas, una vez desaladas. En este último supuesto, en el artículo 13 del TRLA se establece que cuando el uso no vaya a ser directo y exclusivo del concesionario, la Administración concedente aprobará los valores máximos y mínimos de las tarifas, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras

Pero esa aplicación prioritaria de la legislación de aguas no es total, puesto que en el propio artículo 13 del TRLA, en la redacción dada por la Ley

11/2005, se dice que el sometimiento al régimen general establecido en esta Ley para el uso privativo del dominio público hidráulico se realiza sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que sean precisas de acuerdo con la Ley de Costas, y las demás que procedan conforme a la legislación sectorial aplicable. Es decir, es necesario obtener, además, los títulos habilitantes previstos en la legislación de costas.

Ante la necesidad de obtener las autorizaciones y concesiones previstas en las leyes de costas y aguas, en el propio artículo 13 del TRLA, en la redacción dada por la Ley 11/2005, se dice que en la forma que reglamentariamente se determine, se tramitarán en un solo expediente las autorizaciones y concesiones que deban otorgarse por dos o más órganos u organismos públicos de la Administración General del Estado, en el ámbito de las cuencas hidrográficas a las que se refiere el artículo 21 de esta Ley.

En definitiva, con la nueva regulación se persigue implantar una configuración de las aguas desaladas como dominio público hidráulico similar a la prevista en el Real Decreto 1327/1995. Tal intención puede apreciarse en la motivación de la enmienda núm. 95 presentada por el grupo parlamentario socialista del Congreso al proyecto de Ley y que dio lugar a la actual redacción de los artículos 2 e) y 13 del TRLA de 2001 (BOCG.CD, VIII Legislatura, Serie A, núm. 3-19, 17 de marzo 2005). En concreto, en ella se dice lo siguiente:

“Actualmente, según el artículo 2.e) de la Ley de Aguas estas aguas tienen la condición de bienes del dominio público hidráulico solamente cuando, ya fuera de la planta de producción, se incorporan a cualquiera de los restantes elementos que constituyen el dominio público hidráulico.

Esta restrictiva definición, incorporada mediante la reforma aprobada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, contrasta con el camino iniciado por el Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio, sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre. Esta última norma determinó que los recursos obtenidos de la desalación de agua marina se integraran en el ciclo hidrológico conjuntamente con las aguas continentales superficiales y las aguas subterráneas renovables, formando parte del dominio público hidráulico a todos los efectos de la aplicación de la Ley de Aguas.

Debe destacarse que esta opción inicial a favor del carácter público de las aguas obtenidas por desalación de agua de mar, sin excepciones, en su

momento mereció juicio favorable del Consejo de Estado, atendiendo a la consideración legal de las aguas como un recurso unitario, subordinado al interés general.

Se trata por tanto de recuperar esta concepción original (derivada de la Ley de Aguas de 1985) de todas las aguas como bienes demaniales, excluidos del tráfico jurídico privado, inapropiables, y que requieren de autorización o concesión para su utilización y aprovechamiento, según lo dispuesto en las Leyes de Aguas y de Costas.

Ello requiere modificar la definición recogida en el artículo 2, para establecer la plena incorporación de las aguas procedentes de desalación de agua de mar al dominio público hidráulico, y en consecuencia también habrá que adaptar el artículo 13, a fin de acomodarlo al régimen jurídico general de utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico.”

En resumen, las aguas desaladas en la legislación vigente forman parte del dominio público hidráulico y se encuentran sujetas a la legislación de aguas. Aguas que con anterioridad formaban parte del dominio público marítimo-terrestre. Con ello finaliza el examen de los diversos bienes que se integran dentro del dominio público hidráulico.

IV) LA FASE ATMOSFERICA DEL CICLO HIDROLOGICO

En el artículo 1.3 del TRLA de 2001, en la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, se dice que las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Desarrollando el citado precepto en el artículo 2 del TRLA se dice que constituyen el dominio público hidráulico las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación; los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos; los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos; y las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

De los dos preceptos citados se deduce que no se integra en el dominio público hidráulico la fase atmosférica del ciclo hidrológico. Exclusión que responde a que la misma constituye una cosa común o “res commune”. Esta diferente articulación jurídica de las diferentes fases del ciclo hidrológico responde a que el dominio público hidráulico se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una propiedad pública perteneciente al Estado; es decir, se trata de cosas apropiadas por una Administración pública (artículos 333 y 339 y ss. del Código civil, 5 de la LPAP y 2 del TRLA). Por tanto, no pueden formar parte del dominio público hidráulico aquellas otras cosas que no pueden pertenecer a nadie por no ser susceptibles de ser apropiadas por ningún particular ni tampoco una Administración. Circunstancia esta última que puede apreciarse en la fase atmosférica del ciclo hidrológico. Así, el aire o el espacio atmosférico carecen de titular por no ser apropiables por persona alguna, si bien son susceptibles de ser utilizadas por cualquiera libremente.

Aunque las cosas comunes son de libre utilización por cualquier persona, lo cierto es que la Administración puede someter a ordenación su uso, justificando el mismo en motivos diversos. Intervencionismo que puede apreciarse, por ejemplo, en el artículo 3 del TRLA. En dicho precepto se dice que la fase atmosférica del ciclo hidrológico sólo podrá ser modificada artificialmente por la Administración del Estado o por aquellos a quienes ésta autorice.

Desarrollando la previsión contenida en el artículo 3 del TRLA, en el artículo 3 del RDPH se dice que toda actuación pública o privada tendente a modificar el régimen de lluvias deberá ser aprobada previamente por el Ministerio de Medio Ambiente, a propuesta del Organismo de cuenca. A tal efecto, el Organismo de cuenca, a la vista del proyecto presentado por el solicitante, del conocimiento que exista sobre la materia y de los posibles efectos negativos sobre las precipitaciones en otras áreas, previo informe del Instituto Nacional de Meteorología, elevará propuesta al Ministerio.

Cuando la modificación de la fase atmosférica del ciclo hidrológico tenga por finalidad evitar precipitaciones en forma de granizo o pedrisco, la autorización se otorgará por el Organismo de cuenca por un plazo de doce meses, renovables por períodos idénticos. En la instancia se indicará el alcance de la pretensión y los medios previstos para conseguirla. El

Organismo de cuenca, previos los asesoramientos que estime oportunos, otorgará la autorización con carácter discrecional, pudiendo revocarla en cualquier momento si se produjesen resultados no deseados.

Y cuando los procedimientos empleados a los efectos de este artículo impliquen la utilización de productos o formas de energía con propiedades potencialmente adversas para la salud, se requerirá el informe favorable de la Administración sanitaria para el otorgamiento de la autorización.

En resumen, la fase atmosférica del ciclo hidrológico no se configura como un bien de dominio público, sino como una cosa común sujeta a intervención administrativa. Intervención que se justifica en la necesidad de preservar dicha fase frente a modificaciones artificiales. Los bienes que forman parte del dominio público hidráulico de titularidad estatal son los enumerados en el artículo 2 del TRLA, tal y como se expuso en un apartado anterior.

Nota bibliográfica

- BARRIOBERO MARTINEZ, I., “El régimen jurídico de las aguas minerales y termales”, IEA, Murcia, 2006.
- BERMUDEZ SANCHEZ, J., “Aguas comunes, minerales y termales”, Comares, Granada, 2007.
- EMBID IRUJO, A. (Dir.), “Diccionario de Derecho de aguas”, Iustel, Madrid, 2007.
- GALLEGO ANABITARTE, A. y otros, “El Derecho de aguas en España”, MOPU, Madrid, 1986.
- IEA (Ed.), “Derecho de aguas”, IEA, Murcia.
- JIMENEZ SHAW, C., “Régimen jurídico de la desalación del agua marina”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARTIN RETORTILLO, S., “Derecho de aguas”, Civitas, Madrid, 1997.
- MOREU BALLONGA, J.L., “Aguas públicas y aguas privadas”, Bosch, Barcelona, 1996.
- PEREZ MARIN, A., “El dominio público hídrico continental”, Comares, Granada, 2006.
- PEREZ PEREZ, E., “La propiedad del agua: sistema estatal y sistema canario”, Bosch, Barcelona, 1998.
- PEREZ PEREZ, E. y REVERTE NAVARRO, A., “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, T. V, Vol. 3, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1991.
- QUINTANA PETRUS, J.M., “Derecho de aguas”, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1992.
- SARMIENTO ACOSTA, M.J., “El derecho de aguas en Canarias”, Marcial Pons, Madrid, 2002.

A PROPRIEDADE DA ÁGUA NO BRASIL

Otacílio dos Santos Silveira Neto

Introdução. I – A propriedade da água na legislação brasileira que rege a matéria. 1. – O domínio público brasileiro. 2 – A propriedade da água no Código de águas brasileiro. II – As águas brasileiras como um direito de propriedade do Estado brasileiro. III – A titularidade da propriedade da água no Brasil. IV – A propriedade pública das águas e a utilização como um bem de uso comum do povo brasileiro. 1 – A utilização especial do domínio público hídrico brasileiro. Referências.

INTRODUÇÃO.

O regime jurídico da propriedade sobre a água no Brasil é um tema que se modificou bastante nos últimos anos.

Desde um sistema antigo que admitia o regime da propriedade privada até os dias de hoje, onde a propriedade sobre a água é integralmente pública, a legislação que rege a matéria alterou-se bastante nos últimos anos, pressionada principalmente pelo rápido aumento da demanda por água no planeta, em especial no uso intensivo na agricultura irrigada.

O Brasil vem nos últimos seis anos alcançando uma forte estabilidade em sua política econômica, o que o faz crescer continuamente há mais

de 4 anos e a tendência é que esse processo acelere-se nos próximos anos demandando ainda mais pelo uso da água como insumo produtivo.

Surge sem dúvida alguma a necessidade de controle sobre o uso da água no país, que detém quase 13% de toda a água doce do planeta. Em razão da vazão hídrica de suas bacias – duas delas são as maiores do mundo, a Bacia Amazônica, a maior, e a Bacia do Rio Paraná, a segunda maior - e das precipitações pluviométricas na região amazônica, o controle sobre os recursos hídricos brasileiros não tem apenas importância nacional, mas também afeta e muito os países que lhe são vizinhos.

O Controle estatal sobre a água existente no território brasileiro surge não apenas como uma tendência internacional a ser seguida pelo país, mas numa necessidade intrínseca das condições hidrológicas brasileiras, uma vez que apesar da abundância de suas águas, estas são bastante mal distribuídas ao longo do território nacional, basta lembrar que a região Nordeste, a segunda mais populosa do país, sofre há décadas com a falta de água.⁹⁷

Diante disso este artigo tem por objetivo estabelecer a inserção da água no Brasil como um bem pertencente ao Estado brasileiro passando sobre o antigo regime de sua propriedade privada e finalizando com as formas de uso dessa propriedade pública pelo povo brasileiro.

I – A PROPRIEDADE DA ÁGUA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUE REGE A MATÉRIA.

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu a propriedade pública sobre todos os bens que integram o domínio hídrico no Brasil, distribuindo em dois níveis de Governo: União Federal e Estados Federados.⁹⁸

97 Sobre a gestão legal dos recursos hídricos nos estados do nordeste do Brasil veja XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). *Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

98 A República Federativa do Brasil é composta por três níveis de Governo: União Federal, Estados Federados e Municípios. O Distrito Federal, onde se localiza, a capital da República é equiparado a Estado Federado para todos os efeitos.

Os municípios brasileiros não foram contemplados com a repartição do domínio público hídrico brasileiro.

Nesse sentido dispõe o art. 20 da Constituição Federal, que são bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

E mais adiante o art. 26 CF, em seu inciso I, estabelece que são bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

A Lei 9.433/97, que regula a Política Nacional de Recursos Hídricos no Brasil, ao atribuir a propriedade da água ao país dispõe em seu artigo 1º que a água é um bem que integra o domínio público brasileiro.

A questão da propriedade da água centra-se essencialmente em estabelecer o que seja domínio público no Brasil e como se dá sua regulamentação.

1 – O domínio público brasileiro.

Não existe uma definição unânime entre os doutrinadores brasileiros acerca do que seja exatamente o domínio público. A indicação mais precisa para essa definição parte do regime de bens adotado pelo Código Civil brasileiro em vigor (2002) que manteve a redação do antigo Código Civil de 1916.

De acordo com o art. 99 do Código Civil de 2002 os bens públicos são divididos em bens de uso comum do povo tais como rios, mares, estradas, ruas e praças (art. 99, I CC), bens de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias⁹⁹ (art. 99, II CC) e os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (art. 99, III CC).

⁹⁹ Autarquias são os órgãos públicos descentralizados do Governo Central. São criados para gerenciar funções específicas do Estado.

Os bens constantes nos incisos I e II do art. 99 CC são os bens públicos do patrimônio indisponível do país (Estado brasileiro). Não podendo a Administração pública aliená-los. É o que dispõe o artigo 100 do Novo Código Civil.

A inalienabilidade de tais bens decorre exatamente do fim público a que estão submetidos, ao contrário dos bens do inciso III, que podem sim ser alienados, pois pertencem à Administração pública não como um bem de uso do povo, mas como um bem de sua propriedade privada .

Para a doutrina, no primeiro caso, inserem-se os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial (art. 99, I e II CC) e no segundo caso inserem-se apenas os bens dominicais. A indisponibilidade desses bens está intimamente ligada à sua afetação art. 99 III CC), estando assim os bens indisponíveis afetados a um fim público e, desta forma, também fora do comércio¹⁰⁰.

Os bens dos incisos I e II do art. 99 CC são instituídos exatamente para o uso público que é mais intenso nos bens do inciso I e menos intenso nos bens do inciso II. Ao contrário dos bens do inciso III do art. 99 CC, onde o público não tem acesso, pois pertencem à administração como bens de seu patrimônio privado. O povo pode usufruir dos bens dos incisos I e II pois pertencem ao domínio público, é de sua essência o uso pelo público, sua afetação é pública destinada ao uso de todos.

De acordo com a doutrina os bens públicos se dividem em dois tipos de bens: os do domínio público do Estado e os do domínio privado do Estado.¹⁰¹ Os primeiros são os bens de uso comum do povo tais como as praças, as ruas, os rios e os de uso especial os edifícios públicos das autarquias ou os prédios das escolas públicas. Os do domínio privado do Estado são aqueles bens que integram o patrimônio dos entes federados como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades como, por exemplo, os prédios das empresas públicas e os terrenos da marinha.¹⁰²

A divisão dos bens dessa forma leva em consideração o regime jurídico a ser adotado por cada um desses bens. Os bens do domínio privado do

100 CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 616.

101 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª Edição. São Paulo Atlas: 2002, p. 540.

102 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª Edição. São Paulo Atlas: 2002, p. 540.

Estado, muito embora tenham esse nome, na realidade são regulados pelas leis de direito público, apenas naquelas situações em que o direito público for omissivo, ou não houver regulamentação é que se usarão as regras de direito privado.

Ao adotar essa terminologia, certamente quis a doutrina afirmar que o domínio privado do Estado está a excluir o uso desses bens ao público de forma indistinta. Assim como qualquer pessoa jurídica, seja ela pública ou privada, o Estado também possui seus bens que em sua essência são voltados para o uso comum do povo, como realmente são os bens do art. 99 I e II do Código Civil. Mas o Estado também possui bens de seu patrimônio privado que apesar de em sentido amplo serem destinados ao povo, esses bens não estão afetados a um fim público, pois o Estado precisa ter disponibilidade deles.

Dessa forma e seguindo esse entendimento, a melhor maneira de se separar o que seja domínio público brasileiro é por meio da afetação desses bens. Afetados a um fim público – como geralmente são as ruas, as praças, os prédios públicos e as águas – não há como não enquadrá-los na categoria de bens do domínio público do Estado brasileiro. Por consequência são bens do domínio público brasileiro os bens de uso comum do povo e os de uso especial.

Em razão disso, os bens constantes nos incisos I e II do artigo 99 do novo Código Civil são bens do domínio público do Estado brasileiro. Observe que esse entendimento se harmoniza com o que dispõe a Lei 9.433/97 em seu artigo 1º quando qualifica a água como bem do domínio público, de uso de todos, embora possa e deva a Administração pública estabelecer em certos casos, limites para essa utilização por questões de interesse público – e como se verá adiante, no caso da água ocorre exatamente isso. É o que dispõe o artigo 103 do Código Civil em vigor. As estradas, apesar de serem do domínio público do Estado brasileiro, de uso comum de todos, pode sobre elas haver cobrança pelo seu uso, como ocorre com os pedágios das estradas.

O domínio público a que se reporta a Lei 9.433/97 não é apenas relacionada a sua forma de utilização – que é voltada exatamente para o uso do povo – mas também ao seu proprietário que no caso é o país, o Estado brasileiro.

Assim, pelo que dispõe a Constituição Federal brasileira e a Lei de Po-

lítica Nacional de Recursos Hídricos, a água no Brasil é um bem público de uso comum do povo (inciso I do artigo 99 do novo Código Civil brasileiro) integrante do domínio público brasileiro.

Apesar das definições traçadas pela Constituição Federal e pela Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos, a legislação brasileira não expôs o controle estatal da água durante sua fase atmosférica – águas captadas das nuvens – nem a água captada do mar e dessalinizada.¹⁰³

No primeiro caso é verdade que ainda não há esse tipo de uso hídrico no Brasil como ocorre com certa frequência em outros países como o Chile, mas no segundo caso, águas dessalinizadas, deve-se lembrar que a região Nordeste do Brasil possui o maior litoral do país e também é a região mais seca. Algumas das principais capitais enfrentem graves problemas de abastecimento e não vai tardar a terem que utilizar o processo de dessalinização da água do mar para suprir seu próprio consumo.

2 – A propriedade da água no Código de águas brasileiro.

O domínio público hídrico brasileiro, assim como nos demais países do mundo, encontra-se intimamente relacionado com a necessidade de controle sobre o uso da água, mais intensa nas regiões mais áridas do globo e menos intensa nas áreas mais húmidas.¹⁰⁴

Durante muitos anos, era relativamente pequeno o domínio que o Estado brasileiro exercia sobre seus bens hídricos, sem dúvida alguma motivado pela abundância de água existente em seu território.

Desde o descobrimento do Brasil até o advento do primeiro Código Civil em 1916 a legislação brasileira em sua maior parte era regida pelas Ordenações Afonsinas¹⁰⁵ que depois (após a União Ibérica entre Portugal e Espanha) fora substituída pelas Ordenações Filipinas.

De acordo com estas Ordenações os rios navegáveis e aqueles de caudal

103 No Nordeste brasileiro já se usa tecnologias de dessalinização de água, veja M. Ossava, Água limpa e sem sal no nordeste do Brasil. Disponível em: <www.tierramerica.net/portugues/2007/0127/pacentos.shtml>. Acesso em: 29.07.07; Programa Água Boa Concebido pela Secretaria de Estado dos Recursos Hídricos do Rio Grande do Norte, no âmbito da Coordenadoria de Gestão de Recursos Hídricos – COGERH. Disponível em: <www.semarh.rn.gov.br/detalhe.asp?IdPublicacao=1668>. Acesso em: 17.09.07.

104 POMPEU, Cid Tomanik. Direito das águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 40.

105 As Ordenações Afonsinas são compilações de leis, sem sistematização, promulgadas pelo Rei Português D. Afonso V no século XV.

perene em que era possível a navegação só podiam ser utilizados pelo povo mediante concessão real.

Ao contrário do que são hoje, as águas brasileiras podiam ser privadas, passíveis de apropriação. A legislação apenas atuava para regular as relações entre particulares no uso das águas, em especial as águas captadas por estes.¹⁰⁶

Apesar do pouco tratamento dado pelo Código Civil, já no início do século passado, mesmo que ainda de forma tímida, a legislação federal brasileira começava a dar um tratamento mais publicista à matéria água e a razão maior para essa mudança de tratamento estava no rápido processo de industrialização que o Brasil começava a ter no início do século passado, demandando um uso mais intenso da água como recurso hídrico.

Essa mudança de paradigmas torna-se concreta com a promulgação do Código de Águas brasileiro de 1934 (Dec. Nº. 24.643/34) que apesar de manter a possibilidade de propriedade privada sobre a água, instituiu de forma mais clara a propriedade pública sobre ela, inclusive estabelecendo regras para a autorização do uso da água. Pelo Código de Águas, essas podiam ser de três formas: 1 – águas públicas; 2 – Águas comuns e; 3 – águas particulares.

Em verdade o país, diante do aumento do consumo de água, sobretudo na indústria e na agricultura irrigada, passa a sentir a necessidade de ter um maior controle sobre esse bem a fim de dar-lhe um melhor destino para toda a sociedade.

Quando o assunto é uso de águas, o início do século XX foi marcado especialmente pelo uso intensivo desse recurso para a geração de energia elétrica no Brasil - ainda hoje essa forma de produção de energia é responsável por quase 85% de toda a energia elétrica produzida - o que demandou um uso cada vez mais econômico e menos doméstico do uso da água.

De acordo com a exposição de motivos ao Código de Águas de 1934 fez-se necessário a promulgação de uma lei regulasse a questão do uso das águas tendo em vista que o uso das águas no Brasil era regido até aquele momento "por uma legislação obsoleta, em desacordo com as necessidades

106 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Recursos Hídricos: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13.

e interesses da coletividade nacional” como também pela necessidade “de modificar esse estado de coisas, dotando o país de uma legislação adequada que, de acordo com a tendência atual, permita ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas”.¹⁰⁷

No que se refere ao uso da água para a geração de energia, também esse fator foi considerado para a elaboração do novo Código de Águas. Em sua exposição de motivos o Código expôs que a energia hidráulica exigia, naquele tempo medidas que facilitassem e garantissem seu aproveitamento racional.

As disposições estabelecidas pelo Código de Águas mantiveram-se até a promulgação da Constituição Federal de 1988 que acabou com o sistema de águas privadas do antigo Código e tornou todas as águas existentes no Brasil públicas integrantes do domínio público hídrico.

II - AS ÁGUAS BRASILEIRAS COMO UM DIREITO DE PROPRIEDADE DO ESTADO BRASILEIRO.

Os bens do domínio público brasileiro não eram tidos como um direito de propriedade do Estado brasileiro. A doutrina brasileira não entendia esses bens como integrantes do regime de propriedade do país.¹⁰⁸

Esse também era o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro – órgão judiciário máximo do país.¹⁰⁹ O Supremo Tribunal Federal entendia que “os bens que o Estado vende, compra ou desapropria, são os bens privados dos Municípios, os dominicais, mencionados pelo artigo 66, III, do Código Civil, mas as ruas e as praças, bens de uso comum do povo, os quais o Município apenas administra, não é proprietário”.¹¹⁰

107 Decreto nº. 24.643 de 10 de julho de 1934.

108 CRETILLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 616.

109 Nesse sentido veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar processo referente a um bem público: As ruas públicas não são bens dominicais, não se achando no patrimônio de ninguém, mas somente na jurisdição administrativa das municipalidades. Recurso Extraordinário 231.781/40, julgado em 16.01.1940; veja SANTOS, Antonio Silveira R. dos. Aposamento administrativo de bens de uso comum do povo (ruas, praças, vielas etc): direito à indenização. Jus Navegandi, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 09.07.07.

110 SANTOS, Antonio Silveira R. dos. Aposamento administrativo de bens de uso comum do povo (ruas,

Esse entendimento modificou-se no país a partir dos ensinamentos doutrinários de Maurice Houriou. O autor sustentava que “os bens públicos não podem ser objeto de propriedade dos particulares, visto que são afetadas à dominialidade pública, mas podem ser objeto de propriedade subjetiva por parte das administrações públicas a cujos serviços estão afetados”.¹¹¹

Esse entendimento passou a ser absorvido pela doutrina brasileira que adotou os bens do domínio público com um direito de propriedade, tendo assim o povo apenas o direito público de utilizar tais bens sem ter sua propriedade, esta pertence ao Estado brasileiro.¹¹² O domínio público brasileiro entende-se como um Direito de Propriedade *sui generis*. Segundo a doutrina o Direito de Propriedade sobre as ruas ou as praças, bens do domínio público, é um direito de propriedade inquestionável embora entenda tratar-se de um direito de propriedade *sui generis*.¹¹³

Esse entendimento também passou a ser aceito pela jurisprudência brasileira. O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar questão relacionada à propriedade da água entendeu que, “por mais que as águas públicas de uso comum - como o é o Rio Tietê -, bem como o seu álveo, pertençam aos Estados quando percorram parte dos territórios de dois ou mais Municípios, o Estado de São Paulo também possui a propriedade de alguns terrenos ribeirinhos desapropriados, permutados ou decorrentes de álveos abandonados”.¹¹⁴

III – A TITULARIDADE DA PROPRIEDADE DA ÁGUA NO BRASIL.

A Constituição Federal repartiu os bens públicos entre os entes federados de acordo com os interesses que esses bem trazem consigo. Por exemplo,

praças, vielas etc.): direito à indenização. Jus Navegandi, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 09.07.07.

111 HARIAU apud CRETELLA JÚNIO, José. Curso de Direito Administrativo. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 616.

112 GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 270.

113 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 444.

114 Recurso Especial n.º 330.0467/1990-SP.

em razão de trazerem consigo o interesse nacional – e não apenas de uma unidade isolada da Federação – e afetar a própria soberania do país, a Constituição Federal estabeleceu que o petróleo é um bem público da União Federal. Outro exemplo é o da faixa de fronteira que em razão de congregar interesses nacionais, a Constituição Federal atribuiu sua propriedade à União Federal (nesse caso, um dos bens do inciso III do Código Civil).¹¹⁵ Observe-se que tais bens não podiam estar nas mãos dos Estados Federados – existem 27 Estados Federados brasileiros – pois congregam interesses de toda a Federação além do que a administração de bens como a faixa de fronteira pelos Estados Federados e não pela União Federal traria um tratamento diferenciado na política externa brasileira. Adota-se dessa forma um entendimento de que se deve privilegiar os interesses que são predominantes, ou melhor, os interesses da maioria envolvida na questão. O direito brasileiro costuma chamar esse entendimento do princípio da predominância do interesse.

As águas no Brasil, no entender da Constituição Federal, demandam interesse tanto da União Federal como dos Estados Federados (e Distrito Federal). Prova maior disso é que a titularidade da propriedade das águas foi repartida apenas entre os Estados Federados e a União Federal com dispôs a Constituição Federal nos artigos 20, III e 26, I.

De acordo com o art. 20, inciso III, são bens da União Federal os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

Observe-se que nesses casos a titularidade foi atribuída exatamente observando-se os interesses que estão em jogo. Águas internacionais não podem ficar sob o domínio dos Estados Federados muito menos as águas dos rios que banhem mais de um Estado.¹¹⁶

115 A faixa de fronteira é a área de 200 quilômetros para dentro do país, entre a fronteira do Brasil com outros países, considerada vital para a defesa do território nacional.

116 Essa forma de repartir os bens é também explicada por POMPEU da seguinte forma: Pela redação do Inciso III do Artigo 20 da Constituição Federal de 1988, vislumbra-se que ao colocar sob a égide da União os corpos de água de interesse internacional, ou de mais de um Estado, a Carta fixa o princípio de que as matérias que dizem respeito às relações internacionais e supra-estaduais competem à União. POMPEU, Cid Tomanik. Direito das águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.?????. Esse entendimento também foi recebido pela jurisprudência brasileira: Recurso Especial 033235/2002:Conforme informações hidrológicas obtidas por meio da Agência Nacional de águas, o Rio Paranapanema é um rio nacional, pertencente, portanto,

Por outro lado o artigo 26, I estabelece que integram os bens do Estados Federados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União Federal.

Essas águas são todas de interesse estritamente local, apenas aos Estados Federados interessa, até porque é a eles que cabe administrar aspectos de seus interesses locais.

No que se refere à repartição da propriedade dos bens do domínio público hídrico entre os Estados Federados, a Constituição Federal foi omissa em estabelecer a quem pertencem as águas subterrâneas que se estendem para mais de um desses Estados.

Em razão disso tramita no Congresso Brasileiro uma – Proposta de Emenda Constitucional-PEC¹¹⁷ que visa alterar as redações do inciso I do art. 26 CF e inciso III do art. 20 CF para que a partir de então possam vigorar com os seguintes textos:

“Art. 20. São bens da União Federal: (...) III – os lagos, rios e quaisquer correntes de águas, superficiais ou subterrâneas, inclusive os aquíferos, em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.”

“Art. 26. “Incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, circunscrita ao seu território, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.”

Dado o interesse público envolvido na questão, essa titularidade é exercida de forma colegiada por todos os integrantes da sociedade. Para tanto, a Lei das Águas, Lei 9.433 de 09.01.1997, estabeleceu que as águas no Brasil sejam administradas a partir das Bacias Hidrográficas pelos respectivos Comitês de Bacia. Esses comitês são formados, segundo o

ao acervo de bens da União (Art. 20, III, da Constituição Federal), razão pela qual cabe à Justiça Federal o processo e julgamento dessa ação.

117 Proposta de Emenda Constitucional-PEC nº 43, de 21.11. 2000.

art. 39 por representantes da União (I), dos Estados e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação (II); dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação (III); dos usuários das águas de sua área de atuação (IV); das entidades civis¹¹⁸ de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia (V)

Os Comitês de Bacia têm por competência segundo o art. 38 da Lei de Águas a promoção do debate das questões relacionadas a recursos hídricos e a articulação da atuação das entidades intervenientes (I); arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos (II); aprovar o Plano de Recursos Hídricos da Bacia (III); acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas (IV); propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes (V); estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados (VI); estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo (IX).

Da mesma forma que existem os bens do domínio público hídrico da União Federal e dos Estados Federados, também existem as Bacias Hidrográficas da competência de cada um desses entes. Por exemplo, nos Rios transfronteiriços brasileiros que pertencem a União Federal, a sua bacia será gerenciada pelo comitê federal de bacia.

Dispõe por fim a Lei 9.433/97 que cada um dos Estados Federados e a União Federal deverão criar suas respectivas agências de águas. Essas agências tem como função pôr em prática as diretrizes traçadas para as respectivas bacias pelos seus comitês.

Haverá uma agência de águas em cada Estado Federado e um na União Federal¹¹⁹, mesmo que hajam mais de uma bacia hidrográfica na área.

118 São entidades não governamentais que se dedicam a fiscalizar o uso correto da água na respectiva Bacia.

119 Lei 9.984/2000 cria a Agência Nacional de Águas-ANA.

IV – A PROPRIEDADE PÚBLICA DAS ÁGUAS E A UTILIZAÇÃO COMO UM BEM DE USO COMUM DO POVO BRASILEIRO.

A água pertence a categoria dos bens de uso comum do povo o que não quer dizer que a Administração, responsável pela sua gestão, não possa estabelecer regras e, se for o caso, até cobrar pela sua utilização.

Os bens de uso comum do povo são tratados pelo art. 99 I do Código Civil. A utilização desses bens é livre a todos sem qualquer tipo de discriminação, qualquer um dos integrantes da coletividade pode usá-los livremente, embora o próprio Código Civil reconheça que a Administração, na sua função de zelar pelo patrimônio público, possa estabelecer regras para o uso ou até cobrar por este. É o que dispõe o art. 103.¹²⁰

Os bens do domínio público hídrico brasileiro, por integrarem essa categoria de bens como já visto nesse trabalho, estão sujeitos também a essas regras para sua utilização.

Segundo a doutrina os bens públicos de uso comum do povo (Art. 99, I Código Civil) podem admitir duas formas de utilização: 1) a forma comum ou; 2) a forma especial.¹²¹

Na utilização de forma comum o uso é livre ao povo não se exigindo qualquer qualificação ou consentimento especial, menos ainda remuneração. Para essa maneira de utilizar os bens públicos apenas se concebem regulamentações gerais, de forma genérica para todos indistintamente. Só se admitem regras que regulem os bons costumes, a higiene pública, a saúde pública, sem se dirigir sequer a uma categoria específica da sociedade.¹²²

120 Código Civil, Art. 103: O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

121 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524; Também nesse sentido entende CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 123; BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 740.

122 LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524; MOREIRA NETO explicando o que seja essa forma de utilização expõe: A utilização comum, como indica a expressão, e franqueada a todos, livre e indistintamente, como sucede, a propósito, com os bens públicos que tem a vocação de uso comum: ruas, estradas, avenidas, praças, parques, praias, mares etc. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2006, p. 349. MOREIRA NETO explicando o que seja essa forma de utilização expõe: A utilização comum, como indica a expressão, e franqueada a todos, livre e indistintamente, como sucede, a propósito, com os bens públicos que tem a vocação de uso comum: ruas, estradas, avenidas, praças, parques, praias, mares etc. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.

Já o uso especial é todo aquele em que a administração limita seu uso a uma determinada pessoa mediante um título individual para que essa possa fruir de tal bem isoladamente, embora o bem permaneça como integrante do art. 99, I do Código Civil, ou seja, sendo um bem de uso comum do povo.¹²³

A utilização dos bens do domínio público hídrico brasileiro pode assumir as duas formas previstas, tanto o uso especial como o uso comum. É o que dispõe o art. 12 da Lei 9.433/97.

1 – A utilização especial dos recursos hídricos brasileiros.

A utilização especial está prevista nos incisos art. 12, I a V da Lei 9.433/97. São os seguintes casos: derivação ou captação de parcela de água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo (I); extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo (II); lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final (III); aproveitamento dos potenciais hidrelétricos (IV); outros usos que alterem o regime, a quantidade ou qualidade da água existente em um corpo de água (V).

No caso dos bens do domínio público hídrico brasileiro de uso especial, o título individual (para uso especial desses bens) é expedido por meio da outorga, de acordo com o art. 11 da Lei 9.433/97¹²⁴.

Por outorga entende-se o ato da administração (União Federal, Estados Federados ou Distrito Federal que são os gestores desse bem público) por meio do qual se faculta ao interessado o direito de uso de recursos hídricos, por prazo determinado, desde que respeitadas as condições estabelecidas no ato.¹²⁵

Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 2006, p. 349.

123 LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524.

124 Art. 11 da Lei 9.433/97. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem com objetivo assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

125 – Agência Nacional de Águas-ANA. Disponível em: <www.ana.gov.br/gestaorechidricos/outorga>. Acesso em: 24.07.2007.

A Lei 9.984/2000 que criou a Agência Nacional de Águas—ANA, estabeleceu que a outorga será feita por meio de um ato administrativo chamado autorização.¹²⁶

A outorga “será expedida por meio de autorização, que é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade ou a utilização especial de um bem público”.¹²⁷

É a forma pela qual o Estado concede ao interessado, seja ele uma entidade pública ou privada, o direito de utilizar privativamente o recurso hídrico.¹²⁸

É por meio do regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos que o Estado assegura o controle sobre a quantidade e a qualidade da água no Brasil.¹²⁹

Ressaltando que a outorga não implica a alienação parcial da água, que é considerada por lei inalienável, mas apenas e tão somente o simples direito de seu uso.¹³⁰

Também se deve lembrar que a outorga não é definitiva, pois, a própria Lei 9.433/97 já expôs que a validade máxima da outorga não poderia ser superior a trinta e cinco anos, podendo haver renovação.

A utilização dos recursos hídricos brasileiros sem a utilização da outorga caracteriza, de acordo com o art. 49 da Lei 9.433/97, infração das normas

126 Artigo 4º, IV.

127 Um ato administrativo é discricionário quando a legislação permite ao administrador manter uma certa margem de liberdade na expedição do ato. Nesse caso as conveniências para a Administração é que vão ditar a expedição ou não do ato. DI PIETRO explica o ato administrativo discricionário da seguinte forma: (...) a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesse caso, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 196. O ato administrativo discricionário se opõe ao ato administrativo vinculado. Nesse caso o administrador não tem margem para decidir se concede ou não o ato, cumpridas as exigências da lei a Administração tem a obrigação de conceder o ato. MEIRELLES explica da seguinte forma: Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 167.

128 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas., 2001, p. 180.

129 MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 588.

130 Artigo 18 da Lei 9.433/97.

de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos e aquele que cometer tal infração ficará sujeito a advertência, multa embargo provisório da obra e por fim, caso não seja corrigida a falha, embargo definitivo da obra.¹³¹

O uso especial do bem público nesse caso depende como já se viu, de outorga administrativa além do que, nessas condições, essa utilização será sempre onerosa.¹³²

A finalidade de se instituir cobrança pela utilização da água não é a de arrecadar dinheiro para os cofres do Estado. A finalidade é fazer com que o usuário do recurso dê o devido valor ao bem, evitando o desperdício assim como financiar a estrutura estatal de gerenciamento dos recursos hídricos no Brasil.¹³³

Assim passa a água “a ser mensurada dentro dos valores da economia.” Não podendo isto “levar a condutas que permitam que alguém através do pagamento de um preço, posa usar a água a seu bel-prazer”. Esta valoração econômica da água deve sim “levar em conta o preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição desse bem”.¹³⁴

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que entende que a água é bem público de uso comum (art. 1º da lei n.º 9.433/97), motivo pelo qual é insuscetível de apropriação pelo particular. O particular tem, segundo o STJ, apenas o direito à exploração das águas subterrâneas mediante autorização do Poder Público cobrada a devida contraprestação (arts. 12, II e 20, da Lei n.º 9.433/97).¹³⁵

131 MACHADO, Paulo Leme. Recursos hídricos: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2003, p.446.

132 Art. 20, Lei 9.433/97.

133 Nesse sentido dispõe o artigo 19 da Lei 9.433/97: A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: I – reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; II – incentivar a racionalização do da água; III – obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contempladas nos planos de recursos hídricos. No Estado da Paraíba por exemplo, a Lei estadual de gestão de política dos recursos hídricos, Lei 6.308/97 em seu Capítulo V dispõe: Artigo 19 – A cobrança do uso da água é um instrumento gerencial a ser aplicado pela utilização, e obedecerá os seguintes critérios, entre outros, que o Conselho Estadual de Recursos Hídricos vier a estabelecer: I – Considerar as peculiaridades das bacias Hidrográficas, inclusive o excesso ou déficit da disponibilidade hídrica; II – Considerar a classe de uso preponderante, em que se enquadra o corpo de água onde se localiza o uso ou derivação, o consumo efetivo e a finalidade a que se destina.

134 MACHADO, Paulo Leme. Recursos hídricos: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 429

135 Processo 515.744/2003

A cobrança pelo uso da água no Brasil não é algo novo, já havia sido previsto no Código de Águas brasileiro que em seu art. 36 dispunha que o uso das águas podia ser gratuito ou retribuído, conforme as leis e regulamentos administrativos da circunscrição administrativa a que pertencem.

A outorga de uso de recurso hídrico será feita pela Agência de água do respectivo ente federado, como dispõe o art. 14 da Lei 433/97. No âmbito da União Federal, a outorga cabe à ANA.

V – CONCLUSÃO.

A utilização cada vez mais intensa dos recursos naturais no mundo, em especial a água, tem forçado os países do mundo a intensificar o controle estatal sobre o uso da água.

No Brasil essa preocupação não tem sido diferente, embora a água tenha sido elevada à condição absoluta de propriedade pública há pouco tempo, se considerarmos a situação de outros países em especial os europeus.

A água no Brasil pertence a categoria de bem do domínio público, entendida essa categoria como um bem de uso comum do povo, integrante dos bens do inciso art. 99, I Código Civil brasileiro. Nessa categoria de bem, o uso é livre ao povo embora o Estado brasileiro possa e deva estabelecer o controle sobre seu uso, inclusive por meio da cobrança pecuniária, essa forma de utilização inclusive é permitida pelo próprio Código Civil brasileiro.

Quando o assunto é propriedade da água no Brasil estão inteiramente revogadas as disposições do Código de Águas que dispunham sobre a sua propriedade privada, sendo hoje a matéria regulada pelas disposições constantes tanto na Constituição Federal como na Lei nº 9.433/97 que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos-PNRH.

O fato de o Brasil possuir um dos maiores potenciais hídricos do mundo não o autoriza a deixar em segundo plano a utilização da água captada por outras formas que não as mais comuns como a água na fase gasosa e principalmente a água proveniente da dessalinização do mar.

É importante que a legislação brasileira se adeque a essas duas formas de utilização da água, em especial a captação da água do mar, a fim de que o controle estatal sobre a água no país não deixe espaços para o seu uso perdulário ou descontrolado.

Referências Bibliográficas

- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado do Domínio Público. São Paulo: Forense, 1985.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Recursos hídricos: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2003
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MILARÉ, Deis. Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

POMPEU, Cid Tomanik. Direito das águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Antonio Silveira R. Dos. Aposseamento administrativo de bens de uso comum do povo (ruas, praças, vielas etc): direito à indenização. Jus Navegandi, ano 4, n. 45, Teresina. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 09.07.07.

PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

ANTONIO EMBID IRUJO

I) INTRODUCCIÓN GENERAL. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO COMUNITARIO EN RELACIÓN A LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA. II) LA PLANIFICACION HIDROLOGICA EN LA LEY DE AGUAS. III) CLASES DE PLANES HIDROLÓGICOS. ESQUEMA SOBRE SU ELABORACIÓN Y APROBACIÓN. RELACIONES ENTRE PLANES Y CONTENIDO DE LOS MISMOS. IV) EFECTOS DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS. V) NATURALEZA JURIDICA DE LA PLANIFICACION HIDROLOGICA. VI) LA LEY 10/2001, DE 5 DE JULIO, DEL PLAN HIDROLOGICO NACIONAL Y SU MODIFICACIÓN POR EL REAL DECRETO LEY 2/2004, DE 18 DE JUNIO TRANSFORMADO EN LEY 11/2005, DE 22 DE JUNIO. VII) LA REVISIÓN DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA DE CUENCA Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL: LOS PROGRAMAS DE MEDIDAS Y SU RELACIÓN CON LOS PLANES HIDROLÓGICOS DE CUENCA. Bibliografía

INTRODUCCIÓN GENERAL. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO COMUNITARIO EN RELACIÓN A LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA.

En la actualidad diversas leyes nacionales de aguas incorporan a su arti-

culado la regulación de la planificación hidrológica y esa referencia existe, incluso, en la misma 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 (DOCE n. L 327/1, de 22 de diciembre de 2000), transpuesta al derecho español por el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social lo que, por cierto, transforma ciertos aspectos de la configuración de los Planes Hidrológicos tal y como los regulaba el TRLA hasta el momento creando una cierta confusión dada la literalidad de la transposición realizada y la falta de adecuación de algunos textos procedentes de la transposición con la regulación “tradicional” de la planificación hidrológica en nuestro derecho de aguas. Sobre ello volveré al final de este trabajo.

Pero ahora en este punto meramente introductorio diré, solamente, que el hecho de la presencia de la planificación hidrológica en distintos ordenamientos jurídicos y, sobre todo, en el marco del derecho europeo de aguas, informa de lo difundido, y aceptado, de esta técnica de gestión y ordenación de los recursos hídricos, verdadero signo del moderno derecho de aguas.

Esa modernidad deriva de que se entiende hoy por planificación hidrológica algo muy diferente a un típico y tradicional plan de obras como son los existentes desde comienzos del siglo XX en diversos países y, desde luego y con gran anticipación sobre otros, en España. No es hoy la técnica de la planificación hidrológica una mera y asistemática agregación de obras hidráulicas que deben realizarse en el futuro, sino que lo que se pretende es que en la Planificación hidrológica se encuentre un conjunto de previsiones sobre oferta y demanda del recurso, normas sobre calidad de las aguas, caudales ecológicos, arreglos institucionales, protección de acuíferos, régimen económico-financiero de la utilización del agua... y, por supuesto, relación de obras hidráulicas a desarrollar como una suerte de consecuencia de todo lo anterior y en modo alguno como algo establecido a priori y al margen de todas las demás consideraciones.

En particular en países con recursos hídricos limitados o con graves problemas de calidad, parece imprescindible la planificación hidrológica para una mejor gestión integrada de los mismos. Que la Administración actúe caso por caso, concesión por concesión -por ejemplo- es muestra de

una forma sobrepasada de contemplar la gestión de los recursos hídricos. Es necesaria, por el contrario, la observación de la interrelación de usos dentro de previsiones temporales a corto y medio plazo para la adopción de las medidas más adecuadas, todo ello dentro de procesos eminentemente participativos, públicos y transparentes en la elaboración, aprobación y también en la ejecución de la planificación hidrológica.

Como he dicho al comienzo de este apartado, en la normativa de la Unión Europea existe la referencia a la planificación hidrológica en la DMA. Es muy significativa la aparición de la planificación hidrológica en una norma europea porque eso informa, además de su relevancia, de la vinculación al resto de los ordenamientos nacionales de los países comunitarios que tendrán, entonces, que inspirarse en la idea de planificación si es que ya no lo estaban anteriormente, situación en la que, desde luego, se encontraba el derecho español de aguas; en suma, un elemento más para caminar a un derecho de aguas con bases sustancialmente comunes en los 27 países que ahora forman la Unión Europea. En correspondencia con su origen y presupuestos conceptuales, la DMA dibuja tanto un ámbito de Planificación hidrológica como unas demarcaciones hidrográficas (que es el ámbito territorial de la Planificación), basadas en el territorio nacional inicialmente pero que también lo superan (con referencias comunitarias y también supracomunitarias) atendiendo exclusivamente a límites hidrográficos¹³⁶.

Ese nuevo concepto de “demarcación hidrográfica”, comprende, además de las cuencas hidrográficas tradicionales, las aguas llamadas costeras y las de transición, pudiendo agrupar cuencas hidrográficas vecinas. Tanto los conceptos de demarcación como de cuenca están definidos en el artículo 16 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas, nuevo precepto surgido tras la transposición de la DMA realizada, como se ha dicho, por el art. 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

La fijación de las demarcaciones hidrográficas en lo que hace a las intercomunitarias (las de gestión del Estado) ha sido realizada por el Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, respondiendo así al encargo que al

136 No existe en la DMA más referencia que a los Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación hidrográfica. La previsión española de un “Plan Hidrológico Nacional” es puramente autónoma, sin amparo específico, pues, en la norma comunitaria. Lo que no quiere decir que lo necesite, obviamente.

Gobierno realiza el art. 16 bis 5 TRLA. Esta fijación era imprescindible para que pueda tener lugar la aparición de la nueva planificación hidrológica adaptada a la DMA y que supondrá la paralela revisión de los Planes hidrológicos de cuenca aprobados a partir de 1998 según la información que se proporciona más adelante¹³⁷.

Debe tenerse en cuenta también que la revisión de los Planes Hidrológicos de cuenca (con ámbito de demarcación) deberá entrar en vigor como tarde el 31 de diciembre de 2009 (disposición adicional 11ª 6 TRLA). Para la elaboración de estos Planes se fijan unos plazos en la disposición adicional 12ª TRLA pensados desde el punto de vista de la participación pública en su formación.

El efecto sobre la futura gestión del agua en los países europeos miembros de la Unión va a ser, pues, espectacular, aun cuando no tanto en España donde, como indicamos, la idea de Planificación hidrológica está más que consolidada y todo ello al margen de que surgirá algún nuevo contenido de la planificación como consecuencia de la recepción de la DMA.

II) LA PLANIFICACION HIDROLOGICA EN LA LEY DE AGUAS.

Visto lo anterior, importa comenzar destacando las notas que dentro de la Ley de Aguas española (TRLA en adelante, con las modificaciones surgidas de la Ley 62/2003) rodean a la planificación, los objetivos y fines que debe cumplir¹³⁸. Muy probablemente es la legislación española la que,

137 Para la fijación de esas demarcaciones hidrográficas ha surgido un problema jurídico de cierto calibre a partir de la STS de 20 de octubre de 2004 que ha anulado ciertos preceptos del Plan Hidrológico del Júcar por deber haber sido formados por la Comunidad Autónoma Valenciana dada la existencia de cuencas hidrológicas internas que tendrían que haber dado lugar a la formación de un propio Plan Hidrológico. La adecuación constitucional de esa Sentencia me parece evidente (EMBED IRUJO 2006) pese a alguna voz que se ha manifestado en contra por la inexistencia de "vindicatio potestatis" de la Comunidad Valenciana sobre su cuenca (FANLO LORAS 2004 y 2006). No alcanzo a comprender, sin embargo, que la existencia de un recurso o reclamación previa de una Comunidad sobre una competencia sea el presupuesto jurídico de la pertenencia, o no, a la Comunidad de tal competencia. Ese es un hecho objetivo, un dato del ordenamiento jurídico que los Tribunales deben aplicar rigurosamente. No se olvide, por otra parte, que las competencias de las entidades públicas –al contrario que los derechos subjetivos– son irrenunciables. Es obvio que ello implica una reformulación territorial de la cuenca del Júcar (y de otras españolas, sobre todo en el Norte, que tienen las mismas condiciones físicas) lo que deberá hacerse ineludiblemente antes de la revisión de la Planificación hidrológica de cuenca.

138 Como desarrollo reglamentario debe verse hoy el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.

entre las conocidas, más papel otorga a la Planificación hidrológica, por lo que su estudio es doblemente interesante.

Así, lo primero que llama la atención es la importancia objetiva que se concede a la planificación hidrológica en el TRLA. Uno de sus títulos, el III, se dedica a la planificación (arts. 40-46 inclusive) fijándose como objetivos generales de ésta (en concordancia clara con lo establecido en relación a la planificación, en general, en el art. 131 CE) nada menos que:

“conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales” (cfr. art. 40.1 TRLA tras la Ley 62/2003).

Con independencia de estos ambiciosos objetivos, de la consulta al resto del TRLA se deduce que la Planificación Hidrológica no es una técnica o institución más dentro de la Ley sino, al contrario, su segunda gran decisión -la primera sería la práctica generalización de la institución del dominio público a todas las aguas continentales- y, a la vez, un mecanismo indispensable para la aplicación de la propia legislación de aguas en cuanto que en sus preceptos existen continuas llamadas y remisiones a la Planificación Hidrológica. Veamos algunos ejemplos significativos:

a) Toda la actividad sobre el dominio público hidráulico está sometida a la Planificación hidrológica (art. 1.3).

b) La primera de las funciones que se establecen para el Estado en el artículo 17 es la de la realización de la Planificación hidrológica.

c) El Consejo Nacional del Agua (creado por la Ley en 1985, que es la fecha original de la Ley refundida en 2001), tiene como sus dos primeras competencias la de informar el proyecto de Plan Hidrológico Nacional antes de su remisión a las Cortes Generales (el Parlamento) y la de informar los Planes Hidrológicos de Cuenca antes de su aprobación por el Gobierno (art. 20).

d) La primera de las funciones que tienen los organismos de cuenca es la de elaborar el Plan Hidrológico de cuenca y proceder a su seguimiento y revisión (art. 23).

e) El mismo régimen de utilización de las aguas no es entendible sin las

continuas referencias a los Planes Hidrológicos. En efecto:

a') La renovación de una concesión para riegos o abastecimiento de poblaciones puede excepcionarse del trámite de proyectos en competencia (que es el usual para la obtención de concesiones) "siempre que a ello no se opusiere el Plan Hidrológico Nacional" (art. 53.3).

b') El régimen de otorgamiento de cualquier concesión debe hacerse según las previsiones de los Planes Hidrológicos (art. 59.4).

c') La posible prórroga de las concesiones para que puedan amortizarse las obras necesarias para la normal utilización de las aguas podrá llevarse a cabo si dichas obras no se oponen al Plan Hidrológico de cuenca (art. 59.6).

d') El orden de preferencia en el otorgamiento de concesiones es el que indique el Plan Hidrológico de cuenca (art. 60.1). Ese mismo orden sirve para justificar la expropiación de una concesión a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el Plan Hidrológico de cuenca (art. 60.2).

e') El Plan Hidrológico de cuenca puede justificar la revisión de una concesión (art. 65).

f') La existencia de Plan Hidrológico de cuenca puede condicionar la forma de concesión de aguas subterráneas (art. 76).

g') Los perímetros de protección fijados en los Planes Hidrológicos de cuenca sirven para prohibir actividades que puedan constituir un peligro de contaminación o degradación del dominio público hidráulico [art. 97 c)].

h') Los Planes Hidrológicos de cuenca deben contener los criterios básicos para proteger las aguas subterráneas frente a las intrusiones de aguas salinas en la explotación de las primeras (art. 99).

i') Los Planes Hidrológicos de cuenca concretarán los datos necesarios para otorgar las autorizaciones de vertido (art. 100.2) y para revisarlas [art. 104.1.c)].

III) CLASES DE PLANES HIDROLÓGICOS. ESQUEMA SOBRE SU ELABORACIÓN Y APROBACIÓN. RELACIONES ENTRE PLANES Y CONTENIDO DE LOS MISMOS.

1. Clases de Planes.

El TRLA distingue entre un Plan Hidrológico Nacional y Planes Hidrológicos de cuenca. El primero se caracteriza –al margen del contenido a él reservado– por la extensión de sus efectos a todo el territorio nacional y es aprobado por Ley del Estado. En cuando a los Planes Hidrológicos de cuenca, el art. 40.2 TRLA marca su coincidencia con el territorio de la “demarcación hidrológica correspondiente”, demarcación hidrográfica cuyo ámbito lo fijará el Gobierno “por Real Decreto, oídas las Comunidades Autónomas” (art. 16 bis. 5) y que, como se ha dicho, ha sido el objeto del RD 125/2007, de 2 de febrero, en lo que se refiere a las correspondientes a las cuencas intercomunitarias, de gestión del Estado.

Todo esto en lo que se refiere a las cuencas hidrográficas llamadas intercomunitarias (las que gestiona el Estado). En las intracomunitarias (las que gestionan las CCAA si es que en su territorio existe una cuenca hidrográfica que responda al concepto legalmente fijado), la determinación del ámbito de cada Plan Hidrológico es cuestión de la competencia de la Administración hidráulica correspondiente si posee la Comunidad Autónoma en virtud de su Estatuto competencias sobre la materia tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 229/1988, de 29 de noviembre, fundamento jurídico vigésimo. Tras la reforma estatutaria de marzo de 1994, todas las CCAA poseen competencia sobre el particular siendo el elemento decisivo, entonces, solo el puramente geográfico: a saber la posesión de propias cuencas hidrográficas.

La distinción entre Planes hidrológicos de cuenca intra e intercomunitarios no existe en el texto original de la Ley de aguas de 1985 y apenas aparece en el TRLA –sólo indirectamente, al referirse su art. 40.6 a las condiciones de aprobación de los Planes intracomunitarios–, aunque sí se acepta ya plenamente en el RAPA de 1988 que contiene distinto procedimiento de elaboración para los Planes Hidrológicos de cuencas intercomunitarias (arts. 99 a 101) que para los Planes Hidrológicos de cuencas intracomunitarias (art. 102), materia donde debe haber plena intervención –según la STC 227/1988– de las CCAA con competencias para ello. Son las Administraciones hidráulicas de las CCAA con propias cuencas, pues, quienes forman sus Planes Hidrológicos mientras que los Planes hidrológicos de las cuencas intercomunitarias, son elaborados por

las Confederaciones Hidrográficas. Hoy todo lo relativo a la elaboración de los Planes Hidrológicos –tanto de cuenca como el Nacional- es objeto de tratamiento por los arts. 71 y ss. del Reglamento de la Planificación Hidrológica aprobado por RD 907/2007, de 6 de julio, que ha derogado los preceptos correspondientes del RAPA de 1988.

En el aspecto procedimental debemos destacar sucintamente todo lo relativo a la participación pública –vid. los arts. 72 y ss. del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007- y a la necesaria evaluación ambiental estratégica –vid. el art. 71.6 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007- en todo caso esta cuestión adjetiva excede de los necesarios límites de este trabajo- por lo que sin más dilación paso a examinar lo relativo al acto de aprobación de los Planes Hidrológicos.

2. La aprobación de los Planes Hidrológicos.

En cuanto al Plan Hidrológico Nacional, su aprobación debe tener lugar por Ley (art. 45 TRLA), habiendo precisado el Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007 (siguiendo lo ya indicado por el RAPA de 1988), art. 86.3, que esa aprobación podría tener lugar “en distintos actos legislativos”. La acotación es de sumo interés y muestra las dificultades objetivas de elaboración de un Plan Hidrológico Nacional en virtud de lo amplio y problemático de su contenido tal y como los sucesivos acontecimientos han ido mostrando en la práctica.

La aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca es en todos los casos realizada por el Gobierno de la Nación y previamente está previsto un procedimiento de elaboración presidido por las ideas de publicidad y transparencia (para la próxima revisión, la nueva disposición adicional 12^a del TRLA añadida por la Ley 62/2003, fija unos plazos desde la perspectiva de la participación pública). Debe tenerse en cuenta que parece esencial que en la tramitación de los Planes se de conocimiento a los usuarios y al conjunto de la sociedad sobre el contenido de los Planes y que se permita la formulación de alegaciones, celebración de debates públicos etc... Téngase en cuenta que es a toda la sociedad a quien interesa el contenido de la gestión futura del agua. Todo ello parece plenamente asegurado con la disposición adicional 12^a TRLA reseñada.

Un problema jurídico evidente es el del contenido de la capacidad de control del Gobierno de la Nación. Esa capacidad de control aparece restringida por el TRLA en relación a los Planes de cuenca intracomunitarios. Para estos Planes el Gobierno de la Nación debe limitarse a comprobar que se ajustan en cuanto a su contenido a los preceptos del TRLA, no afecten a recursos de otras cuencas y, caso de existencia del Plan Hidrológico Nacional como sucede en la actualidad, se acomodan a sus determinaciones (art. 40.6 TRLA.). Se trataría, por tanto, de un acto debido, obligado, que debería ser adoptado por el Gobierno de la Nación si el Plan cumpliera esas determinaciones. El Tribunal Constitucional se ha referido a que esa aprobación no es muestra de una relación de jerarquía, sino de coordinación, una coordinación que se realiza mediante “un doble mecanismo: la integración de voluntades y actividades afectadas en el procedimiento de elaboración del plan, que corresponde llevar a cabo a las Comunidades Autónomas competentes en relación con las cuencas intracomunitarias, y un acto final de aprobación por el Gobierno mediante el cual se coordina la decisión de aquéllas con las peculiares exigencias de la política hidráulica, a las que antes se ha hecho referencia” (STC 227/1988 citada, fundamento jurídico vigésimo).

Por el contrario la actividad de aprobación del Gobierno de los Planes Hidrológicos intercomunitarios se realiza con más libertad en el ámbito de una relación cuasi jerárquica dado que las Confederaciones Hidrográficas -que son quienes habrán formado estos Planes- aun configuradas con personalidad y autonomía, dependen del Gobierno. Ello se prueba si se tiene en cuenta que el TRLA sólo pone al Gobierno el límite del “interés general” (art. 40.5 TRLA).

3. Las relaciones entre los Planes.

Clasificaré estas relaciones en verticales y horizontales.

-Relaciones verticales son las que existen entre el Plan Hidrológico Nacional y los Planes de cuenca. Entre ellas podemos distinguir algunas que son manifestación de un puro principio de jerarquía y otras encuadrables dentro de una relación de coordinación.

Como ejemplos de jerarquía podemos señalar lo regulado en el art. 45.3 TRLA según el cual la aprobación del Plan Hidrológico Nacional

implicará la adaptación de los Planes de cuenca a las previsiones de aquél a lo que el art. 86.4 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007, en lógica congruencia con la transposición de la DMA, añade que también deberá tener lugar la adaptación de los programas de medidas. El art. 90.4 del mismo Reglamento indica que los Planes Hidrológicos de cuenca quedarán en suspenso en aquellas determinaciones que sean contradictorias con las del Plan Hidrológico Nacional, debiendo iniciarse el correspondiente proceso de adaptación.

Igualmente es muestra de una relación jerárquica entre el Plan Hidrológico nacional y los Planes de cuenca el criterio de aprobación previsto en el art. 40.6 TRLA, que supone que no puede existir esa aprobación si los Planes de cuenca no son conformes con el Nacional.

No sólo puede darse la relación de jerarquía -con las obligaciones de respeto y adaptación vistas- entre Plan Hidrológico Nacional y Planes Hidrológicos de cuenca, sino que el primero opera respecto a los segundos como instrumento de coordinación. Así lo indica el art. 45.1 TRLA insistiendo el art. 3 del RD 1664/1998, de 24 de julio, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de cuenca, en ese aspecto de coordinación.

-Igualmente existen entre los Planes de cuenca unas relaciones que podríamos denominar horizontales en contraposición a las verticales. Estas relaciones se basan en la presunta independencia de los Planes de cuenca entre sí en cuanto que se aplican a ámbitos territoriales diferentes. No obstante, es obvio que algunas determinaciones de los Planes sólo podrán ser realizadas en función de la utilización de recursos de otras cuencas y, por ello, el trasvase de recursos hidráulicos entre cuencas hidrográficas es posible, pero como determinación del Plan Hidrológico Nacional y no como libre opción de los Planes de cuenca [cfr. art. 45.1.c) TRLA].

4. El problema de su prioridad temporal.

Nada está previsto en el TRLA acerca de qué Planes deban realizarse primero y, por tanto, habría sido posible optar por cualquier posibilidad: realizar primero los Planes Hidrológicos de cuenca y a continuación el Nacional o justamente lo contrario.

No es una cuestión, pues, de vinculatoriedad jurídica sino de conveniencia y, muy probablemente sobre todo, de posibilidad cierta de

realizar la planificación. Durante la época de primer gobierno socialista (que se extendió de 1982 a 1996) hubo una opción expresa por comenzar realizando el Plan Hidrológico Nacional que incluso llegó a formularse a nivel de anteproyecto (1992). Posteriormente el Senado acordó (1994) que los Planes Hidrológicos de cuenca precedieran al Nacional y el Gobierno popular (1996-2004) optó por la previa aprobación de los Planes Hidrológicos de Cuenca.

Conforme a esas directrices, se aprobaron en la época de gobierno popular los Planes Hidrológicos de cuenca mediante el RD 1664/1998, de 24 de julio. Los Planes aprobados son todos los llamados intercomunitarios (los de competencia estatal) más el Plan Hidrológico de las cuencas intracomunitarias de Cataluña (formado por la Administración hídrica de la Comunidad Autónoma de Cataluña)¹³⁹. Con posterioridad se ha aprobado el Plan Hidrológico de las Illes Balears (RD 378/2001, de 6 de abril) y el Plan Hidrológico de Galicia Costa (RD 103/2003, de 24 de enero) y también fueron aprobados diversos Planes de distintas de las Islas Canarias por el Gobierno canario en función de su legislación privativa¹⁴⁰. No obstante esa aprobación, en el texto del Real Decreto 1664/1998 se contienen algunas menciones que hacen pensar en una cierta eficacia diferida o modificable de algunas determinaciones de estos Planes Hidrológicos. Así:

-se dispone que estos Planes deberán adaptarse a los criterios de coordinación que fije el Plan Hidrológico Nacional especialmente en cuanto al establecimiento de un sistema de explotación único por Plan, a la identificación y delimitación de las unidades hidrogeológicas compartidas entre dos o más cuencas y a la metodología para homogeneizar los procedimientos y técnicas para fijar las demandas consolidadas y los balances de recursos y demandas (art. 3).

-se prevé que se elabore un texto único en el que se recojan de forma

139 La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 ha anulado algunas determinaciones del Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo y lo mismo en relación al Plan Hidrológico de la cuenca del Júcar ha hecho la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004, de singular importancia en el plano de lo general y a cuyo significado ya me he referido en nota anterior. Debe igualmente tenerse en cuenta el RD 201/2002, de 18 de febrero, por el que se aprueba la modificación del Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro (BOE. n. 50, de 27 de febrero)

140 Vid., así, la aprobación del Plan Hidrológico de Tenerife por D. 319/1996, de 23 de diciembre, el de Gran Canaria por D. 82/1999, de 6 de mayo, el de Fuerteventura por D. 81/1999, de 6 de mayo, el de La Palma por D. 166/2001 de 30 de julio y el de Lanzarote por D. 167/2001, de 30 de julio.

sistemática y homogénea las determinaciones de contenido normativo incluidas en los diferentes planes. Dicho texto deberá ser publicado en el plazo de nueve meses tras la entrada en vigor del Real Decreto.

De conformidad con esta última previsión se han publicado las normas de los Planes Hidrológicos de Cuenca, el elemento representativo del carácter normativo de los Planes que luego referiré¹⁴¹ aprobándose el Plan Hidrológico Nacional, finalmente, por la Ley 10/2001.

5. El contenido de los Planes hidrológicos.

La diferenciación entre el ámbito territorial de los Planes hidrológicos se traslada también al plano de su contenido. El art. 42 TRLA (reformado tras la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) refiere el contenido de los Planes Hidrológicos de cuenca y el art. 45 TRLA el del Plan Hidrológico Nacional. Es claramente advertible en el nuevo art. 42 que en el mismo tiene un evidente peso el elemento “informativo” de los Planes y que su aspecto “normativo” —que es una de las líneas directrices de este trabajo— pasa algo desapercibido en ese momento debiendo acudir al conjunto de la letra del TRLA —y no sólo a este precepto— y al mismo espíritu de la planificación hidrológica surgida en 1985 (de la que es buena muestra la narración de preceptos que se contienen en el apartado II de este trabajo), para defender su naturaleza jurídica normativa. Sobre esta básica cuestión vuelvo en el último apartado.

IV) EFECTOS DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS.

La aprobación de los Planes Hidrológicos puede tener unos efectos que estudio sucesivamente:

141 Los datos son los siguientes: Edicto de 16 de marzo de 1999 (Plan Hidrológico de las Cuencas Internas de Cataluña, DOGC de 25 de mayo); Orden de 13 de agosto de 1999 (Plan Hidrológico de la Cuenca del Guadalquivir, BOE de 27 de agosto); Orden de 13 de agosto de 1999 (Planes Hidrológicos de las Cuencas Norte I, II y III, BOE de 27 de agosto); Orden de 13 de agosto de 1999 (Plan Hidrológico de la Cuenca del Segura, BOE de 27 de agosto); Orden de 13 de agosto de 1999 (Plan Hidrológico de la Cuenca del Duero, BOE de 28 de agosto); Orden de 13 de agosto de 1999 (Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar, BOE de 30 de agosto); Orden de 13 de agosto de 1999 (Planes Hidrológicos de la Cuenca del Guadiana I y II, BOE de 31 de agosto); Orden de 13 de agosto de 1999 (Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro, BOE de 16 de septiembre). Orden de 6 de septiembre de 1999 (Plan Hidrológico de la Cuenca del Sur, BOE de 17 de septiembre). El BOE de 27 de enero de 2.000 publica las correcciones de errores de diversas normas de las referenciadas en el apartado anterior.

1. Publicidad.

La palabra publicidad puede tener dos contenidos:

-Publicidad formal, como obligatoriedad de publicación en un Diario Oficial de los Planes Hidrológicos.

-Publicidad como derecho a la consulta de los Planes y su contenido documental, materia que podríamos tratar bajo la expresión publicidad material.

En cuanto a la publicidad formal, hay que notar que existe un silencio sobre la cuestión tanto en el TRLA como en el RAPA. El art. 40.4 TRLA y el art. 90 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007 indican, simplemente, que “los Planes Hidrológicos serán públicos”, expresión que parece más bien vinculable al segundo de los conceptos de publicidad manejados, el de publicidad material.

Esta publicidad formal ha sido cumplida mediante la publicación de las normas de los Planes Hidrológicos de cuenca en diversos Diarios Oficiales cuyas referencias se han indicado en el apartado anterior. El Plan Hidrológico Nacional, en conformidad con su aprobación por Ley, ha sido publicado en el BOE.

En cuanto al segundo aspecto de la publicidad, la publicidad material, ya el “viejo” artículo 115 RAPA de 1988 regulaba el “libre acceso (de los particulares) a la documentación que los integra” normativa que hoy aparece al máximo nivel posible en el derecho al acceso a los documentos administrativos regulado en el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común y, sobre todo, en los arts. 10-14 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE)

2. La legitimación de expropiaciones.

La legitimación de expropiaciones debe referirse, lógicamente, a la realización de las obras hidráulicas y a las fases que pueden precederla. Este efecto está previsto en el art. 44.2 TRLA al advertir que “la apro-

bación de los Planes Hidrológicos de cuenca implicará la declaración de utilidad pública de los trabajos de investigación, estudios, proyectos y obras previstos en el Plan” y en su desarrollo en el art. 91 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007. De la misma forma, la inserción de obras hidráulicas en el Plan Hidrológico Nacional, implica la declaración de utilidad pública tal y como se ha cuidado de decir expresamente el art. 36.5 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

3. Vinculación sobre la actividad de los particulares.

Hay un efecto general de los Planes que es su capacidad de vincular la actividad de los particulares y de las Administraciones Públicas. A él se refiere el art. 40.4 TRLA cuando indica que los Planes son públicos “y vinculantes sin perjuicio de su actualización periódica y revisión justificada”. Este efecto general de vinculación tiene diversas manifestaciones: la necesidad de respeto -o de adaptación, en su caso- de los Planes Hidrológicos de cuenca al Plan Hidrológico Nacional que hemos contemplado anteriormente; la necesidad de adecuación de la actividad de las Administraciones Públicas a la planificación aprobada que estudiaré en el apartado siguiente y lo que ahora me interesa, el efecto de vinculación sobre los particulares, no nombrado expresamente en la TRLA pero perfectamente comprensible dentro de la expresión general del art. 40.4 TRLA.

La vinculación a los particulares y a su actividad se desprende de forma completamente lógica del carácter normativo de los Planes hidrológicos. No hay sólo, pues, efectos internos dentro de las propias Administraciones Públicas que serían concordantes con un presunto carácter de instrumento interno, también, de los Planes. Por el contrario, la naturaleza normativa de los Planes lleva en sí misma el mandato de respeto por todos cuantos desarrollen su actividad en el ámbito material y territorial regulado por el Plan. Esa vinculación sobre los particulares tendrá lugar, en ocasiones, mediante un acto de intermediación de la Administración Pública -ejemplo, el otorgamiento de una concesión- pero en otras habrá un efecto directo sin actividad de la Administración Pública, por ejemplo en el respeto que deberán mostrar en relación disposiciones sobre perímetros de protección o determinados usos comunes de las aguas, o en la misma

planificación de la actividad económica de los particulares: decisiones sobre localizaciones industriales que precisan de un agua que no aparece prevista en el Plan...

Probablemente el TRLA y en su desarrollo el art. 90.1 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007, no han querido referirse expresamente e insistir en este punto de la vinculación en cuanto que en esos mismos textos, por el contrario, se contiene expresamente el mandato de que los Planes “no crearán por sí solos derechos en favor de los particulares” (del art. 40.4 TRLA) sin perjuicio de las indemnizaciones en caso de revisión de concesiones tras la aprobación de un Plan a que se refiere el art. 65 TRLA y el art. 90.3 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007. Evidentemente, no es lo mismo producir derechos que vincular actividades, pero quizá estriba en la razón apuntada el silencio de la TRLA sobre la vinculación.

En cualquier caso la referencia a los derechos de los particulares y a la imposibilidad de su nacimiento por la aprobación de los Planes Hidrológicos nos sitúa ante uno de los temas clásicos de la planificación administrativa. Es común encontrar en la normativa textos como el citado del art. 40.4 TRLA y de la misma forma hay doctrina que refrenda dicha dicción. No obstante, existe también importante doctrina que cuestiona el dogma de la producción de derechos por efecto de la planificación administrativa, y en el ámbito que tratamos, la planificación hidrológica, se dan elementos normativos importantes como para que se pueda también cuestionar la validez de la aplicación general del referido dogma.

Entre estos elementos podemos citar algún precepto de la normativa reglamentaria desarrolladora del TRLA. Por ejemplo el art. 77.2 RAPA que dispone la inscripción en el Registro de Aguas a nombre del Organismo de cuenca, de las reservas de recursos contenidas en el mismo Plan. Estas inscripciones se van cancelando a “medida que se vayan otorgando las correspondientes concesiones”. De alguna forma, por tanto, se está reconociendo, si no el nacimiento de un derecho, sí una expectativa al aprovechamiento del caudal reservado por el Plan en las condiciones que el mismo Plan y la normativa de aguas indiquen. Una expectativa que, obviamente, sólo podrá ser ejercitada por quien cumpla las condiciones reguladas y que le habilitará para reaccionar contra cualquier actividad del Organismo de cuenca desconocedora del sentido de la reserva, incluso

contra la misma inactividad material de éste.

En esta última frase debe ponerse el acento cuando se trata de hablar de derechos de los particulares derivados del Plan. En efecto, nos hemos referido hace un momento al carácter vinculante del Plan, carácter vinculante para la Administración Pública -no sólo para los particulares- que lleva al ordenamiento a indicar que “las resoluciones de los Organismos de cuenca y de cualquier otra Administración Pública en materias relacionadas con los Planes Hidrológicos deberán ajustarse a los términos de los mismos” (art. 90.2 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007). Sin duda se está reconociendo con esta expresión la vigencia de un principio de inderogabilidad singular también en el ámbito de la relación Plan Hidrológico-actividad singular de la Administración Pública que, en lo que ahora nos interesa, abriría la posibilidad de reaccionar contra los actos del organismo de cuenca desconocedores del Plan. Una infracción, por ejemplo, del sentido de las reservas de los recursos contenidas en el Plan -agua para ser suministrada a futuras tierras transformables en regadío- daría posibilidad a regantes expectantes a recurrir contra concesiones de ese recurso hechas para aprovechamientos industriales o, incluso, contra el silencio producido en su petición de la correspondiente concesión. De la misma forma, una actividad de algún particular infractora de, por ejemplo, niveles de calidad de las aguas contenidos en el Plan, habilitaría a los perjudicados -regantes o poblaciones de aguas abajo- para denunciar e, incluso, instar ante los Tribunales el fin de la actuación contra Plan.

El “derecho de los particulares” estribaría, entonces, en la legítima pretensión -tutelable por los Tribunales- a que los Planes Hidrológicos se cumplieran conforme a sus prescripciones y a que la propia Administración Pública no llevara a cabo ninguna actividad contra los mismos o, simplemente, no los aplicara en las condiciones establecidas. En ese sentido, las posibilidades impugnatorias son hoy facilitadas por la dicción constitucional sobre los “legítimos intereses” tutelables ante los Tribunales concebida como parte del derecho fundamental a la tutela judicial (art. 24 CE) y su interpretación flexible por los Tribunales, y la existencia de preceptos tales como el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual “los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se

reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”. Este precepto, de potencialidad todavía desconocida en nuestra práctica jurídica puede ser particularmente importante en la materia que tratamos, donde los intereses colectivos y la acción de grupos, incluso sin personalidad jurídica, pueden ser los más significativos en el estadio previo al nacimiento efectivo de un “derecho” derivado, por ejemplo, de una concesión.

Creo excesivo, por tanto, el partir acriticamente de la dicción legal de la falta de nacimiento de derechos por la aprobación de los Planes y mucho más ajustado, por el contrario, fundamentar esos derechos en el contenido mismo de los Planes, en su necesario respeto por los particulares y la Administración, y en el mismo control de la discrecionalidad de la actuación de la Administración que se produce por el sometimiento de la actividad de ésta a unas pautas regladas que son las contenidas en el Plan. En ese sentido me parecen criticables las opiniones doctrinales negadoras de las posibilidades controladoras jurisdiccionales sobre la aplicación y eficacia de los Planes. Bien es verdad, en última instancia, que en este tema del control judicial de la aplicación de los Planes administrativos y de la misma exhibición, y reconocimiento, de ese derecho por los particulares nos encontramos todavía en los comienzos de un camino en el que los Tribunales y la doctrina tienen mucho que decir.

4. Vinculación sobre la actividad de las Administraciones Públicas.

A) El punto de partida: consideración especial de la Planificación Hidrológica.

El efecto de los planes de vincular la actuación de la Administración Pública está contenido en un artículo ya citado, el 90.2 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007 que desarrollando el efecto general de vinculatoriedad del art. 40.4 TRLA, se refiere a la necesidad de que las resoluciones de los organismos de cuenca y de cualquier otra Administración Pública en materias relacionadas con los Planes Hidrológicos

deban ajustarse a los mismos. Esta dicción la he considerado anteriormente derivada del principio de inderogabilidad singular de la norma en función de la naturaleza normativa de los Planes.

Una consecuencia específica de esa primacía del Plan es contenida en el mismo TRLA cuando el art. 30.2 habilita al Presidente del Organismo de cuenca a impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos y acuerdos de los órganos colegiados del Organismo que constituyan infracción de Ley o no se ajusten a la Planificación Hidrológica. La impugnación tiene el efecto de producir por sí misma la suspensión del acto o acuerdo, aunque el Tribunal debe ratificarla o levantarla en un plazo no superior a treinta días.

Este punto de partida general es clara muestra de la voluntad del TRLA de otorgar una posición particular en el ordenamiento jurídico a los Planes Hidrológicos, pero, no obstante, los preceptos citados no sirven para solucionar todos los problemas jurídicos que puedan presentarse en cuanto que debe tenerse también en cuenta la cuestión del contenido de los Planes Hidrológicos y su posible exceso entrando en áreas de competencia de otras Administraciones y las mismas competencias de éstas derivadas de otros títulos jurídicos en materias fronterizas a las del agua. En particular, en un Estado compuesto como el nuestro, donde existen entidades políticas distintas del Estado -las Comunidades Autónomas- con capacidad legislativa y títulos competenciales importantes donde ésta puede ser desarrollada -ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente- y donde hay también entidades públicas distintas del Estado -Comunidades Autónomas, municipios- que pueden desarrollar una actividad de planificación sobre el territorio que afecta necesariamente a las aguas continentales, es necesario tener en cuenta esa realidad a fin de observar una máxima precaución en las relaciones que puedan establecerse entre la planificación hidrológica y normativas y planificaciones fronterizas a ella.

B) La planificación territorial y urbanística y su relación con la Planificación Hidrológica.

Eso sucede en las relaciones que puedan existir entre la planificación del

territorio y la urbanística y la planificación hidrológica. La primera suele ser confiada a las Comunidades Autónomas como tarea propia o como actividad de control sobre la realizada por los Municipios. La Planificación Hidrológica, por el contrario, es competencia del Estado excepto en las cuencas intracomunitarias al margen de su acto de aprobación final realizado por el Gobierno y configurado como actividad de coordinación tal y como se ha estudiado anteriormente.

Quiere ello decir que en los supuestos en que un mismo ente sea el titular de todas las planificaciones -lo que sucederá cuando éstas se ubiquen en la Comunidad Autónoma en el caso de las cuencas intracomunitarias-, las relaciones y la coordinación entre las planificaciones serán un tema de puro procedimiento administrativo, de interconexión entre los distintos Departamentos autonómicos que intervengan en la actividad planificatoria. La problemática jurídica surgirá, por el contrario, cuando los titulares de la planificación sean distintos -Estado y CCAA- y distintas también las determinaciones que puedan existir en los diversos planes.

Una primera solución al problema planteado consistiría en hacer imposible su mismo nacimiento, en actuar en la fase de elaboración de los distintos Planes de tal forma que los órganos planificadores conocieran y tuvieran en cuenta tanto las previsiones existentes en Planes ya aprobados como las que se están manejando en aquellos procesos de elaboración de Planes que corren paralelos en el tiempo. Es ésta una postura deseada doctrinalmente y para la que existen también distintas técnicas en la misma legislación de aguas.

Entre estas técnicas podríamos referirnos a la misma existencia de órganos planificadores o informadores, como el Consejo Nacional del Agua o los Consejos del Agua de las demarcaciones hidrográficas, en cuya composición entran representantes tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. Igualmente, en el procedimiento de elaboración de los Planes -establecimiento de directrices, información pública, distintos informes etc..., hasta llegar a la aprobación final-, hay oportunidad para la consideración de distintas planificaciones que puedan afectar a la Planificación Hidrológica. En particular debe observarse cómo en la legislación de aguas hay mandatos específicos para que se considere en la Planificación hidrológica otro tipo de planificación; así podemos citar el art. 14.1 a) del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007, que indica que para

el cálculo de las demandas actuales y previsibles sobre abastecimiento de poblaciones hay que tener en cuenta lo que digan los planes urbanísticos o, incluso, la misma dicción del art. 20.1.d) del TRLA, que manda informar al Consejo del Agua sobre aquellos “planes y proyectos de interés general de ordenación agraria, urbana, industrial y de aprovechamientos energéticos o de ordenación del territorio en tanto afecten sustancialmente a la planificación hidrológica o a los usos del agua”, precisando el artículo 21.1 RAPA de 1988 que la afeción sustancial existe cuando la ejecución de esos Planes exige la revisión de los Planes hidrológicos.

Este último conjunto normativo citado es del máximo interés en cuanto es muestra de una voluntad de la legislación de aguas de no sentar, por principio, la primacía del Plan Hidrológico sobre otro plan cualquiera. Estos últimos pueden primar sobre el Plan Hidrológico, pero para que ello pueda ser realidad debe necesariamente cumplirse un trámite procedimental: que informe el Consejo Nacional del Agua con independencia de la autoridad -estatal, autonómica o, incluso, municipal- que resulte competente para su aprobación.

La cuestión se planteará, entonces, si aun con un informe negativo del Consejo Nacional del Agua, la autoridad competente insistiera en la aprobación de su Plan o, aun sin informe por no haberse enviado al Consejo, resultara la existencia de un Plan incompatible en su realización con las prescripciones de un Plan hidrológico. En suma, el TRLA ha configurado al Consejo nacional del Agua como un órgano consultivo con competencias cuasi universales en cuanto haya algo que roce la protección o utilización de las aguas y su regulación en los Planes Hidrológicos y ello, no cabe duda, es un elemento interesante para la resolución de la problemática que apuntamos.

C) La cuestión del límite en el contenido de los Planes Hidrológicos. La primacía de los criterios de protección ambiental.

Hasta ahora y en el recorrido normativo que se va haciendo en este epígrafe, vamos notando una clarísima tendencia de la normativa por la preferencia de los Planes Hidrológicos en el conflicto con otras Planificaciones o competencias de otras Administraciones Públicas o, incluso, en caso de que la misma Planificación Hidrológica pueda ceder, al necesario

informe de órganos regulados por la legislación de aguas en el procedimiento de elaboración de la planificación a la que, finalmente, se otorgará primacía sobre la de aguas.

Sin embargo, lo anteriormente dicho debe entenderse como conclusión asentada a título provisional y necesitada de alguna matización nueva. Esa matización se va a derivar del examen del artículo 43 del TRLA (41 en la redacción original en 1985 de la Ley de Aguas) y de su interpretación por el Tribunal Constitucional.

El art. 43 TRLA en una primera consideración, parecería ser decisivo a la hora de firmar la primacía del Plan Hidrológico sobre otros instrumentos planificadores. En efecto, su párrafo primero establece la posibilidad de que los Planes Hidrológicos de cuenca establezcan reservas de agua y de terrenos necesarios para las obras y actuaciones previstas en el mismo Plan. Su párrafo segundo indica que los Planes Hidrológicos recogerán las clasificaciones de las zonas que hayan sido declaradas de protección especial de acuerdo con la legislación ambiental. Por fin, el párrafo tercero indica que las previsiones de los Planes hidrológicos deberán ser respetadas en los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio. En este párrafo es donde podría fundarse la primacía indiscriminada del Plan sobre cualquier otro instrumento planificador.

Sobre ello deben decirse algunas cosas. En relación, en primer lugar, a las zonas protegidas por criterios ambientales, lo que estrictamente indica el art. 43.2 TRLA es la obligación del Plan Hidrológico de recoger las zonas declaradas conforme a la legislación ambiental. Se produce, por tanto, una cadena del siguiente tenor: zona protegida por la autoridad ambiental....recogida en el Plan Hidrológico....que vincula a los instrumentos de ordenación urbanística. Son los criterios ambientales, por tanto, los que priman y ellos mismos tendrían preferencia, por otra parte, y deberían ser recogidos en los instrumentos urbanísticos con independencia de la ausencia del Plan Hidrológico. Dice así el TC:

“Lo que la Ley impugnada ordena en este punto es que, cualquiera que sea la entidad administrativa competente para realizar la referida declaración de protección especial, cuestión sobre la que no es preciso añadir nada ahora, dicha declaración vincula el contenido de los planes hidrológicos y debe, por tanto, “recogerse” o incluirse en los mismos, con la obligada consecuencia de que tales reglas tuitivas del demanio hídrico deben ser

respetadas a su vez por los diferentes instrumentos de ordenación del territorio (art. 41.3). Por consiguiente, en la medida en que no prejuzga la distribución de competencias sobre la declaración de zonas, cuencas o tramos de protección especial, el art. 41.2 de la Ley tampoco puede ser tachado de inconstitucional”. [STC 227/1988, fundamento jurídico 20 e) debiendo tenerse en cuenta que el art. 41.3 citado lo es en la numeración de la original Ley de Aguas de 1985].

Por otra parte, ante la posibilidad de que el criterio de prevalencia del art. 43.3 TRLA pudiera extenderse, por lo amplio de la expresión legal, hasta cuestiones ajenas al mismo objeto de los Planes Hidrológicos, el Tribunal Constitucional ha debido llevar a cabo una interpretación legal del precepto que, partiendo de su aceptación en cuanto se refiere a la reserva de aguas, ya que el dominio público y su aprovechamiento es siempre título preferente, restringe la primacía del Plan en el caso de reservas de terrenos si estas reservas se excedieran de lo estrictamente necesario para realizar las infraestructuras básicas requeridas por el Plan Hidrológico. Dice así el TC:

“Nada hay que objetar a las reservas de aguas en cuanto que afectan al aprovechamiento de las mismas, que puede ordenar el Estado en las cuencas intercomunitarias. En cambio las reservas de terrenos afectan directamente a la planificación territorial, de competencia autonómica (...) en caso de conflicto, no puede considerarse legítima una reserva de terrenos prevista en un plan hidrológico estatal que afecte a un ámbito territorial superior al estrictamente necesario para realizar las infraestructuras básicas requeridas por el plan. Si, como antes se ha dicho, la programación de tales infraestructuras es una facultad inherente a las competencias sobre protección y aprovechamiento del dominio público hidráulico, también debe serlo la reserva de terrenos imprescindible para realizarlas; pero sólo en este supuesto la reserva de terrenos contenida en los Planes hidrológicos estatales puede vincular el ejercicio de las competencias de las CCAA sobre ordenación del territorio”.

V) NATURALEZA JURIDICA DE LA PLANIFICACION HIDROLOGICA.

Debo dedicarme ahora a razonar sistemáticamente y a sacar consecuen-

cias de algo que ya ha sido anticipado: los Planes Hidrológicos tienen naturaleza normativa. Esta naturaleza normativa va a traducirse en la equiparación de los Planes (en este caso me refero solo a los de cuenca) a normas reglamentarias y se deduce tanto de elementos formales de los Planes como de su mismo contenido material y efectos.

En cuanto a los elementos formales, son muestra de la naturaleza normativa reglamentaria de los Planes:

-Su procedimiento de elaboración, que recuerda en buena medida al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, en cuanto a la transparencia y publicidad que se denota (información pública).

-La publicación, que aparece como condición necesaria de validez y eficacia con una problemática jurídica que he contemplado en III) y a la que ahora me remito.

-Los Planes Hidrológicos tienen, como las normas, vigencia indefinida hasta tanto no se modifiquen o deroguen. No es óbice para ello que el ordenamiento indique que haya de procederse a una revisión cada seis años desde la fecha de su entrada en vigor (art. 89.2 del Reglamento de la Planificación Hidrológica), pues ello en modo alguno cuestiona la vigencia del Plan, que no cesa por el hecho de que no se proceda a esa revisión en el lapso de tiempo mandado.

-Los Planes se incorporan al ordenamiento jurídico. El artículo 90.2 del Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007 es una buena muestra de lo dicho cuando vincula las resoluciones singulares de los Organismos de cuenca y de las Administraciones Públicas al contenido de los Planes aprobados. Esta sujeción del acto es típica del carácter normativo del Plan y la hemos contemplado en este trabajo desde el punto de vista de otra consecuencia de la norma, el principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos.

En lógica consecuencia, las formas de control judicial de los Planes son típicas de los Reglamentos. Si los Planes de cuenca, por ejemplo, no respetan otra normativa o planificación superior, los actos de aplicación de esos Planes podrán ser recurridos alegando el vicio jurídico de la norma de que traen causa (cfr. sobre el particular lo que indica el art. 26 LJ).

Desde el punto de vista del contenido, de la materia regulada, es clara también la naturaleza normativa de los Planes. Sin duda alguna deberán tener las notas de abstracción y generalidad propias de la norma, en cuanto

la misma configuración que de ellos se hace en el TRLA implica la posesión de esas notas. Y ello porque el mecanismo que explica la relación TRLA-Planes Hidrológicos no es otro que el de la remisión normativa. Quien repase el TRLA -y lo puede hacer de la mano de la enumeración de preceptos que en este trabajo se contiene- podrá observar cómo el TRLA llama en múltiples ocasiones a los Planes para completar algunas de sus determinaciones, para aplicarlas de forma diferente según el territorio donde rija el Plan e, incluso, para permitir que los Planes Hidrológicos tengan un distinto contenido que el general regulado por el TRLA. Ello es clarísimo en el supuesto del artículo 60 TRLA -posibilidad de que los Planes Hidrológicos contengan distinto orden en los aprovechamientos que la propia TRLA- lo que es muestra, incluso, de una cierta deslegalización operada por el TRLA sobre alguna parte de su contenido. En efecto, por disposición del propio TRLA, se abre a una norma reglamentaria -los Planes- la regulación contradictoria de parte de la propia Ley, a la que, en ese sentido, se rebaja de contenido, se deslegaliza.

Desde el ángulo de los efectos, es también obvio el carácter expansivo, externo, de los Planes Hidrológicos. Su tendencia natural a crear vinculaciones sobre la actuación de los particulares y de las Administraciones públicas, e incluso, a fundamentar posibilidades impugnatorias de quienes observen una actuación contraria a los Planes de las Administraciones públicas que les perjudique en sus derechos e intereses, es típica de la norma jurídica. No es cierto, por tanto, que los Planes sean un mero ejemplo de instrucción administrativa como alguna doctrina dijo en su momento (GALLEGO ANABITARTE y otros, p. 665). Eso supone desconocer parte de las significativas, importantes, características con que el ordenamiento ha revestido a los Planes Hidrológicos y que hacen de esta técnica -hay que insistir otra vez en ello- un elemento imprescindible para el futuro Derecho de aguas en España.

VI) LA LEY 10/2001, DE 5 DE JULIO, DEL PLAN HIDROLOGICO NACIONAL Y SU MODIFICACIÓN POR EL REAL DECRETO LEY 2/2004, DE 18 DE JUNIO TRANSFORMADO EN LEY 11/2005, DE 22 DE JUNIO.

Como se ha dicho, el Plan Hidrológico Nacional fue aprobado por la

Ley 10/2001, de 5 de julio¹⁴² que es el último documento importante aparecido en materia de planificación y con el que concluye -provisionalmente y hasta que tengan lugar las labores de revisión que la planificación hidrológica de cuenca deberá sufrir para adecuarse a la DMA-, la labor de concreción de la planificación hidrológica originalmente regulada por la Ley de Aguas de 1985 debiendo advertirse que una parte importante del PHN, la relativa a la regulación de la transferencia desde la cuenca del Ebro a distintas cuencas mediterráneas, ha sido derogada por el Real Decreto Ley 2/2004, de 18 de junio que posteriormente ha sido derogado al transformarse en Ley 11/2005, de 22 de junio.

Efectivamente, la Ley 10/2001 mencionada tenía un contenido del que destacaba, sobre todo, la regulación de la transferencia mencionada. Eso se hacía bajo la expresión de la “previsión de nuevas transferencias ordinarias” (art. 13) y bajo la fórmula de la autorización para transferir “hasta” un determinado volumen expresado en Hm³ importando la suma final un total de 1.050 Hm³.

Conforme a lo previsto en el TRLA de que el Plan Hidrológico Nacional no solo tendría que regular la “previsión” de transferencias, sino también sus “condiciones” [art. 45.1.c)], la Ley 10/2001 regulaba las condiciones ambientales, técnicas, destinos de las aguas trasvasadas, organización, gestión, ejecución y explotación y régimen económico-financiero de las transferencias autorizadas (arts. 15-23 inclusive).

Constituían los anteriores artículos una muy compleja previsión normativa pero de la que destacaba sobremanera la continuada labor de remisión al Gobierno de la capacidad de adoptar decisiones en cuestiones fundamentales. Eso era singularmente resaltante en lo relativo a los “destinos” de las aguas trasvasadas (art. 17.7) y a determinadas formas de configurar las cuotas tributarias a pagar por los usuarios [art. 22.6.a) último inciso]. Es de notar con ello la interrupción de la tónica de regulación enteramente legal de los anteriores trasvases (vid., singularmente, lo relativo a la regulación del trasvase Tajo-Segura en sus leyes de 1971 y 1980), donde siempre se regularon específicamente los destinos de las

142 Modificado su art. 17 añadiéndosele un apartado segundo por la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social e igualmente derogado el apartado 1 a) de la disposición adicional décima por la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

aguas trasvasadas con indicación expresa de usos, beneficiarios y cantidades que se trasvasarían para esos usos.

La regulación legal, teniendo en cuenta la presumible resistencia de Aragón a la aceptación del trasvase, incorporaba lo que considera son garantías o compensaciones dirigidas fundamentalmente a esa Comunidad Autónoma. Por ejemplo, que no se utilizarán más embalses de la cuenca hidrográfica del Ebro para la regulación de las aguas a trasvasar que los de Mequinenza, Ribarroja y Flix [art. 16.2.c) y d)] y, sobre todo, se asume por la Ley (cfr. art. 36.3) la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 conocida como “Pacto del Agua” y que supondría la necesaria ejecución de una serie de obras hidráulicas en el territorio de esta Comunidad Autónoma. Desde consideraciones de política autonómica en general, creo que es la primera vez que una Ley del Estado eleva a su texto una resolución de un Parlamento territorial. No obstante, la fórmula garantizadora elegida para prever que antes de entrar en funcionamiento las obras del trasvase debían estar realizadas o en ejecución las obras del Pacto del Agua, era muy indeterminada.

En todo caso, todas estas previsiones han quedado derogadas por la iniciativa del nuevo Gobierno surgido tras las elecciones del 14 de marzo de 2004. En esa derogación algo tuvo que ver también la aparición unas semanas antes de las elecciones de distintos informes de órganos de la Comisión Europea que cuestionaban la regulación de la transferencia, sobre todo desde la perspectiva de las ayudas económicas solicitadas por el Gobierno español para su realización.

Por otra parte la Ley 10/2001 contiene una serie de decisiones sobre reservas hidrológicas, caudales ambientales, gestión de las sequías, protección del dominio público etc..., muy estimables la mayoría de ellas pero perfectamente encajables en una norma legal distinta del Plan Hidrológico Nacional 2001 que, como indico, tenía como objetivo fundamental la regulación de la transferencia de recursos hídricos desde la cuenca hidrográfica del Ebro a las cuencas del arco mediterráneo. Como elemento de “compensación” de la transferencia aparece también la previsión de un llamado Plan del Delta del Ebro (disposición adicional décima cuyo contenido ha sido definitivamente fijado por la Ley 11/2005, de 22 de junio, artículo único 15) que debería de haberse conocido en el plazo de un año según la Ley (hasta julio de 2002, por tanto), lo que no se ha cumplido puesto que aún se desconoce el contenido de este Plan.

Destaca también la existencia de un Anexo II dedicado a prever la realización de una prácticamente inacabable previsión de obras hidráulicas ordenadas por cuencas hidrográficas que según informaciones paralelas proporcionadas durante la tramitación de la Ley, llegarían a importar un volumen de obra superior a los cuatro billones de ptas. Ese Anexo ha sido incrementado en algunas obras por el Real Decreto Ley 2/2004 cit. y posteriormente por la Ley 11/2005, de 22 de junio.

VII) LA REVISIÓN DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA DE CUENCA Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL: LOS PROGRAMAS DE MEDIDAS Y SU RELACIÓN CON LOS PLANES HIDROLÓGICOS DE CUENCA.

Como ya he indicado en algunas ocasiones a lo largo del trabajo, es necesaria una consideración de la planificación hidrológica en nuestra legislación de aguas a la luz de las novedades surgidas tras la transposición de la DMA realizada por el art. 129 de la Ley 62/2003. Esa transposición está marcando una revisión de los Planes Hidrológicos de cuenca que debe entrar en vigor el 31 de diciembre de 2009 (disposición adicional 11ª, 6) pero, igualmente, la misma disposición se refiere a que los llamados “programas de medidas” deberán estar aprobados antes del 31 de diciembre de 2009, requiriéndose su actualización en el año 2015 y su revisión posterior cada seis años (disposición adicional 11ª 2). Estos programas de medidas tienen un precepto específicamente dedicado a ellos en el TRLA, el 92 quáter, con un contenido que en algunos puntos duplica lo relativo a lo reservado a los Planes hidrológicos de cuenca en el art. 42 artículo este último que, sin embargo, está vinculado ahora casi exclusivamente a la descripción de los elementos informativos que deben existir en la planificación hidrológica de cuenca.

Lo que resalta, entonces, de la transposición realizada (y que coincide, además, con lo previsto en la DMA) es el surgimiento de dos instrumentos formal y aparentemente distintos: los planes hidrológicos de cuenca y los programas de medidas. Como digo son dos instrumentos en principio disociables, con un contenido jurídico que está fundamentalmente centrado en los programas de medidas y más vinculado a los elementos informativos

en los planes hidrológicos de cuenca. Todo ello es reforzado con referencias autónomas en cuanto a las fechas de aprobación, entrada en vigor (se utilizan conceptos distintos, pero ello no tiene más consecuencias) en la disposición adicional undécima TRLA. ¿Quiere ello decir, entonces, que como consecuencia de la transposición de la DMA ha variado la consideración jurídica de la planificación hidrológica en nuestro derecho que ya no tendría una naturaleza jurídica normativa estando reservada dicha calificación para los llamados programas de medidas?

La respuesta que doy a esta cuestión se puede adivinar perfectamente desde la misma configuración de este trabajo, en el que partiendo de la transposición de la DMA en su primer apartado, no he dudado en dar a la planificación hidrológica a través de todo él la misma consideración normativa que le otorgué desde el primer trabajo (EMBED 1991) que he dedicado a esta cuestión.

Y es que no deben sacarse consecuencias jurídicas (como hace CARO PATÓN 2006 que se refiere a la transformación de la naturaleza de los Planes por dicha transposición) de una tan zafia transposición de la DMA como la que se realizó en 2003 en la Ley de “Acompañamiento” a los Presupuestos Generales del Estado, mediante una enmienda en el Senado, en el último momento de la tramitación parlamentaria y sin la más mínima ocasión para una discusión ni política ni técnica sobre el contenido de dicha enmienda. La transposición de la DMA fue realizada de forma literal, copiando, sin más, los preceptos de la misma y repartiéndolos aleatoriamente, como en la tradicional forma de sembrar, a lo largo del TRLA. Con las consecuencias que pueden imaginarse de tan poco meditada forma de realizar las cosas. Algunos preceptos resultan duplicados, otros son incomprensibles y de todo ello resulta, entre otras cosas, la lógica confusión entre el ámbito de los programas de medidas y de los Planes Hidrológicos de cuenca con el consiguiente problema de su distinción o consideración conjunta.

No cabe otra solución que, en tanto que llegue la cada día más necesaria reforma global de la legislación de aguas española, postular una concepción “tradicional” (o sea, normativa) de la planificación hidrológica de cuenca en España dentro de la cuál deberán insertarse los contenidos de los Programas de medidas. En esa inserción deberá tenerse particular cuidado en los aspectos competenciales, pues como bien advierte el art.

92 quáter 4, puede haber distintas Administraciones competentes para su establecimiento, lo que indica que en el caso de que nos encontremos ante un Plan hidrológico de competencia de la Administración del Estado y que una Administración autonómica sea la competente para establecer determinadas medidas, ella deberá proceder autónomamente a su aprobación (y publicación y ejecución etc...) sin perjuicio de la necesaria coordinación que habrá debido existir para su formación y, desde luego, de la coordinación general de dichas medidas con el conjunto del plan hidrológico de cuenca en el que –no hay ningún inconveniente para ello– podrá haber una referencia puramente informativa, a esas medidas aprobadas por una Administración distinta a la del Estado.

Todo lo que indico quiere decir, como primera conclusión y entre otras muchas cosas, que en este momento ya pueden estar aprobándose “medidas” (básicas o complementarias) por las Administraciones competentes para ello en tanto en cuanto estén orientadas a la realización de los objetivos medioambientales que señala el artículo 92 bis del TRLA. Y que esas medidas, finalmente, deberán aparecer resumidas y, probablemente, acompañadas de otras nuevas, con ocasión de la aprobación de la revisión de los Planes hidrológicos de cuenca actualmente vigentes.

Porque, en suma, la experiencia de la vida planificadora española (que ya se extiende a casi una década desde la aprobación de la mayor parte de los Planes Hidrológicos de cuenca en 1998) es globalmente positiva sin perjuicio de la existencia de algunos defectos y problemas que habrán de corregirse, obviamente. No debe echarse por la borda, pues, tal experiencia positiva por el mero hecho de que el Legislador (sic) de 2003 no cumpliera sus tareas con la mínima seriedad exigible y, por el contrario, creara gratuitamente una confusión a la que la doctrina no debería dedicar excesiva atención por su futilidad. Queda tiempo para el remedio de los problemas y, sobre todo, para proceder a la revisión de unos planes hidrológicos de cuenca presidida por las ideas de transparencia y participación ciudadana que, esas sí, recoge nuestro ordenamiento jurídico en ajustada transposición a los correspondientes presupuestos de la DMA.

Nota Bibliografica

BERMEJO VERA J. (dir.) (1995) “Constitución y planificación hidrológica”, Civitas, Madrid.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel (2006), “La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 9, pp. 37 y ss.

DELGADO PIQUERAS F. (2004), “La transposición de la Directiva marco de aguas en España”, *RAP* 165, pp. 181-213.

EMPID IRUJO, A. (1991), “La Planificación hidrológica. Régimen jurídico”, Tecnos, Madrid.

EMPID IRUJO A., (dir.) (1993), “El Plan Hidrológico Nacional”, Civitas, Madrid.

EMPID IRUJO A. (dir.) (1999), “Planificación hidrológica y política hidráulica”. (El Libro Blanco del Agua), Civitas, Madrid.

EMPID IRUJO A (2006), “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, pp. 429-455.

FANLO LORAS A. (2004), “La sorpresiva e inesperada anulación por el Tribunal Supremo del Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar: comentario crítico de urgencia”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 17, pp. 13-32.

FANLO LORAS A. (2006), “Planificación hidrológica en España: estado actual de un modelo a fortalecer”, *RAP* 169, 2006, pp. 265-299 y también en “Derecho de aguas”, Fundación Instituto Euromediterráneo del agua, Murcia, pp. 567-607.

GALLEGO Isabel, (2005) “Crónica de una declaración de invalidez anunciada: la STS de 20 de octubre de 2004, que anula parte del Plan Hidrológico del Júcar”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 3 de marzo.

GALLEGO ANABITARTE A., MENÉNDEZ REXACH A, DIAZ LEMA J.M. (1986), “El derecho de aguas en España”, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid.

GARCIA URETA A. (2006), “Planificación hidrológica, planificación de conservación de la naturaleza y otros requisitos ambientales exigibles a la

planificación”, en “Derecho de Aguas”, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, pp.609-644.

GARRIDO CUENCA N., ORTEGA ALVAREZ L. (2005), “La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 que anula el Plan Hidrológico del Júcar. Una decisión clarificadora sobre la distribución competencial en materia de aguas”, RAP 167, pp. 195-221.

GONZALEZ IGLESIAS M. (2004), “Planificación y aguas públicas: El Plan Hidrológico Nacional”, Atelier, Barcelona.

GONZALEZ PEREZ, J. (1991), “El Plan Hidrologico Nacional”, RAP, 126.

MELGAREJO MORENO, J., MOLINA GIMÉNEZ, A., BLANES CLIMENT, M.A., (2005) “Análisis jurídico-económico de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004, 8004) por la que se anulan diversos artículos del Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, 7.

ORTIZ DE TENA M^a del C. (1994), “Planificación hidrológica”, Marcial Pons, Madrid.

SANCHEZ MORON M. (1990), “Planificación hidrológica y ordenación del territorio”, RAP 123.

O PLANEJAMENTO HIDROLÓGICO NO BRASIL

Mariana de Siqueira

I. Considerações Iniciais II. A Gestão das Águas no País. III. O Planejamento Hidrológico Nacional: Instrumento de Gestão do Uso da Água. IV. Considerações Finais. Referências.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A água, recurso natural indispensável à vida humana na Terra, frente à crise que a assola, resultado de sua má utilização pelo homem ao longo dos últimos séculos, tem ocupado papel de destaque nas discussões políticas contemporâneas.

Apenas 0,6 % da quantidade total de água existente na Terra encontra-se sob a forma de água doce; 97,2% encontra-se sob a forma salgada; 2,1 % concentra-se na neve e gelo e 0,1% sob a forma de vapor d'água. Do total de água doce existente no mundo, 1,2% concentra-se em rios e lagos e 98,8% como águas subterrâneas ou aquíferos.¹⁴³

O Brasil, país de dimensões continentais da ordem de 8. 547. 403, 5 km², possui em seu território parte de uma das maiores reservas subterrâneas de

143 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07.

água doce do mundo, o Aquífero Guarani.¹⁴⁴ Tal aquífero se distribui por 840.000 km² do território nacional, sendo responsável por abastecer, de forma total ou parcial, mais de quinhentas cidades do país.¹⁴⁵

Acresce-se ao fato acima exposto, enquanto relevante elemento hidrológico nacional, a bacia amazônica, maior bacia hidrográfica do planeta, com 6.100.000 km², abrangendo mais da metade do território nacional.¹⁴⁶

Estudos revelam possuir o Brasil cerca de 12% da disponibilidade mundial de recursos hídricos; o que, por sua vez, corresponde a 1,5 milhão de m³/s e a 44.000 km³/ano.¹⁴⁷

O território nacional, apesar do privilégio de possuir em abundância um recurso tão relevante para presença da vida humana na terra, apresenta problemas quanto à irregularidade na distribuição de seus recursos hídricos e, ainda, quanto à poluição dos mesmos.

A bacia amazônica, por exemplo, concentra 72% do potencial hídrico nacional; no âmbito regional, o Nordeste concentra apenas 3% de tal potencial, o Centro-Oeste 15%, o Norte 70% e o Sul e Sudeste 12%.¹⁴⁸

Em se tratando da região Nordeste, soma-se ao problema da pequena concentração de recursos hídricos, a escassez de chuvas e a presença de um terreno de baixa permeabilidade.¹⁴⁹

As bacias situadas em áreas de poucas chuvas e de grande demanda por água passam por situações de crise e escassez, apesar da existência de grande quantidade de água no território nacional.

144 Disponível em: <www.bractaceae.org/brasil.html>. Acesso em: 06.04.07.

145 Disponível em: <www.regulacaoempauta.com.br/novembro2006/agencia-nacional-aguas.asp>. Acesso em: 06.04.07.

146 Disponível em: <www.ana.gov.br/hibam/default.asp>. Acesso em: 06.04.07.

147 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. Plano Nacional de Recursos Hídricos. Brasília. 2006, p. 59.

148 Disponível em: <www.tratamentodeagua.com.br/a1/informativos/acervo.php>. Acesso em: 06.04.07.

149 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 05; Sobre a gestão legal dos recursos hídricos nos estados do nordeste do Brasil veja XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

Outro problema a ser mencionado é o de que 70% dos rios brasileiros sofrem com a poluição.¹⁵⁰

O Brasil, relativizando o privilégio de possuir água em abundância em seu território, durante longos anos manteve-se carente de uma política capaz de estabelecer as diretrizes básicas para adequada utilização das águas nacionais, apenas dando o primeiro passo em tal sentido na década de 30 (trinta), com a criação da Diretoria de Águas.¹⁵¹

Por ser um recurso tão importante, por afetar diferentes searas de interesse da sociedade e dos Estados (econômica, social, ambiental etc.), nada mais razoável e relevante que a determinação de diretrizes básicas relacionadas às formas de utilização da água de um dado país, às ações desenvolvidas em torno das águas de uma dada localidade; é neste contexto que surge o instrumento de gestão do uso da água denominado Planejamento Hídrico.

II. A Gestão das Águas no País.

2. A) Considerações Iniciais.

Gerir, conforme nos ensina o dicionário Aurélio, significa ter “gerência sobre, administrar, dirigir, gerenciar”.¹⁵² A aplicação de tal termo à seara hídrica de uma dada localidade implica no surgimento da idéia de gestão de recursos hídricos.

A gestão dos recursos hídricos, por sua vez, corresponde ao direcionamento dado, dentro do território de dado país, às ações desenvolvidas em torno de seus recursos hídricos, sejam tais ações privadas ou públicas; legislativas, administrativas ou jurisdicionais.

A água, por possibilitar a realização de simulações, faz da gestão dos recursos hídricos pautada nas bacias hidrográficas instrumento de grande

150 Disponível em: <www.tratamentodeagua.com.br/a1/informativos/acervo.php>. Acesso em: 06.04.07.

151 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 09.

152 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio. O dicionário da língua portuguesa. 6ª edição. Editora Positivo: Curitiba: 2006, p. 432.

relevância; tanto no aspecto econômico, como no aspecto sócio-ambiental. A partir das informações em torno do uso, apropriação, poluição; das características da bacia e do corpo d'água, é possível a reprodução do funcionamento ambiental e hidráulico. É possível, ainda, a partir de tais análises técnicas iniciais, supor o comportamento futuro dos investidores em torno de determinada área e, ainda, as possíveis conseqüências daí advindas para as populações que a habitam.¹⁵³

A gestão é, assim, instrumento indispensável ao adequado uso dos recursos hídricos de dada localidade.

a) Histórico da Gestão das Águas Nacionais.

O Brasil iniciou sua história em torno da gestão de seus recursos hídricos na década de 30, através da criação da Diretoria de Águas, vinculada ao Ministério da Agricultura.

Em 1934, com o Decreto nº 24.643, foi criado o Código de Águas, vigente até a presente data e responsável por instituir um modelo de gestão pautado nos tipos de uso da água.

O histórico da gestão dos recursos hídricos no país divide-se em três momentos distintos: burocrático; econômico-financeiro e de integração participativa.¹⁵⁴

O período burocrático, iniciado na década de 30, vinculava à gestão o cumprimento estrito de variadas normas atinentes à temática hídrica; era o Poder Público o único apto a decidir as questões de tal seara e, em sua maioria, resolvia os conflitos que surgiam com a edição de novas regras. Preponderava a pluralidade normativa, a centralização decisória e a pouca eficiência da gestão, especialmente no que tange à capacidade de adaptar-se às mudanças internas e externas.¹⁵⁵

O segundo período, denominado econômico-financeiro e iniciado na década de 40, não se pautava apenas na necessária observância das nor-

153 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 09/12.

154 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 09/12.

155 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 09/12.

mas existentes, ia além, sendo também marcado por uma atuação mais positiva do Estado, especialmente no que tange ao direcionamento dos investimentos e do uso da bacia. Destacaram-se, enquanto instrumentos utilizados pelo Poder Público em tal período, os investimentos realizados em setores tidos como relevantes (irrigação, energia, saneamento; dentre outros) e a busca por um desenvolvimento integral da bacia. Tal período, ainda que dotado de deficiências, na medida em que priorizava certos setores, permitia o planejamento do uso da bacia e dos investimentos. Pecou, todavia, por privilegiar em excesso certas searas, não possibilitando a ótima utilização social e econômica da bacia.¹⁵⁶

Com a observância de que o setor de energia elétrica era o que mais intensamente atuava no âmbito da gestão, obtendo grande parte das informações sobre as bacias e pleiteando normas que lhes fossem atinentes e benéficas; iniciaram-se debates mais intensos, públicos e privados, em torno da gestão dos recursos hídricos no país.¹⁵⁷ Contornos mais claros em torno da gestão foram exigidos, especialmente no âmbito do domínio dos recursos hídricos e da competência legislativa em torno dos mesmos.¹⁵⁸

Com a evolução de alguns comitês de bacias, com a conclusão de estudos em torno das bacias, com a classificação das águas nacionais, tudo isso na década de 80 e, por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, consolidam-se as bases para inserção de um novo modelo de gestão de recursos hídricos no país; o modelo sistêmico de integração participativa.¹⁵⁹

O novo modelo instituído não apenas pautava-se na observância das normas, como o fazia o modelo burocrático da década de 30; não dava privilégios apenas para aspectos econômicos e para determinados setores considerados relevantes, como o fazia o modelo econômico-financeiro; ia além, atentando também para aspectos sociais e ambientais.

156 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 09/12.

157 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 09/12.

158 MUSETTI, Rodrigo Andreotti (). Da proteção jurídica ambiental dos recursos hídricos. São Paulo. Editora de Direito, 2001, p. 205.

159 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 09/12.

Estabeleceu a Constituição Federal de 1988¹⁶⁰ modificações no âmbito da titularidade¹⁶¹ dos recursos hídricos, considerando-os de domínio público e, ainda, quanto à gestão, estabelecendo ser da União a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (SNGRH) e para definir critérios de uso e outorga.¹⁶²

Em nove anos da publicação da Constituição, mais precisamente em 08 de janeiro de 1997, foram instituídos, pela União, conforme os ditames constitucionais, a política nacional de recursos hídricos e o sistema nacional de seu gerenciamento, ambos exteriorizados nos dizeres da Lei nº.9.433.¹⁶³

a') A Lei Nº. 9.433 de 1997: a Política Hídrica Nacional e a Gestão dos Recursos Hídricos no País.

Inspirando-se em regras e princípios já consagrados na seara internacional¹⁶⁴, visando otimizar o uso das águas nacionais e, ainda, pautando-se não apenas em aspectos econômicos, mas também em aspectos sociais e ambientais, a Lei nº. 9433 de 1997, trouxe¹⁶⁵, como fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, os seguintes elementos:

1) O domínio público da água: não mais existe a propriedade privada da água, a água apenas pode ser usada sem outorga do Poder Público quando insignificante seu uso e, ainda, nos casos em que a Administração não estabeleceu modalidades particulares de uso¹⁶⁶ ;

2) A água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico: por sua escassez, a água adquire papel econômico relevante na contemporaneidade, sendo um relevante bem econômico, dotado de regime

160 Para visualizar o tratamento constitucional dado aos recursos hídricos nacionais recomenda-se a leitura dos seguintes dispositivos: Art. 20, § 1º; Art. 21, XIX; Art. 23, XI; Art. 49, XVI e Art. 231, § 3º.

161 Art. 20, III.

162 Art. 21, XIX, Constituição Federal de 1988.

163 MUSETTI, Rodrigo Andreotti, Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos, São Paulo, Editora de Direito, 2001, p. 206.

164 O princípio do desenvolvimento sustentável é exemplo de tal inspiração.

165 Lei nº. 9.433 de 1997; Art. 1º, I a VI.

166 CAUBERT, Christian Guy, A água, a lei, a política... E o meio ambiente? Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 143.

jurídico específico. É importante que se diga que, pela tutela da dignidade humana, o acesso à água para fins de sobrevivência humana deve ser garantido independentemente de pagamento; desse modo, em estado de necessidade ou em situação de escassez, é lícita a busca por água potável, independentemente de onde a mesma se situe e de qualquer autorização prévia¹⁶⁷;

3) Em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais: a prioridade do uso da água para fins de consumo humano direto é assegurada em lei como fundamento da política hídrica nacional; assim, numa situação de escassez, o Poder Público deverá assegurar o abastecimento de seus cidadãos antes, por exemplo, do abastecimento de indústrias. As outorgas de uso de água e declarações de reserva de disponibilidade hídrica que desrespeitem tal fundamento (abastecimento prioritário ao consumo humano em caráter obrigatório) deverão ser declaradas nulas¹⁶⁸;

4) A gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas: contemplados os usos iniciais obrigatórios da água, como o abastecimento humano, por exemplo, a água deverá ser racionalmente distribuída entre seus mais variados usos, atentando tal distribuição, sempre, para a contemplação do maior benefício possível¹⁶⁹;

5) A bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos: toda e qualquer intervenção ou uso em torno das águas nacionais deverá pautar-se na idéia de bacia hidrográfica que, por sua vez, corresponde ao “conjunto espacial que drena as águas de superfície para uma mesma saída comum, geralmente de superfície e situada no mar.”¹⁷⁰

Essa idéia territorial de bacia apresenta problemáticas, sendo algumas

167 CAUBERT, Christian Guy, A água, a lei, a política... E o meio ambiente? Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 146/147.

168 CAUBERT, Christian Guy, A água, a lei, a política... E o meio ambiente? Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 148.

169 CAUBERT, Christian Guy, A água, a lei, a política... E o meio ambiente? Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 149.

170 CAUBERT, Christian Guy, A água, a lei, a política... E o meio ambiente? Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 149/150.

delas ainda recentes e não amplamente discutidas no país, como aquela referente às águas subterrâneas e às bacias de amplas dimensões geográficas;

6) A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades: no intuito de facilitar a gestão das bacias, especialmente em se tratando das que possuem amplas dimensões geográficas, pode ser feita a subdivisão das mesmas em unidades menores; fato este também ligado à gestão plúrima dos recursos hídricos. Quanto maior o número de unidades, maior será o número de gestores e, em conseqüência, aprimorada restará a idéia de gestão descentralizada, democrática e plural dos recursos hídricos nacionais.

A descentralização da gestão implica na delegação do poder decisório sobre os recursos hídricos; mais precisamente no que tange às decisões político-administrativas. Em contrapartida, na medida em que permite a oitiva de mais variadas opiniões, pode a gestão levar à problemática do conflito de interesses entre os gestores; assim, para que a idéia de descentralização da gestão funcione adequadamente no universo prático, é necessário que sejam bem delineados os temas atinentes a cada espécie de gestor (comunidades, Poder Público, usuários).¹⁷¹

Fundada nos elementos aqui explicitados, a Política Hídrica Nacional almeja assegurar às presentes e futuras gerações a disponibilidade da água necessária em níveis satisfatórios e em padrões de qualidade compatíveis com a espécie de uso da água; o uso racional e integrado dos recursos hídricos, buscando o desenvolvimento sustentável, com a inclusão do transporte aquaviário e, ainda, a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos, sejam os mesmos naturais ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.¹⁷²

Visando concretizar os objetivos acima, são apontados como instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, os seguintes: planos de recursos hídricos; enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; a outorga dos direitos de uso de recursos

171 CAUBERT, Christian Guy, *A água, a lei, a política... E o meio ambiente?* Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 152.

172 Art. 2º, Lei 9.433 de 8 de janeiro de 1997.

hídricos; a cobrança pelo uso de recursos hídricos; a compensação a municípios e o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Dos instrumentos acima elencados, os que mais importam aqui são os planos de recursos hídricos, por em seu âmbito se inserir o objeto central de análise do presente estudo, ou seja, o Plano Nacional de Recursos Hídricos. Ainda assim, para fins didáticos, serão aqui brevemente caracterizados os demais instrumentos, antes de se adentrar na análise específica do Planejamento Hídrico Nacional.

a”) Caracterização dos Instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Como mencionado; são instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos os seguintes:

- 1) Planos de recursos hídricos;
- 2) Enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água;
- 3) A outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;
- 4) A cobrança pelo uso de recursos hídricos;
- 5) A compensação a municípios e; por fim,
- 6) O Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Dentre eles, iniciemos a caracterização a ser aqui feita pelo enquadramento dos corpos de água em classes de usos.

O enquadramento dos corpos de água em classes de usos permite que se mantenha um sistema de vigilância adequado em torno da qualidade da água. A qualidade da água deve ser compatível com a espécie de uso que lhe é dado. Assim; não há que se destinar, por exemplo, água potável para banho em residência. A classificação dos corpos de água em conformidade com seus respectivos usos deverá pautar-se nos dizeres da legislação ambiental; já que se encontra diretamente ligada à questão da preservação do meio ambiente.¹⁷³

Dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, o enquadramento dos corpos de água em classes de uso é dos mais deficientes no

173 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07, p. 13.

que tange à sua concretização. Apenas onze estados nacionais possuem normas de enquadramento de seus respectivos corpos de água em classes de uso; sendo que a maioria delas não foi elaborada com a participação dos respectivos comitês de bacias.¹⁷⁴ Há, assim, claro déficit quanto à observância do princípio da gestão descentralizada e democrática no âmbito da elaboração dos poucos enquadramentos existentes no país.¹⁷⁵

Em se tratando da outorga dos direitos de uso de recursos hídricos, a mesma caracteriza-se como instrumento destinado a estabelecer o uso racional dos recursos hídricos, a permitir o controle qualitativo e quantitativo do uso de tais recursos, bem como o exercício do direito de acesso à água.¹⁷⁶

A outorga pode exteriorizar-se através de concessão, autorização ou permissão, devendo ser entregue a quem de direito pelo ente competente para tal. Se a água objeto da outorga for de domínio da União, será a Secretaria de Recursos Hídricos a responsável pela sua entrega.¹⁷⁷

A outorga, diferentemente do enquadramento dos corpos de água em classes, é instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos dotado de ampla concretização no universo fático. Conforme dados disponibilizados pelo Poder Público, em 2004 foram emitidas 95.107 outorgas; destinando-se a maioria delas à irrigação agrícola. Preponderam as outorgas ligadas às águas superficiais e, ainda, as destinadas à captação ou alteração do regime dos corpos de água.¹⁷⁸

Por serem instrumento recente, as outorgas padecem do mesmo mal que as licenças ambientais no país; é comum a realização de atividades em torno das águas nacionais sem a obtenção prévia das outorgas necessárias para tal. Quanto aos requisitos analisados para fins de emissão das outorgas, os mesmos variam conforme os entes outorgantes, conforme as normas

174 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos, Brasília, 2006, p. 34.

175 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. Brasília, 2006, p. 34.

176 MUSETTI, Rodrigo Andreotti, Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos. São Paulo: Editora de Direito, 2001, p. 207.

177 BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar. A política de recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07.

178 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. Brasília, 2006, p. 34.

por eles elaboradas. Em sendo a outorga de competência federal, caberá a ANA enumerar os requisitos a ela necessários; sendo a competência do Estado membro, aos gestores caberá enumerar as regras indispensáveis à outorga. Assim, existem normas de outorga referentes aos recursos hídricos federais elaboradas pela ANA e normas de outorga estaduais elaboradas pelos respectivos gestores.

A sistemática adotada para fins de emissão de outorgas busca respeitar o pacto federativo, as peculiaridades atinentes à localidade outorgante; bem como o princípio da gestão descentralizada e democrática. Apesar disto e mesmo sendo considerado instrumento de ampla concretização no universo fático, é importante que se diga que muito ainda há de ser feito no âmbito da conquista da máxima eficácia para a outorga de uso de água. Como mencionado, é bastante comum a atuação em torno dos recursos hídricos nacionais sem a obtenção prévia das outorgas necessárias para tal. Há a necessidade de ser estabelecida ampla fiscalização dos entes gestores em tal sentido. Dados disponibilizados pelo Governo Federal revelam que apenas 23% dos usuários de água no país possuem as outorgas prévias necessárias ao uso.¹⁷⁹

Em se tratando da cobrança pelo uso de recursos hídricos, esta é fruto do reconhecimento do caráter econômico da água. Confere ao usuário da água enquanto bem econômico a noção do valor real da mesma, buscando incentivar sua utilização moderada e racional.¹⁸⁰ Apesar de relevante e de amplamente consagrado no plano teórico, mais precisamente nos dispositivos das leis estaduais¹⁸¹, tal instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos resta carente de implementação no universo fático. Existem as previsões legais, porém ainda persiste a ausência de cobranças reais pelo uso da água.

O estado do Rio de Janeiro já implementou a cobrança; Minas Gerais e São Paulo a disciplinaram em decreto. O estado do Ceará,

179 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 35.

180 MUSETTI, Rodrigo Andreotti, Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos, São Paulo, Editora de Direito, 2001, p. 207.

181 Lei Estadual nº. 7. 663 de 1991; Lei Estadual nº. 8.194 de 2002; Lei Estadual nº. 4.247 de 2003; Lei Estadual nº. 13.199 de 1999; dentre outras.

por sua vez, estabeleceu forma de cobrança distinta daquela instituída pela Lei Federal.¹⁸²

Na seara federal, destaca-se, enquanto forma de cobrança pelo uso da água, a compensação financeira pelo uso da água para fins de geração de energia elétrica. Apenas quatro bacias de domínio federal instituíram a cobrança pelo uso da água; são elas: Bacia do Rio Paraíba do Sul, Piracicaba, Capivari e Jundiáí.¹⁸³

Muito ainda há de ser feito em prol da ampla concretização de tal instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos. A cobrança pelo uso da água possui forte caráter educativo; na medida em que se estabelece determinado valor por um uso específico da água, aquele que dela se utiliza visualiza, de forma mais clara, o valor real de tal bem. Por fim, é importante que se mencione que, hoje, conforme relatos do Governo Federal, os recursos tidos com a cobrança pelo uso da água têm aplicação direcionada à seara hídrica nacional.¹⁸⁴

No que tange à compensação aos municípios, a mesma ainda não é objeto de maiores estudos por parte da doutrina jurídica, correspondendo à concessão de compensação, sob variadas formas, aos municípios que sofrem restrições hídricas, muitas vezes oriundas da legislação. Pode ser mencionada, como restrição aos municípios passível de ensejar tal compensação, a inundação de áreas decorrente da construção de hidrelétricas. Os Estados da Federação costumam estabelecer disciplina própria para tal temática em suas respectivas constituições e leis.

Em se tratando do Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos, este compreende o conjunto das mais variadas informações referentes aos recursos hídricos nacionais. Tais informações devem se encontrar sob a responsabilidade do Poder Público, devendo ser assegurado o seu amplo acesso a todos os indivíduos.¹⁸⁵

A ampla difusão da base de dados dos recursos hídricos nacionais é corolário da descentralização da gestão. A Política Nacional dos Recursos

182 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. (2006). Pág. 35.

183 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. (2006). Pág. 35.

184 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. (2006). Pág. 35.

185 CAUBERT, Christian Guy, *A água, a lei, a política... E o meio ambiente?* Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 176/178.

Hídricos assegura a participação popular na gestão; os comitês de bacias hidrográficas são marcados pela participação de usuários, das Prefeituras, de organizações civis e de representantes estaduais e federais. Os membros dos comitês exercem o papel de um parlamento das águas da bacia, pois tais entes correspondem ao local de decisões sobre as questões relativas à bacia.

Diante deste contexto, a existência de um sistema de informações organizado, eficiente e aberto à consultas faz-se imprescindível à uma adequada gestão das águas nacionais.

Seis são os módulos que integram o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos: o Módulo Espacial; Módulo de Dados Qualitativos e Quantitativos; Módulo de Oferta Hídrica e Operação Hidráulica; Módulo de Regulação de Usos; Módulo de Planejamento e, por fim, o Módulo Documental.¹⁸⁶

Apesar de abordarem a questão hídrica nacional em diferentes enfoques, tais módulos devem ser compreendidos como elementos pertencentes a um todo comum; estruturados de modo a possibilitar a integração e articulação entre os mais diversos dados hídricos nacionais.

A Agência Nacional de Águas (ANA) compila, armazena e disponibiliza à consulta os dados hídricos nacionais; e, ainda, outros dados de menor abrangência, quando os entes por eles responsáveis os enviam à ela.¹⁸⁷

Por fim, em se tratando dos planos hídricos, relevantes instrumentos da gestão hídrica nacional, os mesmos correspondem a planos diretores que, por sua vez, objetivam direcionar a aplicação prática do gerenciamento dos recursos hídricos nacionais e de sua política legal.¹⁸⁸ São instrumentos de intervenção do Estado prolongada no tempo e, segundo alguns estudiosos¹⁸⁹, carentes de obrigatoriedade no que tange a seus prazos e à totalidade de seu conteúdo; ressalte-se, todavia, poder ser estabelecida a obrigatoriedade observância de alguns de seus dispositivos, sob pena de responsabilização

186 MMA - Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. (2006). Pág. 36.

187 MMA - Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. (2006). Pág. 36.

188 Resolução 130 da ANA de 05 de dezembro de 2001.

189 CAUBERT, Christian Guy, A água, a lei, a política... E o meio ambiente? Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 161.

daqueles que os inobservarem.¹⁹⁰

Tais planos deverão possuir, no mínimo, o seguinte conteúdo: “diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos; análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo; balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais; metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis; medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas; prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos; diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos e propostas para a criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos.”¹⁹¹

Em síntese, tais planos podem ser definidos como instrumentos aptos a determinar os usos prioritários da água em dada bacia e, em consequência, a também determinar o fim a ser dado aos recursos financeiros disponíveis nesta localidade. Na medida em que são determinados os usos prioritários da água, determinam-se, também, as outorgas a serem emitidas e, ainda, o valor a ser atribuído à cobrança pelo uso da água. Por sua amplitude e relevância, indispensável se faz a observância do princípio da descentralização e da democratização da gestão na elaboração de tais planos.¹⁹²

Apesar da necessidade de ser observado tal princípio na elaboração dos planos hídricos das bacias hidrográficas nacionais; mais de 90% dos estudos realizados no país para elaboração dos mesmos não contaram com a participação dos comitês das bacias. Sessenta e oito é o número de estudos feitos; estando alguns poucos ainda em andamento e, conseqüentemente, carentes de conclusão. Apesar de tal déficit democrático, por seu conteúdo técnico, tais estudos são utilizados como elementos da gestão nacional.¹⁹³

190 CAUBERT, Christian Guy, *A água, a lei, a política... E o meio ambiente?* Curitiba, Editora Juruá, 2004, p. 161.

191 Art. 7º da Lei 9.433 de 1997.

192 Planos de Recursos Hídricos. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/srh/politica/instrumentos/planos.html>. Acesso em: 15.6.07.

193 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006.

Conforme determinação legal¹⁹⁴, os planos de recursos hídricos no país deverão ser estabelecidos por Estado, por Bacia e para o País.

Tendo em vista a pluralidade de planos hídricos determinada em lei, imprescindível se faz estabelecer certa unidade entre os mesmos; o respeito à federação, bem como à unidade da essência da gestão, deverá ser assegurado. Neste sentido, intentando harmonizar os planos de bacia e de sub-bacias do país; em 2001 foi aprovada a Resolução nº. 17 pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos.¹⁹⁵ Os planos devem, inclusive, demonstrar compatibilidade com os planejamentos dos setores estratégicos (energia elétrica, saneamento, navegação, dentre outros).¹⁹⁶

III. O Planejamento Hidrológico Nacional: Instrumento de Gestão do Uso da Água.

3. A) Histórico.

Em decorrência de variados acontecimentos históricos, através de decreto presidencial, foi instituída no Brasil, em 2005, a Década Brasileira da Água, objetivando direcionar olhares mais atentos para a questão hídrica nacional.¹⁹⁷

Através de tal ação, almejou o Governo brasileiro possibilitar uma maior consolidação da Política Nacional de Recursos Hídricos, oficialmente instituída em 1997, vinculando-a a temáticas como a fome, pobreza, saúde, dentre outras.¹⁹⁸

Dentro deste contexto de mais intensa tutela da água, em 30 de janeiro

p. 6.

194 Art. 8º da Lei 9.433 de 1997.

195 Planos de Recursos Hídricos. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/srh/politica/instrumentos/planos.html>. Acesso em: 15.07.07.

196 POMPEU, Cid Tomanik, Direito de águas no Brasil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 235.

197 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 13.

198 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 13.

de 2006, foi aprovado, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), o Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH).

Tal plano, fruto de amplo debate político e social descentralizado, pautado em informações técnicas relevantes, possibilitou a determinação de perspectivas e ações hídricas para o país até o ano de 2020.

Inúmeros foram os eventos realizados no intuito de fomentar o debate em torno da elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), contando os mesmos com a participação de representantes da sociedade civil organizada, da Administração Pública, do ensino e pesquisa, dentre outros.

Desse modo, após os estudos e debates mencionados, foi aprovado em janeiro de 2006, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, o Plano Nacional de Recursos Hídricos, referente ao período de 2005 a 2020.

O referido plano, marco da gestão hídrica nacional, para que fosse capaz de adequadamente atingir seus fins, necessitou atentar, em sua elaboração, para alguns requisitos relevantes.

Necessitou, como não poderia deixar de ser, de respeitar o conteúdo dos dispositivos constitucionais e da Lei de Política Nacional dos Recursos Hídricos. A partir de seu conteúdo, o PNRH confirmou o domínio público das águas; a prioridade do consumo humano e dessedentação de animais nos casos de escassez; os variados usos da água; a descentralização da gestão; a bacia hidrográfica como base de estudos; a necessária observância do desenvolvimento sustentável e a busca por uma maior articulação político-social na gestão.¹⁹⁹

Frente às amplas dimensões do país, fez-se imprescindível a observância da diversidade regional e, ainda, o respeito à gestão descentralizada consolidada na Política Nacional de Recursos Hídricos; as diretrizes do Plano não poderiam se estruturar de modo a tolher o espaço de decisão reservado aos sujeitos participantes da gestão (Estados, comunidades; dentre outros).²⁰⁰

No que tange à questão da diversidade regional, foram observadas

199 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 16.

200 Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/srh/politica/pnrh.html>. Acesso em: 17.07.07.

duas linhas de análise na elaboração do PNRH, sendo as mesmas integradas e interdependentes; uma de ordem nacional e outra de ordem regional.²⁰¹

A linha de ordem nacional ocupou-se das temáticas e questões de abrangência nacional; buscando viabilizar a nacionalidade real do Plano e, como não poderia deixar de ser, a gestão integrada dos recursos. Atentou para as temáticas e questões regionais de repercussão nacional; para as ligações existentes entre as temáticas hídricas nacionais e a Política Nacional de Recursos Hídricos, entre esta Política e outras políticas públicas e, ainda, entre as temáticas hídricas nacionais e os setores intervenientes. Por fim, preocupou-se com a inserção dos municípios na gestão hídrica e, ainda, com a maior articulação entre esta participação municipal e o conteúdo Plano Nacional.²⁰²

Quanto à linha regional, a mesma apenas atentou para as temáticas e questões relevantes no âmbito regional e local das 12 regiões hidrográficas brasileiras.²⁰³

Pela amplitude de seu objeto, o Plano Nacional não deveria ser somatório ou mera repetição dos demais planos; deveria considerá-los, mas não a eles equiparar-se.

Quanto à participação popular na elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos, há de ressaltar-se a sua relevância, juntamente com os conhecimentos técnicos especializados trazidos aos debates. A elaboração democrática e descentralizada do PNRH, formada não apenas pela Administração, mas também pela sociedade civil organizada e por estudiosos do setor, conferiu a tal documento legitimidade democrática e maiores possibilidades de concretização no universo prático.

Aproximadamente sete mil pessoas participaram de tais debates, tendo sido o conteúdo dos mesmos compilado nos seguintes documentos²⁰⁴:

201 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 17

202 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 17/18.

203 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 18.

204 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 18.

Documento Base de Referência (Secretaria de Recursos Hídricos/Agência Nacional de Águas, 2005);

Conjunto de estudos nacionais elaborados pela ANA (Agência Nacional de Águas);

Nos 12 Cadernos Regionais de Recursos Hídricos, que tratam da dinâmica nas 12 regiões hidrográficas e suas relações com os recursos hídricos;

Nos Cinco Cadernos Setoriais de Recursos Hídricos responsáveis por analisar os principais setores usuários de recursos hídricos e as relações por eles estabelecidas com a água;

Relatórios de quatro oficinas temáticas, de três oficinas setoriais, dos seminários regionais, do Seminário Nacional de Diretrizes e Programas e;

Pelas contribuições provenientes de 27 encontros públicos realizados nas unidades da Federação.²⁰⁵

É importante que se diga que, para fins de visualização das perspectivas futuras dos recursos hídricos no país, foram realizadas, ainda, duas oficinas nacionais.²⁰⁶

A ampla variedade de conteúdo das informações argüidas em tais debates possibilitou a elaboração de um plano de caráter verdadeiramente nacional e apto a viabilizar uma maior integração entre as variadas formas de exteriorização da gestão hídrica brasileira. Tal Plano foi elaborado de modo a possibilitar a sua integração às demais políticas públicas e programas nacionais.²⁰⁷

Compilando informações variadas, provenientes de estudos já realizados e dos debates aqui mencionados, o Plano Nacional teve estrutura inicial aberta a modificações graduais, conforme sua etapa de elaboração e proximidade de término dos trabalhos. Foi criada, pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, uma câmara técnica (Câmara Técnica do Plano Nacional de Recursos Hídricos) responsável por acompanhar os trabalhos de elaboração do Plano, por indicar seu conteúdo mínimo e

205 Todos os pontos mencionados podem ser encontrados no Plano Nacional de Recursos Hídricos. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. Brasília. 2006.

206 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 18.

207 As participações variadas em torno da elaboração do PNRH se encontram disponíveis em: <pnrh.cnrh-srh.gov.br>.

oferecer sugestões de aprimoramento.²⁰⁸ Tal Câmara, visando conferir suporte técnico à elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos, criou o Grupo Técnico de Coordenação e Elaboração do Plano (GTCE), formado por técnicos da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente e da Agência Nacional de Águas (ANA).²⁰⁹

De elaboração coordenada e aprovada pela Secretaria de Recursos Hídricos, o Plano Nacional de Recursos Hídricos aprovado e vigente na atualidade, atentando para as especificidades aqui mencionadas, compõe-se de quatro volumes; são eles: o Panorama e Estado dos recursos hídricos no Brasil (I); Águas para o futuro: Cenários para 2020 (II); Diretrizes (III); Programas Nacionais e Metas (IV).²¹⁰

O subtópico seguinte, de forma sucinta, objetiva discorrer a respeito da caracterização e conteúdo do Plano Nacional de Recursos Hídricos.

a) O Plano Nacional de Recursos Hídricos: Caracterização Geral e Conteúdo.

O PNRH, plano de caráter estratégico, objetiva estabelecer, dentro de determinado lapso temporal, de forma contínua e progressiva, as ações a serem realizadas em torno dos recursos hídricos nacionais e não os seus procedimentos executivos; atentando, sempre, para os princípios da Política Hídrica Nacional.²¹¹

208 Integram o conteúdo mínimo do Plano os seguintes elementos: "Visão Nacional: Introdução, Estrutura do Plano, Marco Institucional, Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, Setores Usuários, Planos e Programas especiais, Estudo da Base Físico-Territorial; Bacias Hidrográficas: Diagnóstico, Análise dos Cenários, Proposição de Metas e Estratégias; Áreas Especiais de Planejamento, de forma a articular e compatibilizar os interesses internos e externos à Bacia (aquíferos, transposição de recursos hídricos entre bacias, bacias e aquíferos transfronteiriços, áreas de macrorregiões selecionadas, etc.); Propostas de Programas Nacionais e Especiais e Adequação da Base Legal e Institucional; Conclusões; Relatório Síntese, oferecendo uma visão sintética da situação atual dos recursos hídricos no país, as estratégias e diretrizes de atuação; Anexos: um conjunto contendo mapas, inventários de estudos existentes, dados básicos utilizados e outras informações relevantes para o conhecimento da problemática dos recursos hídricos no país." Disponível em: Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/srh/politica/pnrh.html>. Acesso em 17.07.07.

209 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. (2006). Pág. 16.

210 Art. 1º da Resolução nº. 58 do CNRH de 30 de janeiro de 2006.

211 Bacia hidrográfica como unidade de planejamento; múltiplos usos da água; água como bem finito; valor econômico da água e gestão descentralizada.

Configura-se, assim, como verdadeiro plano diretor das ações a serem desenvolvidas em torno das águas nacionais; tendo notório caráter subsidiário quanto à gestão hídrica nacional. De cunho contínuo, o Plano Nacional de Recursos Hídricos almeja concretizar, de forma progressiva no tempo, o “ciclo virtuoso do planejamento – ação – indução – controle – aperfeiçoamento.”²¹² A confirmação de seu caráter contínuo deu-se através de sua inserção no Plano Plurianual do Governo Federal (2004-2007).²¹³

De forma geral, objetiva o PNRH estabelecer as diretrizes e políticas destinadas à melhor oferta, em qualidade e quantidade, de água no país. Deve, ainda, mostrar-se apto a administrar as variadas demandas nacionais por água; atentando, sempre, para o desenvolvimento sustentável e para a inclusão social.²¹⁴

De modo específico, objetiva o PNRH viabilizar uma melhor disponibilidade hídrica, em qualidade e quantidade, tanto superficial como subterrânea; diminuir os conflitos existentes e potenciais em torno do uso da água; diminuir possíveis acontecimentos graves ou críticos em torno dos recursos hídricos nacionais e, ainda, atentar para a necessária tutela da água em virtude de sua relevância social, econômica e ambiental.²¹⁵

Em se tratando dos quatro volumes componentes do PNRH; sejam eles o Panorama e Estado dos recursos hídricos no Brasil (I); Águas para o futuro: Cenários para 2020 (II); Diretrizes (III) e Programas Nacionais e Metas (IV), algumas breves considerações devem ser tecidas. Cada um dos volumes mencionados será explicitado em subtópico próprio.

a’) Do Volume I: “Panorama e Estado dos Recursos Hídricos no Brasil.

212 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 13.

213 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 13.

214 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 13.

215 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 13.

O “Panorama e estado dos recursos hídricos no Brasil” configura-se como documento responsável por compilar e expor dados relevantes acerca da situação dos recursos hídricos no país, possibilitando o adequado desenvolvimento do PNRH, especialmente no que tange às diretrizes e aos cenários futuros até o ano de 2020.²¹⁶

Tal volume aborda temáticas já expostas no presente trabalho como, por exemplo, o histórico da gestão dos recursos hídricos no país, as principais bases da gestão instituídas pela Lei 9.433 de 1997 e a sua situação atual; aborda, também, a estrutura administrativa da gestão (temática esta abordada em capítulo específico da presente obra).

O “Panorama e estado dos recursos hídricos no Brasil” versa, ainda, sobre o monitoramento dos recursos hídricos nacionais, seus principais usos, sobre a questão das águas de chuvas; dentre outras temáticas expostas a seguir.

Quanto à base nacional de dados hídricos; expõe tal documento serem da ordem de 23.910 os pontos da rede hídrica nacional catalogados na ANA; estando ativas 14.169 estações. Destas, segundo o mencionado panorama, 4.341 estações são operadas pela ANA; sendo 1.806 fluviométricas (análise da qualidade e coleta de sedimentos) e 2.535 pluviométricas. Os recursos tecnológicos em muito têm contribuído para o aprimoramento da coleta de dados hídricos no país; sendo relevante instrumento auxiliar da gestão.²¹⁷

As águas nacionais, em 1.286 pontos, são monitoradas, via de regra, trimestralmente, sendo analisados seus respectivos pH, temperatura, nível de oxigênio dissolvido, condutividade elétrica, vazão e turbidez.²¹⁸ Os dados de monitoramento apenas englobam sete das doze regiões hídricas nacionais (Atlântico Sul, Paraguai, Atlântico Sudeste, São Francisco, Paraná, Atlântico Leste e Amazônica).

O principal indicador da qualidade das águas para fins de abastecimento público, o Índice de Qualidade das Águas (IQA), apenas é empregado em

216 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 24.

217 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 58.

218 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 58.

doze das vinte e sete unidades da federação; sendo considerado em seu cálculo o nível de poluição das águas por esgotos.

Em avaliação realizada, segundo o Volume I do PNRH, constatou-se que, das 27 unidades da federação, apenas nove possuem sistemas de monitoramento da água de boa qualidade; cinco os possuem em qualidade mediana e treze em baixa qualidade.²¹⁹

A rede de monitoramento das águas nacionais ainda é insuficiente, tanto no aspecto quantitativo como no aspecto qualitativo; existem ótimos sistemas de monitoramento, mas persistem, todavia, os de baixa qualidade.

No monitoramento abrangido pelo IQA constatou-se que as mais críticas regiões são aquelas situadas próximas às metrópoles, sendo a baixa ou péssima qualidade de suas águas, na maioria das vezes, decorrente do lançamento de resíduos de esgotos. Esse é, inclusive, o maior fato causador da poluição das águas nacionais; posto que apenas 47% das cidades brasileiras possuem rede coletora de esgoto e, mais ainda, apenas 18% dos esgotos recebem tratamento.²²⁰

O monitoramento das águas nacionais, bastante diverso no que tange às distintas unidades da federação, ainda necessita de aprimoramento. O ideal seria a existência de um sistema de monitoramento padrão mínimo para as distintas unidades da federação, de alta qualidade e apto a contemplar as peculiaridades de cada uma das regiões hídricas analisadas. A Agência Nacional de Águas, atentando para tal fato, realizou estudos envolvendo a necessidade de expansão e modernização das redes de monitoramento; enumerando diretrizes a serem concretizadas nesse sentido.²²¹

As amplas extensões do território nacional e as variações climáticas das regiões do país geram reflexos no âmbito hidrológico, especialmente por diferirem os períodos de chuva e seca em cada uma delas.²²² Importante se faz, neste contexto de variação de cheias e secas, a existência de reser-

219 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 58.

220 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 62.

221 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 58.

222 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 60.

vatórios. Muitos deles se destinam a geração de energia elétrica; existindo outros, especialmente no semi-árido nacional, destinados à irrigação, ao consumo humano e dessedentação de animais.²²³

O PNRH, como não poderia deixar de ser, fez menção à relevância e necessidade de adoção de medidas de captação de água, tanto no âmbito urbano como no âmbito rural.

As poucas e irregulares chuvas no semi-árido nacional ensejam secas devastadoras; assim, a captação da água das chuvas em reservatórios é medida indispensável em tais localidades; evitando às suas populações prejuízos maiores que os que naturalmente já lhes acometem em virtude da seca.²²⁴

Nos centros urbanos é notória a impermeabilização do solo; o constante aumento de suas populações e o conseqüente aumento da demanda por água também fazem relevante a captação das águas pluviais. A água da chuva captada e armazenada pode receber destinações diversas, antes de simplesmente ser descartada. O PNRH, assim, determina a necessidade de intensificação das ações de captação e manejo de águas de chuvas nas zonas urbanas.²²⁵

No que tange às águas subterrâneas; estudos revelam a existência de poços em número aproximado de 400 mil; sendo os mesmos utilizados para fins variados que vão desde o abastecimento humano à irrigação. O uso das águas subterrâneas costuma ser complementar ao uso das águas superficiais; ainda assim, 15,6% dos domicílios nacionais são exclusivamente abastecidos por água subterrânea.²²⁶

O monitoramento das águas subterrâneas nacionais ainda é bastante deficiente, concentrando-se, via de regra, nas águas localizadas nas proximidades das capitais nacionais. Os estudos existentes em torno das águas subterrâneas atestam sua boa qualidade para os mais variados usos. Em

223 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 61.

224 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 65/66.

225 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p.. 65/66.

226 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p.. 62.

alguns casos, todavia, geralmente em regiões marcadas pela presença de rochas calcárias, as águas subterrâneas podem apresentar restrições quanto ao seu uso; em especial no que tange ao consumo humano. Algumas atividades humanas desenvolvidas durante longos anos comprometeram aquíferos subterrâneos nacionais. Poços perfurados indevidamente; a contaminação pela falta de saneamento básico; o bombeamento excessivo nas regiões costeiras salinizando as águas doces; vazamentos de óleo e o uso de produtos agrícolas altamente poluidores são alguns dos exemplos de tais atividades humanas nocivas às águas subterrâneas.²²⁷

No que diz respeito à vazão de retirada da água no país para fins de consumos variados; conforme dados datados de 2000 e inseridos no “Panorama e estado dos recursos hídricos no Brasil” do PNRH, a mesma totaliza 1.592 m³/s, sendo o consumo real deste total da ordem de 53% ; 751 m³/s retornam às bacias hidrográficas nacionais. É a irrigação a atividade responsável pela maior vazão de retirada e de consumo de água; salvo nas regiões do Atlântico Nordeste Ocidental e do Paraguai, onde se sobrepõe a isso o consumo animal da água. Na seara urbana, o retorno é da ordem de 332 m³/s (44% do total), correspondendo, em sua maioria, a efluentes sanitários dependentes de tratamento.²²⁸

Passados os apontamentos aqui feitos em torno do conteúdo do volume I do PNRH (“Panorama e estado dos recursos hídricos no Brasil”); relevante se faz discorrer a respeito do conteúdo do volume II deste mesmo plano: “Águas para o futuro: Cenários para 2020”. O subtópico seguinte se destina a tal fim.

a”) Do volume II: “Águas para o Futuro: Cenários Para 2020”.

Resultado de estudos e seminários variados já apontados no presente trabalho, o Volume II do PNRH pauta-se em três cenários para os recursos hídricos nacionais até o ano de 2020; são eles: Água para Todos, Água

227 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p.

228 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 66.

para Alguns e Água para Poucos.

A construção de tais cenários considerou, no âmbito econômico e social, os seguintes fatores²²⁹:

- 1) As diferentes demandas e seus respectivos riscos nas regiões hídricas nacionais;
- 2) As atividades rurais (agrícolas e pecuárias), mais precisamente no que tange à irrigação, atividade marcada pela ampla demanda por água; buscando minimizar o uso de água por unidade de produção, reduzindo, ainda, os impactos ambientais;
- 3) O baixo percentual de saneamento básico nacional;
- 4) O consumo de água pela indústria;
- 5) O lançamento de resíduos poluentes nas águas nacionais,
- 6) A necessidade de se aperfeiçoar e de se ampliar o reuso da água;
- 7) Necessidade de se investir no tratamento de efluentes;
- 8) A permanência das hidrelétricas, mesmo que limitadas por fatores ambientais, legais, dentre outros.

No âmbito das políticas públicas, a construção dos três cenários considerou os seguintes pontos²³⁰:

- 1) A necessidade de conhecer, desenvolver e utilizar técnicas de reuso das águas e de tratamento de efluentes;
- 2) A necessidade de se manter o Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos (SNGRH) eficaz e pouco burocrático;
- 3) A necessidade de se manter a participação social no âmbito do SNGRH;
- 4) A necessidade de se estabelecer contato entre as políticas públicas gerais ligadas, direta ou indiretamente, aos recursos hídricos e a política específica de recursos hídricos;
- 5) A necessidade de tutela de aquíferos estratégicos, em especial a tutela do Aquífero Guarani;
- 6) A necessária realização de investimentos, oriundos de fontes variadas (orçamento público federal, estadual e municipal e, ainda, recursos provenientes da cobrança pelo uso da água).

229 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 86/87.

230 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 88.

Passa assegurar uma adequada gestão dos recursos hídricos nacionais até o ano de 2020, faz-se necessária a concretização de toda uma ampla estrutura administrativa, econômica e social. É preciso que as ações governamentais em prol da tutela dos recursos hídricos sejam eficientes e que os crescimentos econômico e urbano ocorram de forma sustentável. A educação ambiental dos cidadãos brasileiros, usuários da água e titulares do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado consagrado constitucionalmente, também assume papel de destaque neste contexto.

O PNRH aponta, como elementos relevantes para seu volume II, “Águas para o futuro: Cenários para 2020”, os seguintes pontos: a consolidação das normas hídricas nacionais; o fortalecimento do sistema de gestão das águas nacionais, inclusive no âmbito da demanda por recursos hídricos e não apenas no que tange à disponibilidade; maior integração das políticas públicas existentes; realização de maiores investimentos em tecnologias e pesquisas; redução das desigualdades econômicas, sociais e regionais; adoção de medidas preventivas em torno da tutela dos recursos hídricos.²³¹

a”) Do volume III: “Diretrizes”.

No que tange ao Volume III do PNRH, denominado “Diretrizes”, o mesmo consubstancia-se na determinação dos caminhos a serem seguidos rumo à adequada gestão dos recursos hídricos nacionais.

Tais diretrizes, fruto de estudos e debates variados neste trabalho já mencionados, foram elaboradas de modo a respeitar os objetivos e princípios da Política Nacional de Recursos Hídricos (gestão democrática e descentralizada, fortalecimento do federalismo, desenvolvimento sustentável, dentre outros).

Conforme expõe o PNRH, as diretrizes da gestão hídrica nacional são resultado da observância das variadas relações estabelecidas na seara nacional em torno dos recursos hídricos e da ligação dessas relações aos problemas hídricos nacionais.²³²

A partir desta análise, objetivou-se hierarquizar tanto as problemáticas

231 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 88/90.

232 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 94/95.

hídricas nacionais em níveis de relevância como as ações em níveis de simplicidade e eficácia. Almejou-se, ainda, identificar as mais eficazes e simples ações dentro de determinada seara hídrica e as ações estratégicas nacionais, locais e regionais. Na medida em que restassem identificados tais elementos, mas simples seria determinar quais ações deveriam destinar-se a cada uma das regiões hídricas nacionais, que espécies de problemáticas as mesmas poderiam resolver e em que medida.²³³

Pela amplitude de tais análises, fácil torna-se concluir pela amplitude das diretrizes estabelecidas a partir das mesmas.

Inúmeras são as diretrizes gerais e macrodiretrizes enumeradas no PNRH, podendo haver menção a algumas delas: conteúdo de abrangência nacional; necessidade de adoção de medidas preventivas, além das repressivas convencionalmente adotadas; padrão de tomada de decisões apto a possibilitar a diminuição das incertezas e o maior alcance dos fins desejados; necessidade de se aproximar os gestores dos recursos hídricos e seus usuários; enumeração de estratégias para a implementação e permanência do PNRH e da Política Nacional de Recursos Hídricos; desenvolvimento de elementos que permitam a preservação e o uso múltiplo das águas nacionais; dentre outras.²³⁴

Ambos os instrumentos, sejam eles as diretrizes gerais e macrodiretrizes do PNRH, buscam fornecer direções quanto aos melhores caminhos a serem seguidos no âmbito da gestão dos recursos hídricos nacionais, tentando superar as problemáticas atuais e, quem sabe, as futuras. Ressalte-se, como mencionado, o caráter não apenas repressivo, mas também e especialmente preventivo, das diretrizes e macrodiretrizes do PNRH.

a””) Do volume V: “Programas Nacionais e Metas”.

Por fim, há que se falar a respeito do Volume V do PNRH, intitulado “Programas Nacionais e Metas”. Seguindo a mesma linha de outros documentos integrantes do PNRH, o Volume V também contou com relevante participação popular, técnica e científica em sua elaboração.

233 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 94/95

234 As diretrizes gerais e macrodiretrizes do PNRH encontram-se disponíveis no seguinte documento: MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. Plano Nacional de Recursos Hídricos. Brasília. 2006.

O PNRH é dividido em 13 programas, integrados e interdependentes, organizados em quatro componentes, todos divididos em subprogramas. Dos quatro componentes, os dois primeiros são formados por sete programas e trinta subprogramas e os dois últimos por seis programas, restando os mesmos, até então, carentes de subprogramas.²³⁵

Tais programas e subprogramas almejam, em conjunto, contribuir com a gestão hídrica nacional, de modo a possibilitar melhor oferta, em qualidade e quantidade, dos recursos hídricos brasileiros; de modo a minimizar conflitos atuais e futuros; vislumbrando a água, ainda, como recurso dotado de relevância econômica, social e ambiental.

Dos componentes citados, o primeiro se ocupa das ações voltadas para o ordenamento institucional da gestão hídrica e, ainda, para os instrumentos da política nacional de recursos hídricos; o segundo componente, por sua vez, trata dos contatos entre diferentes setores e instituições e das discussões internas existentes dentro de um mesmo ente; o terceiro componente, diferentemente, trata de ações que não apenas abrangem a área de uma única bacia hidrográfica e, por fim, o quarto componente, aborda a necessidade de se realizarem avaliações periódicas e sistemáticas em torno da implementação e eficácia do PNRH.²³⁶

No que tange às metas do PNRH, a sua elaboração pautou-se nos mesmos elementos que nortearam a elaboração do PNRH. Tais metas têm como norte o ano de 2020. Até lá, alguns anos foram selecionados a título de curto, médio e longo prazos de concretização; são eles: 2007, 2011 e 2015. Foram privilegiadas, pelo caráter contínuo do Plano, as metas de performance e de processo, ao invés das metas de resultados. É a paulatina concretização da Política Hídrica Nacional e do sistema de gestão dos recursos hídricos que permitirá a adequada gestão integrada das águas nacionais.

As metas inicialmente estabelecidas ao PNRH são de duas espécies básicas: contínuas e emergenciais. As metas contínuas são aquelas relacionadas ao desempenho e ao aperfeiçoamento constante do PNRH. As metas emergenciais, por sua vez, caracterizam-se por seu curto prazo, pelo

235 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 110.

236 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 110/111.

curto espaço de tempo em sua implementação e término. Seis são as metas emergenciais do PNRH: elaboração e aprovação pelo CNRH da “Estratégia de Implementação do PNRH”; criação de um Sistema de Gerenciamento Orientado para Resultados (SIGEOR) do PNRH; detalhamento e implementação do Sistema de Implantação, Monitoramento e Avaliação do PNRH e do Subsistema de Informações de Monitoramento e Avaliação do PNRH; detalhamento do programa estabelecido para o Componente de Desenvolvimento da GIRH no Brasil; detalhamento dos programas e subprogramas ligados aos Componentes de Desenvolvimento da Gestão Integrada dos Recursos Hídricos e articulação entre os entes e sujeitos da gestão e; por fim, o detalhamento dos programas e subprogramas ligados ao Componente de Programas Regionais de Recursos Hídricos.²³⁷

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente trabalho buscou oferecer, através das exposições aqui feitas, uma visão geral acerca da situação dos recursos hídricos no Brasil, mais precisamente no que diz respeito à Política Nacional de Recursos Hídricos, à sistemática da gestão e ao Plano nacional de Recursos Hídricos.

Viu-se que o Brasil é um país privilegiado no que tange à disponibilidade de recursos; todavia, alguns problemas apontam em face da diversidade climática nacional, da má distribuição dos recursos hídricos ao longo do território e da escassez de chuvas em determinadas regiões.

Além das problemáticas naturais mencionadas, existem outras decorrentes da intervenção humana na natureza; destacando-se, em tal contexto, a poluição das águas pelo lançamento de esgotos. Como visto, este é um dos grandes problemas das águas nacionais em decorrência do pequeno índice de saneamento do país; apenas 47% das cidades brasileiras possuem rede coletora de esgoto e apenas 18% dos esgotos nacionais recebem tratamento.

Durante longos anos o país manteve-se carente de uma política de gestão de suas águas. A história da gestão hídrica nacional iniciou-se na década

237 MMA – Ministério do Meio Ambiente. SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos Brasília, 2006, p. 133.

de 30 e apenas em 1997 foi instituída a lei responsável por disciplinar a Política Nacional de Recursos Hídricos e a gestão das águas nacionais. Quanto ao Plano Nacional de Recursos Hídricos, este é bastante recente, sendo datado de 2006.

São apontados, como pontos de destaque da gestão das águas no país, a descentralização e democratização da gestão. Dentro deste contexto de um maior número de participantes na gestão, faz-se imprescindível a educação hídrica e ambiental de todos aqueles que a compõe.

Pelas amplas dimensões territoriais nacionais, frente ao federalismo consagrado constitucionalmente, é importante que se mantenha a autonomia dos entes federados no âmbito da gestão das águas que lhes são referentes; sem, contudo, distanciá-los dos dizeres do Plano Nacional de Recursos Hídricos. Os planos de recursos hídricos devem ser elaborados e desenvolvidos de modo a possibilitar sua integração ao conteúdo do Plano Nacional e às políticas públicas de ordem hídrica.

Faz-se imprescindível, no caso nacional, a instituição e manutenção do equilíbrio entre o federalismo, a gestão descentralizada e o caráter nacional do Plano Nacional de Recursos Hídricos.

Existem, ainda, pontos específicos que são determinantes ao pleno desenvolvimento da gestão hídrica nacional; o saneamento básico, aqui já tratado, por exemplo, é fator chave neste contexto; assim como a recuperação das águas. A captação de águas, na zona urbana e rural, especialmente no semi-árido nacional, também é imprescindível.

A irrigação agrícola, como demonstrado, é das atividades que mais demanda água e, em contrapartida, muitos dos produtos nela utilizados possuem alto potencial poluente. A indústria, por sua vez, também lança grande quantidade de resíduos poluentes nas águas nacionais. É preciso, assim, o desenvolvimento de uma política econômica, agrícola e industrial, sustentável. A educação e o poder coercitivo do Estado apontam, a título preventivo e repressivo, respectivamente, como elementos por demais relevantes no âmbito da gestão hídrica nacional.

Para que a gestão adequada das águas nacionais se consolide faz-se imprescindível à observância dos elementos aqui apontados; a implementação de um aparato normativo adequado e eficaz também é peça chave da gestão.

O uso das águas nacionais deve pautar-se na sustentabilidade; os debates e estudos já realizados para fins de elaboração dos variados documentos hídricos nacionais devem ser mantidos e propagados, com destaque para um novo enfoque de caráter educativo.

Há de ser ressaltada, também, a necessidade de maior consolidação da legislação hídrica nacional, bastante recente e pouco divulgada no universo jurídico.

O sistema de gestão dos recursos hídricos, a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Plano Nacional de Recursos Hídricos, apesar de muito relevantes, de se pautarem na descentralização e democratização e de estarem diretamente ligados à vida de todos os cidadãos brasileiros, ainda são pouco conhecidos e divulgados. Um grande reflexo disso pode ser visto na seara jurídica nacional, onde poucos são os trabalhos e debates desenvolvidos em torno de tal temática.

O Brasil iniciou tardiamente o seu caminhar rumo à tutela mais completa e eficaz dos seus recursos hídricos. Muito ainda há de ser feito para que os recursos hídricos nacionais recebam uma tutela adequada e compatível com os interesses sócio-ambientais.

Referências Bibliográficas

BORSOI, Zilda Maria Ferrão. TORRES, Solange Domingos Alencar, “A política de recursos hídricos no Brasil”, Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev806.pdf>. Acesso em: 06.04.07.

CAUBERT, Christian Guy. A água, a lei, a política... E o meio ambiente?, Curitiba: Editora Juruá, 2004.

CUNHA, E. Camargo Neves da (2004). Desafios jurídicos na gestão dos recursos hídricos face aos instrumentos da política nacional: papel da Agência Nacional de Águas”, AA.VV.: I, II & III Seminários Internacionais de Direito Ambiental, Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/-ac_direito/Camargo.pdf>. Acesso em: 15.07.07.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio, O dicionário da língua portuguesa, Curitiba: Editora Positivo, 2006.

HENKES, Silvana Lúcia (2002), Gestão dos recursos hídricos: acertos e erros na bacia hidrográfica do rio Itajaí / SC - Brasil, Dissertação de mestrado, Florianópolis. Disponível em: <teses.eps.ufsc.br/defesa/pdf/11787.pdf>. Acesso em: 15.07.07.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

MMA - Ministério do Meio Ambiente, SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos. Plano Nacional de Recursos Hídricos, Brasília, 2006.

MMA - Ministério do Meio Ambiente, SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos, Planos de Recursos Hídricos, Disponível em: <www.mma.gov.br/port/srh/politica/instrumentos/planos.html>. Acesso em: 15.07.07.

MMA - Ministério do Meio Ambiente, SNRH - Secretaria Nacional de Recursos Hídricos, Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/srh/politica/pnrh.html>.

Acesso em: 17.07.07.

POMPEU, Cid Tomanik (), Direito de águas no Brasil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOS USOS DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO

Eloy Colom Piazuelo

I) CLASES DE USOS Y TITULOS HABILITANTES EXIGIDOS PARA HACERLOS EFECTIVOS. 1) Sometimiento de los diversos tipos de usos a la planificación hidrológica. 2) Las diversas clases de usos: los usos comunes generales, los usos comunes especiales y los usos privativos. 3) Medidas para garantizar la coordinación y control de los usos del dominio público hidráulico y para afrontar situaciones excepcionales y de acuíferos sobreexplotaciones. II) TITULOS HABILITANTES EXIGIDOS PARA LA UTILIZACION DE DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO: LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA. III) TITULOS HABILITANTES EXIGIDOS PARA LA UTILIZACION DE DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO: LA CONCESION ADMINISTRATIVA. 1) Características generales de la concesión administrativa. 2) Procedimiento de otorgamiento de la concesión administrativa. 3) Modificación y revisión de las concesiones. 4) Cesión de derechos al uso privativo de las aguas. 5) Extinción de las concesiones.

En el artículo 1.3 del TRLA se dice que las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Los bienes específicos que se consideran integrados dentro del dominio público aparecen concretados en el artículo 2 del TRLA.

Así, en este último precepto se dice que constituyen el dominio público hidráulico del Estado los siguientes elementos: las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación; los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos; los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos; y las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

Estos bienes integrantes del dominio público hidráulico son susceptibles de ser utilizados de acuerdo con las disposiciones contenidas en el TRLA. En este sentido, en el artículo 1.1 del TRLA se dice que es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución. Precisamente, en el presente trabajo se examinarán los diferentes tipos de usos del dominio público hidráulico. Para ello primero se expondrán los diferentes tipos de uso y los títulos habilitantes exigidos para llevarlos a cabo (I). Y después se realizará un estudio específico de dos de ellos: la autorización y la concesión (II y III).

Antes de comenzar la exposición debe advertirse que en el presente trabajo no se hará referencia al aprovechamiento de las aguas minerales y termales. Ello obedece a que el aprovechamiento de las mismas se rige por la legislación sectorial. Así, en el artículo 1.5 del TRLA se dice que las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.2 del TRLA, es decir, de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición. Legislación específica que está constituida por los artículos 23 y ss. de la Ley de Minas de 1973 y normativa autonómica aprobada en virtud de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía

I) CLASES DE USOS Y TÍTULOS HABILITANTES EXIGIDOS PARA HACERLOS EFECTIVOS.

El dominio público hidráulico es susceptible de diferentes tipos de usos. Dichos usos deben realizarse de conformidad con los planes hidrológicos.

Planificación a la que se hará referencia en un apartado específico (1). Partiendo de la necesidad de respetar el contenido de los planes, después se examinarán los diversos tipos de usos (2). Usos cuyo ejercicio puede requerir una coordinación de los mismos por la Administración concedente y la adopción de medidas específicas en casos excepcionales o de acuíferos sobreexplotados, tal y como se indicará en un epígrafe posterior (3).

1) Sometimiento de los diversos tipos de usos a la planificación hidrológica.

Los diversos tipos de usos del dominio público hidráulico deben someterse a las previsiones contenidas en la planificación hidrológica. En este sentido, por ejemplo, en el artículo 59.4 del TRLA se dice que toda concesión de aguas se otorgará según las previsiones de los planes hidrológicos.

Esta planificación hidrológica tiene por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta Ley, la satisfacción de las demandas de aguas, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementado las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los recursos naturales (artículo 40.1 del TRLA). Por otra parte, la política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas, sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio Ambiente, o por las Administraciones hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura (artículo 40.2 del TRLA).

La planificación se realiza mediante los planes hidrológicos de cuencas, que tendrán como ámbito territorial de referencia la demarcación hidrográfica correspondiente, y el plan hidrológico nacional, que se referirá a todo el territorio nacional²³⁸. Dichos planes hidrológicos serán públicos y

²³⁸ Por la Ley 10/2001, de julio, se aprobó el Plan hidrológico nacional. Ley modificada por el Real Decreto Ley 2/2004, de 18 de junio, y luego Ley 11/2005, de 22 de junio. Y por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio se aprobaron los Planes hidrológicos de las siguientes cuencas intercomunitarias: Planes hidrológicos del Norte I, II y III, Plan hidrológico único del Duero, Plan hidrológico único del Tajo, Plan hidrológico del

vinculantes, sin perjuicio de su actualización periódica y revisión justificada, y no crearán por sí solos derechos a favor de particulares o entidades, por lo que su modificación no dará lugar a indemnización, salvo que su aplicación conlleve una revisión de concesión (artículos 40 y 65 del TRLA). Los planes mencionados se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a usos del agua como a los del suelo, y especialmente con lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios (artículo 41.4 del TRLA).

Por lo que respecta al contenido de la planificación y refiriéndonos exclusivamente al relacionado con el objeto del presente trabajo, es decir, al aprovechamiento del agua, en el artículo 42 del TRLA se dice que en los planes hidrológicos de cuenca se comprenderá obligatoriamente la descripción general de los usos, presiones e incidencias antrópicas significativas sobre las aguas, incluyendo los siguientes puntos:

a) Los usos y demandas existentes con una estimación de las presiones sobre el estado cuantitativo de las aguas, la contaminación de fuente puntual y difusa, incluyendo un resumen del uso del suelo, y otras afecciones significativas de la actividad humana. Para ello en el artículo 12 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, se establece que el plan hidrológico incluirá una tabla que clasifique los usos contemplados en el mismo, distinguiéndose, al menos, los de abastecimiento de poblaciones, regadíos y usos agrarios, usos industriales para producción de energía eléctrica, otros usos industriales, acuicultura, usos recreativos, navegación y transporte acuático.

b) Los criterios de prioridad y de compatibilidad de uso, así como el orden de preferencia entre los distintos usos y aprovechamientos. En el caso de que el plan no estableciera ese orden, en el artículo 60.3 del TRLA se establece que regirá con carácter general el siguiente: abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal; regadíos y usos agrarios; usos industriales para producción de energía eléctrica; otros usos industriales no incluidos en los casos anteriores; acuicultura; usos recreativos; navegación y transporte acuático;

Guadiana I y II, Plan hidrológico único del Guadalquivir, Plan hidrológico único del Segura, Plan hidrológico único del Júcar, Plan hidrológico único del Ebro, y Plan hidrográfico único del Sur. En cuanto a la delimitación de las cuencias hidrográficas vid. el Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero

y otros aprovechamientos. En todo caso, los planes hidrológicos deberán respetar la supremacía del abastecimiento de poblaciones.

c) La asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación y recuperación del medio natural. Con este fin se determinarán los caudales ecológicos, entendiendo como tales los que mantienen como mínimo la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río y su vegetación de ribera; y se concretarán las reservas naturales fluviales, con la finalidad de preservar, sin alteraciones, aquellos tramos de ríos con escasa o nula intervención humana, refiriéndose éstas estrictamente a los bienes de dominio público hidráulico. Reservas naturales fluviales a las que se aplicarán también las previsiones contenidas en los artículos 22 y ss. del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio.

En cuanto a la reserva de recursos, en el artículo 20 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, se dice que se entiende por tal la correspondiente a las asignaciones establecidas en previsión de las demandas que corresponde atender para alcanzar los objetivos de la planificación hidrológica. Dichas reservas deberán inscribirse en el Registro de aguas a nombre del organismo de cuenca, el cual procederá a su cancelación parcial a medida que se vayan otorgando las correspondientes concesiones; y se aplicarán exclusivamente para el destino concreto y en el plazo máximo fijado en el propio plan o a falta de éste el plazo de seis años

Por otra parte, debe advertirse que en el artículo 59.7 del TRLA se establece que los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación; en todo caso, se aplicará también a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el artículo 60.3 del TRLA y a la que antes se aludió.

d) La definición de un sistema de explotación único para cada plan, en el que, de forma simplificada, queden incluidos todos los sistemas parciales, y con el que se posibilite el análisis global de comportamiento (artículo 42 del TRLA). Según el artículo 19 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, el plan hidrológico definirá los sistemas de explotación en los que funcionalmente se dividida el territorio que tendrá un horizonte temporal determinado de acuerdo con las reglas establecidas en el citado precepto.

Cada sistema de explotación de recursos está constituido por masas de agua superficial y subterránea, obras e instalaciones de infraestructura hidráulica, normas de utilización del agua derivadas de las características de las demandas y reglas de explotación que, aprovechando los recursos hídricos naturales, y de acuerdo con su calidad, permiten establecer los suministros de agua que configuran la oferta de recursos disponibles del sistema de explotación, cumpliendo los objetivos medioambientales. Sin perjuicio de los sistemas de explotación parciales, se definirá un sistema de explotación único en el que de forma simplificada queden incluidos todos los sistemas parciales y el que sea posible un análisis global del comportamiento en toda la demarcación hidrográfica; en el Plan se indicará la agrupación de recursos, demandas, infraestructuras de almacenamiento y masas de agua llevada a cabo a partir de los sistemas parciales, en su caso, para definir el sistema de explotación único.

El contenido de los planes hidrológicos de cuenca al que se acaba de hacer referencia será público y vinculante, sin perjuicio de su actualización periódica y revisión justificada, y no creará por sí solo derechos a favor de particulares o entidades, por lo que su modificación no dará lugar a indemnización, salvo las excepciones previstas en el artículo 65 del TRLA (artículo 39.4 del TRLA).

Partiendo del contenido de la planificación expuesta, a continuación se expondrán en el apartado siguiente los diversos tipos de dominio público hidráulico que resultan posibles, de acuerdo con la legislación de aguas.

2) Las diversas clases de usos: los usos comunes generales, los usos comunes especiales y los usos privativos.

En los artículos 50 y ss. del TRLA se regulan los diversos tipos de usos del dominio público hidráulico. Estos se clasifican en tres grupos: usos comunes generales, usos comunes especiales y usos privativos. División que es conforme con la configuración de las aguas como bienes destinados a un uso público. Los mismos se definen en el propio TRLA y, en desarrollo de la misma, el RDPH. A continuación, se examinarán los diferentes tipos de usos.

Comenzando con la primera modalidad de uso, es decir, los usos comunes generales, éstos se regulan en el artículo 50 del TRLA. En dicho

precepto se dice que todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar el ganado. Estos usos comunes habrán de llevarse a cabo de forma que no se produzca una alteración de la calidad y caudal de las aguas; y sin que en ningún caso, las aguas puedan ser desviadas de sus cauces o lechos, debiendo respetarse el régimen normal de aprovechamiento. Además, la Ley no amparará el abuso del derecho en la utilización de las aguas ni el desperdicio o mal uso de las mismas, cualquiera que fuese el título que se alegare. Por otra parte, cuando se trate de aguas que circulen por cauces artificiales, tendrán, además, las limitaciones derivadas de la protección del acueducto; y en ningún caso, las aguas podrán ser desviadas de sus cauces o lechos, debiendo respetarse el régimen normal de aprovechamiento.

Por lo que respecta a la segunda forma de aprovechamiento, los usos comunes especiales, se califican como tales aquellos que no excluyan la utilización del recurso por terceros, pero concurren circunstancias especiales. Se consideran de esta clase, según el artículo 51 del TRLA, los siguientes: la navegación y flotación; el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos; y cualquier otro uso, no incluido en el artículo anterior dedicado a los usos comunes generales, que no excluya la utilización del recurso por terceros. También se consideran en el artículo 77 del TRLA y los artículos 70 y ss. del RDPH como usos comunes especiales del dominio público hidráulico la utilización o aprovechamiento por los particulares de los cauces o bienes situados en ellos y, en particular, los aprovechamientos de áridos, pastos y vegetación arbórea o arbustiva, establecimiento de puentes o pasarelas, embarcaderos e instalaciones para baños públicos.

Y, finalmente, los usos privativos del dominio público hidráulico se regulan en los artículos 52 y ss. del TRLA. Los mismos aparecen definidos negativamente. Así, se consideran como tales los que no se califiquen como usos comunes especiales y excluyan la utilización por terceras personas. Se comprenden dentro de los usos privativos tanto los que tengan carácter consuntivo, como la extracción de áridos en exclusiva de un tramo del río, como aquellos que no reúnan esta condición, como ocurren con las concesiones para aprovechamientos hidroeléctricos.

Para que las personas puedan hacer efectivos los usos comunes especiales y los usos privativos es necesario un título habilitante. Así, en el artículo 51 del TRLA se exige una autorización para aquellas personas que quieran realizar un uso común especial. En cuanto a los usos privativos, los mismos pueden ser atribuidos directamente por la ley o por un acto expreso de la Administración denominado concesión. En este sentido, en el artículo 52 del TRLA se dice que el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa.

Los usos privativos atribuidos directamente por la ley aparecen regulados en el artículo 54 del TRLA. En dicho precepto se dice que en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos; en los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización. Los restantes usos de las aguas no contenidos en el artículo 54 del TRLA requieren concesión, tal y como se indica en el artículo 59 del TRLA.

Los títulos habilitantes que se acaban de exponer son los únicos que permiten el aprovechamiento privativo. Limitación que se recoge, por ejemplo, en el artículo 52.2 del TRLA. En este artículo se dice que no podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico. Precisamente, al estudio de las autorizaciones y concesiones se dedicarán un estudio especial en apartados posteriores.

3) Medidas para garantizar la coordinación y control de los usos del dominio público hidráulico y para afrontar situaciones excepcionales y de acuíferos sobreexplotaciones.

En los artículos 55 y ss. del TRLA se establecen diversas medidas especiales aplicables a los usos del agua otorgados que responden a finalidades diversas. Así, en el artículo 55 del TRLA se hace referencia a las medidas de coordinación de usos y explotación racional de los mismos; y en los artículos 56 y 58 del TRLA a las utilidades de las aguas en los acuíferos sobreexplotados y en las situaciones excepcionales.

En concreto, en el artículo 55 del TRLA se dice que el organismo de cuenca, cuando así lo exija la disponibilidad del recurso, podrá fijar el régimen de explotación de los embalses establecidos en los ríos y de los acuíferos subterráneos, régimen al que habrá de adaptarse la utilización coordinada de los aprovechamientos existentes. Igualmente, podrá fijar el régimen de explotación conjunta de las aguas superficiales y de los acuíferos subterráneos.

Con carácter temporal, podrá también condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. Cuando por ello se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros, los titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización, correspondiendo al organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía.

Asimismo, los organismos de cuenca determinarán, en su ámbito territorial, los sistemas de control efectivo de los caudales de agua utilizados y de los vertidos al dominio público hidráulico que deban establecerse para garantizar el respeto a los derechos existentes, permitir la correcta planificación y administración de los recursos, y asegurar la calidad de las aguas. A tal efecto, y a instancias del organismo de cuenca, los titulares de las concesiones administrativas de aguas y todos aquellos que por cualquier otro título tengan derecho a su uso privativo, estarán obligados a instalar y mantener los correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto utilizados y, en su caso, retornados.

Por otra parte, cuando existan caudales reservados o comprendidos en algún plan del Estado que no sean objeto de aprovechamiento inmediato, podrán otorgarse concesiones a precario que no consolidarán derecho alguno ni darán lugar a indemnización si el organismo de cuenca reduce los caudales o revoca las autorizaciones.

Al margen de las medidas señaladas, en el artículo 56 del TRLA se regulan los usos del agua en los acuíferos sobreexplotados. En dicho precepto se dice que el organismo de cuenca competente, oído el Consejo del Agua, podrá declarar que los recursos hidráulicos subterráneos de una zona están sobreexplotados o en riesgo de estarlo. En estas zonas el organismo de cuenca, de oficio o a propuesta de la comunidad de usuarios u

órgano que la sustituya, aprobará, en el plazo máximo de dos años desde la declaración, un plan de ordenación para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica. Hasta la aprobación del plan, el organismo de cuenca podrá establecer las limitaciones de extracción que sean necesarias como medida preventiva y cautelar.

El referido plan ordenará el régimen de extracciones para lograr una explotación racional de los recursos y podrá establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose, en su caso, los títulos individuales con sus derechos inherentes, en uno colectivo que deberá ajustarse a lo dispuesto en el plan de ordenación. Podrá determinar también perímetros dentro de los cuales no será posible el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas a menos que los titulares de las preexistentes estén constituidos en comunidades de usuarios. Asimismo, a fin de proteger las aguas subterráneas frente a los riesgos de contaminación, el organismo de cuenca podrá determinar perímetros de protección del acuífero o unidad hidrogeológica en los que será necesaria autorización del organismo de cuenca para la realización de obras de infraestructura, extracción de áridos u otras actividades e instalaciones que puedan afectarlo.

Por último, en relación con las utilizaciones de las aguas en situaciones excepcionales, en el artículo 58 del TRLA se dice que en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión. La aprobación de dichas medidas llevará implícita la declaración de utilidad pública de las obras, sondeos y estudios necesarios para desarrollarlos, a efectos de la ocupación temporal y expropiación forzosa de bienes y derechos, así como la de urgente necesidad de la ocupación.

De lo expuesto en el presente apartado se deduce que todas las utilizaciones de las aguas están sometidas a la planificación hidrológica y que los diversos usos se clasifican en comunes generales, comunes especiales y privativos, siendo necesarios para estos dos últimos los títulos habilitantes

denominados autorizaciones y concesiones, tal y como se expondrán en los epígrafes siguientes. Dichos usos pueden estar sometidos a unas reglas especiales cuando concurren determinadas circunstancias excepcionales o se esté en presencia de acuíferos sobreexplotados o se adopten medidas racionalizadoras.

II) TITULOS HABILITANTES EXIGIDOS PARA LA UTILIZACION DE DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO: LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA.

En el artículo 51 del TRLA se establece que se requiere autorización administrativa previa para los usos comunes especiales de navegación y flotación, establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos y cualquier otro uso, no incluido en el artículo 50 del TRLA dedicado a los usos comunes generales, que no excluya la utilización del recurso por terceros. Además, en el artículo 77 del TRLA se establece que la utilización o aprovechamiento por los particulares de los cauces o de los bienes situados en ellos requerirá autorización administrativa; y entre esos aprovechamientos en el citado artículo se consideran incluidos los de áridos, pastos y vegetación arbórea o arbustiva, establecimiento de puentes o pasarelas, embarcaderos e instalaciones para baños públicos. Preceptos que se desarrollan en los artículos 51 y ss. del RDPH.

Las autorizaciones que se otorguen de acuerdo con el TRLA y el RDPH se concederán exclusivamente a los efectos previstos en las dos normas citadas (artículo 51.2 del RDPH). Por otra parte, las autorizaciones se otorgaran sin menoscabo del derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, con independencia de las condiciones específicas que puedan establecerse en cada caso concreto; estarán sujetas al pago del canon de ocupación de los terrenos de dominio publico establecido en el artículo 112 del TRLA; y el titular de la autorización quedara obligado, incluso en caso de revocación de aquella, a dejar el cauce en condiciones normales de desagüe, pudiendo el organismo de cuenca adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación (artículo 54 del RDPH).

Por lo que respecta al procedimiento general de otorgamiento de las autorizaciones éste se regula en los artículos 52 y 53 del RDPH. En con-

creto, en el artículo 52 del RDPH se dice que el procedimiento al que se someterán las solicitudes de autorización de uso común especial del dominio público de los cauces, será el determinado por la ley de procedimiento administrativo, pudiendo recabar del interesado el organismo de cuenca proyecto justificativo u otra documentación complementaria que estime necesaria para conceder la autorización y, en especial, la presentación de un estudio, elaborado por técnico responsable, sobre la evaluación de los efectos que pudieran producirse sobre el medio ambiente, la salubridad y los recursos pesqueros, así como sobre las soluciones que, en su caso, se prevean. Se acordará, en todo caso, un periodo de información pública por un plazo no inferior a veinte días, ni superior a dos meses. El plazo de la Administración para resolver será de tres meses, que quedará ampliado a seis en el supuesto de que el plazo de información pública fuera superior a un mes o procediera la confrontación del proyecto; transcurrido dicho plazo podrá entenderse desestimada la solicitud. Las resoluciones de los organismos de cuenca dependientes de la Administración general del Estado pondrán fin a la vía administrativa.

Y en los casos en que la tramitación de las citadas autorizaciones haya sido encomendada a una Comunidad autónoma, ésta formulará propuesta de resolución al organismo de cuenca, quien, a su vez, comunicará a aquella la resolución que se dicte, para su notificación al interesado. Se entenderá que la resolución es conforme con la propuesta formulada cuando, en el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha de entrada de aquella en el organismo de cuenca, éste no hubiera comunicado la resolución a la Comunidad autónoma. La tramitación de expedientes de esta naturaleza corresponderá al organismo de cuenca, cuando se trate de obras que ejecute la Administración del Estado o en el caso de que estas deban llevarse a cabo en cauces que delimiten el territorio de dos o más Comunidades autónomas.

Las previsiones generales que se acaban de exponer se complementan con una serie de disposiciones específicas relativas a tipos concretos de autorizaciones en los artículos 55 y ss. del RDPH.

Entre esas previsiones especiales pueden mencionarse las dedicadas a las autorizaciones para navegación y flotación contenidas en los artículos 55 y ss. del RDPH. Disposiciones que se refieren a la seguridad de las personas y las cosas o la protección del medio. En este sentido, se exige con carácter

general que la embarcación esté provista de una matrícula normalizada, cumpla las medidas de seguridad y conservación de las embarcaciones, tenga seguro de responsabilidad de daños frente a terceros, título expedido por el organismo competente para quien maneje o gobierne las mismas, en su caso. Además, las autorizaciones se condicionaran atendiendo a los usos previstos para las aguas almacenadas, protegiendo su calidad y limitando el acceso a las zonas de derivación o desagüe, del modo que prescriben los artículos 62 y ss. del RDPH.

Las autorizaciones de navegación no supondrán monopolio ni preferencia de clase alguna a favor de beneficiario y se otorgarán a precario, pudiendo ser revocadas o suspendidas temporalmente por la Administración por razones de seguridad, salubridad u otros motivos justificados, sin que el beneficiario de las mismas tenga derecho a indemnización alguna (artículo 63 del RDPH). Y el beneficiario será responsable de cuantos daños se puedan producir al dominio público hidráulico y a los bienes de particulares o del Estado que puedan existir en el tramo objeto de flotación; para responder de ellos y antes de iniciar estas actividades, prestará fianza en al cuantía que, en cada caso concreto, fije la Administración, la cual será devuelta si no se hubieran producido daños (artículo 68 del RDPH).

A los efectos de estas autorizaciones se podrá establecer un sistema de clasificación de los lagos, lagunas y embalses y aquellos tramos de ríos en que resulte conveniente a la vista de sus condiciones de navegabilidad (artículos 64 y 66 del RDPH). Por último, en el artículo 67 del RDPH se establecen reglas especiales relativas a las autorizaciones de flotación fluvial para transporte de madera por piezas sueltas o con almadías.

El segundo grupo de reglas especiales contenida en el RDPH se refieren a las autorizaciones para el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos. Dichas normas se contienen en el artículo 69 y versan fundamentalmente sobre especialidades procedimentales. En particular, se dirigen a exigir la presentación de documentación complementaria, tal y como proyecto técnico suscrito por técnico competente y reglamento de explotación del servicio, en su caso; la previsión de supresión del trámite de información pública en determinadas circunstancias; y la coordinación de dicha autorización con la de navegación a la que antes se ha hecho referencia.

Y el último grupo de autorizaciones reguladas en los artículos 70 y ss.

del RDPH está referido a la utilización o aprovechamiento por los particulares de los cauces o de los bienes situados en ellos. En concreto, en los citados preceptos se prevén las especialidades procedimentales para siembras, plantaciones y corta de árboles y utilización de pastos en terrenos de dominio público hidráulico (artículos 71 y ss. del RDPH), para establecimientos de baños o zonas recreativas y deportivas en los cauces públicos (artículo 74 del RDPH), para extracciones de áridos (artículo 75 del RDPH), para derivaciones de agua de carácter temporal que no pretendan un derecho al uso privativo de ella (artículo 76 del RDPH) o para utilización de embalses o tramos de ríos por hidroaviones (artículo 77 del RDPH). En estas autorizaciones se considerará la posible incidencia ecológica desfavorable, debiendo exigirse las adecuadas garantías para la restitución del medio (artículo 77 del TRLA y 70 del RDPH)

III) TITULOS HABILITANTES EXIGIDOS PARA LA UTILIZACION DE DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO: LA CONCESION ADMINISTRATIVA.

Como se indicó en un apartado anterior, todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 del TRLA requiere concesión administrativa (artículo 59.1 del TRLA). Artículo 54 que regula la autorización de los usos comunes especiales del dominio público hidráulico y que fue comentado en el apartado anterior

A las características generales de la concesión se hará referencia en un apartado específico (1), así como al procedimiento para otorgarlas (2). Con posterioridad, se expondrán las reglas relativas a la modificación, revisión y caducidad (3), a la cesión de derechos al uso privativo de las aguas (4) y a la extinción del derecho al uso privativo (5).

1) Características generales de la concesión administrativa.

Como se indica en el artículo 59 del TRLA, todo uso privativo de las aguas requiere concesión administrativa. Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la dispo-

nibilidad de los caudales concedidos, y se otorgarán según las previsiones de los planes hidrológicos (artículo 59 del TRLA)

Las concesiones se otorgarán con carácter temporal y plazo no superior a 75 años. No obstante, cuando para la normal utilización de una concesión fuese absolutamente necesaria la realización de determinadas obras, cuyo coste no pueda ser amortizado dentro del tiempo que falta por transcurrir hasta el final del plazo de la concesión, éste podrá prorrogarse por el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse, con un límite máximo de diez años y por una sola vez, siempre que dichas obras no se opongan al plan hidrológico correspondiente y se acrediten por el concesionario los perjuicios que se le irrogarían en caso contrario (artículo 59 TRLA).

En las concesiones se observará, a efectos de su otorgamiento, el orden de preferencia que se establezca en el plan hidrológico de la cuenca correspondiente, teniendo en cuentas las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno. A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente fijado en el artículo 60 del TRLA: abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal; regadíos y usos agrarios; usos industriales para producción de energía eléctrica; otros usos industriales no incluidos en los casos anteriores; acuicultura; usos recreativos; navegación y transporte acuático; y otros aprovechamientos. Dentro de cada clase, en caso de incompatibilidad de usos, serán preferidas aquellas de mayor utilidad pública o general, o aquellas que introduzcan mejoras técnicas que redunden en un menor consumo de agua o en el mantenimiento o mejora de su calidad. En todo caso, las concesiones están sujetas a expropiación forzosa a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el plan hidrológico de cuenca. Debe advertirse que los caudales ecológicos o demandas medioambientales no tendrá el carácter de uso, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación; y los caudales medioambientales se les aplicará la regla de supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones (artículos 59 y 60 del TRLA)

El agua que se conceda quedará adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos, ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos, con la excepción de lo previsto en el artículo

67 del TRLA. Artículo este último en el que se regula la cesión de derechos y al que se dedicará un apartado especial con posterioridad. No obstante, la Administración concedente podrá imponer la sustitución de la totalidad o parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen, con el fin de racionalizar el aprovechamiento del recurso, respondiendo aquélla únicamente de los gastos inherentes a la obra de sustitución y pudiendo repercutir estos gastos sobre los beneficiarios (artículo 61 del TRLA).

La concesión se entenderá realizada sin perjuicio de tercero y no eximirá al concesionario de la obtención de cualquier otro tipo de autorización o licencia que conforme a otras leyes se exija a su actividad o instalaciones (artículos 59.8 y 61.1 del TRLA). Por otra parte, si para la realización de las obras de una nueva concesión, fuese necesario modificar la toma o captación de otra u otras preexistentes, el organismo de cuenta podrá imponer, o proponer en su caso, la modificación, siendo los gastos y perjuicios que se ocasionen a cargo del peticionario (artículo 59.3 TRLA)

Las concesiones podrán otorgarse a una persona o empresa concreta, a una comunidad de de usuarios o a una agrupación de regantes.

Por lo que respecta al primer caso, las concesiones pueden otorgarse a personas individuales, si bien en algunos supuestos se exigen requisitos especiales. Así, por ejemplo, en el artículo 61 del TRLA se dice que, cuando el destino de las aguas fuese el riego, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada. La concesión para riego podrá prever la aplicación del agua a distintas superficies alternativa o sucesivamente o prever un perímetro máximo de superficie dentro del cual el concesionario podrá regar unas superficies u otras (artículo 61.4 del TRLA). No obstante lo indicado, podrán otorgarse concesiones de aguas para riego, en régimen de servicio público, a empresas o particulares, aunque no ostenten la titularidad de las tierras eventualmente beneficiarias del riego, siempre que el peticionario acredite previamente que cuenta con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras. El titular de una concesión para riego en régimen de servicio público no podrá beneficiarse de las concesiones de aguas de reserva a precario contempladas en el artículo 55.3 del TRLA, correspondiendo a los titulares de la superficie regada el derecho a instar una nueva concesión en los términos indicados en el precepto citado; las obras e instalaciones que no hayan revertido a la Administración competente pasarán, en su caso, a la titularidad del nuevo concesionario (artículo 62 del TRLA).

En segundo lugar, las concesiones pueden otorgarse a comunidades de usuarios. En el artículo 81 del TRLA se establece que los usuarios del agua y otros bienes de dominio público hidráulico de una misma toma o concesión deberán constituirse en comunidades de usuarios. Cuando el destino dado a las aguas fuese principalmente el riego, se denominarán comunidades de regantes; en otro caso, las comunidades recibirán el calificativo que caracterice el destino del aprovechamiento colectivo. Dichas Comunidades de usuarios tienen el carácter de corporaciones de Derecho público, adscritas al organismo de cuenca y se regirán por los artículos 81 y ss. del TRLA. Estas comunidades podrán tener por objeto el aprovechamiento conjunto de aguas superficiales y subterráneas (artículo 88 del TRLA) o referirse a una misma unidad hidrogeológica o de un mismo acuífero (artículo 87 del TRLA). La organización de las comunidades, así como la explotación en régimen de autonomía interna de los bienes hidráulicos inherentes al aprovechamiento se regirá por los estatutos u ordenanzas, que serán redactados y aprobados por la comunidad y sometidos para su aprobación administrativa al organismo de cuenca (artículo 81.1 del TRLA)

Es preciso advertir que los usuarios individuales a los que se ha hecho referencia anteriormente y las comunidades de usuarios podrán formar por convenio una junta central de usuarios con la finalidad de proteger sus derechos e intereses frente a terceros y ordenar y vigilar el uso coordinado de sus propios aprovechamientos. De la misma forma las comunidades de usuarios de aguas superficiales o subterráneas, cuya utilización afecte a intereses que les sean comunes, podrán formar una comunidad general para la defensa de sus derechos y conservación y fomento de dichos intereses. El organismo de cuenca podrá imponer, cuando el interés general lo exija, la constitución de los distintos tipos de comunidades y juntas centrales de usuarios (artículo 81 del TRLA)

Y, en tercer lugar, las concesiones pueden otorgarse a las agrupaciones de regantes. En este sentido, en el artículo 61.5 del TRLA se dice que el organismo de cuenca podrá otorgar concesiones colectivas para riego a una pluralidad de titulares de tierras que se integren mediante convenio en una agrupación de regantes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 81.5 del TRLA. En este último artículo se dice que cuando la modalidad o las circunstancias y características del aprovechamiento lo aconsejen, o

cuando el número de partícipes sea reducido, el régimen de comunidad de usuarios que antes se ha comentado podrá ser sustituido por el que se establezca en convenios específicos, que deberá ser aprobado por el organismo de cuenca. En este supuesto, el otorgamiento del nuevo título concesional llevará implícita la caducidad de las concesiones para riego preexistentes de las que sean titulares los miembros de las agrupaciones de regantes en las superficies objeto del convenio.

Finalmente, debe señalarse que las concesiones pueden tener por objeto no solamente el aprovechamiento privativo de las aguas, sino también otros elementos del dominio público hidráulico. Así, en el artículo 77 del TRLA se dice que la utilización o aprovechamiento por los particulares de los cauces o de los bienes situados en ellos requerirá la previa concesión. En el otorgamiento de concesiones para aprovechamientos de áridos, pastos y vegetación arbórea o arbustiva, establecimiento de puentes o pasarelas, embarcaderos e instalaciones para baños públicos, se considerará la posible incidencia ecológica desfavorable, debiendo exigirse las adecuadas garantías para la restitución del medio.

2) Procedimiento de otorgamiento de la concesión administrativa.

Las concesiones administrativas se otorgan después de tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo. Los principios generales a los que está sujeto aparecen determinados en el artículo 79 del TRLA. En concreto, en el citado precepto se establece que el procedimiento se ajustará a los principios de publicidad y tramitación en competencia, prefiriéndose, en igualdad de condiciones, aquellos que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno. Por otra parte, en el artículo 59.4 del TRLA se dice que el otorgamiento de las concesiones será discrecional, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público.

Los principios contenidos en el TRLA se desarrollan en los artículos 104 y ss. del RDPH. En estos preceptos se establece que quien desee una concesión de aguas superficiales presentará una instancia al organismo de cuenca, manifestando su pretensión y solicitando la iniciación del trámite de competencia de proyectos si ello fuera procedente. Dicho trámite se

iniciará mediante la publicación en los Boletines oficiales de las provincias donde radiquen las obras del anuncio redactado conforme a la solicitud presentada y, dentro del plazo marcado reglamentariamente, se podrán presentar tanto la petición del iniciador del expediente como la de cuantos deseen presentar proyectos en competencia. Peticiones que tendrán el contenido fijado en el artículo 106 del RDPH y en las que también podrá solicitarse la declaración de utilidad pública y la imposición de las servidumbres que se consideren necesarias.

Una vez realizados los trámites indicados, se procederá a apreciar la previa compatibilidad o incompatibilidad de las peticiones con el plan hidrológico de cuenca. En el caso de que se declare la compatibilidad previa, con condiciones o sin ellas, se proseguirá la tramitación del expediente de concesión; y en caso contrario se denegará la concesión solicitada.

Ultimados los trámites anteriores y en caso de proseguir la tramitación de las peticiones de concesión, se someterán éstas y las obras proyectadas a información pública, mediante la publicación de la correspondiente nota-anuncio con el contenido marcado en el artículo 109 del RDPH en los Boletines oficiales de las provincias afectadas por las obras y su exposición en los Ayuntamientos en cuyos términos radiquen las mismas o se utilicen las aguas. Simultáneamente se remitirá copia del expediente y de los documentos técnicos aportados a la Comunidad Autónoma para que manifieste lo que estime oportuno en materias de su competencia.

Por otra parte, se procederá al acto de reconocimiento sobre el terreno para confrontar el documento o documentos técnicos presentados, de lo que se levantará acta detallada. Y se emitirá informe sobre los documentos técnicos presentados, viabilidad de su ejecución, petición que se considera preferente si hubieran concurrido varias al trámite de competencias y modificaciones que convenga introducir, tanto en lo relativo al caudal solicitado como en los concerniente a las obras. También se informará de las reclamaciones presentadas y estudio de tarifas, si lo hubiera, y designará, en su caso, el peticionario a favor del cual ha de resolverse la competencia y las condiciones en que podrá otorgarse la concesión.

Emitidos los informes, si alguno fuere negativo o modificase las características esenciales de la concesión solicitada, o si hubiera habido proyecto en competencia, o alegaciones en el trámite de información pública, el organismo de cuenca dará audiencia a los interesados. Concluido este

trámite, se recabará informe de los servicios jurídicos. Y, una vez realizado éste, se decidirá sobre la competencia de peticiones, si se hubiera planteado, y fijarán las condiciones que regirán la concesión en los términos señalados en el artículo 115 del RDPH. En todo tipo de concesiones, se condicionará la explotación total o parcial de éstas a la aprobación del acta de reconocimiento final de las obras correspondientes.

Las condiciones en que puede otorgarse la concesión se notificarán al peticionario único o al designado entre los presentados al trámite de competencia para que manifieste su conformidad o formule las observaciones pertinentes. Si las aceptase, se le otorgará la concesión de acuerdo con las mismas, desde cuyo momento surtirá efectos. En cambio, si el peticionario formulase observaciones y el organismo de cuenca las aceptase, éste otorgará la concesión y, si no las aceptase, fijará al peticionario un plazo para que las acepte de plano, advirtiéndole que, de no hacerlo o no contestar, se procederá a denegar su petición prosiguiendo el expediente con los restantes peticionarios, si los hubiera.

El plazo para resolver las peticiones de concesión del dominio público hidráulico no podrá exceder de 18 meses. Trascurrido dicho plazo podrá entenderse desestimada la petición. La resolución que se dicte se comunicará a los interesados en la forma establecida en la legislación de procedimiento administrativo y se publicará la concesión en los Boletines oficiales de las provincias a que afecten las obras.

Las concesiones otorgadas serán inscritas de oficio en el Registro de aguas del organismo de cuenca donde radique la toma. Registro que tiene carácter público y de cuyos datos pueden expedirse las oportunas certificaciones; y que permite a quien esté inscrito interesar la intervención del organismo de cuenca competente en defensa de sus derechos, de acuerdo con el contenido de la concesión y de los establecidos en la legislación en materia de aguas. Por otra parte, la inscripción registral será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión (artículo 80 del TRLA)

Si resulta precisa para materializar la concesión, los organismos de cuenca podrán imponer, con arreglo a lo dispuesto en el Código civil y en el RDPH, la servidumbre forzosa de acueducto, si el aprovechamiento del recurso o su evacuación lo exigiera. Con arreglo a las mismas normas podrán también imponer las servidumbres de saca de agua y abrevadero,

de estribo de presa y de parada o partidor, así como las de paso. El beneficiario de la servidumbre forzosa deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al predio sirviente de conformidad con la legislación vigente (artículo 48 del TRLA).

Por último, debe indicarse que junto a la regulación del procedimiento ordinario de concesión de aguas, en el TRLA y RDPH existen reglas especiales aplicables a determinados supuestos. Entre ellas pueden mencionarse las relativas a las concesiones de aguas para abastecimiento de poblaciones y urbanizaciones (artículos 122 y ss. del RDPH), a las concesiones de obras e instalaciones en el dominio público hidráulico (artículos 126 y 127 del RDPH), a las concesiones de escasa importancia por su cuantía, incluidas las destinadas a aprovechamientos hidroeléctricos de pequeña potencia (artículos 128 y ss. del RDPH), las concesiones de extracción de áridos de tramos de ríos en exclusividad (artículos 136 y ss. del RDPH) o a las concesiones de aguas subterráneas (artículos 171 y ss. del RDPH)

También es preciso señalar que en algunas ocasiones estas especialidades procedimentales no se encuentran en el TRLA o el RDPH, sino en normas sectoriales. Pueden mencionarse, por ejemplo, el Real Decreto 916/1985, de 25 de mayo, regulador del procedimiento abreviado de tramitación de concesiones y autorizaciones administrativas para la instalación, ampliación o adaptación de aprovechamientos hidroeléctricos con potencia no superior a 5.000 kva. Real Decreto modificado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y el Real Decreto 249/1988, de 18 de marzo, y desarrollado parcialmente por Orden de 3 de febrero de 1989.

3) Modificación y revisión de las concesiones.

La modificación y revisión de las concesiones se regulan en los artículos 64 y ss. del TRLA y las características principales de cada una de ellas será objeto de examen en el presente apartado.

Así, comenzando con la modificación, en el artículo 64 del TRLA se dice que la toda modificación de las características de una concesión requerirá previa autorización administrativa del mismo órgano otorgante. Dichas modificaciones pueden afectar a la identidad del titular, caudal máximo y continuo equivalente a derivar, corriente y punto de toma, finalidad de la derivación o superficie regada en las concesiones para riego y tramo en

las destinadas a producción de energía eléctrica (artículo 144 del RDPH). El procedimiento y condiciones en las que debe solicitarse la autorización aparecen regulados en los artículos 143 y ss. del RDPH.

De la misma forma, en el artículo 65 del TRLA se establece que las concesiones podrán ser revisadas: cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento; en casos de fuerza mayor, a petición del concesionario; y cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos. Asimismo, las concesiones para el abastecimiento de poblaciones y regadíos podrán revisarse en los supuestos en los que se acredite que el objeto de la concesión puede cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, que contribuya a un ahorro del mismo; a estos efectos, las Confederaciones hidrográficas realizarán auditorías y controles de las concesiones, a fin de comprobar la eficiencia de la gestión y utilización de los recursos hídricos objeto de la concesión. El procedimiento de revisión se regula en los artículos 156 y ss. del RDPH.

La revisión de la concesión no dará derecho a la indemnización. Sólo en el caso señalado anteriormente relativo a la revisión cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa. De la misma forma la modificación de las condiciones concesionales para el abastecimiento de poblaciones y regadíos a la que antes se ha hecho referencia no otorgará al concesionario derecho a compensación económica alguna. Sin perjuicio de ello, reglamentariamente podrán establecerse ayudas a favor de los concesionarios para ajustar sus instalaciones a las nuevas condiciones concesionales.

4) Cesión de derechos al uso privativo de las aguas.

La cesión de derechos al uso privativo de las aguas está regulada en los artículos 67 y ss. del TRLA y los artículos 343 y ss. del RDPH,²³⁹. En los

239 En relación con las cesiones de derechos al uso privativo vid. también el Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua. Vid., además, los Reales Decretos 1265/2005, de 21 de octubre, por el que se adoptan medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Júcar, Segura y Tajo, y 1419/2005, de 25 de noviembre, por el que se adoptan medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para

citados preceptos se establece que los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter temporal y previa autorización administrativa la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido el plan hidrológico o en el artículo 60 del TRLA y al que en un apartado anterior se hizo referencia. Orden de preferencia que podrá ser exceptuado con carácter temporal y excepcional por el Ministro de Medio Ambiente, cuando razones de interés general lo justifiquen. Los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración.

Es preciso advertir los artículos 67 y ss. del TRLA comentados en este apartado no son aplicables a los acuerdos entre usuarios de una misma comunidad de usuarios constituida de acuerdo con lo previsto en el artículo 81 del TRLA y al que se hizo referencia en un epígrafe anterior, celebrados para la utilización del agua asignada a cada uno de ellos miembros de la comunidad concesionaria. Ello obedece a que dichos acuerdos se considerarán actos internos, si a ello no se opusieran las ordenanzas y estatutos de la propia comunidad (artículo 343 del RDPH)

Los adquirentes de los derechos dimanantes de la cesión se subrogarán en las obligaciones que correspondan al cedente ante el organismo de cuenca respecto al uso del agua (artículo 67.3 del TRLA). Por otra parte, los contratos de cesión de derechos de uso del agua serán inscritos por el organismo de cuenca en el Registro de aguas; y, posteriormente, podrán inscribirse, además, en el Registro de la propiedad, en los folios abiertos a las concesiones administrativas afectadas (artículo 68.4 del TRLA)

El objeto del contrato de cesión de aguas no podrá superior en ningún caso al realmente utilizado por el cedente, calculado de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan y que tomarán como referencia el valor medio del caudal realmente utilizado durante la serie de años que se determinen, corregido, en su caso, conforme a la dotación objetivo que fije el plan hidrológico de cuenca y el buen uso del agua, sin que en

corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Guadiana, Guadalquivir y Ebro; y Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas

ningún caso pueda cederse un caudal superior al concedido. La cesión de derechos de uso del agua podrá conllevar una compensación económica que se fijará de mutuo acuerdo entre los contratantes y deberá explicitarse en el contrato, pudiendo establecerse reglamentariamente importes máximos. Los caudales que sean objeto de cesión se computarán como de uso efectivo de la concesión a los efectos de evitar la posible caducidad del título concesional del cedente (artículo 69 del TRLA).

Los contratos de cesión deberán ser formalizados por escrito y puestos en conocimiento del organismo de cuenca y de las comunidades de usuarios a las que pertenezcan el cedente y el cesionario mediante el traslado de la copia del contrato, en el plazo de quince días desde su firma. En el caso de cesiones entre usuarios de agua para riego, deberá constar en el contrato la identificación expresa de los predios que el cedente renuncia a regar o se compromete a regar con menos dotación durante la vigencia del contrato, así como la de los predios que regará el adquirente con el caudal cedido (artículo 68.1 del TRLA)

Se entenderán autorizados, sin que hasta entonces produzcan efectos entre las partes, en el plazo de un mes a contar desde la notificación efectuada al organismo de cuenca, si éste no formula oposición cuando se trate de cesiones entre miembros de la misma comunidad de usuarios, y en el plazo de dos meses en el resto de los casos. Cuando la cesión de derechos se refiera a una concesión para regadíos y usos agrarios, el organismo de cuenca dará traslado de la copia del contrato a la correspondiente Comunidad autónoma y al Ministerio de agricultura, pesca y alimentación, para que emitan informe previo en el ámbito de sus respectivas competencias en el plazo de diez días.

El organismo de cuenca podrá no autorizar la cesión de derechos de uso del agua, mediante resolución motivada, dictada y notificada en el plazo señalado, si la misma afecta negativamente al régimen de explotación de los recursos en la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos o si incumple algunos de los requisitos señalados en la presente sección, sin que ello dé lugar a derecho a indemnización alguna por parte de los afectados. También podrá ejercer en ese plazo un derecho de adquisición preferente del aprovechamiento de los caudales a ceder, rescatando los

caudales de todo uso privativo (artículo 68 del TRLA)

La autorización del contrato de cesión no implicará por sí misma la autorización para el uso o construcción de infraestructuras de las que fuesen titulares terceros y que fueran imprescindibles para hacer efectiva esa cesión. Para ello será necesario el acuerdo entre las partes afectadas. En el caso de que las instalaciones o infraestructuras hidráulicas necesarias sean de titularidad del organismo de cuenca, o bien tenga éste encomendada su explotación, los contratantes deberán solicitar, a la vez que dan traslado de la copia del contrato para su autorización, la determinación del régimen de utilización de dichas instalaciones o infraestructuras, así como la fijación de las exacciones económicas que correspondan de acuerdo con la legislación vigente (artículo 70 del TRLA)

Si para la realización material de las cesiones acordadas fuese necesario construir nuevas instalaciones o infraestructuras hidráulicas, los contratantes deberán presentar, a la vez que solicitan la autorización, el documento técnico que defina adecuadamente dichas obras e instalaciones. Cuando las aguas cedidas se vayan a destinar al abastecimiento de poblaciones, se presentará también informe de la autoridad sanitaria sobre la idoneidad del agua para dicho uso. Dicha resolución será independiente de la decisión que adopte sobre la autorización o no del contrato de cesión.

Las cesiones comentadas hasta estos momentos parten de que existe un acuerdo entre cedente y cesionario, cuya autorización se solicita a la Administración, pero el Ente público no ha actuado de intermediario en las correspondientes ofertas y demandas de aguas que se hayan podido producir. No obstante, esta situación se puede producir en los casos previstos en el artículo 71 del TRLA, donde se regulan los centros de intercambios de derechos de aguas.

En concreto, en el artículo 71 del TRLA se dice que en las situaciones reguladas en los artículos 55, 56 y 58 del TRLA y que hacen referencia a acuíferos sobreexplotados, situaciones excepcionales y otras semejantes, y en aquellas otras que reglamentariamente se determinen por concurrir causas análogas, se podrán constituir centros de intercambio de derechos de uso del agua mediante acuerdo del Consejo de ministros, a propuesta del Ministro de medio ambiente. En este caso, los organismos de cuenca quedarán autorizados para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua para posteriormente cederlos a otros usuarios

mediante el precio que el propio organismo oferte. De la misma forma las Comunidades autónomas podrán instar a los organismos de cuenca a realizar dichas adquisiciones para atender fines concretos de interés autonómico en el ámbito de sus competencias. Las adquisiciones y enajenaciones del derecho al uso del agua que se realicen conforme a este artículo deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia y se llevarán a cabo conforme al procedimiento y los criterios de selección que reglamentariamente se determinen.

Por último, debe indicarse que estas cesiones pueden realizarse entre cuencas hidrográficas, si bien el problema que surge en este caso reside en que para hacerlas efectivas deben utilizarse infraestructuras de conexión intercuenas. Uso que aparece regulado en el artículo 72 del TRLA. En particular, en dicho precepto se dice que sólo se podrán usar infraestructuras que interconecten territorios de distintos planes hidrológicos de cuenca para las transacciones comentadas en este apartado, si el plan hidrológico nacional o las leyes singulares reguladoras de cada trasvase así lo han previsto. En este caso, la competencia para autorizar el uso de estas infraestructuras y el contrato de cesión corresponderá al Ministerio de medio ambiente, entendiéndose desestimadas las solicitudes de cesión una vez transcurridos los plazos previstos sin haberse notificado resolución administrativa.

5) Extinción de las concesiones.

En el artículo 53 del TRLA se establece que el derecho al uso privativo de las aguas, cualquiera que sea el título de su adquisición, se extingue por alguna de las siguientes causas: por término del plazo de su concesión; por caducidad de la concesión; por expropiación forzosa; y por renuncia expresa del concesionario. De acuerdo con el artículo 66 del TRLA, las concesiones podrán declararse caducadas por incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos en ella previstos. También el derecho al uso privativo de las aguas, cualquiera que sea el título de su adquisición, podrá declararse caducado por la interrupción permanente de la explotación durante tres años consecutivos siempre que aquélla sea imputable al titular.

La declaración de la extinción del derecho al uso privativo del agua requerirá la previa audiencia de los titulares del mismo y el procedimiento

que se tramite se registrá por los artículos 163 y ss. del RDPH. En todo caso, la extinción del derecho al uso privativo implicará automáticamente la resolución del contrato de cesión de derechos de uso del agua regulado en los artículos 67 y ss. del TRLA y que fue objeto de comentario en el apartado anterior.

La extinción de la concesión no impide que no se pueda solicitar una nueva con posterioridad. Incluso, puede solicitarse la concesión durante el procedimiento de declaración de extinción al que se ha hecho referencia. Así, en el artículo 53.3 del TRLA se dice que cuando el destino dado a las aguas concedidas fuese el riego o el abastecimiento de población, el titular de la concesión podrá obtener una nueva con el mismo uso y destino para las aguas, debiendo formular la solicitud en el trámite de audiencia previa en el expediente de declaración de extinción o durante los últimos cinco años de la vigencia de aquélla. En caso de producirse la solicitud, y siempre que a ello no se opusiere el plan hidrológico nacional, el organismo de cuenca tramitará el expediente excluyendo el trámite de proyectos en competencia.

Al extinguirse el derecho concesional, revertirán a la Administración competente gratuitamente y libres de cargas cuantas obras hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico para la explotación del aprovechamiento, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional.

Nota Bibliográfica

- BARRIOBERO MARTINEZ, I., (2006), “El régimen jurídico de las aguas minerales y termales”, Murcia, IEA.
- BERMUDEZ SANCHEZ, J., (2007), “Aguas comunes, minerales y termales”, Granada, Comares.
- CARPI ABAD., M.V., (2002), “Aprovechamientos hidroeléctricos: su régimen jurídico”, Valladolid, Lex Nova.
- DEL SAZ, S. y otros (Eds.), (2001), “Régimen jurídico de las aguas subterráneas”, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa.
- EMBID IRUJO, A. (Dir.), (1996), “Precios y mercados del agua”, Madrid, Civitas.
- EMBID IRUJO, A. (Dir.), (2000), “La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)”, Madrid, Civitas.
- EMBID IRUJO, A. (Dir.), (2002), “El derecho de aguas en Iberoamérica y España”, Madrid, Civitas.
- EMBID IRUJO, A. (Dir.), (2007), “Diccionario de Derecho de aguas”, Madrid, Iustel.
- IEA (Ed.), “Derecho de aguas”, Murcia, IEA.
- JIMENEZ SHAW, C., (2003), “Régimen jurídico de la desalación del agua marina”, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTIN RETORTILLO, S., (1997), “Derecho de aguas”, Madrid, Civitas.
- MELGAREJO MORENO, J.M. y MOLINA GIMENEZ, A. (Coord.), (2005), “Los mercados del agua”, Pamplona, Thomson/Aranzadi.
- NAVARRO CABALLERO, T.M., (2007), “Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico”, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PEREZ PEREZ, E. y REVERTE NAVARRO, A., (1991), “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, T. V, Vol. 3, 2ª ed., Madrid, EDERSA.
- QUINTANA PETRUS, J.M., (1992), “Derecho de aguas”, 2ª ed., Barcelona, Bosch.
- SARMIENTO ACOSTA, M.J. (2002), “El derecho de aguas en Canarias”, Madrid, Marcial Pons.

USOS DA ÁGUA NO BRASIL

Yanko Marcus de Alencar Xavier
Livia Melo do Nascimento

I) INTRODUÇÃO. II) ÁGUA COMO BEM PÚBLICO E O CONCEITO DE DIREITO DE USO. III) USO MÚLTIPLO DA ÁGUA. IV) USOS E APROVEITAMENTO DA ÁGUA. 1. Usos consuntivos. A) Abastecimento humano e dessedentação. B) Uso industrial. C) Uso na agricultura. 2. Usos não consuntivos. A) Produção de energia. B) Navegação. V) CONCLUSÕES. Referências.

I) INTRODUÇÃO.

O conjunto de ações produzidas pelas atividades humanas ao explorar os recursos hídricos para expandir o desenvolvimento econômico e fazer frente às demandas industriais e agrícolas e à expansão e crescimento da população e das áreas urbanas produz uma variada gama de impactos, colocando em risco os recursos hídricos em sua totalidade.²⁴⁰

O aumento populacional, a aceleração da economia e o desenvolvimento cultural, ao longo da história da humanidade, fizeram com que novas necessidades fossem incorporadas no âmbito das atividades da sociedade,

240 TUNDISI, José Galizia. Água no século XXI: enfrentando a escassez. 2.ed. São Carlos: RiMa, IIE,, 2005, p. 57.

diversificando-as, e, conseqüentemente, multiplicando e variando os usos dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos.

Essa diversificação dos usos múltiplos produziu inúmeras pressões sobre as reservas de águas, uma vez que repercutiu seus efeitos sobre o seu contínuo movimento cíclico, ou seja, sobre o Ciclo Hidrológico.

O uso excessivo dos recursos hídricos, ocasionado pelo aumento da população, pela globalização da economia, a qual reflete na industrialização e no aumento das atividades nos sistemas terrestres, como a agricultura não sustentável e o desmatamento, repercute negativamente sobre o sistema original, ocasionando o decréscimo dos recursos hídricos, a perturbação do transporte de superfície, a degradação da qualidade da água, a perda da diversidade biológica e os prejuízos à pesca.

Em vista de se evitarem tais ocorrências, as ações potencialmente impactantes nas águas e as de proteção e mitigação a serem empreendidas devem ser diagnosticadas e previstas, incluídas as medidas emergenciais a serem adotadas em caso de contaminação ou poluição acidental.

A água doce é, sem dúvida, essencial à sustentação de qualquer forma de vida, como também, as atividades econômicas e o desenvolvimento das civilizações. A percepção que se procura ampliar é a de que a água é um recurso finito e de que, portanto, devem haver limitações quanto ao seu uso, sendo a elevação dos custos do tratamento um obstáculo natural no processo de enfrentamento do problema de escassez. Nesse sentido, alterações substanciais devem ser verificadas no âmbito dos mecanismos e legislação sobre os usos da água, da avaliação dos impactos, da disponibilidade de água *per capita* e das necessidades de gerenciamento integrado, tendo-se em vista a urgência na implementação de uma sustentabilidade dos recursos hídricos e do desenvolvimento.

O presente capítulo tem por escopo realizar uma breve abordagem acerca dos diversos usos das águas no Brasil e os impactos advindos deles sobre as reservas naturais, de forma a alertar para o grau de limitações que deve recair sobre cada uso, tendo em vista a concepção da água como um bem público, de interesse comum de todos os povos, uma vez que de tais recursos naturais saudáveis depende a continuidade da subsistência da vida na Terra.

II) ÁGUA COMO BEM PÚBLICO E O CONCEITO DE DIREITO DE USO.

Ao ordenamento jurídico de cada país cabe definir a natureza jurídica das águas nele existentes.

Em geral, no âmbito internacional são relevantes, além dos Atos Internacionais sobre a proteção das águas marinhas, oceânicas e respectivos recursos naturais, as considerações perante a Conferência Internacional Sobre a Água e o Meio Ambiente (ICWE), realizada em Dublin, Irlanda (1992), apresentadas à Conferência do RIO/92, segundo as quais a questão da água é, sem dúvida, “a que demonstra de maneira mais concludente o caráter integrado do meio ambiente e do desenvolvimento” e garantir “a todos a necessidade humana fundamental de um abastecimento seguro de água doce de boa qualidade e em quantidade suficiente” é “a mais fundamental das questões do desenvolvimento”.²⁴¹

No ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide do Código das Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), as águas eram classificadas em públicas, de uso comum e dominicais, comuns e particulares. O texto constitucional de 1988, todavia, concebeu o fim da privatização dos recursos hídricos, definindo as águas como bens da União ou dos Estados²⁴².

Dessa feita, em razão de não subsistir, no ordenamento jurídico instaurado, o direito de propriedade relativamente aos recursos hídricos, os antigos proprietários de poços, lagos ou qualquer outro corpo de água tiveram que se adequar ao novo regramento constitucional e legislativo, passando à condição de meros detentores dos direitos de uso desses recursos, nesse caso, ainda, desde que obtida a necessária outorga.²⁴³

Tal publicização da água, tendo-se em vista a busca pela obtenção da

241 CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium Editora, 2005, p.89.

242 Endossam tal posicionamento, exemplificativamente: Paulo Afonso de Leme Machado, José Afonso da Silva, Vladimir Passos de Freitas, Fernando Quadros da Silva, Aldo da Cunha Rebouças, Lydia Neves Bastos Telles Nunes, Ana Cláudia Bento Graf, Maria Luiza Machado Granziera, Rodrigo Andreotti Musetti, Juliana Santilli. Todavia, há posições contrárias, como, p.ex., a de Hely Lopes Meirelles, a de Maria Sylvania Zanella Di Pietro e a de José Carvalho dos Santos Filho, para quem, com base no Código de Águas, as águas classificam-se em quatro categorias: públicas, comuns, particulares e comuns de todos. VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica das águas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79-80.

243 GRAF, Ana Cláudia Bento. *Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados*. In “Revista CEJ”, Brasília, n. 12, p. 30-39, set/dez, 2000, p.32.

tutela estatal e pela garantia de acesso por todos, de acordo com os regulamentos estabelecidos, reflete a importância que lhe é dada para a sociedade, reforçando o entendimento que a disponibilidade da água constitui aspecto fundamental no desenvolvimento econômico-social de uma nação, sendo imperativo o criterioso planejamento dos usos das águas.

A titularidade do poder público na noção da água como bem público, como em qualquer recurso natural, prende-se à função estatal de administrar, ou seja, gerir.

Visando possibilitar uma melhor capacidade de gestão de quantidade e qualidade dos recursos hídricos, procurou-se, no âmbito nacional, a solidificação de novas bases conceituais através da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.433/97, a qual incorporou à ordem jurídica novos conceitos como o de bacia hidrográfica, considerada como unidade de planejamento e gestão; o da água como bem econômico passível de ter sua utilização cobrada e; o da gestão das águas delegada a comitês e conselhos de recursos hídricos com a participação da União, dos Estados, dos municípios, de usuários de recursos hídricos e da sociedade civil.

Nesse sentido o texto constitucional brasileiro, ao disciplinar acerca das águas, procurou estabelecer a gestão descentralizada e participativa dos recursos hídricos, fundando a bacia hidrográfica, e não os entes federativos, como unidade de planejamento, dado que o Ciclo Hidrológico segue uma lógica diferente da lógica do ordenamento político-territorial adotado no País.

Dessa feita, procurou-se instituir a divisão equitativa dos esforços e das responsabilidades entre os órgãos e entidades gestoras, ao mesmo tempo que se buscou a compatibilização das particularidades locais e a conservação dos usos múltiplos dos recursos hídricos, sem perder de vista a vocação de cada bacia.

Nesse intento, tendo em vista o regime federativo, foram definidas constitucionalmente as competências relativas às águas através de regras de repartição de competências legislativas e executivas entre os entes federados.²⁴⁴

Observa-se que a dominialidade pública das águas, afirmada pela Lei 9.433/97, deriva do arranjo institucional montado com o intuito de

244 Para o escopo do presente trabalho, tome-se por competências a seguinte definição: "(...) o poder de ação e atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos." (Canotilho, in Graf, 2000;31).

impulsionar a implementação de novas políticas públicas para o gerenciamento de recursos hídricos, não significando, portanto, a permissão ao poder público federal e estadual alienar o domínio da água. Isto porque, na atividade gestora dos bens públicos, não se inclui o poder de alienação, oneração e aquisição desses bens.²⁴⁵

Colaborando com esse entendimento consagrado dentro da noção de gestão, o art. 18 da mencionada lei afirma que “a outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso”.

A outorga de direito de uso dos recursos hídricos é, portanto, o instrumento pelo qual o Poder Público atribui ao interessado, público ou privado, o direito de utilizar privativamente o recurso hídrico²⁴⁶. Essa outorga dar-se-á por ato da autoridade competente que esteja vinculada ao ente federativo titular do domínio do recurso hídrico de que se pretenda fazer uso, sendo possível, por disposição expressa de lei, a delegação, pela União, aos Estados ou ao Distrito Federal, da competência para outorga de direito de uso de água do domínio da União.²⁴⁷

A previsão da necessidade de obtenção da outorga do Poder Público para o uso da água já se encontrava devidamente enunciada no Código de Águas, o qual dispunha que as águas públicas (pelo atual ordenamento jurídico todas o são) não poderiam ser derivadas para a aplicação da indústria sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que seria dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

Atualmente, a Lei 9.433/97 lista, de forma exaustiva, as hipóteses de não-exigibilidade da outorga dos direitos de uso das águas, quais sejam: o uso de recursos hídricos para satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; além das derivações insignificantes, já previstas no Código das Águas, as captações e lançamentos também considerados insignificantes; e as acumulações de volumes de água considerados insignificantes.

245 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 431

246 GRAZIERA, Maria Luíza Machado. Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001, p. 180.

247 VIEGAS, Eduardo Coral. Visão jurídica das águas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79-80.

A retirada das águas da titularidade privada para a inclusão integral como bem estatal está, inclusive, associada com o princípio regente da Constituição brasileira de 1988 de que a propriedade é assegurada (Art. 5º, XXII), mas deverá atender à sua função social (Art. 5º, XXIII).

Na atualidade, constata-se a inclusão da propriedade no processo econômico, passando à propriedade instrumental, vinculada ao fenômeno produtivo. Portanto, a propriedade deixa de ser um simples exercício de direito, transformando-se em um meio de servir tanto ao proprietário, em suas finalidades, quanto aos objetivos da sociedade.²⁴⁸

Resta claro que a relação jurídica estabelecida entre o Estado e os bens a ele pertencentes é diferente daquela com que o proprietário privado mantém com os seus bens. No entanto, reconhecidas certas distinções, pode-se identificar na relação que o Estado mantém com seu patrimônio um verdadeiro direito de propriedade. É certo que, de forma distinta, é regulado pelo direito público e que o Estado não possui o uso, o gozo e a disposição nos moldes em que o particular disputa os seus bens, mas isto não impede que se veja nessa relação um autêntico direito de propriedade, no sentido da necessidade de se resguardar a sua função social.²⁴⁹

Logo, uma vez outorgado pelo poder público o direito de uso do recurso hídrico, tem-se que esse uso privativo, além de estar condicionado ao consentimento estatal, através do instrumento da outorga, sujeita-se a regras específicas derivadas dos preceitos basilares da Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei 9.433/1997, a qual, por sua vez, configura um marco que reflete uma profunda modificação valorativa que se refere aos usos múltiplos da água, às prioridades desses usos, ao seu valor ético e econômico, à sua finitude e à participação popular na sua gestão.

No uso de bens públicos por particulares é necessário verificar atentamente o fim a que se destinam, porque de nenhum modo podem ser desvirtuados de seus objetivos básicos para satisfazer interesses exclusivamente privados.²⁵⁰

248 RIBAS, Ilza Carla Bernardes et al. Propriedade: origem, evolução e tendências. Natal: Instituto Brasileiro de Tecnologia Jurídica, NOSSA Editora, 1998, p.37.

249 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1994, p. 156.

250 PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1993, p. 217.

Uma das maiores dificuldades do uso dos recursos hídricos com atendimento ao desenvolvimento sustentável refere-se a questões financeiras. A cobrança pelo uso é, nesse contexto, o instrumento econômico adequado ao equilíbrio entre as forças que comandam a oferta e a demanda de água.

A nova legislação hídrica brasileira, sob esse espectro, busca, por um lado, dar uma solução privada para a escassez pelo estabelecimento de uma “hidroeconomia”, só que não de acordo com a utilização absoluta das regras do mercado.²⁵¹

Com o uso privativo de bem público, dado pela outorga, transpõe-se o que era aberto a todos para um indivíduo específico. A própria noção de exclusividade destaca a modificação da ênfase da esfera pública (do bem de uso comum) para a esfera privada (do bem outorgado) mediante outorga.

Esta solução de esfera privada concentra-se, todavia, na faculdade de uso da água, pois o domínio pleno, como dito, é público. A água deve ser tratada como bem público, e não como mercadoria. Isso significa que o controle e uso devem ser discutidos e definidos na esfera da política – entendida como espaço público, do debate público e da constituição do interesse público – e não na esfera da economia. Ou seja, as decisões relativas à apropriação, controle e uso da água não se devem resolver e consumir-se no mercado.

Ao invés de regular um “mercado da água”, cabe ao poder público, de maneira política, na esfera pública e no debate público, a instauração da política de águas, arbitramento político dos controles e usos, e afirmação da água como bem público, não mercantil e, portanto, fora da esfera de valorização do capital, isto é, do negócio.²⁵²

III) USO MÚLTIPLO DA ÁGUA.

Numa análise mais detida, verifica-se que 97,2% da água existente na Terra é salgada, imprópria para as necessidades prioritárias do homem.

251 FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

252 VEINER, Carlos Bernardo. *Diretor do Ippur critica mercantilização da água*. Disponível em: <www.com-ciencia.br/entrevistas/2005/02/entrevista2.htm>. Acesso em: 23.07.07.

Dos 2,8% de água doce restantes, 77,2% acumulam-se nas geleiras e calotas polares, e as águas subterrâneas, representadas pelos lençóis freáticos, aquíferos e umidades dos solos, concentram 22,4% desse percentual, sendo que dois terços delas encontram-se a mais de 750 m de profundidade. Na atmosfera, encontram-se 0,04 de água doce, em forma de vapor de água; os lagos e pântanos totalizam 0,35%; e, finalmente, apenas 0,01% de toda a água doce do mundo é superficial, representada pelos rios, córregos, lagos, paranás.²⁵³

Diante desses fatos, constata-se que os recursos hídricos à disposição da humanidade são bastante limitados. Atualmente, observa-se que todos os países do mundo enfrentam problemas relacionados à escassez e má distribuição da água, por cuja solução, os Estados, as Organizações Não-Governamentais e a própria Sociedade devem empenhar-se²⁵⁴. Mesmo no Brasil, que detém cerca de 12% de todo o potencial de água doce disponível no Planeta, sendo, portanto, um país privilegiado no tocante à quantidade de recursos hídricos, o risco de desabastecimento é real. Isso porque essa relativa abundância tem servido de suporte à cultura do desperdício da água disponível, à não realização dos investimentos necessários ao seu uso e proteção mais eficientes, e à sua pequena valorização econômica.²⁵⁵

Todas as áreas relativamente mais povoadas dos Estados do Brasil ostentam caóticos quadros sanitários, os quais são engendrados pelo crescimento desordenado das demandas, baixo nível de eficiência dos serviços e, sobretudo, pela degradação tolerada ou estimulada das águas. A necessidade de gerenciamentos dos recursos hídricos, dessa feita, configura-se à medida que a demanda evolui.²⁵⁶

Cada Estado tem as suas dificuldades e desafios próprios. No estado de Pernambuco, por exemplo, onde a situação hídrica é considerada mais crítica, a cidade de Recife está envolvida em uma crise séria de abaste-

253 CRUZ, Fernando Castro da. "Das águas: sua importância no novo milênio". Belo Horizonte: Palpite, 2001, p.57.

254 Situação da água no mundo e por regiões. 20 mar. 2006. Disponível em: <www.ipcdigital.com/ver_noticiaA.asp?descrIdioma=br&codNoticia=1516&codPagina=1480&codSecao=369>. Acesso em: 24.01.07.

255 REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. In "Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação". 3 ed. Aldo da C. Rebouças et al (coord.). São Paulo: Escrituras, 2006, p.27.

256 REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. In "Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação". 3 ed. Aldo da C. Rebouças et al (coord.). São Paulo: Editora Escrituras, 2006, p.27.

cimento, visto que, dos treze reservatórios que abastecem a cidade, oito estão completamente secos, e o nível de água naqueles remanescentes está muito aquém da zona de segurança. Medidas drásticas de conservação foram adotadas e a cidade, atualmente, abastece os residentes em regime de racionamento.²⁵⁷

O caso da capital de Pernambuco é apenas um entre muitos outros diagnosticados no País, principalmente na Região Nordeste.²⁵⁸ Esta é considerada a região semi-árida mais populosa da Terra, sendo, também, uma das menos privilegiadas da América Latina. A maior parte dos seus problemas pode ser correlacionada com o escasso suprimento de água, resultante de chuvas irregulares, taxas de evaporação extremamente elevadas, condições de terreno desfavoráveis à infiltração e, portanto, à existência de recursos significativos de água subterrânea. Ademais, fenômenos naturais pouco compreendidos tornam a água subterrânea salobra e geralmente imprópria ao consumo humano ou animal, bem como à irrigação.²⁵⁹

Partindo do princípio de que a gestão dos usos das águas, denominada de gestão de demanda, ocorre no sentido de utilizar, da melhor maneira possível, as disponibilidades hídricas viabilizadas pela oferta, as diversas ações, em obras ou serviços, através dos quais a água se torna efetivamente útil aos homens, às plantas, aos animais e às paisagens, classificam-se os usos em funções, às quais é dada menor ou maior prioridade em razão das particularidades que envolvem um corpo hídrico determinado.

A identificação de usos das águas, baseada nas funções que lhes são conferidas, aponta as diversas atividades e interferências sem, necessariamente, identificar os usuários, pessoa física ou jurídica.

Percebe-se, pelo conjunto de atividades em que se utilizam recursos hídricos, que os usos múltiplos da água, determinados em razão das funções do recurso, incluem, além da irrigação e da utilização doméstica e industrial, entre outros, a recreação e o turismo, os quais são extremamente

257 Boletim de notícias. Junho de 1999 Vol. 1, No. 2 Disponível em: <proasne.net/boletimv1n2.html#Oily%20Water>. Acesso em: 24.01.07.

258 Sobre a gestão legal dos recursos hídricos nos estados do nordeste do Brasil veja XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; BEZERRA, Nizomar Falcão (Orgs.). Gestão Legal dos Recursos Hídricos dos Estados do Nordeste do Brasil. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

259 Fundo para transferência de tecnologia Canadá-Brasil. Ago. 1999. Disponível: <proasne.net/ApresentacaoPROASNESerrinha.pdf>. Acesso em: 25.01.07.

importantes em regiões do interior dos continentes, em que o acesso à recreação em água doce é mais fácil e barato, conseqüentemente, com pressão considerável sobre rios, lagos e represas.²⁶⁰

No momento em que essas atividades são desenvolvidas simultaneamente é que surgem os mencionados problemas relativos às demandas de água e os conflitos entre seus usos.

São conflitantes, por exemplo, a recreação e o turismo e o uso industrial, uma vez que, se a água estiver contaminada por resíduos industriais, há ameaças à saúde humana, restringindo-se os dois primeiros usos. Também são, até certo ponto, conflitantes a mineração e o abastecimento público, pois a mineração pode deteriorar os mananciais e as fontes de abastecimento superficial e subterrâneo.

Nesse contexto, tem grande relevância a gestão dos usos dos recursos hídricos, no sentido de promover a resolução desses conflitos, a otimização dos usos múltiplos e a promoção de bases científicas sólidas, através do gerenciamento integrado de recursos hídricos.

Um importante aspecto dentro da abordagem preventiva desse gerenciamento é a definição da hierarquia de usos, a qual categoriza, em razão da atividade a que se destina a água, o padrão de qualidade do recurso hídrico.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução CONAMA nº 357, de 2005, encarregou-se de classificar as águas segundo seus “usos preponderantes”, ou seja, levando em consideração aspectos como a hierarquia de usos e o conjunto de condições e padrões de qualidade da água, em termos de uso possível com segurança adequada, definiu a classe na qual deve se inserir as águas, de acordo com a destinação que a ela é conferida.

Na medida que não são observadas as determinações do Conselho Nacional, o lançamento de efluente, por exemplo, interferirá na classe de qualidade do corpo receptor – que pode ser “Classe Especial”, “Classe 1”, “Classe 2” ou “Classe 3” –, conferindo-lhe características em desacordo com as metas do seu enquadramento, o que é vedado, visto que caracteriza a contaminação intolerável de um corpo de água.

260 TUCCI, Carlos E. M. “Gestão da água no Brasil”. Brasília: Unesco, 2003, p. 35.

Nesse sentido, a Resolução em comento define como de “Classe Especial” as águas destinadas ao abastecimento para consumo humano, com desinfecção; à preservação do equilíbrio natural das comunidades aquáticas, e a preservação dos ambientes aquáticos em unidades de conservação de proteção integral; como de “Classe 1” as águas destinadas ao abastecimento para consumo humano, após tratamento simplificado; à proteção das comunidades aquáticas; à recreação de contato primário, tais como: natação, esqui aquático e mergulho, conforme Resolução CONAMA nº 274, de 2000; à irrigação de hortaliças que são consumidas cruas e de frutas que se desenvolvam rentes ao solo e que sejam ingeridas cruas sem remoção de película; e à proteção das comunidades aquáticas em Terras Indígenas; como de “Classe 2” as águas destinadas ao abastecimento para consumo humano, após tratamento convencional; à proteção das comunidades aquáticas; à recreação de contato primário, tais como: natação, esqui aquático e mergulho, conforme a Resolução; à irrigação de hortaliças, plantas frutíferas e de parques, jardins, campos de esporte e lazer, com os quais o público possa vir a ter contato direto; e à aqüicultura e a atividade de pesca; e, por fim, como de “Classe 3” as águas destinadas ao abastecimento para consumo humano, após tratamento convencional ou avançado; à irrigação de culturas arbóreas, cerealíferas e forrageiras; a pesca amadora; a recreação de contato secundário; e a dessedentação de animais.

Categorizando-se, da forma descrita, o padrão de qualidade da água em razão do uso que será feito do recurso, possibilita-se o não comprometimento dos usos mais nobres pela pressão das novas demandas advindas do desenvolvimento industrial, urbano e agrícola, e, uma vez definidos os “usos preponderantes” de determinado corpo de água, estar-se-á, não só, garantindo a convivência dos múltiplos usos da água, mas, também, a sua utilização planejada, de forma a compatibilizar as demandas à disponibilidade através do aproveitamento racional.

O aproveitamento racional garante a disponibilidade de água potável para um maior número de pessoas, preserva os rios e a fauna usada para alimentação, possibilita o aumento da produção energética e da atividade industrial. Tudo isso se traduz em desenvolvimento, aumento de renda e do número de consumidores, além da proteção do bem jurídico maior: a vida.

IV) USOS E APROVEITAMENTO DA ÁGUA.

1. Usos consuntivos.

O uso da água deve ser identificado como consuntivo, quando ocorrer a redução do volume de água de um corpo d'água, resultando em alteração da disponibilidade.

A estimativa das demandas relativas aos usos consuntivos da água objetiva subsidiar os estudos técnicos que visam a manter atualizado o balanço entre a demanda e a disponibilidade dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, para um eficaz gerenciamento do recurso hídrico.

Para quantificação dos usos consuntivos é necessário estabelecer claramente os conceitos de distinção entre demanda ou vazão de retirada e consumo, os quais, embora sejam muito diferentes, em determinados casos podem ter o mesmo significado.

Entende-se por demanda de água a quantidade necessária para atender os diversos usos consuntivos, enquanto que, o consumo corresponde a água que é efetivamente gasta no desenvolvimento da atividade, ou seja, parte da demanda que é efetivamente consumida. Dessa forma, há que se considerar uma classe de vazão que corresponde à vazão de retorno.

Os principais usos consuntivos dos recursos hídricos, os quais serão abordados, individualmente, a seguir, são: abastecimento humano, animal (dessedentação), industrial e irrigação.

A) Abastecimento humano e dessedentação.

A água destinada ao abastecimento humano e à dessedentação dos animais deve ser isenta de substâncias químicas e de microorganismos nocivos à saúde, bem como ter um conteúdo salino capaz de poder desenvolver eficazmente a função de equilíbrio do sistema osmótico do organismo.

De acordo com o poder aquisitivo da população é que se verifica a variação de consumo humano, portanto, ainda que a população tenda a estabilização, haverá aumento da demanda por água, dada as melhorias dos níveis econômico e social.²⁶¹

261 TUCCI, Carlos E. M. *Gestão da água no Brasil*. Brasília: Unesco, 2003, p.59.

Atualmente, além da concentração de demanda das grandes áreas urbanas realizar pressão sobre a disponibilidade hídrica, verifica-se que o consumo humano encontra-se limitado, também, pela degradação das águas superficiais e subterrâneas que são contaminadas pelas descargas de esgoto sem tratamento, industrial e de escoamento pluvial urbano, lançadas nos rios.

A disponibilidade de água e a demanda no Brasil não são homogêneas, havendo uma pressão excessiva para os usos múltiplos e grandes impactos nas águas superficiais e subterrâneas em várias regiões, especialmente no Sudeste, onde o grau de urbanização e a atividade industrial são intensos.

A maioria dos rios que atravessam as cidades brasileiras está deteriorada porque a grande parte delas não possui coleta e tratamento de esgotos domésticos, jogando *in natura* o esgoto nos rios. Nos locais onde existe rede, não há estação de tratamento de esgotos, o que agrava ainda mais as condições do rio, pois promove a concentração de carga em uma seção. Em algumas situações, mesmo construída a estação, a rede não coleta o volume projetado, porque existe um grande número de ligações clandestinas de esgoto no sistema pluvial. Assim, durante uma cheia urbana, a carga poluente do pluvial pode chegar a até 80% da carga do esgoto doméstico. O lixo, conjugado com a produção de sedimentos e com a lavagem das ruas, exige procedimentos de combate criativos com custos razoáveis para se evitar que, no início do período chuvoso, a qualidade dos cursos d'água seja ainda mais deterioradas.²⁶²

Já a demanda animal por água é, geralmente, inferior à demanda humana, somente verificando-se uma inversão nas regiões de baixa densidade populacional e de grandes rebanhos.

O gado bovino representa a maior parte da população do conjunto de todos os rebanhos do Brasil, exercendo um peso maior sobre o consumo de água. Distribui-se, principalmente, pela região Centro-Oeste, mas tem grande expressão na região Sul, Sudeste e Nordeste.

O preço da carne no mercado mundial é o grande sinalizador para possíveis expansões na pecuária brasileira. Esse potencial existe, principalmente, para os bovinos nas regiões Centro-Oeste e Norte. Na região

262 TUCCI, Carlos E. M. Gestão da água no Brasil. Brasília: Unesco, 2003, p. 47-48.

Nordeste, poderão crescer os rebanhos de caprinos e de ovinos desde que a água seja disponibilizada. A pecuária intensiva poderá ser incrementada nas regiões Sul e Sudeste.²⁶³

B) Uso industrial.

Configura uso industrial dos recursos hídricos o que utiliza a água como matéria prima de produção e de insumo para o processo produtivo industrial, tais como: fonte de energia (vapor), caldeiras, sistemas de refrigeração, combate a incêndios, fins sanitários e outros.²⁶⁴

A indústria, juntamente com a economia, sofreu rápido incremento durante os séculos XIX e XX. O seu uso da água é considerado um dos maiores e mais poluentes, visto que gera efluentes com propriedades físicas alteradas e contaminados com substâncias químicas nocivas, representando um perigo para a saúde humana e aquática.²⁶⁵

Nas últimas décadas, tem-se verificado uma ruptura com a idéia desenvolvimentista regrada apenas pela globalização econômica, dando abertura à gradual implementação da globalização dos problemas ambientais.

A situação global de crise ecológica reclama o uso econômico dos bens da Terra pelos seres humanos, em caráter de conservação. É nesse contexto que se iniciam as grandes reuniões mundiais sobre o tema e as nações vêem-se forçadas a desenvolver pesquisas e efetivar ações, mesmo que em pequena escala, para garantir minimamente a qualidade de vida no Planeta.

Nesse contexto, verifica-se a necessidade das indústrias compatibilizarem o lucro com a responsabilidade ambiental, incluindo em seus processos o desenvolvimento de técnicas que colaborem para a solução do problema da água.

Ademais, a gestão ambiental, iniciada com o tratamento de efluentes, busca, atualmente, a eliminação de todo o desperdício para o meio am-

263 REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. In: Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação. 3 ed. Aldo da C. Rebouças et al (coord.). São Paulo: Escrituras, 2006, p. 315.

264 Sobre a utilização de recursos hídricos na indústria do petróleo brasileira ver NASCIMENTO, Livia Melo do. Água produzida na extração de petróleo: o controle estatal sobre o seu uso, tratamento, reaproveitamento e descarte. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito. Natal, 2006.

265 HILDERING, Antoinette. International law, sustainable development and water management. Holanda: Eburon Publishers, 2004, p. 15.

biente, encarando isto não apenas como obrigação legal, mas como parte integrante da sua competitividade.

No Brasil, é grande a diversificação na produção industrial, com alimentos processados, ferro e aço, cimento, tecidos, confecção, veículos automotores, aeronaves, produtos químicos, papel, navios e equipamentos elétricos, sendo São Paulo o seu principal estado industrial, com fábricas que produzem aproximadamente um terço da quantidade total de produtos industriais do Brasil. As cidades do Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre e Curitiba também são centros industriais de importância. Nos últimos anos, devido aos incentivos fiscais, tem-se acelerado a implantação de instalações industriais nas regiões Nordeste, Centro-Oeste e Sul, além da indústria eletrônica instalada na Zona Franca de Manaus.²⁶⁶

C) Uso na agricultura.

A agricultura requer larga quantidade de água doce, representando entre 65% a 70% do uso humano total do recurso.

Juntamente com o aumento da urbanização, o uso agrícola contribui com o maior número de problemas de deterioração dos recursos hídricos. São exemplos de problemas advindos das atividades agrícolas a alteração da qualidade e da quantidade da água e o comprometimento da pesca comercial e da biodiversidade causados pelo uso de fertilizantes e pela alteração dos padrões de drenagem, que inibe a recarga natural dos aquíferos e aumenta a sedimentação.

No Brasil, a prática da irrigação constitui-se no maior usuário de águas. O uso da água para irrigação se expande por uma área de 2.630.000 hectares, destacando-se a região Sul, com 1.147.000, a região Sudeste, com 821.000, e a Nordeste, com 401.000 hectares. Atualmente, a demanda total de água para irrigação é da ordem de 790m³/s, sendo que 33% deste valor é aplicado na região Sul, 31% na Sudeste e 24% na Nordeste. O quadro da aplicação agrícola da água mostra índices de eficiência muito baixos²⁶⁷.

Considerando que a concessão de outorga é uma das ferramentas de gestão hídrica capaz de disciplinar e melhorar a eficiência na utilização

266 TUCCI, Carlos E. M. *Gestão da água no Brasil*. Brasília: Unesco, 2003, p. 26.

267 REBOUÇAS, Aldo da Cunha. *Águas doces no Brasil*. São Paulo: Escrituras, 1999, p. 334.

de recursos hídricos, o poder público, no ato da outorga, deve priorizar a melhoria na eficiência sinalizando para os usuários a necessidade de diminuir as perdas e melhorar as técnicas de irrigação.

Constituindo-se em uma das modalidades de reaproveitamento previstas na Resolução CNRH nº 54/2005, o reúso para fins agrícolas atende à diretriz da racionalização e de conservação de recursos hídricos, devendo, portanto, ser estabelecidos incentivos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, ao considerar sua prática na proposição dos mecanismos de cobrança e na própria aplicação dos recursos da cobrança.

A relação complementar entre o Setor Público e Privado, voltada para a geração de emprego e renda na irrigação, atividade econômica que possui forte impacto no desenvolvimento regional, é prevista na Lei nº 6.662, de 25 de junho de 1979, que dispõe acerca da Política Nacional de Irrigação.

O instrumento legal desenha a estrutura básica e os conceitos centrais que norteiam a implantação dos projetos de irrigação no País. Nesse sentido, esse instrumento estabelece, entre outros pressupostos, a arrecadação de terras, destinação das áreas, seleção e assentamento de irrigantes, amortização do valor dos lotes, direitos e deveres dos irrigantes, retomada de lotes não explorados, emancipação de perímetros públicos, uso da água, tarifação e recuperação dos investimentos públicos em infra-estrutura de uso comum.

2. Usos não consuntivos.

Usos não consuntivos, por sua vez, referem-se aos usos que retornam à fonte de suprimento praticamente na totalidade da água utilizada, podendo haver alguma modificação no padrão temporal de disponibilidade (hidroeletricidade, piscicultura, navegação, recreação). O uso não consuntivo pode, ainda, ser local, ou seja, referir-se àqueles que aproveitam a disponibilidade de água em sua fonte sem qualquer modificação relevante, temporal ou espacial (estuário, conservação, preservação). Sua estimativa, juntamente com a dos usos consuntivos, contribui para a eficácia do gerenciamento dos recursos hídricos.

Observe-se que o uso não consuntivo, apesar de não acarretar a redução de volume, pode alterar condicionantes físicos, afetando outros setores, limitando, ou condicionando, o aproveitamento do recurso.

Os principais usos não consuntivos dos recursos hídricos são a produção de energia e a navegação.

A) Produção de energia.

Apresenta-se uma verdadeira lista de efeitos positivos advindos da construção de represas para a produção de hidroeletricidade: criação de purificadores de água com baixa energia; retenção local de água; fonte de água potável para abastecimento; maior diversidade biológica; maior prosperidade para setores das populações locais; criação de oportunidades de recreação e turismo; proteção contra cheias das áreas a jusante; aumento das possibilidades de pesca; armazenamento de água para períodos de seca; navegação; aumento do potencial para irrigação; geração de empregos; promoção de novas alternativas econômicas regionais; controle de enchentes e; aumento de produção de peixes por aquicultura.

No entanto, a construção de reservatórios para a produção de energia representa, também, uma das grandes causas de modificações do ciclo hidrológico e de impactos ambientais no planeta. Por esta razão, inclusive, é que se faz necessário o prévio licenciamento do órgão ambiental competente, que depende de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório sobre o meio ambiente (EIA/Rima), sem prejuízo de outras licenças exigíveis, quando da localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de tais empreendimentos.²⁶⁸

São mencionados como seus efeitos negativos advindos da construção de represas: o deslocamento de populações; a deterioração das condições da população original; os problemas de saúde pela propagação de doenças hidricamente transmissíveis; a perda de espécies nativas de peixes de rios; a perda de terras férteis e de madeira; as alterações de habitats de animais e de biodiversidade; a perda de terras agrícolas; a eutrofização, que ocorre quando há grande aumento no suprimento de nitrogênio e fósforo, o que ocasiona crescimento da biomassa e da floração de águas potencialmente tóxicas; a degradação da qualidade hídrica local e; a barreira à migração de peixes entre outros.²⁶⁹

268 POMPEU, Cid Tomanik. Direito de águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 141.

269 FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico?. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 375.

A produção de hidroeletricidade no Brasil é uma das atividades que utilizam o potencial hídrico de forma bastante intensiva, especialmente no Sudeste. O Brasil já explorou 35% do seu potencial hidrelétrico, sobretudo nessa região, onde se construíram grandes reservatórios. Cerca de 85% da energia produzida no Brasil é de fonte hidroelétrica, o que mostra a importância econômica e social do recurso hídrico para nosso desenvolvimento econômico e social.²⁷⁰

A outorga e a utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica subordinam-se ao Plano Nacional de Recursos Hídricos, com obediência à disciplina da legislação específica (arts. 12, IV e V, §2º, e 13, parágrafo único, da Lei 9.433/97). Enquanto não aprovado e regulamentado o Plano, a utilização dos potenciais hidráulicos para fins de geração de energia elétrica continuará subordinada à disciplina da legislação setorial específica (art. 52, da Lei 9.433/97). As diretrizes para a outorga de recursos hídricos para implementação de barragens foram estabelecidas pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, na Resolução CNRH 37, de 26 de março de 2004.²⁷¹

B) Navegação.

A navegação envolve grandes interesses econômicos. Estima-se que, no âmbito global, aproximadamente, 90% do comércio de mercadorias é realizado através de navios. Todavia, o carregamento via marinha mercante pode causar variados distúrbios em áreas ecológicas. Exemplo disto é a transferência de espécies para ecossistemas biológicos completamente diferentes, ocasionando a desestabilização da biota.²⁷²

Logo, o aumento no transporte humano e de mercadorias pela navegação, assim como a construção de represas, apesar de caracterizar uso não consuntivo dos recursos hídricos e não apresentar, em regra, conflito com o meio ambiente, pode contribuir com o incremento dos danos ao ecossistema e à qualidade hídrica.

270 TUNDISI, José Galizia. *Água no século XXI: enfrentando a escassez*. 2.ed. São Carlos: RiMa, IIE, 2005, p. 44.

271 POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 137.

272 HILDERING, Antoinette. *International law, sustainable development and water management*. Holanda: Eburon Publishers, 2004, p. 14.

As principais hidrovias brasileiras são: Hidrovias do Sul (Uruguai, Jacuí, Taquari, Lagoas dos Patos e Mirim); Paraná Tietê; Paraguai; São Francisco; Tocantins-Araguaia e Amazonas. Nas bacias como Amazonas e Tocantins a navegação é, muitas vezes, o principal meio de transporte e tem significado importante na cadeia produtiva regional em razão das deficiências de acesso a regiões servidas por poucas rodovias e ferrovias.²⁷³

A Lei 10.233/2001 dispõe, nos termos do art. 178 da Constituição Federal, sobre a ordenação dos transportes aquaviário e terrestre no Brasil, reorganizando o gerenciamento do Sistema Federal de Viação e regulando a prestação de serviços de transporte. De acordo com essa norma, constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre, dentre outras, a descentralização das ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal brasileira.

Nesse sentido, as referidas outorgas serão realizadas sob a forma de concessão, quando se tratar de exploração de infra-estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura. Dependerá de autorização, apenas, o transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento; a construção e operação de terminais portuários privados; e o transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infra-estrutura. De toda forma, as outorgas de concessão ou permissão serão sempre precedidas de licitação, conforme prescreve o art. 175 da Constituição Federal brasileira.

O Brasil dispõe de uma vasta rede de hidrovias naturais que, apesar da comprovada vantagem sobre outros modais de transportes em termos de custos, tem sido subutilizada e até negligenciada. Hoje, um total de 8.500 Km de hidrovias interiores está sendo utilizado no País. Desse total, 5.700 km ficam na Região Amazônica.²⁷⁴

273 TUCCI, Carlos E. M. *Gestão da água no Brasil*. Brasília: Unesco, 2003, p. 68.

274 "Hidrovias interiores". Disponível em: <www.dnit.gov.br/menu/hidrovias_portos/hidro_int>. Acesso em: 01.09.07.

Possibilitar o uso da vasta rede de hidrovias brasileiras vem de encontro aos interesses do desenvolvimento econômico sustentável, com mínimo consumo energético e emissões de poluentes do ar. A viabilização de vias navegáveis como o Tapajós e o Tocantins poderá, inclusive, tornar desnecessárias ou secundárias obras rodoviárias de grande porte e impacto ambiental.

No entanto, uma grande dificuldade atual na implantação de eclusas e outros dispositivos de transposição de níveis é a indefinição acerca da atribuição de responsabilidade pelos custos de construção e operação desses equipamentos. Para o setor elétrico, que não pode repassar os custos adicionais para suas tarifas, essas obras representam apenas ônus, daí sua oposição a projetos de leis em tramitação. Os governos federal e estaduais, detentores do domínio das águas, não dispõem de recursos financeiros a fundo perdido para custeá-las.

Além disso, são, também, vislumbrados obstáculos ambientais nessa ampliação do uso da rede hidroviária, como no exemplo da hidrovia do rio Paraguai, onde obras previstas de alteração de seu leito têm gerado conflito importante, tendo em vista poderem produzir impacto nas condições de regulação natural do Pantanal.

V) CONCLUSÕES.

A intensa urbanização ocorrida em âmbito mundial introduziu novas escalas de demanda, desperdício e contaminação de águas, alterando substancialmente a drenagem e produzindo problemas à saúde humana, além de impactos como enchentes, deslizamentos e desastres provocados pelo desequilíbrio no escoamento das águas.

No Brasil, os recursos hídricos, apesar de abundantes, estão distribuídos de forma desigual, havendo uma pressão excessiva para usos múltiplos e grandes impactos nas águas superficiais e subterrâneas, em várias regiões, especialmente no Sudeste, onde o grau de urbanização e a atividade industrial são intensos.

Quanto mais diversas são as atividades econômicas e o desenvolvimento da região em análise, maior é o número de usos múltiplos e, potencialmente, de conflitos, de forma que a proporção da água destinada a um particular

uso difere de uma região para outra. Nesse sentido, o aumento e a diversificação dos usos múltiplos da água que, por consequência, resultam em uma multiplicidade de impactos, de diversas magnitudes, exigem diferentes tipos de avaliação qualitativa e quantitativa e monitoramento adequado em longo prazo.

Todavia, em qualquer região considerada, deve ser reservada quantidade de água de qualidade ao uso doméstico, de forma a satisfazer as necessidades básicas dos seres humanos.

Dentro desse contexto insere a atividade de gerenciamento das águas, a qual é identificada como atribuição que objetiva o controle social e a racionalidade na utilização desse elemento natural, promovendo mudança na mentalidade do consumo e nos instrumentos de gestão e garantindo-se a sustentabilidade dos recursos hídricos através da compatibilização dos múltiplos usos.

A água, independentemente do reconhecimento jurídico, é um bem de valor ambiental, cujo valor econômico passou a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Lei nº 9.433/97, a qual instituiu a PNRH, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e regulamentou o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal.

Nesse sentido, a saúde e o bem-estar humanos, bem como o equilíbrio ecológico aquático, não devem ser afetados pela deterioração da qualidade das águas. O controle da poluição está diretamente relacionado com a proteção da saúde, garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a melhoria da qualidade de vida, levando em conta os usos prioritários e classes de qualidade ambiental exigidos para um determinado corpo de água.

Com o escopo de estabelecer um forte regramento no sentido de preservar e manter um recurso, cuja escassez será, em breve, motivo de conflitos de esfera mundial²⁷⁵, a Lei nº 9.433/97 discrimina os usos de recursos hídricos sujeitos à outorga do Poder Público, incluindo, entre outros, os que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

A carência de uma fiscalização dos órgãos públicos, no tocante à conservação dos recursos hídricos, e o desatendimento do arcabouço legal devem

275 CRUZ, Fernando Castro da. "Das águas: sua importância no novo milênio". Belo Horizonte: Palpite, 2001, p. 13.

ser atribuídos à própria inexistência de uma mentalidade direcionada para a preservação dos recursos naturais e à concepção antropocêntrica, de feição cartesiana e positivista, segundo a qual a natureza põe-se à mercê da exploração humana, submetendo-se ao avanço técnico-científico e ao acúmulo de bens materiais, à custa de um modelo de desenvolvimento insustentável.

Sob a perspectiva da evolução comportamental da sociedade, no sentido da aliança das atividades humanas, com a preservação efetiva do meio ambiente, evidencia-se que o reaproveitamento da água é uma forma de racionalização e de conservação de recursos hídricos, à qual deve ser dado prioridade, em especial, pela indústria e pela agricultura, setores que, ao mesmo tempo, representam maior demanda e maior poder de degradação do recurso natural.

Ademais, no âmbito de sua atribuição de gestão, verifica-se a necessidade do estabelecimento por parte do Poder Público, ou do órgão gestor, de incentivos ao reaproveitamento das águas residuárias das indústrias, agroindústrias e agropecuária, e, por parte dos agentes desses setores, o esforço de pesquisa e tecnologia, no sentido de encontrar soluções ao esgotamento do recurso, que contemplem não só o reaproveitamento, potencializando a própria atividade produtiva, mas também as características e problemas locais da população, dando a essa água aplicação sustentável.

O controle e uso das águas, portanto, devem ser discutidos e definidos na esfera política, privilegiando-se o debate público, a instauração da política de águas e a afirmação da água como um bem público.

Não obstante a sua intrincada relação com o desenvolvimento econômico, a água é um bem cujo tratamento legal e gerencial deve ser desvinculado de interesse mercantil, tendo-se em vista o seu caráter finito e a sua essencialidade na manutenção de toda forma de vida no planeta.

Referências Bibliográficas

- BARROS, Mário Tadeu Leme de. Gestão de recursos hídricos. *In*: Curso interdisciplinar de direito ambiental. Arlindo Philippi Jr. *et al* (edit.). Barueri: Manole, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1994, p. 156.
- Boletim de notícias. Junho de 1999 Vol. 1, No. 2 Disponível em: <<http://proasne.net/boletimv1n2.html#Oily%20Water>>. Acesso em: 24.01.07.
- CRUZ, Fernando Castro da. “Das águas: sua importância no novo milênio”. Belo Horizonte: Palpite, 2001.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito ambiental e questões jurídicas relevantes. Campinas: Millennium Editora, 2005.
- FARIAS, Paulo José Leite. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- Fundo para transferência de tecnologia Canadá-Brasil. Ago. 1999. Disponível: <proasne.net/ApresentacaoPROASNESerrinha.pdf>. Acesso em: 25.01.07.
- GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. *In* “Revista CEJ”, Brasília, n. 12, p. 30-39, set/dez, 2000.
- GRAZIERA, Maria Luíza Machado. Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRIGG, Neil S. “Integrated Water Resources Management: Who Should Lead, Who Should Pay?” *In* Journal of the American Water Resources Association. Volume 35, No. 3, pp. 527-534, June 1999.
- HILDERING, Antoinette. International law, sustainable development and water management. Holanda: Eburon Publishers, 2004.
- LOPES, M.C. Condições de Ocorrência de Água Subterrânea nas Bacias dos Rios Piracicaba e Capivari. Dissertação de Mestrado – Unicamp-SP, 1994.
- MANSO, Patrícia Luiz. Administração Pública *versus* Participação do Sector Privado: desafios para a Regulação do Sector da Água na Europa”. Disponível em: <www.congreso.us.es/ciberico/archivos_word/192b.doc>. Acesso em: 23.07.07.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002.

PIETRO, Maria Silvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1993.

POMPEU, Cid Tomanik. Direito das águas no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. *In*: Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação. 3 ed. Aldo da C. Rebouças *et al* (coord.). São Paulo: Editora Escrituras, 2006.

RIBAS, Ilza Carla Bernardes *et al*. Propriedade: origem, evolução e tendências. Natal: Instituto Brasileiro de Tecnologia Jurídica, NOSSA Editora, 1998.

TUCCI, Carlos E. M. Gestão da água no Brasil. Brasília: Unesco, 2003.

TUNDISI, José Galizia. Água no século XXI: enfrentando a escassez. 2.ed. São Carlos: RiMa, IIE, , 2005.

VEINER, Carlos Bernardo. Diretor do Ippur critica mercantilização da água. Disponível em: <www.comciencia.br/entrevistas/2005/02/entrevista2.htm>. Acesso em: 23.07.07.

VIEGAS, Eduardo Coral. Visão jurídica das águas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LAS INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS Y LA EVALUACIÓN AMBIENTAL

Beatriz Setuáin Mendía

I) PLANTEAMIENTO: LA DIVERSIDAD DE MECANISMOS DE CONTROL AMBIENTAL DE LAS INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS. II) LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS. 1. En general, la Evaluación de Impacto Ambiental es una técnica de prevención de efectos negativos sobre el medio ambiente que vincula la ejecución de los proyectos sobre los que recae sin decidirla expresamente. 2. Los proyectos de infraestructuras hidráulicas sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental. 3. La Evaluación de Impacto Ambiental de las infraestructuras hidráulicas se realiza conforme al procedimiento general que diseña la LEIA. III) LA FISCALIZACIÓN ECOLÓGICA DEL MARCO GENERAL DE LAS INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS: LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS. 1. La Evaluación Ambiental Estratégica es una técnica que anticipa y eleva el control ecológico integrando los aspectos ambientales en los planes públicos generales: diferencia y complementariedad con la Evaluación de Impacto Ambiental. 2. La Evaluación Ambiental Estratégica amplía el ámbito material fiscalizado a los planes y programas públicos con efectos significativos sobre el medio ambiente, entre los que se encuentran los planes hidrológicos. 3. El procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica de los planes hidrológicos. A) La

necesaria diferenciación entre el órgano promotor hidráulico y el órgano ambiental. B) El desarrollo procedimental de la Evaluación Ambiental Estratégica de los planes hidrológicos. Bibliografía.

I) PLANTEAMIENTO: LA DIVERSIDAD DE MECANISMOS DE CONTROL AMBIENTAL DE LAS INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS.

En términos generales, no cabe cuestionar que tanto la proyección como la posterior realización de las actividades, obras e instalaciones más significativas presentan efectos negativos sobre el medio ambiente. Y la verificación por parte de la Administración pública de esta incidencia y de su alcance, es un *modus operandi* sobradamente conocido en el ordenamiento español, resultando además preciso para posibilitar su acometimiento efectivo. No en vano el sucesivamente modificado –si bien vigente– Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, que incorporó a nuestro Derecho interno la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, vino a sujetar obligatoriamente a *Evaluación de Impacto Ambiental* todos los proyectos que se relacionan en su Anexo I, y potestativamente, a decisión motivada del órgano ambiental correspondiente de acuerdo con los criterios fijados en el Anexo III, a los enunciados en el Anexo II. Lógicamente, en ambos Anexos se reflejan las infraestructuras y las actividades públicas y privadas que pueden tener una repercusión más intensa sobre los valores y recursos naturales presentes en el entorno físico en el que se sitúan. Y entre ellas, como se verá, señaladas obras hidráulicas.

La existencia de este control previo a la propia ejecución de los proyectos no ha supuesto un obstáculo para que desde las Instancias comunitarias europeas se haya reforzado la labor de fiscalización ecológica precedente llevada a cabo por los poderes públicos. Y así la posterior Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, transpuesta a Derecho español mediante Ley 9/2006, de 28 de abril, ha venido a ampliar su ámbito objetivo, determinando la necesidad adicional de someter los planes y programas públicos –no los privados– a un examen análogo, en lo que se conoce como *Evaluación Ambiental Estratégica*. Como se ha recordado en la doctrina (por todos, J.A. RÁZQUIN LIZARRAGA, 2006.a, pág. 642), debe señalarse que a esta

Ley estatal general ya le habían precedido con análoga intención algunas normas autonómicas –caso de la Ley del Parlamento Foral de Navarra 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental, o de la Ley 5/2002, de 8 de octubre, de protección del medio ambiente en La Rioja, continentes ambas de parte de sus previsiones en relación con el ámbito competencial de las citadas Comunidades Autónomas–, y también normas estatales de índole sectorial, incluidos textos hidráulicos, como habrá ocasión de comprobar. En todo caso, resulta claro el fin de la nueva regulación: integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de los planes y programas públicos como modo de promover un desarrollo sostenible, traduciéndose sus determinaciones en la realización de un control antecedente y general de la adecuación de las medidas previstas en los mismos a los objetivos medioambientales. Y desde un principio puede comprobarse cómo, a diferencia de la anterior, esta técnica se centra en los elementos que habrán de configurarse como marco decisorio para futuros proyectos concretos; proyectos éstos que, en su caso, y de alinearse con las exigencias recogidas en aquella normativa específica, deberán ser sometidos singularizadamente a Evaluación de Impacto Ambiental.

Con claridad, las dos fórmulas mencionadas comparten su condición antecedente, bien a la aprobación de los planes o programas públicos, bien a la ejecución de proyectos y actuaciones singulares públicos y privados. Sin que ello obste, un paso más allá, la posibilidad de realizar controles ambientales sobre las actividades materiales a las que cualquiera de los instrumentos anteriores sirven de soporte. Estos controles ambientales, como ha destacado en la doctrina B. LOZANO CUTANDA (2006, págs. 132-133), se realizan habitualmente a través de la figura de las *autorizaciones ambientales*; títulos de índole operativa que no se circunscriben a examinar la alineación de la actividad dentro de los límites predeterminados, sino que la encauzan y orientan en la dirección marcada por las normas o los planes aplicables (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2006, págs. 138-139, volumen II). En este trabajo no se va a reflexionar sobre estas autorizaciones, por exceder de su objeto. Baste, pues, con apuntar la cuestión, y con remitir a su tratamiento en un trabajo previo (B. SETUÁIN MENDÍA, 2007, págs. 177 y ss).

En suma. La idea de síntesis que debe quedar en estas líneas iniciales es la de que el ordenamiento español contempla distintas técnicas generales

en orden a evaluar los efectos ambientales de obras y actividades que, de modo específico, resultan de aplicación a las infraestructuras hidráulicas. Todas ellas con una sola finalidad: garantizar la protección del medio ambiente, que se configura al máximo nivel constitucional (artículo 45) como título de intervención de los poderes públicos en las actuaciones de los ciudadanos.

II) LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS.

Resulta pues evidente que la afección ambiental derivada de la realización de obras y actividades en general, y de determinadas infraestructuras hidráulicas en particular, es una cuestión que no puede pasarse por alto. Razón por la cual existen en Derecho español regulaciones precisas al objeto de determinar el modo y los instrumentos a través de los cuales se procederá a su fiscalización, así como anudar consecuencias a los resultados de dicha labor de control.

1. En general, la Evaluación de Impacto Ambiental es una técnica de prevención de efectos negativos sobre el medio ambiente que vincula la ejecución de los proyectos sobre los que recae sin decidirla expresamente.

Sin lugar a dudas por tradición, importancia y extensión es la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA en adelante) la técnica a reseñar en primer lugar, tratándose de la herramienta común de valoración ecológica de muy plurales tipos de obras y actividades, tanto públicas como privadas, entre las que se incluyen señaladas infraestructuras hidráulicas. Eso sí: actuable siempre con carácter previo a la aquiescencia administrativa a su realización, de la que resulta requisito necesario. Y es que, efectivamente, la mayor virtualidad que presenta esta figura deriva de su condición preventiva, al identificar *ex ante* los riesgos ecológicos ligados a la ejecución de infraestructuras y actividades y al permitir su eliminación. El propio Tribunal Constitucional ha destacado esta antecendencia como una caracte-

rística definitiva, afirmando expresamente que la EIA se configura como “un instrumento de tutela ambiental *preventiva* –con relación a proyectos de obras y actividades– (...) que se pronuncia sobre la conveniencia o no de ejecutar las obras o actividades proyectadas y, en caso afirmativo, las condiciones a que ha de sujetarse su realización para evitar, paliar o compensar las eventuales repercusiones negativas que sobre el ambiente y los recursos naturales puede producir aquélla” (Sentencia 13/1998, de 22 de enero, Fundamento de Derecho Cuarto).

Es importante tener presente que la EIA se circunscribe en todo momento a valorar las citadas repercusiones ambientales, sin comportar una decisión resolutoria sobre la aprobación o autorización del proyecto examinado. Ciertamente, el análisis previo en que consiste se pronuncia sobre la conveniencia o inconveniencia de su realización desde la óptica del medio ambiente, pero en ningún caso una estimación al respecto supone autorizar automáticamente su realización. De hecho, ni siquiera los sujetos públicos encargados de ambas actuaciones coinciden, correspondiendo la EIA al órgano ambiental –Ministerio de Medio Ambiente en el caso de proyectos a aprobar por la Administración General del Estado, si bien las Comunidades Autónomas en las que radiquen intervendrán vía informe preceptivo; órgano que determine cada Comunidad Autónoma en su ámbito territorial en los demás casos, artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1302/1986 (LEIA en adelante)–, y la aprobación o autorización de ejecución del proyecto al órgano que tenga la competencia sustantiva al efecto, gozando ambos, singularmente el primero, de plena independencia e imparcialidad.

Por supuesto, lo dicho no evita que el resultado de la EIA, manifestado como se verá en la declaración de impacto ambiental, imponga *de facto* la introducción de medidas correctoras del impacto ecológico negativo, vinculando así la decisión autorizatoria. Más aún: una eventual discrepancia entre las determinaciones del órgano ambiental en la declaración de impacto y la intención ejecutiva del órgano sustantivo sólo podrá resolverse por el Consejo de Ministros u análogo órgano autonómico, según la Administración que haya tramitado el expediente por razón de la competencia (artículo 4.2 de la misma LEIA). Órganos estos que únicamente podrán apartarse de aquellas determinaciones por razones de interés público debidamente motivadas, debiendo interpretarse este concepto en

sentido restrictivo, so pena de desvirtuar la técnica. Así pues, y como han señalado B. LOZANO CUTANDA y J.C ALLI TURRILLAS (2006, pág. 196), el resultado de la EIA acaba siendo prácticamente vinculante para el órgano competente para elaborar o autorizar el proyecto, pese a que la misma no se pronuncie directamente sobre su realizabilidad y a que, sobre el papel, tenga el mismo valor que el resto de condicionantes –económicos, sociales, de oportunidad– de dicha la autorización (artículos 18 y 27 del Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la LEIA). Pero ello sin llegar al extremo de resultar preciso que ambos procedimientos –el de obtención de la EIA y el de autorización de la realización de la infraestructura– sean sucesivos en el tiempo. Por el contrario, los artículos 4.1 y 3 LEIA reconocen el desenvolvimiento paralelo de la evaluación y del procedimiento sustantivo de aprobación del proyecto de obra o actividad, participando la primera de determinadas fases procedimentales del segundo, con el que guarda el principio de unidad de expediente. Se insistirá más adelante en esta cuestión.

2. Los proyectos de infraestructuras hidráulicas sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental.

A la vista de lo expuesto, parece fácil inferir que las infraestructuras hidráulicas más significativas van a verse sujetas a esta técnica antes de su realización efectiva. En efecto, si el elemento objetivo de la misma no es otro que proyectos concretos de obras, instalaciones y actividades tanto públicos como privados, completos –no cabe fraccionamiento de los mismos con la finalidad de eludir la EIA, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de septiembre de 2004–, y con efectos significativos sobre el medio ambiente –identificado de manera muy amplia al integrar el ser humano, la fauna y la flora; el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje, los bienes materiales y el patrimonio cultural; y la interacción de todos los factores anteriores (artículo 1 LEIA)–, la alineación con él de múltiples obras hidráulicas resulta evidente. Más si se considera que, en términos generales, el propio Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Agua (TRLA en adelante) impone en su artículo 14.3 la compatibilización de

la gestión pública del agua –en la que aquéllas desempeñan un papel muy importante– con la ordenación del territorio, *la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza*, resultando también objetivo específico de la planificación hidrológica la racionalización de los usos del agua *en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales* (artículo 40.1).

De manera más precisa, qué proyectos particulares de infraestructuras hidráulicas presentan afecciones sobre todos estos elementos y por ello deben someterse a EIA, es objeto de señalamiento por la misma LEIA que, alineada con la Directiva comunitaria 85/337, de 27 de julio, de la que trae causa inmediata, reitera el sistema de doble lista planteado por aquélla. Así, en su Anexo I relaciona los proyectos y actividades que *obligatoriamente* deberán sujetarse a dicho control –sin que quepa ser sustituido por otro, so pena de incumplimiento de la exigencia legal, J.A. RÁZQUIN LIZARRAGA, 2006.b, pág. 656–, recogiendo, en lo que interesa, una pluralidad de proyectos de obras relacionados con el agua y caracterizados por su elevada potencialidad lesiva para el medio ambiente: *a)* proyectos de gestión de recursos hídricos para la agricultura cuando afecte a una extensión superior a 100 hectáreas, *b)* dragados fluviales en cauces y humedales protegidos con un volumen extraído superior a 20000 m³/año, *c)* presas y otras obras de regulación con capacidad superior a 10000000 m³, *d)* proyectos de extracción de aguas subterráneas o de recarga de acuíferos por un volumen superior a 100000000 m³, *e)* proyectos de trasvases intercuenas de determinado caudal prefijado, *f)* plantas de tratamiento de aguas residuales de capacidad superior a 150000 habitantes-equivalente, *g)* perforaciones profundas para abastecimiento de agua cuando el volumen a extraer ser superior a 10000000 m³, *h)* obras de encauzamiento y proyectos de defensa de cursos naturales, *i)* instalaciones de conducción de agua de longitud superior a 10 kilómetros y capacidad máxima de conducción superior a 5 m³/segundo. A renglón seguido, el Anexo II LEIA refiere aquéllos que, a decisión motivada y pública del órgano ambiental adoptada de conformidad con los criterios aportados por el Anexo III –características del propio proyecto, ubicación de los mismos, características del potencial impacto–, *podrán* ser objeto de la misma, sin que la discrecionalidad de la Administración en este punto, como ha advertido en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

–Sentencias de 2 de mayo y de 24 de octubre de 1996, de 22 de octubre de 1998, de 13 de junio de 2002–, sea tan amplia que permita dispensas generales y anticipadas en relación con grupos completos de proyectos allí enumerados, debiendo apreciar en todo caso las características concretas de cada proyecto para decidir su Evaluación Ambiental efectiva. En este Anexo se refieren, entre otros, los proyectos de consolidación y mejora de regadíos de más de 100 hectáreas, las instalaciones de desalación de agua con un volumen superior a 3000 m³/día, o los proyectos de ingeniería hidráulica y de gestión del agua no contemplados en el Anexo I. A ellos se unirá cualquier otro que pueda afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Ecológica “Natura 2000” (artículo 1.3 LEIA).

No puede obviarse el hecho de que muchas Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias para desarrollar la legislación básica estatal en la materia –precisamente la LEIA, excepción hecha de su artículo 9– y para establecer normas adicionales de protección sobre medio ambiente, también han aprobado textos específicos reguladores de la aplicación de la técnica en su ámbito territorial. Textos que, en no pocas ocasiones, han ampliado la esfera objetiva de la misma, sometiendo a la fiscalización ecológica que comporta a proyectos exentos en estricta aplicación de la norma estatal, incluidos los de índole hidráulica. A ello se refiere la LEIA en su artículo 1.3, en el que reconoce expresamente que obras o actuaciones cuya aprobación o realización sea competencia sustantiva de una Comunidad Autónoma que en su legislación determine su sujeción a EIA, quedarán sometidas a la misma. Ejemplificando lo dicho, y entre muchas otras normas que podrían traerse a colación, la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid sujeta a EIA, entre otros, los proyectos de gestión de recursos hídricos para la agricultura cuando afecten a una superficie mayor de 50 hectáreas, los proyectos de extracción de aguas subterráneas cuando el caudal anual de explotación supere 1000000 de m³, las presas y otras obras de regulación con capacidad superior a 100000 m³, o cualquier actividad que demande, use o vierta más de 250 m³ de agua, de media diaria, excluyendo la explotación y la gestión de abastecimientos y usos agrícolas. Proyectos todos ellos, como puede comprobarse, dispensados de EIA en la normativa estatal.

Como ha señalado en la doctrina A. EZQUERRA HUERVA (2007, pág. 463), también la legislación sectorial estatal y autonómica ha procedido a

completar el cuadro de obras y actividades hidráulicas sometidas a EIA. Y dentro de ella, en buena lógica, hay que considerar las previsiones de los textos hídricos. Ya se ha avanzado cómo el TRLA plantea la necesidad general de armonizar el uso y gestión del agua con la protección ambiental, concretando su artículo 98, en lo que respecta al otorgamiento de concesiones y autorizaciones sobre el recurso, la obligación de evaluarlas ecológicamente cuando puedan implicar riesgos para el medio ambiente. El Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (RPH a partir de ahora) amplía esta última determinación, adicionando el deber de incluir estudios de evaluación en relación con los expedientes de obras de regulación (artículo 239); extensión objetiva que ha sido valorada por el citado autor en términos positivos, como una manifestación de la autoimposición por parte de la Administración de obligaciones a través de disposiciones reglamentarias (*ibidem*, pág. 482). Sí previene, no obstante, del peligro de inseguridad jurídica que puede derivarse de la vinculación del ejercicio de este control a la presencia de un concepto indeterminado como es el de “riesgo ambiental” (pág. 484). En todo caso, hay que tener presente que esta fiscalización no comporta en puridad una auténtica EIA, al no participar de los requisitos formales, sustantivos y procedimentales que categorizan a esta técnica, y que serán revisados en el epígrafe siguiente. Sirva como avance conocer que los artículos 237.2 y 238 RDPH asignan como contenido de este examen específico la identificación, previsión y valoración de las consecuencias que el otorgamiento de la concesión o autorización puede tener sobre el medio ambiente, planteando su desarrollo estructural en cuatro fases –descripción y establecimiento de las relaciones causa-efecto, predicción y cálculo de los efectos y cuantificación de sus indicadores, interpretación de los efectos, previsiones a medio y largo plazo y medidas preventivas de efectos indeseables–, y señalando como sujeto activo al solicitante, que deberá aportarlo al objeto de su consideración por la Administración hidráulica dentro del expediente concesional, sin participación alguna de órgano ambiental diferenciado. Poco que ver, como se verá, con la EIA.

También como previsión de la normativa hídrica referida a la evaluación ambiental de las infraestructuras y actividades hidráulicas hay que mencionar la redacción que la Ley 11/2005, de 22 de junio ha dado al

artículo 15 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (PHN). En efecto, este precepto pasa a sujetar a EIA a todos los proyectos de transferencias de recursos de manera individual y conjunta, incluidos aquellos que no aparecen contemplados en la LEIA, debiendo cumplir dichas transferencias las medidas preventivas, protectoras, correctoras y de compensación incluidas en las declaraciones de impacto ambiental que se dicten al efecto. Teniendo en cuenta que cualquier trasvase intercuenca debe ser aprobado por Ley *ex* artículo 45.1.c TRLA, podría pensarse que la nueva determinación legal deja sin efecto la previsión *in fine* de la Disposición Adicional Primera LEIA, que declara exentos de EIA a los proyectos específicamente aprobados por una Ley del Estado. Sin embargo, la interpretación de esta Disposición es mucho más matizada, toda vez que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 13/1998, de 22 de enero, para que dicha exención opere efectivamente requiere que el proyecto sea detallado, que se apruebe mediante un acto legislativo específico, y que se cumplan los objetivos ambientales perseguidos con la figura, procediéndose en realidad a una sustitución en la modalidad de control –administrativa por parlamentaria– más que a una dispensa del mismo. Sólo, pues, en los casos en que las transferencias de recursos vengan ya aprobadas a la vista de proyectos concretos podría plantearse aquella dispensa y una hipotética enervación de la misma a la vista de la reciente redacción del meritado artículo 15 PHN. Lo que no viene ocurriendo en la práctica, puesto que las leyes de trasvases aprobadas no lo han sido sobre determinaciones precisas de infraestructuras.

3. La Evaluación de Impacto Ambiental de las infraestructuras hidráulicas se realiza conforme al procedimiento general que diseña la LEIA.

Por lo que se refiere al iter procedimental a seguir para efectuar la EIA de los proyectos de obras y actuaciones hidráulicas que la requieran, es la LEIA la que lo diseña con carácter general, sin especificaciones referidas a este tipo de infraestructuras concretas. Siempre teniendo presente, eso sí, que la propia denominación de la figura –EIA– singulariza en una denominación unívoca un procedimiento complejo que, como antes se ha mencionado, forma parte a su vez de la tramitación general en orden

a la aprobación de un proyecto (si éste es de iniciativa pública) o a la obtención de autorización o concesión para su realización otorgada por la Administración competente (si se trata de un proyecto de iniciativa privada). Se trata, por tanto, de conocer cuáles son los diversos trámites que lo componen, a desarrollar, también se señaló, bajo la responsabilidad del órgano ambiental competente, diferenciado e independiente del órgano a quien corresponde autorizar o realizar el proyecto.

Este procedimiento se iniciará cuando se plantee la realización de alguna de las obras o actividades hidráulicas integradas en el ámbito objetivo de aplicación de la técnica, debiendo presentar su promotor público o privado una *solicitud* al efecto ante el órgano con competencia sustantiva para decidir su aprobación o autorización. Dicha solicitud irá *acompañada de un documento técnico* cuyo contenido variará según se trate de proyectos obligatoriamente sujetos a EIA –debiendo reflejar en este caso su definición, características y ubicación; las principales alternativas consideradas y el análisis de los potenciales impactos de cada una de ellas; y un diagnóstico territorial y del medio ambiente afectado por el proyecto, artículo 1.4 LEIA–, o de proyectos potestativamente sometidos a la misma –adjuntando en estos supuestos, además de los aspectos anteriores, las medidas preventivas, correctoras o compensatorias para la adecuada protección del medio ambiente, y la forma de realizar el seguimiento que garantice el cumplimiento de las indicaciones y medidas protectoras y correctoras propuestas–, artículo 1.5–. Una vez comprobada por el órgano sustantivo la conformidad de los documentos presentados con las exigencias normativas, y manifestado por ende su acuerdo con los mismos, los *remitirá al órgano ambiental* al objeto de iniciar el trámite de EIA. Iniciación que lógicamente será automática en el caso de los proyectos del Anexo I, requiriéndose sobre los del Anexo II una decisión previa de aquél último en orden a su sujeción efectiva al control ambiental. Esta decisión deberá adoptarse en el plazo de tres meses, tras consultar a las Administraciones, personas o instituciones afectadas por la realización del proyecto propuesto.

Obligada la EIA, o decidida en sentido positivo por la Administración cuando detente discrecionalidad al efecto, procede a continuación la *elaboración del estudio de impacto ambiental* por parte del promotor, cuyo alcance y grado de detalle es, no obstante, objeto de determinación antecedente por el órgano ambiental previa consulta a las Administraciones afectadas,

puediendo ampliarse la misma a otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, vinculadas a la protección del medio ambiente (artículo 2.3). En todo caso, deberá manifestar el contenido señalado en el apartado 1 del mismo precepto²⁷⁶, poniendo los poderes públicos a disposición del titular los documentos que obren en su poder y que puedan resultar de utilidad para realizar dicho estudio. Sin duda, es éste el elemento esencial del procedimiento de EIA considerando su funcionalidad y aportaciones, y sirviendo su contenido de fundamento a la valoración ecológica del proyecto concretada en la declaración de impacto ambiental. De hecho, así se desprende del concepto que de él ofrece el Anexo 1 del Reglamento para la ejecución LEIA, que lo define como “el documento técnico que debe presentar el titular del proyecto y sobre la base del que se produce la Declaración de Impacto Ambiental”, debiendo “identificar, describir y valorar de manera apropiada, y en función de las particularidades de cada caso concreto, los efectos notables previsibles que la realización del proyecto produciría sobre los distintos aspectos ambientales (efectos directos e indirectos, simples, acumulativos o sinérgicos, a corto, a medio o a largo plazo, positivos o negativos, permanentes o temporales, recuperables o irrecuperables, periódicos o de aparición irregular, continuos o discontinuos)”.

Es cierto que diversas voces en la doctrina (entre otros, J. ROSA MORENO, 1993, págs. 210 y siguientes, y S. UTRERA CARO, 2002, págs. 169 y siguientes) se han hecho eco de la pérdida de objetividad que puede conllevar la autoría de este estudio por parte del promotor del proyecto –por sí o por técnico cualificado mediando contrato– que, viniendo justificada en su mejor conocimiento de los datos precisos, ha

276 Descripción general del proyecto y exigencias previsibles en el tiempo en relación con la utilización del suelo y de otros recursos naturales. Estimación de los tipos y cantidades de residuos vertidos y emisiones de materia o energía resultantes. Exposición de las principales alternativas estudiadas y justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales. Evaluación de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre la población, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el paisaje y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico artístico y el arqueológico, así como la interacción entre todos estos factores. Medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales significativos. Programa de vigilancia ambiental. Resumen del estudio y conclusiones en términos fácilmente comprensibles. Informe, en su caso, de las dificultades informativas o técnicas encontradas en la elaboración del mismo.

de rodearse no obstante de precauciones y controles, así como de consecuencias a actuar en caso de falseamiento. Así lo determina también la LEIA en sus artículos 8 bis –cuyo apartado 3.a) considera infracción grave “la ocultación de datos, su falseamiento o manipulación maliciosa en el procedimiento de evaluación”–, 8 ter –que le anuda la correspondiente sanción pecuniaria, de cuantía mucho más elevada que la contemplada por otras normas ambientales, si bien criticablemente sólo en el caso de que se trate de un proyecto privado²⁷⁷–, 9 –que prevé en su apartado 2.a) la suspensión de la ejecución de los proyectos respecto de los que se acrediten aquellos ocultación, falseamiento o manipulación, siempre que los mismos fuesen determinantes para el sentido de la Evaluación– y 10 –que impone el deber de restituir la realidad física alterada en caso de ejecución de proyectos con Evaluación Ambiental falseada, así como de indemnizar los daños y perjuicios causados, de conformidad con la valoración de los mismos formulada por el órgano ambiental–.

A renglón seguido, y una vez elaborado el estudio de impacto ambiental, tanto éste como el proyecto de obra o actividad serán sometidos por el órgano sustantivo, dentro del procedimiento de autorización o realización del mismo, a *información pública* durante un plazo no inferior a 30 días, con el fin de asegurar que todos los interesados participen en su evaluación ambiental (artículo 3 de la misma norma). Éste es un trámite esencial e inexcusable que deberá ser garantizado por la Administración (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de septiembre de 1999, Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998, de 22 de enero) que, al efecto, informará al público de los aspectos relevantes relacionados con el procedimiento de autorización del proyecto. Sin embargo, como ha destacado entre otros L. MELLADO RUIZ (2004, págs. 211-212), las graves deficiencias de que adolece la configuración positiva de este trámite restringen enormemente su viabilidad, al omitir el régimen jurídico de las alegaciones del público, reducir las características, contenido y profundidad de la información que se pone a su disposición, no garantizar un

277 B. LOZANO CUTANDA y J.C ALLI TURRILLAS (2006), págs. 197-198, recuerdan que, como contrapeso a esta inadmisibles excepción, el Tribunal Supremo ha considerado expresamente que la omisión o el falseamiento del estudio de impacto ambiental puede constituir un delito de prevaricación por parte de la autoridad administrativa competente, cuando de ellos se derive el funcionamiento de actividades contaminantes que incurran en los supuestos tipificados en los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.

plazo razonable para el estudio, reflexión y formulación de las alegaciones que deseen, y limitar las fórmulas materiales para su sustanciación efectiva a la presentación de alegaciones sobre una solicitud y un estudio ya redactados, eludiendo cualquier otra información disponible. Por estas causas, y reproduciendo lo dicho por A. GARCÍA URETA (1994, pág. 270), “el legislador ha desaprovechado una oportunidad para implementar fórmulas ágiles de participación y, en última instancia, para llevar a la práctica las declaraciones constitucionales en relación a la remoción de obstáculos que impidan o dificulten la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos”.

Además de esta información pública el órgano sustantivo solicitará, también de manera preceptiva aunque no vinculante –si bien deberán tomarse en consideración en su decisión final–, *informes* a diversas Administraciones implicadas, y efectuará *consultas*. En concreto, si se trata de un proyecto en el que el órgano ambiental competente para formular la declaración de impacto ambiental es el Ministerio de Medio Ambiente, será consultado el órgano ambiental de la Comunidad Autónoma donde radique territorialmente el proyecto (artículo 5.3 de la misma norma), y si el proyecto puede tener repercusiones significativas sobre el medio ambiente de otro Estado miembro de la Unión Europea, deberá solicitarse informe al mismo siguiendo el procedimiento previsto en el Convenio sobre Evaluación de Impacto en el Medio Ambiente en un contexto transfronterizo aprobado en Espoo en 1991 (artículo 6).

Una vez evacuadas las consultas, y con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte en orden a la realización o autorización del proyecto, el órgano sustantivo remitirá –en el plazo de 6 meses en los proyectos que correspondan al Estado, en el que fije la normativa autonómica al efecto en el resto– la totalidad del expediente al órgano ambiental, para que éste formule una *declaración de impacto* en la que se determinen las condiciones que deban establecerse para proteger el medio ambiente y los recursos naturales. Ya se mencionó precedentemente que una eventual discrepancia entre ambos deberá ser resuelta por el Consejo de Ministros u órgano análogo de la Comunidad Autónoma, según la Administración que haya tramitado el expediente por razón de la competencia.

Como señala el artículo 4.3 LEIA, la declaración de impacto ambiental *se hará pública* en todo caso mediante su publicación en el Boletín Oficial

que corresponda en función de aquella Administración, notificándose también a los peticionarios del proyecto cuando así venga exigido por las reglas del procedimiento sectorial de autorización. El plazo de vigencia de la misma en los proyectos autorizados o aprobados por la Administración del Estado será de cinco años, de modo que si en ese plazo no hubiese comenzado su ejecución –fecha ésta que deberá ser comunicada por al órgano ambiental por el promotor con la suficiente antelación–, caducará, debiendo iniciar el promotor nuevamente el trámite de evaluación ambiental. Cabe no obstante que ante la inalteración de los elementos y condiciones que sirvieron de base a dicha Evaluación, el órgano ambiental, a solicitud del promotor, declare vigente la misma.

Finalmente, procederá la resolución por la autoridad administrativa competente acerca de la *aprobación o autorización del proyecto*, constituyendo éste el acto definitivo que culmina el procedimiento sustantivo, del que la EIA constituye, como se ha señalado *supra*, una fase. Es ésta la razón que determina que la doctrina mayoritaria (por todos, J. ROSA MORENO, 1993, págs. 227 y siguientes) y la jurisprudencia (desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1998 en adelante) lo consideren, aunque esencial, un acto de trámite no cualificado en los términos del artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común –por no decidir directa o indirectamente sobre el fin del procedimiento, determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento, o producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos– y como tal, insusceptible de recurso autónomo, lo que no impide que otras voces minoritarias sí reivindiquen su cualificación a estos efectos (el caso de J. OLIVÁN DEL CACHO, 1991, pág. 926). Lo que resulta evidente es que, como ha señalado J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ (2002, págs. 197-198), la deficiente y oscura redacción normativa ha provocado el surgimiento de estas dudas.

Aquella resolución se adoptará teniendo en cuenta todos los aspectos valorados, particularmente los ambientales. También se ha avanzado con anterioridad que, si bien un resultado favorable de la EIA no determina la autorización automática de la realización del proyecto, no es menos cierto que impone al mismo una serie de medidas que terminan por vincular de facto la decisión autorizatoria, pese a que no se pronuncie directamente

sobre su realizabilidad. En cualquier caso, y como señala el artículo 4 bis LEIA, cuando se adopte, la decisión sobre la aprobación del proyecto *será hecha pública* por el órgano sustantivo que la haya adoptado, poniendo a disposición del público el contenido de la decisión y las condiciones impuestas, las razones en las que ha basado su decisión, y una descripción de las principales medidas para evitar, reducir, si es posible, anular los principales efectos adversos del mismo.

Por supuesto, va de suyo que debe existir un *seguimiento y vigilancia* del cumplimiento de la declaración de impacto ambiental, realizado por los órganos sustantivos por razón de la materia. También el órgano ambiental podrá recabar de aquéllos información al respecto, así como efectuar las comprobaciones necesarias en orden a verificar el cumplimiento del condicionado. En todo caso deberá ser informado del comienzo y final de las obras, así como del comienzo de la fase de explotación (artículo 7 LEIA).

III) LA FISCALIZACIÓN ECOLÓGICA DEL MARCO GENERAL DE LAS INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS: LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS.

Como se ha señalado en páginas precedentes, con la intención de integrar el componente ambiental en la toma de decisiones públicas globales adoptada al más alto nivel y, consecuentemente, como modo de promover un desarrollo sostenible y conseguir un elevado grado de protección ecológica, la técnica de la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE a partir de ahora) ha venido a extender el examen del impacto medioambiental desde cada proyecto singular de obra o actividad hasta los instrumentos planificadores y programáticos que diseñan con carácter general las diversas políticas públicas, y que se constituyen por ello en marco necesario en el cual deberán adoptarse los primeros.

1. La Evaluación Ambiental Estratégica es una técnica que anticipa y eleva el control ecológico integrando los aspectos ambientales en los planes públicos generales: diferencia y complementariedad con la Evaluación de Impacto Ambiental.

Por lo tanto, con carácter general, a través de la EAE se anticipa temporalmente y se eleva de nivel el control ecológico, al desarrollarse sobre los instrumentos de planificación o programación general de actuaciones previas a la proyección concreta de cada una. Dicho de otro modo: se evalúan ambientalmente los estadios tempranos del procedimiento decisonal; las actividades genéricas pautadas, guiadas, orientadas u objetivadas en conjunto en los niveles más altos de decisión, pero aún no proyectadas singularmente, pudiendo considerarse en este sentido como una manifestación más avanzada de la política preventiva ligada al desarrollo sostenible y a la conservación de la biodiversidad (N. GARRIDO CUENCA, 2004, pág, 71). Y así lo señala expresamente el artículo 2.ª de la Ley reguladora de esta técnica –la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (LEAE en adelante)–, al indicar que la misma recaerá sobre “el conjunto de estrategias, directrices y propuestas que prevé una Administración pública para satisfacer necesidades sociales, no ejecutables directamente sino a través de su desarrollo por medio de un conjunto de proyectos”.

Este precepto permite distinguir perfectamente la EAE de planes y programas de la EIA, a la que, como es sabido, vienen sujetos proyectos concretos de obras o actividades inmediatamente ejecutables. De hecho, y a mayor abundamiento, la Disposición Adicional Tercera LEAE reconoce expresamente tanto la singularidad de cada una de estas figuras como su compatibilidad, al no enervar la primera la exigencia de someter a la segunda aquellos proyectos incluidos en su esfera objetiva, en los términos ya conocidos. Se trata con evidencia de dos mecanismos de control ambiental diferentes, bien que complementarios –de manera mediata también la EAE controla la secuela ecológica de los proyectos incluidos en los planes y programas valorados, que deberá ser tenida en cuenta en la evaluación del impacto ambiental de aquéllos–, considerando el diverso momento temporal en que se realizan y, sobre todo, el distinto objeto sobre el que recaen: planes y programas (esto es: instrumentos generales conformadores de marcos en los que plantear las futuras actuaciones concretas) en el caso de la primera, proyectos singulares insertados en aquéllos en el caso de la segunda.

2. La Evaluación Ambiental Estratégica amplía el ámbito material fiscalizado a los planes y programas públicos con efectos significativos sobre el medio ambiente, entre los que se encuentran los planes hidrológicos.

Igualmente, a través de esta técnica se amplía el ámbito material fiscalizado, obviando los aspectos de detalle que sí son objeto de consideración en la EIA de cada proyecto concreto, pero adoptando en contraprestación una perspectiva de análisis más extensa y global. En otras palabras: la EAE permite calibrar desde el prisma del medio ambiente un conjunto completo de actividad que será examinado como sistema, lo que posibilitará su adaptación inicial a los objetivos ecológicos prefijados y el planteamiento de las alternativas precisas, sin limitarse, como la EIA, a corregir en fase inmediatamente pre-ejecutiva disfunciones ambientales. Como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LEAE, dicha evaluación estratégica controla ambientalmente las tomas de decisión de las fases anteriores a las de proyectos, a la vista de las carencias que la EIA ha manifestado a lo largo de sus dos décadas de aplicación en orden a evitar o corregir los efectos ecológicamente perniciosos de aquéllas.

Por esta razón, es lógico pensar que los instrumentos sujetos a este control serán los que presenten unos efectos más significativos sobre el medio ambiente, como declara genéricamente el artículo 1 LEAE. En concreto, los planes y programas que manifiesten dichos efectos, sin incluir por ende, y pese a lo apuntado por algunos instrumentos internacionales (Convenio de Aarhus, Convenio de Espoo), las políticas y la legislación (J.A. RÁZQUIN LIZARRAGA, 2006.a, pág. 644).

Particularmente, y *ex* artículos 2.a, 3 y 4 de la norma, serán objeto de EAE *a*)- el conjunto de estrategias, directrices y propuestas previstas para satisfacer necesidades sociales, *b*)- no ejecutables directamente sino mediante su desarrollo por proyectos, *c*)- elaboradas o aprobadas por una Administración pública, *d*)- requeridas por disposiciones normativas o administrativas, y *e*)- con efectos significativos sobre el medio ambiente, entendiendo que los tendrán en todo caso los planes y programas que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente

sometidos a EIA ²⁷⁸ y los que requieran una evaluación conforme a la normativa reguladora de la Red Ecológica Europea “Natura 2000”, así como los que establezcan el uso de zonas de reducido ámbito territorial, las modificaciones menores de los anteriores, y otros distintos sólo cuando así lo determine motivadamente el órgano ambiental previa consulta a las Administraciones públicas afectadas. No lo serán, por el contrario, los planes y programas que tengan como único objeto la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia, y los de tipo financiero o presupuestario (artículo 3.4). Por supuesto, va de suyo que quedan al margen de la técnica los planes y programas elaborados por entes privados.

Sin duda, con las condiciones descritas es posible encontrar un conjunto nada desdeñable de instrumentos que vendrán sometidos a EAE. Y entre ellos, en lo que aquí interesa, los planes hidrológicos, que se adecuan a todas y cada una de ellas. Aunque la LEAE nada dice específicamente en este sentido –tampoco es su misión–, diversas normas hídricas así lo refieren, incluso con carácter previo a la aprobación de aquélla; razón por la cual no siempre la denominación de dicha fiscalización coincidirá con el nombre hoy acuñado con generalidad. Es el caso del propio TRLA, que ya obligaba a elaborar previamente y a incorporar a los planes hidrológicos de cuenca los programas de medidas dirigidos a conseguir los objetivos medioambientales enunciados para cada tipo de agua por el artículo 92.bis (artículos 41.2 y 92 quáter), con concreción de las actuaciones y previsiones necesarias al efecto. Igualmente lo es el del RDPH, que en el ya mencionado artículo 239 venía imponiendo la inclusión en los programas y planes que realice la Administración –por ende, también los hidrológicos– de los correspondientes estudios de evaluación de efectos medioambientales cuando razonablemente puedan presumirse riesgos para el medio ambiente como consecuencia de su ejecución. Y lo era asimismo el del PHN, que en la redacción originaria de su artículo 15 imponía la evaluación ambiental conjunta de todos los proyectos genéricos de transferencias ²⁷⁹; interpretación con la que no está de acuerdo N.

278 En puridad, sólo en materia de agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo-terrestre, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo.

279 En su literalidad, este precepto aludía a la obligación de someter a EIA conjunta a todos los proyectos relativos a las transferencias de agua. Sin embargo, y como ya se ha explicado, en la medida en que esta

GARRIDO CUENCA (2004, págs. 85-87), para quien esta previsión distaba mucho de venir referida a una EAE real si se tienen en cuenta su realización práctica casi un año después de la aprobación de la norma —eliminando el carácter antecedente que caracteriza a la técnica—, la ausencia de participación pública en el procedimiento, y la ausencia de alternativas, predeterminada como estaba la opción estratégica preseleccionada. A todas estas normas se ha unido recientemente, ya sin dobleces, el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (RPH), que en sus artículos 71.6 y 84.5 sujeta expresamente a EAE tanto los planes hidrológicos de cuenca como el Plan Hidrológico Nacional, además de proceder a desarrollar el antecitado artículo 41.2 TRLA, obligando a considerar en la selección del conjunto de medidas que integran el programa sus efectos ambientales, de acuerdo con lo deducido del proceso de EAE del propio plan (artículo 43.7). No pueden haber dudas, pues, de la sujeción de los planes hidrológicos a esta técnica fiscalizadora.

3. El procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica de los planes hidrológicos.

Por lo que se refiere al procedimiento conforme al que se desarrollará la EAE de los planes hidrológicos, éste no será otro que el diseñado con carácter general por la LEAE. Así lo reconoce explícitamente el RPH, que remite a estos efectos al texto legislativo, sin perjuicio de incorporar algunas puntualizaciones que serán oportunamente señaladas. Y es que, como ha destacado con reiteración la doctrina, la EAE es concebida en realidad como un procedimiento reglado y formalizado de análisis sistemático de los efectos ambientales realizado en los niveles superiores de decisión, que trata de incluir la sostenibilidad en la elaboración de planes y programas: un procedimiento sistémico, integrado y global de autoevaluación. Queda claro, por tanto, de que el desarrollo de esta EAE se lleva a cabo procedimentalizadamente, de conformidad con el íter predefinido en aquella norma legal.

técnica sólo resulta de aplicación a proyectos concretos de obras y actividades y no a previsiones generales en torno a las mismas, no parece arriesgado pensar que el legislador estaba pensando en una suerte de EAE.

A) La necesaria diferenciación entre el órgano promotor hidráulico y el órgano ambiental.

No obstante, antes de analizar el desarrollo concreto de este procedimiento, es preciso identificar los sujetos que intervienen en el mismo. Sujetos que, como se desprende de la LEAE, son dos: el *órgano promotor*, al que el artículo 2.b define como “el órgano de una Administración pública estatal, autonómica o local que inicia el procedimiento para la elaboración y adopción de un plan o programa y, en consecuencia, debe integrar los aspectos ambientales en su contenido a través de un proceso de Evaluación Ambiental”, y el *órgano ambiental*, entendido (artículo 2.c) como “el órgano de la Administración pública que, en colaboración con el órgano promotor, vela por la integración de los aspectos ambientales en la elaboración de los planes y programas”.

Que ambos sujetos –singularmente el órgano promotor– sean Administraciones públicas no resulta extraño, si se tiene en cuenta que sólo los planes o programas impulsados por aquellas vienen sujetos a esta técnica, y no así los que tienen su origen en entes privados. Sí conviene, sin embargo, distinguir con nitidez ambas presencias toda vez que, aunque convergen en un mismo procedimiento, difieren en las actuaciones concretas que corresponde llevar a cabo a cada una de ellas, como habrá ocasión de comprobar a continuación. Debe considerarse también, con mayor concreción, que el órgano promotor se significará, como determina el artículo 5 LEAE, en el señalado al efecto por la Administración competente para la elaboración y aprobación del plan o programa, bien con carácter definitivo, bien como requisito previo para su remisión al legislativo estatal o autonómico. Por lo que respecta al órgano ambiental, será designado por las Comunidades Autónomas para los planes o programas promovidos por las mismas o por las entidades locales, y por el Ministerio de Medio Ambiente para los promovidos por la Administración General del Estado. La traducción de estas determinaciones al caso de los planes hidrológicos implica que estos sujetos se corresponderán, respectivamente, con los Organismos de cuenca o con la Administración hidráulica autonómica, en función de la inter o intracomunitariedad de las cuencas hidrográficas (artículo 41.1 TRLA), en el caso de los de cuenca, y con el Ministerio

de Medio Ambiente en el caso del PHN –sujetos promotores–, mientras que el órgano ambiental vendrá dado por el que designen al efecto este mismo Ministerio o las Comunidades Autónomas, también dependiendo de aquella misma circunstancia.

B) El desarrollo procedimental de la Evaluación Ambiental Estratégica de los planes hidrológicos.

En buena lid, el procedimiento se *inicia* en el momento en que la Administración pública correspondiente pretende elaborar un plan hidrológico en el ámbito de sus competencias y ese instrumento, por presentar efectos significativos sobre el medio ambiente, requiere de fiscalización previa a través precisamente de la EAE. De nuevo hay recordar que estos “efectos significativos” son automáticos en los planes y programas que actúen como marco para futuros proyectos legalmente sometidos a EIA, lo que sin duda sucede en el caso de estos planes que nos ocupan. Recientemente el RPH ha introducido una referencia temporal más precisa sobre este momento inicial en el caso de los planes de cuenca, situándolo (artículo 79.5) dentro del plazo de seis meses en que el esquema provisional de temas importantes en materia de gestión de las aguas en la demarcación hidrográfica que debe elaborar la Administración hidráulica antes de la redacción propiamente dicha del plan es sometido a información pública. Durante el desarrollo de esta consulta, dice este precepto, se iniciará el procedimiento de EAE del plan, sirviendo como base a la misma el documento inicial que exista, al que se incorporará este esquema provisional de temas importantes.

Iniciada la EAE, el siguiente paso a realizar consiste en el *señalamiento por parte del órgano ambiental del contenido y del alcance del informe ambiental* que deberá presentar con posterioridad el órgano promotor en relación con su plan. En efecto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 9 LEAE, “la amplitud, nivel de detalle y grado de especificación del informe de sostenibilidad ambiental se determinará por el órgano ambiental tras identificar y consultar a las Administraciones públicas afectadas y al público interesado”, pudiendo ampliar también la consulta a otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, vinculadas a la protección del medio ambiente. Para evitar duplicaciones innecesarias y solapamientos indese-

ables, el plan de trabajo que la Administración hidráulica está obligada a preparar con carácter previo a la elaboración de los planes hidrológico de cuenca (artículos 41.2 TRLA y 76.1 RPH) deberá coordinar este trámite de consultas –y otros posteriores que también impone la LEAE– con los procesos de consulta propios de dicha elaboración, tal y como recuerda el artículo 77.4 de la misma norma reglamentaria.

Una vez participada por el órgano ambiental de dichos contenido y alcance, la Administración promotora procederá a elaborar conforme a ellos *el informe de sostenibilidad ambiental*, debiendo considerar también al efecto, en el caso de los planes de cuenca, la información que sobre la demarcación hidrográfica haya proporcionado en momentos previos el Comité de Autoridades Competentes –en el que están representados todos los niveles públicos implicados en la misma–, el antecitado esquema de temas importantes, así como los resultados de todas las consultas celebradas hasta el momento (artículo 80.1 RPH). Con estos condicionantes previos, deberán identificarse, describirse y evaluarse en el citado informe los probables efectos significativos sobre el medio ambiente que se pudieran derivar de la aplicación del plan, así como ofrecer unas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, incluida de ser precisa la “alternativa cero” (no realización en esos términos del instrumento planificador). La LEAE enfatiza, como destaca J.A. RÁZQUIN LIZARRAGA (2006.a, pág. 648), la trascendencia de las alternativas, pudiendo resultar en un momento dado la mejor de ellas el propio decaimiento del plan en cuestión. De cualquier forma, y sin tener que llegar a este extremo, este informe habrá de aportar la información especificada en el Anexo I LEAE ²⁸⁰, amén de cualquier otra que se considere razonablemente necesaria para asegurar su calidad, teniendo en cuenta los conocimientos y métodos de evaluación existentes, el contenido y nivel de detalle del plan,

280 Esbozo del contenido, objetivos principales, relaciones con otros planes y programas; situación actual del medio ambiente y probable evolución si no se aplica el plan o programa; características ambientales de las zonas afectadas de manera significativa; problemas ambientales relevantes para el plan o programa, incluyendo los relacionados con zonas de particular importancia ambiental designadas conforme a la legislación sobre espacios naturales y especies protegidas; objetivos de protección ambiental fijados en los ámbitos internacional, comunitario o nacional que guarden relación con el plan o programa y la manera en que tales objetivos se han tenido en cuenta durante su elaboración; probables efectos significativos en el medio ambiente; medidas previstas para prevenir, reducir y contrarrestar cualquier efecto negativo en el medio ambiente por la aplicación del plan o programa; razones de la selección de las alternativas previstas y descripción del modo en que se realizó la evaluación; descripción de las medidas previstas para el seguimiento del plan o programa; resumen no técnico de la información facilitada en virtud de los párrafos precedentes.

la fase del proceso de decisión en que se encuentra, y la medida en que la evaluación de determinados aspectos es más adecuada en fases distintos procesos con objeto de evitar su repetición. Finalmente, y considerando que este informe de sostenibilidad ambiental va a hacerse público, tendrá que resultar accesible e inteligible para el público y para las Administraciones, debiendo contener un resumen de carácter no técnico de toda la información aportada (artículo 8 LEAE).

Seguidamente la versión preliminar del plan hidrológico, incluido el informe de sostenibilidad ambiental, será sometida a una *fase de consultas y de información pública*. De esta manera, se pondrá a disposición del público en general –entendiendo por tal cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones o grupos constituidos con arreglo a la normativa que les resulte de aplicación (artículo 2.f LEAE)– la propuesta de proyecto de plan durante un plazo no inferior a seis meses para la formulación de observaciones y sugerencias (artículos 80.3 y 84.4 RPH). Más específicamente se consultará sobre él a las Administraciones afectadas y al público interesado –en los términos en que el interesado en el procedimiento administrativo es contemplado por el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común–, considerándose que también presentan esta condición las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan como fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente, que lleven al menos dos años constituidas, y que ejerzan de modo activo las actividades necesarias para alcanzar sus fines estatutarios. En concreto, según determina el apartado 2 del mismo artículo 80 RPH, la propuesta de proyecto de planes hidrológicos de cuenca deberá remitirse a aquéllos con una antelación mínima de un año con respecto al inicio del procedimiento de aprobación del plan, para que presenten en el plazo de tres meses las propuestas y sugerencias que consideren oportunas. En esta misma fase también podrán realizarse consultas transfronterizas si se considera que el plan puede tener efectos de tal índole (artículo 11 LEAE).

Finalizada la fase de consultas, procede la elaboración de una *memoria ambiental*; elaboración que en el caso de los planes hidrológicos de cuenca intercomunitarios realizarán en conjunto el Organismo de cuenca y el Ministerio de Medio Ambiente, correspondiéndole sobre los planes in-

tracomunitarios al órgano u órganos que determinen las Comunidades Autónomas, de acuerdo siempre con el órgano ambiental. En esta memoria se analizará y valorará globalmente el proceso de EAE –el modo en que se han integrado los aspectos ambientales en la propuesta de plan o programa, la toma en consideración del informe de sostenibilidad y su calidad, los resultados de las consultas, la previsión de los impactos significativos de la aplicación dicho instrumento, etc.–, debiendo aportarse también las determinaciones finales a incorporar tal propuesta. Se trata de un trámite preceptivo que deberá ser tenido en cuenta obligatoriamente antes de la aprobación definitiva del plan.

Tomando en cuenta todas las actuaciones anteriores –singularmente el informe de sostenibilidad ambiental, las alegaciones formuladas en las consultas, y la memoria ambiental–, el órgano promotor elaborará la *propuesta de plan* (artículo 13 LEAE, artículo 80.4 RPH), que elevará para su aprobación al Gobierno a través del Ministerio de Medio Ambiente en el caso de los planes de cuenca y que, en caso del PHN, será remitida por este mismo Ministerio al Consejo Nacional del Agua para su informe preceptivo, correspondiendo al Gobierno, a la vista del mismo, la aprobación del proyecto y su posterior remisión a las Cortes Generales para su discusión y aprobación por ley. Por tanto, resulta obvio que los señalamientos de la EAE van a condicionar el contenido de este instrumento, que deberá tenerlos en consideración.

Una vez aprobado el plan será *puesto a disposición* del órgano ambiental, de las Administraciones públicas ambientales, del público y, en su caso, de los Estados miembros consultados en caso de posibles afecciones transfronterizas. Además del plan aprobado, y con el fin de ofrecer una información más directa y simplificada, también será puesta a la misma disposición una declaración que resuma los aspectos referidos en el artículo 14.b) LEAE –de qué manera se han integrado en el mismo los aspectos ambientales; cómo se han tomado en consideración el informe de sostenibilidad ambiental, los resultados de las consultas, la memoria ambiental, y las discrepancias que hayan podido surgir en el proceso; las razones de la elección del plan aprobado en relación con las alternativas planteadas–, e igualmente las medidas adoptadas para el seguimiento de los efectos que tendrá sobre el medio ambiente de su aplicación. Porque en efecto, por mor de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma Ley, los

órganos promotores vienen obligados a realizar un seguimiento del impacto ambiental de la aplicación o ejecución de los planes que han impulsado, con el fin de poder identificar con prontitud efectos adversos no previstos y permitir llevar a cabo las medidas adecuadas para evitarlos. El órgano ambiental también participará en este seguimiento, pudiendo utilizarse al efecto mecanismos ya existentes con el fin de evitar duplicidades.

Nota Bibliografica

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier (2002), “Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio”, Madrid, Marcial Pons.

EZQUERRA HUERVA, Antonio (2007), “El régimen jurídico de las obras hidráulicas”, Murcia, Instituto Euromediterráneo del Agua.

GARCÍA URETA, Agustín (1994), “Marco jurídico del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental: el contexto comunitario y estatal”, Bilbao, IVAP.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2006), “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Civitas, volumen I, 14ª edición, volumen II, 10ª edición.

GARRIDO CUENCA, Nuria (2004), “La evaluación ambiental estratégica de políticas, planes y programas”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental 5, págs.69 a 87.

LOZANO CUTANDA, Blanca y ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz (2006), “Administración y Legislación Ambiental”, Madrid, Dykinson, 2ª edición.

MELLADO RUIZ, Lorenzo (2004), “Gestión sostenible del agua y evaluación de impacto ambiental de obras hidráulicas”, Granada, Comares.

OLIVÁN DEL CACHO, Javier (1989), “Algunas precisiones sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en Aragón”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica 252, págs. 917 a 933.

RÁZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2006.a), “Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas”, en la obra colectiva dirigida por ALONSO GARCÍA, Enrique y LOZANO CUTANDA, Blanca, “Diccionario de Derecho Ambiental”, Madrid, Iustel.

RÁZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2006.b), “Evaluación de Im-

pacto Ambiental”, en la obra colectiva dirigida por ALONSO GARCÍA, Enrique y LOZANO CUTANDA, Blanca, “Diccionario de Derecho Ambiental”, Madrid, Iustel.

ROSA MORENO, Juan (1993), “Régimen jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental”, Madrid, Trivium.

SETUÁIN MENDÍA, Beatriz (2002), “El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico”, Valladolid, Lex Nova.

SETUÁIN MENDÍA, Beatriz (2007), “Evaluación Ambiental de obras y actividades”, en la obra colectiva dirigida por EMBID IRUJO, Antonio y AMAYA NAVAS, Óscar, “Agua, residuos y territorio”, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia/AECI/Universidad de Zaragoza.

UTRERA CARO, Sebastián (2002), “La incidencia ambiental de las obras hidráulicas. Régimen jurídico”, Madrid, Dykinson.

AS INFRAESTRUTURAS HIDRÁULICAS E A AVALIAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

Jahyr-Philippe Bichara

Introdução. I. Do conceito de Avaliação de Impacto Ambiental ao conceito de Estudo Prévio de Impacto Ambiental no ordenamento jurídico brasileiro 1. A avaliação do impacto ambiental na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. 2. A Resolução do CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986. 3. O Estudo Prévio de Impacto Ambiental na Constituição Federal de 1988. II. A subordinação da outorga de uso de recursos hídricos ao licenciamento ambiental. 1. O conceito de Direitos de Outorga de Uso de Recursos Hídricos. 2. A exigibilidade do licenciamento ambiental pela autoridade outorgante. III. O licenciamento ambiental e as infra-estruturas hidráulicas. 1. A competência dos órgãos estaduais ambientais e do IBAMA no estudo prévio de impacto ambiental das infra-estruturas hidráulicas. 2. O prévio estudo de impacto ambiental de infra-estruturas hidráulicas. Conclusão. Referências.

Introdução.

A degradação sistemática do meio ambiente provocada direta ou indiretamente pelas atividades do homem, as mudanças climáticas geradas por elas e as repercussões dramáticas observadas sobre as diversas populações

do planeta fizeram com que a questão da proteção ambiental mobilizasse paulatinamente a atenção da comunidade internacional a ponto de se constituir em uma das prioridades políticas dos governos. Neste sentido, foram organizadas, sob a égide da Organização das Nações Unidas - ONU, várias conferências internacionais a fim de debater e propor medidas relativas ao combate da degradação do meio ambiente para que a mesma siga garantindo a sobrevivência das presentes e futuras gerações.

O primeiro avanço significativo na construção de normas protetoras do meio ambiente se deu na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, em Estocolmo²⁸¹. Com efeito, não obstante, a adoção de outros instrumentos jurídicos como o Plano de Ação para o meio ambiente guiado por recomendações e a criação do Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente – PNUMA, órgão subsidiário das Nações Unidas, a Declaração sobre Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 1972, constituiu-se em um marco de suma importância no desenvolvimento posterior do Direito Internacional Ambiental, tendo reconhecer ao homem o direito fundamental de viver num ambiente sadio²⁸². Este direito humano foi consagrado no Princípio 1º da Declaração de Estocolmo ao estabelecer que: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações”. Convém lembrar, neste aspecto, as palavras do Professor Cançado Trindade, que observa que o direito ambiental nasceu a partir de uma visão “antropocêntrica” que se deu pela sua aproximação com os direitos humanos²⁸³. Deste modo, o reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental do ser humano foi consagrado para garantir, sobre tudo, o direito de viver num ambiente saudável, sendo a defesa da fauna, flora, água, ar ou paisagem, meios para alcançar tal finalidade contida na formulação deste direito.

281 GUERRA, Sidney César Silva. *Direito Internacional Ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006, pp. 96 e 97.

282 SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do Meio Ambiente*. Barueri – SP: Manole, vol. 2, 2003, p. 45.

283 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 24 e 25.

Sendo assim, a água recebeu uma atenção peculiar, tendo em vista a importância deste recurso natural para a vida humana no planeta, a sua crescente utilização e, em decorrência da utilização imoderada deste recurso, fator este que pode levar num futuro próximo a uma situação de escassez. Esses aspectos foram destacados, na conferência internacional sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro em 1992, onde foi afirmada a necessidade de conservar e administrar os recursos hídricos através do controle estatal notadamente na Agenda 21 que consagra o seu capítulo 18 ao tema.

No Brasil, essa preocupação levou o legislador a adotar duas leis no sentido de dar maior proteção à água e, ao mesmo tempo, permitir uma adequada exploração dos recursos hídricos na perspectiva do desenvolvimento sustentável do país. Assim, foi promulgado, em primeiro lugar, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente com seus instrumentos de defesa dos recursos naturais, e, em segundo lugar, a Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que criou a Política Nacional de Recursos Hídricos, tendo como objetivo fundamental o de assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos.

A implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos acarreta um risco para o meio ambiente ou mais precisamente para os recursos hídricos. Com efeito, as infra-estruturas hidráulicas utilizadas na exploração dos recursos hídricos podem, paradoxalmente, ocasionar danos ao meio ambiente, notadamente tratando-se de inundações de elementos naturais (fauna e flora) na construção, por exemplo, de hidrelétricas ou barragens²⁸⁴. Assim sendo, o aproveitamento hídrico para fins de geração de energia elétrica ou abastecimento de água à população podem trazer importantes modificações ao equilíbrio ambiental ou ainda alterar o próprio teor químico da água em termos de qualidade. Ora, com o recente Decreto Presidencial nº 5.995, de 19 de dezembro 2006, que institui o Sistema de Gestão do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, a questão da transposição do Rio São Francisco, com suas infra-estruturas hidráulicas, reacende o debate

284 EMBID IRUJO, Antônio. "La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua". In *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas e su financiación*. Seminario de derecho del agua de la Universidad de Zaragoza, 1998, p. 84.

em torno da eficiência da intervenção dos órgãos públicos responsáveis pela defesa do meio ambiente.

Assim, para evitar, ou pelo menos minimizar os efeitos prejudiciais aos recursos hídricos e a outros elementos do meio ambiente, por tais infra-estruturas hidráulicas, o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois mecanismos de proteção dos recursos naturais postos à disposição dos poderes públicos. Se formos considerar o critério cronológico, diríamos que a *avaliação de impacto ambiental* consagrada pelo art. 9º, III, da Lei nº 6.938/81, seria o primeiro instrumento e a *outorga de direito de uso de recursos hídricos*, formulado no art. 5º, III e 11 da Lei nº 9.433/97, o segundo. Ora, os dois institutos remetem a procedimentos administrativos distintos e o problema consiste em saber qual dos dois é o mais apropriado para atender o objetivo de proteção do meio ambiente quando se trata de exploração de recursos hídricos por infra-estruturas hidráulicas. Com efeito, se o primeiro instrumento é parte do procedimento administrativo de licenciamento ambiental, sujeito a uma regulamentação que configure um regime geral, o segundo consiste num mero ato administrativo de deferimento ou indeferimento de pedido de outorga de direitos de uso de recurso hídrico, tendo em vista o controle quantitativo e qualitativo do uso da água como proclamado no art. 11 da Lei nº 9.433/97. Destarte, a questão que se coloca aqui é de saber se o instituto de licenciamento ambiental e o da outorga de direitos de uso de recursos hídricos podem ser unificados num procedimento só para autorizar a construção e funcionamento de infra-estruturas hidráulicas, ou se a decisão da autoridade outorgante que se dá através do ato de outorga do direito de uso de recursos hídricos é subordinada à realização de estudo de impacto ambiental, parte do licenciamento ambiental, caracterizando assim dois procedimentos distintos, porém vinculados. Esta indagação surge da imprecisão dos textos legais que, apesar da sua abundância quanto às questões ambientais, não informam de maneira satisfatória sobre o procedimento administrativo aplicável no caso de construção e funcionamento de infra-estruturas hidráulicas.

A nosso ver, se a legislação brasileira da água tem vocação para ser aplicada no caso específico de uso de recursos hídricos por infra-estruturas hidráulicas, a outorga de direito de uso de recursos hídricos não exime do

cumprimento da legislação ambiental pertinente. Sendo assim, consideramos que a outorga de direitos de uso de recursos hídricos, consignado no art. 11 da lei nº 9.433/97, constitui um mecanismo específico, subordinado a um estudo prévio de impacto ambiental dentro do procedimento de licenciamento ambiental que, de acordo com o dispositivo constitucional do art. 225, IV, impondo-se ao poder público para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Partindo deste pressuposto inicia-se este estudo com uma apresentação do conceito de avaliação de impacto ambiental no ordenamento jurídico brasileiro para, em seguida, observar como este instrumento jurídico interfere no procedimento de outorga de direitos de uso de recursos hídricos. Diante destes estudos preliminares, afirma-se que o estudo prévio de impacto ambiental é parte do procedimento de licenciamento ambiental ao qual se sujeita a instalação e o funcionamento de infraestruturas hidráulicas.

I. Do conceito de Avaliação de Impacto Ambiental ao conceito de Estudo Prévio de Impacto Ambiental no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais conhecido sob a denominação de *estudo prévio de impacto ambiental* no ordenamento jurídico brasileiro, a avaliação de impacto ambiental refere-se a uma apreciação exercida sob a autoridade de um órgão público dos efeitos de uma atividade humana sobre o meio ambiente, isto é, da possibilidade de uma lesão significativa sobre o recurso natural explorado²⁸⁵. Este instrumento de defesa do meio ambiente foi consagrado, primeiramente, no âmbito legislativo pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamento pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, antes de ser definitivamente recepcionado na Constituição Federal brasileira de 1988.

285 SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 314 e315.

1. A avaliação do impacto ambiental na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

A Política Nacional do Meio Ambiente foi estabelecida pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, com o objetivo de preservar, melhorar e recuperar o meio ambiente a fim de assegurar, no âmbito nacional, o estabelecimento de padrões que tornem possível o desenvolvimento econômico-social permitindo, deste modo, a proteção da dignidade da vida humana (Art. 2º da Lei 6.938/81).

Para tanto, a Lei nº 6.938/81 prevê, no seu art. 5º, que as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente são, de acordo com os objetivos enunciados no art. 2º da mesma lei, formuladas em normas e planos destinados a orientar a ação dos Governos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios no que concerne à preservação da qualidade ambiental e a manutenção do equilíbrio ecológico de conformidade com as normas constitucionais. Atualmente, esta ação está sendo implementada através do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, também instituído pela Lei nº 6.938/81, numa perspectiva de cooperação entre os diferentes entes da federação que participam da proteção ambiental²⁸⁶.

Assim sendo, nos termos do 6º da Lei nº 6.938/81, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, os órgãos e entidades da União, dos Estados, dos Territórios, dos Municípios e do Distrito Federal, bem como as fundações instituídas pelo poder público, cuja missão fundamental consiste na proteção e melhoria da qualidade ambiental, dentro da seguinte estrutura institucional: I - o Conselho de Governo, órgão superior, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais; II - o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, órgão consultivo e deliberativo, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente

286 ANTUNES, Paulo de Bessa. Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (Comentários à Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981), p. 5.

ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; III - a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, órgão central, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente²⁸⁷; IV - o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor, que tem a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; V - Órgãos Seccionais, que representam órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

A partir da estrutura institucional da Política Nacional de Proteção do Meio Ambiente aqui apresentada, observa-se que o Estado-Membro da federação desempenha uma função de execução políticas públicas ambientais e fiscalização de normas de proteção ambiental através dos chamados órgãos seccionais instituídos pelo art. 6º, V da Lei nº 6.938/81. Os órgãos e entidades estaduais são, nos termos do art. 6º, V da Lei nº 6.938/81, responsáveis pela execução de programas, projetos, e pelo controle e fiscalização de atividades que possam trazer danos ao meio ambiente. Portanto, cabe a cada Estado a criação de tais órgãos para assegurar a proteção ambiental no seu território notadamente mediante a apreciação de estudo de impacto ambiente a ele submetido.

Desta forma, os órgãos ou entidades estaduais que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA constituem-se em agentes de implantação de políticas ambientais definidas tanto na esfera federal como na esfera estadual. Tais órgãos estaduais têm a atribuição de conceder o licenciamento prévio para construção, instalação, ampliação e funcionamento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva e potencialmente poluidoras, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental (Art. 10 da Lei nº 6.938/81).

287 Dentro das diversas alterações sofridas pelo SISNAMA no decorrer dos anos, algumas visaram a modificação da sua estrutura institucional. Assim, apesar da atualização não ter sido efetuada no texto da lei 6.938/81, a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República foi substituída pelo Ministério do Meio Ambiente através da lei nº 8.490, de 19/11/1992.

Para desenvolver as políticas de proteção ambiental, a Lei nº 6.938/81 coloca à disposição dos órgãos seccionais e do IBAMA que atuam dentro do SISNAMA vários instrumentos jurídicos de defesa do meio ambiente. Dentre esses instrumentos o art. 9º, III, determina que se constitui em instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente a *avaliação de impactos ambientais*. Entretanto, embora a lei mencione a avaliação de impacto ambiental como instrumento da proteção ambiental, a mesma não define o que reveste tal conceito, nem o legislador apresentou decreto para a sua regulamentação e aplicação. Na verdade, foi preciso esperar a intervenção do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA que, através da edição de uma resolução, veio disciplinar a matéria.

2. A Resolução do CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA tem entre as suas competências a de estabelecer normas e padrões que visam a garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esta competência é reiterada no artigo 8º, I, da Lei 6.938/81, que permite ao órgão editar normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. Neste sentido, o CONAMA editou a resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986, estabelecendo definições, responsabilidades, critérios e diretrizes gerais para uso e implantação da avaliação de impacto ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Para efeito desta Resolução, o art. 1º define como impacto ambiental: “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que direta ou indiretamente afetam a saúde, a segurança, o bem-estar da população, as atividades econômicas e sociais, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos naturais”.

Para prevenir estes tipos lesões ao meio ambiente, a Resolução CONAMA nº1/86 prevê que deve ser realizado um estudo de impacto ambiental a partir do qual será elaborado o seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental- RIMA a ser submetido à aprovação do órgão ambiental competente ou do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA em caráter supletivo. Este estudo

de impacto ambiental consiste no diagnóstico ambiental da área visada pelo projeto de exploração, com completa análise dos recursos naturais e suas interações. Em outras palavras, por um lado o estudo de impacto ambiental tem por objeto os possíveis efeitos de um empreendimento sobre o solo, o subsolo, as águas, o ar (meio físico), e, por outro lado, os ecossistemas naturais como fauna e flora (meio biológico) e os aspectos socioeconômicos.

Há de observar aqui, a evolução terminológica sofrida pelo conceito de avaliação de impacto ambiental. Com efeito, se a Lei n° 6.938/81 consagrou o termo *avaliação de impacto ambiental*, na Resolução n° 1/86 foi adotado uma denominação diferente, referindo-se ao *estudo de impacto ambiental*, o qual foi posteriormente positivado e inserido na Constituição Federal de 1988, como exigência prévia para qualquer obra ou instalação que pode acarretar danos ao meio ambiente.

3. O Estudo Prévio de Impacto Ambiental na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal do Brasil dedica no seu art. 225 disposições específicas ao meio ambiente refletindo, deste modo, a preocupação do Constituinte de 1988 em dar uma resposta significativa às questões de proteção ambiental. Assim, dentre as normas protetoras do meio ambiente agrupadas no art. 225 da Constituição Federal, está estabelecido que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao poder público exigir na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade (Art. 225, § 1°, IV, da Constituição Federal).

O estudo prévio de impacto ambiental constitui-se em um instrumento jurídico de prevenção de suma importância na medida em que ele obriga o poder público a se pronunciar previamente sobre qualquer obra ou atividade exploratória de recursos naturais que possa ameaçar o meio ambiente, aplicando deste modo, uma vertente do princípio de precaução reconhecido no âmbito internacional²⁸⁸. Este instrumento jurídico de

288 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 4ª. edição. São Paulo: Malheiros Editores,

proteção ambiental requer, de acordo com o mandamento constitucional, a intervenção do legislador para definir a atuação da autoridade pública dentro de um procedimento onde se verifica as condições de execução de atividades capazes de afetar o meio ambiente. Ora, vimos que este procedimento é regulamentado inicialmente pela Resolução CONAMA nº 1/86 sob responsabilidade de um órgão ambiental ou do IBAMA em caráter supletivo. Na verdade, a mesma resolução informa no seu art. 2º que o processo de estudo prévio de impacto ambiental integra um procedimento mais amplo que visa à obtenção de um licenciamento conferido pelo órgão ambiental para qualquer atividade que tem incidência sobre o meio ambiente. Assim, dentre as atividades enunciadas pelo art. 2º que exigem estudo prévio de impacto ambiental sujeito à aprovação da autoridade pública competente, figura as obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10 MW, de saneamento ou de irrigação retificação de cursos d'água e transposição de bacias.

No caso concreto das infra-estruturas hidráulicas, a exigência do estudo prévio de impacto ambiental, além de ser uma exigência constitucional e da legislação infraconstitucional sobre licenciamento ambiental, é etapa imprescindível para outorga dos direitos de uso da água, instrumento jurídico próprio de gestão e defesa dos recursos hídricos consagrado na Lei nº 9.433/97.

II. A subordinação da outorga de uso de recursos hídricos ao licenciamento ambiental.

A Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, criou a Política Nacional de Recursos Hídricos, com o objetivo de assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos seus respectivos usos, de utilizar de modo racional os recursos hídricos numa perspectiva de desenvolvimento sustentável, assim como a prevenção de catástrofes de origem natural (art. 2º da Lei nº 9.433/97).

Para alcançar tais finalidades, a Lei nº 9.433 de 1997 estabelece, no seu

2002, pp. 286 e 287.

art. 5º, diversos instrumentos jurídicos de gestão e controle de exploração dos recursos hídricos, dentro dos quais figura a *outorga de direito de uso de recursos hídricos*, que consiste numa autorização conferida pelo poder público tendo em vista o controle quantitativo e qualitativo do uso da água (art. 5º, III e 11 da Lei nº 9.433/97). Embora este ato administrativo não se confunda com o da licença ambiental, cabe à autoridade competente exigir o licenciamento ambiental para construção de infra-estruturas hidráulicas que depende do estudo prévio de impacto ambiental e da redação do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, sob pena de indeferimento do pedido de outorga de uso de recurso hídrico.

1. O conceito de Direitos de Outorga de Uso de Recursos Hídricos.

De acordo com o art. 1º da Resolução nº 16, de 8 de maio de 2001, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, a outorga de direito de uso de recursos hídricos é definida como: “ato administrativo mediante o qual a autoridade faculta ao outorgado previamente ou mediante o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato, consideradas as legislações específicas vigentes”. Essa definição que, embora obviamente padeça de problemas de formulação pelo seu redator, remete à idéia que a outorga consiste num ato administrativo, de autorização, mediante o qual a autoridade competente faculta ao outorgado o direito de uso do recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e condições expressas do respectivo ato.

Trata-se de ato administrativo vinculado, isto é, ato sujeito ao princípio da legalidade que condiciona a manifestação da vontade da administração pública ao cumprimento da lei. Em outras palavras, se o requerente de direitos de outorga de uso de recursos hídricos preenche os requisitos legais de acesso, cabe à autoridade outorgante se manifestar favoravelmente ao requerimento sob pena de estar a ferir direito líquido e certo passível de ação judiciária.

No direito brasileiro, o direito de outorga de recursos hídricos tem como objetivo assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água (art. 11 da Lei nº 9.433/97).

Nesta perspectiva, os arts. 29, II, e 30, I da Lei referida, prevêem a intervenção do poder executivo federal e dos poderes executivos estaduais para outorgar ou não os direitos de uso dos recursos hídricos por prazo não superior a 35 anos (art. 16 da lei nº 9.433/97), assim como regulamentar e fiscalizar os seus usos nas suas respectivas esferas de competências. Há de salientar que o controle operado por estas autoridades públicas deve, por um lado, levar em consideração que as atividades que decorrem dos usos dos recursos hídricos não afetam a qualidade e quantidade das águas numa visão ambientalista, e, por outro lado, garantir o direito ao acesso à água recurso natural imprescindível a muitos empreendimentos.

Para enquadrar a intervenção do poder público no seu papel de regulador das atividades que envolvem a outorga de direitos de uso dos recursos hídricos, e evitar deste modo qualquer tipo de atuação discricionária, a Constituição Federal vigente determina, em seu art. 21, XIX, que cabe à União definir os critérios de outorga dos direitos de uso de recursos hídricos. Infelizmente, até hoje, nenhuma legislação federal ou tipo de regulamentação foi editado no sentido de definir de modo preciso os critérios que fundamentam a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos. Contudo, esta lacuna jurídica poderá facilmente ser suprida com a intervenção do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, que possui dentro de suas competências, a de estabelecer normas gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso (art.35, X da lei nº 9.433/97).

No aguardo de tal regulamentação, merece menção, contudo, o art. 12 da lei nº 9.433/97 que estabelece que: “estão sujeitos à outorga de direitos de uso de recursos hídricos: I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público ou insumo produtivo; II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final de processo produtivo; III – lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final ;IV – aproveitamentos de potenciais hidrelétricos; V – outros usos que alterem o regime o regime, a qualidade ou a quantidade da água existente em um corpo de água”.

Decorre do dispositivo em apreço que a outorga de direitos de uso de recursos hídricos é obrigatória e que a ausência da mesma nos casos

acima enumerados constitui uma infração passível de advertência, multa, embargo provisório ou definitivo de conformidade com os arts. 49 e 50 da lei nº 9.433/97. Além disso, dentro dos casos ao qual se refere o art. 12 da lei nº 9.433/97, existem alguns que merecem peculiar atenção do legislador. Eis, notadamente, o caso de pedido de uso de uma pequena quantia de água regulamentada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, que ao dispor sobre a criação da Agência Nacional de Água - ANA, entidade federal de implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos, criou a *outorga preventiva* de uso de recursos hídricos. Assim, a ANA tem competência para outorgar o uso de recursos hídricos, com a finalidade de declarar a disponibilidade de água para usos requeridos (art. 6º da Lei nº 9.984/00). Vale observar que essa outorga não confere direitos de uso de recursos hídricos, mas permite apenas o aproveitamento de uma quantia de água, chamada de “vazão passível de outorga”, possibilitando aos investidores, o planejamento de empreendimentos que necessitem desses recursos.

Também, no caso específico da indústria de produção de energia elétrica onde se emprega potenciais hidráulicos, lembramos que na licitação para concessão ou autorização do uso de recursos hídricos do domínio da União é exigido a *declaração de reserva de disponibilidade hídrica* conferida pela ANA. Essa providência é exigência necessária às licitações envolvendo empreendimentos de geração hidrelétrica. Em seguida, para utilização desses potenciais hidráulicos, caberá ao poder concedente executar um procedimento de concessão de serviço público para o aproveitamento de potencial superior a 1000 kw, destinado à produção e à distribuição de energia elétrica, de acordo com as determinações da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que rege a matéria.

Enfim, de acordo com o art. 12 § 1º da Lei 9.433/97, independem de outorga o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais distribuídos no meio rural; as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes; e as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

Seja qual for o tipo de uso dos recursos hídricos, há de ressaltar que tanto o art. 11 como o parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.433/97 lembram que a outorga tem como objetivo de assegurar o direito de acesso à água e a preservação do uso múltiplo dos recursos hídricos. Isso significa dizer

que o uso da água deve considerar as necessidades do meio ambiente como um todo, inclusive as da fauna e da flora. Portanto, percebe-se que o deferimento da outorga de uso dos recursos hídricos, pelas autoridades públicas competentes leva em consideração aspectos de defesa do meio ambiente que requer o cumprimento de regras ambientais, e, mais especificamente, regras atinentes ao estudo de impacto ambiental ao qual deve ser subordinada a outorga de direitos de uso dos recursos hídricos que configure ato administrativo distinto.

2. A exigibilidade do licenciamento ambiental pela autoridade outorgante.

A exigibilidade do licenciamento ambiental pela autoridade outorgante de direitos de uso de recursos hídricos decorre, no nosso entender, da prescrição constitucional que impõe ao poder público e à coletividade o dever de defender e proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225 da Constituição Federal). No âmbito da implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, este dever é consignado nos arts. 29, IV, e 30, IV da Lei nº 9.433/97, que dispõem que compete ao poder executivo federal e aos poderes executivos estaduais e do Distrito Federal promover a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental. Nessa perspectiva, a autoridade competente, seja ela federal ou estadual, deverá condicionar o ato administrativo de outorga de direitos de uso de recursos hídricos à verificação que o empreendimento visado não cause dano ao recurso natural contemplado, isto é, à água. Assim a autoridade competente pela outorga de direitos de recursos hídricos tem o dever de perquirir preliminarmente quais são às repercussões negativas ou os riscos de lesão ao recurso hídrico de determinada infra-estrutura hidráulica antes de deferir o requerimento do interessado. Este trabalho preliminar pressupõe uma colaboração entre os órgãos ambientais, que dispõem de competência para tutelar os estudos prévio de impacto ambiental das atividades vinculadas à exploração de recursos hídricos, e os órgãos responsáveis pela gestão deste recurso.

Para tanto, recorre-se comumente ao licenciamento ambiental e ao seu estudo prévio de impacto ambiental, que além de ser exigência cons-

titucional, regulamentado infraconstitucionalmente, é procedimento independente e exigível pelo poder outorgante para outorga de direitos de uso de recursos hídricos, sancionado por ato administrativo próprio. Portanto, diante do que precede, afirma-se que toda obra hidráulica ou infra-estrutura que pretende explorar recursos hídricos é sujeita ao procedimento mais amplo conhecido, no ordenamento jurídico brasileiro, como licenciamento ambiental, no qual o estudo de impacto ambiental é parte integrante e indispensável do mesmo.

III. O licenciamento ambiental e as infra-estruturas hidráulicas.

O licenciamento ambiental constitui outro instrumento jurídico de defesa ambiental de caráter preventivo de atividades potencialmente poluidoras que foi instituído, em âmbito nacional, nos arts. 9, IV e 10 da Lei n° 6.938/81. Posteriormente, estas disposições foram regulamentadas pela Resolução n° 237 CONAMA, de 19 de dezembro de 1997, que define o instituto como “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”.

Este licenciamento ambiental é concedido pelo órgão ambiental competente também, para avaliar o estudo de impacto ambiental de toda construção, instalação ou atividades empregadoras de recursos ambientais, inclusive as que aproveitam os recursos hídricos sob qualquer forma.

Tratando-se de recursos hídricos mais especificamente, a Lei n° 9.433, de 8 de janeiro de 1997 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, prevê, no seu art. 11, a exigência *da outorga de direitos de uso de recursos hídricos*, que consiste numa autorização mediante a qual o poder público faculta o direito de exploração da água. Contudo, o legislador não informa se esta outorga de uso de recursos hídricos é necessária à vista do licenciamento ambiental ou se este tipo de licença é independente de qualquer outro procedimento administrativo. Acreditamos que esta

outorga só pode intervir uma vez que os estudos de impacto ambiental de infra-estruturas hidráulicas foram realizados sob a autoridade dos órgãos ambientais competentes.

1. A competência dos órgãos estaduais ambientais e do IBA-MA no estudo prévio de impacto ambiental das infra-estruturas hidráulicas.

A Constituição Federal brasileira prevê uma competência comum, isto é, uma cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para proteger o meio ambiente no âmbito administrativo²⁸⁹. Este tipo de competência versa sobre matérias enunciadas no art. 23 da Constituição Federal, dentre as quais cumpre indicar que é da competência comum dos Estados com os demais entes da Federação: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23-III); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (art. 23-IV); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art.23-VI) e preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23-VII).

O exercício de tal competência, não obstante a anterioridade da Lei nº 6.938/81 à Constituição Federal de 1988, tem aplicação no âmbito do controle ambiental através do procedimento de licenciamento ambiental. Assim, de acordo com o art. 10 da Lei nº 6.938/81, toda construção, instalação e funcionamento de estabelecimento utilizadoras de recursos naturais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, dependem de prévio licenciamento ambiental de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Decorre do art.10 da Lei nº 6.938/81, à luz do art. 23 da Constituição Federal, que tanto o órgão ambiental estadual como o IBAMA são competentes para outorga de licenciamento ambiental para exploração de recursos hídricos e que esta competência acarreta a avaliação de impacto

289 SILVA, José Afonso da, op. cit., p.47.

ambiental das infra-estruturas hidráulicas. Esta competência é conferida prioritariamente aos órgãos estaduais ambientais e supletivamente ao IBAMA em caso de omissão dos primeiros ou de empreendimento de âmbito nacional ou regional.

A) A competência do órgão estadual ambiental em matéria de licenciamento ambiental.

De acordo com o caput do art. 10 da Lei nº 6.938/81, acima mencionado, o licenciamento ambiental é atribuição de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do IBAMA, em caráter supletivo. Isto significa dizer que a intervenção do órgão estadual passa a ser a regra em caso de avaliação de impacto ambiental de atividades que podem afetar qualquer recurso natural localizado no seu território. Além da cooperação entre os entes da federação pregada pelo art. 23 da Constituição Federal, esta competência resulta também do *caput* do art. 18 da Constituição Federal.

Com efeito, a competência dos Estados em matéria ambiental tem que ser vista a partir do art. 18 da Constituição Federal de 1988 que prevê que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo estes entes da Federação definidos como autônomos para legislar sobre assuntos de interesse dos seus territórios. No intuito de garantir a autonomia dos entes que compõem a Federação, a Constituição Federal define as suas respectivas competências para que os mesmos possam conduzir as políticas públicas de forma independente. Essa repartição de competências opera-se no direito constitucional brasileiro através de três tipos de competência, a saber, a competência privativa, que assegura a autonomia política de cada ente da Federação, a competência comum e a competência concorrente, que visam, através da idéia de cooperação, o bem-estar comum em âmbito nacional. Assim, da mesma forma que a Constituição Federal confere à União, ao Distrito Federal e aos Municípios competência para legislar e atuar em matéria de proteção ambiental, existem disposições constitucionais que dão competência aos Estados para agir diretamente nos seus territórios sobre questões atinentes à preservação do meio ambiente.

Neste sentido os Estados da Federação promoveram legislações próprias atinentes à proteção do meio ambiente nos seus territórios, onde constam os objetivos, conceitos e instrumentos jurídicos de proteção ambiental conforme definidos no âmbito nacional. Em segundo lugar, a mesma legislação ou uma lei específica prevê uma estrutura institucional vertical com um órgão deliberativo, vinculado ao Governo estadual, encarregado de formular a política ambiental do Estado, expedir diretrizes, normas e instruções referentes à proteção dos recursos naturais, assim como estabelecer normas e critérios para licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras a ser concedido pelo órgão responsável pela fiscalização das normas ambientais. São esses órgãos estaduais que avaliam os estudos de impacto ambiental das infra-estruturas hidráulicas e outorgam, eventualmente, o licenciamento ambiental.

Quando este órgão estadual não existe ou permanece inerte diante da iminência de uma construção ou início de atividade potencialmente poluidora para os recursos naturais envolvidos, cabe ao IBAMA intervir de modo supletivo.

B) A competência supletiva do IBAMA em matéria de licenciamento ambiental.

A competência supletiva do IBAMA decorre, como vimos anteriormente, do art. 10 da Lei nº 6.938/81. Ela ocorre em duas situações. A primeira não exige muitos comentários já que o IBAMA assume a condução do procedimento de licenciamento ambiental toda vez que o órgão estadual for ausente ou omissor. Esta situação fragiliza em muito a proteção ambiental em face da dimensão continental do Brasil e das limitadas possibilidades em recursos materiais e humanos conferidas ao IBAMA.

Na verdade, a intervenção do IBAMA é exigida de modo mais específico no art. 10 § 4º da Lei nº 6.938/81 que determina que compete ao IBAMA o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental no âmbito nacional e regional. Reiterando praticamente *in extenso* o dispositivo do § 4º do art. 10 *supra* mencionado, a Resolução nº 237/97 do CONAMA, que regulamenta o procedimento de licenciamento ambiental, enumera os tipos de obras a ser objeto do controle do IBAMA. Assim são da competência do IBA-

MA em matéria de licenciamento ambiental obras, incluindo-se aquelas que usam recursos hídricos, localizadas no mar territorial, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva, em terras indígenas, em área de conservação do domínio da União; obras ou atividades localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados da Federação ou que envolvem material radioativo.

Contudo, a competência do IBAMA em matéria de licenciamento ambiental para obras ou atividades de interesse nacional e regional não significa exclusividade do órgão federal. Com efeito, numa perspectiva de cooperação administrativa, a Resolução CONAMA n° 237 estabelece, no seu 4° §1°, que o licenciamento do IBAMA é concedido a partir do exame técnico realizado sob a responsabilidade dos órgãos estaduais e municipais em que se localiza a atividade ou obra, podendo até delegar aos Estados esta competência própria (art.4°§ 2°).

Destarte, e no que tange mais especificamente a outorga de licenciamento ambiental para aproveitamento de recursos hídricos, entende-se que tanto o IBAMA como os órgãos ambientais dos Estados da Federação responsáveis pela defesa do meio ambiente têm vocação a exercer este tipo de controle. Este controle consiste na outorga do licenciamento ambiental que resulta da produção, pelo requerente, do estudo de impacto ambiental transformado em um documento chamado Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de acordo com a regulamentação específica.

2. O prévio estudo de impacto ambiental de infra-estruturas hidráulicas.

O estudo prévio de impacto ambiental de infra-estruturas hidráulicas obedece às regras de forma e de fundo que condicionam a validade jurídica do instrumento e conseqüentemente a outorga do licenciamento ambiental pela autoridade competente. Essas regras constam, primeiramente, na Resolução CONAMA n° 237 de 19 de dezembro de 1997, que estabelece os requisitos formais do estudo de impacto ambiental, e na Resolução do CONAMA n° 1 de 23 de janeiro de 1986, que prevê disposições atinentes ao seu conteúdo.

A) Requisitos de forma do estudo prévio de impacto ambiental.

A primeira exigência formal em matéria de elaboração de estudo prévio de impacto ambiental, é que, de conformidade com o art. 11 da Resolução CONAMA 237/97, o mesmo deve ser necessariamente realizado por profissionais legalmente habilitados, às custa do empreendedor. Essa regra almeja alcançar, deste modo, dois objetivos. Por um lado, a necessidade de recorrer a um tipo de auditoria que requer conhecimentos de várias ciências, e, por outro lado, a busca de uma avaliação independente sobre um projeto de empreendimento que pode envolver riscos de depredação para o meio ambiente²⁹⁰. Para garantir a seriedade dos estudos de avaliação de impacto ambiental, a Lei n° 6.938/81 criou, no seu art. 17, I o Cadastro Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental que, sob a administração do IBAMA, obriga o registro de pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam à consultoria técnicas sobre problemas ambientais vinculados a empreendimentos potencialmente poluidores.

O papel da auditoria neste momento do processo é de suma importância na medida em que dele vai depender um parecer que vincula a decisão da autoridade pública de outorgar ou não o licenciamento ao qual o empreendedor pleiteia. O fato das equipes técnicas de avaliação ambiental serem contratadas pelos empreendedores levantou a suspeita de que poderia haver um risco de promiscuidade entre os interesses econômicos de ambas as partes, tornando inoperante a imparcialidade e veracidade do estudo de impacto ambiental. Para evitar ou pelo menos prevenir este tipo de comportamento, o parágrafo único do art. 11 da Resolução CONAMA 237/97, determina que tanto o empreendedor como os profissionais encarregados de elaborar os estudos de impacto ambiental estão sujeitos às sanções administrativas, civis e penais pelas informações prestadas.

Outra exigência formal consiste na produção e publicação do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA. Com efeito, uma vez realizado o estudo de impacto ambiental, o mesmo é compilado num relatório que é parte integrante do processo, tendo como finalidade a divulgação, junto à população, dos resultados da auditoria de impacto ambiental (art. 3° da

290 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 336.

Resolução CONAMA 237/97). Nesta fase do procedimento o RIMA é publicado com o objetivo de dar ciência ao público dos efeitos do empreendimento sobre o meio ambiente e permitir a contestação dos resultados ali resumidos. Além disso, a regulamentação aqui mencionada prevê, ainda, a realização de audiências públicas, momento no qual são feitas as críticas e sugestões no sentido de levar em consideração as reivindicações da população em face de um empreendimento que pode afetar a sua qualidade de vida. Essas audiências públicas são convocadas de modo discricionário pelo órgão competente, por cinquenta cidadãos ou por requerimento do Ministério Público conforme estabelece a Resolução CONAMA n° 9, de 3 de dezembro de 1987, que regula a matéria.

Essas regras básicas acerca da forma na elaboração do estudo de impacto ambiental constituem-se em requisitos mínimos que devem ser cumpridos sob pena de nulidade, ainda que este estudo possua conteúdo científico pertinente.

B) Requisitos de fundo do estudo prévio de impacto ambiental.

Entende-se por requisitos de fundo do estudo de impacto ambiental as regras que regem o trabalho de investigação de avaliação de impacto ambiental que determinam o conteúdo material no relatório final. Esses requisitos de fundo constituem um mínimo exigido pela regulamentação vigente para controlar o trabalho da equipe técnica responsável pelo estudo de impacto ambiental. Assim sendo, o art. 5° da Resolução CONAMA n° 1/86 dispõe que o estudo de impacto ambiental deve: I - contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; II - identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III – definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza e IV – considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Resulta da determinação regulamentar aqui apresentada que o estudo de impacto ambiental deve examinar, em primeiro lugar, qual é a melhor

tecnologia disponível para se implantar o projeto de empreendimento que pretende explorar o recurso natural objeto da avaliação. No caso de implantação e funcionamento de infra-estruturas hidráulicas, deverá ser analisado se a tecnologia utilizada pelo titular do projeto atende da melhor forma possível à proteção e à conservação do recurso hídrico aproveitado, seja na geração hidrelétrica mediante barragens, seja no abastecimento de água à população ou à indústria.

Em segundo lugar, a equipe técnica deve obrigatoriamente identificar e avaliar os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e funcionamento do projeto de empreendimento. Tratando-se de infra-estruturas hidráulicas, a equipe técnica tem como principal missão a de investigar se a vazão ou o uso do recurso hídrico decorrente da exploração da atividade econômica causa danos ambientais. Com efeito, o funcionamento de qualquer infra-estrutura hidráulica pode induzir direta ou indiretamente a diminuição dos peixes, recurso econômico do qual dependem populações ribeirinhas. Outro aspecto que merece ser mencionado é o estudo necessário da alteração das características físico-químicas da água, notadamente quando a construção de uma barragem implica a submersão de área de vegetação, cuja decomposição orgânica produz a emissão de gás metano, tornado-se imprópria para o consumo humano e animal em razão deste tipo de poluição²⁹¹. Enfim, a avaliação de impacto ambiental, no caso de implantação e funcionamento de infra-estruturas hidráulicas, deve contemplar a provável alteração do ecossistema, isto é, os riscos de modificação de comportamentos no processo de procriação ou, simplesmente, a extinção de espécies em função da substituição do habitat natural pelo empreendimento.

Tendo em vista todos esses riscos para o meio ambiente, o art. 5º da Resolução CONAMA nº 1/86 impõe à equipe técnica, dentro do seu trabalho de auditoria de impacto ambiental, a definição dos limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pela obra e atividade potencialmente causadora de dano ambiental, inclusive a identificação da bacia hidrográfica na qual se localiza o empreendimento. Este trabalho de delimitação geográfico é levado em consideração os planejamentos

291 AZEVEDO, Robertson Fonseca de. "A questão legal e ambiental das barragens free the rivers and minds will follow". In *Direito Ambiental em evolução* 2. Vladimir P. Freitas (org.). Curitiba: Juruá, 2006, pp. 273-293, p. 274.

urbanos ou industriais implantados pelos governos federais, estaduais e municipais.

Tecnicamente, o trabalho de avaliação de impacto ambiental consiste, de conformidade com o art. 6º da Resolução CONAMA nº 1/86, no diagnóstico ambiental da área de influência do projeto antes da sua implantação, a completa análise dos recursos naturais e suas interações considerando o meio físico, o meio biológico e o meio sócio econômico.

Destarte, observa-se que o procedimento de licenciamento ambiental inicia-se quando o proponente do projeto manifesta a sua vontade de realizar o empreendimento e procura o órgão ambiental competente para obter a autorização de explorar determinado recurso natural. Este procedimento administrativo realiza-se com a participação de uma equipe multidisciplinar de especialistas em meio ambiente que elabora o Estudo de Impacto Ambiental que, uma vez concluído, é transformado em Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, onde deve constar um parecer favorável ou desfavorável ao projeto de empreendimento. Este RIMA é apreciado pelo órgão ambiental competente que decide sobre a viabilidade do projeto através da outorga da licença de ambiental.

No caso específico de exploração de recursos hídricos, acredita-se que a outorga do licenciamento ambiental é condição *sine qua non* para obtenção da outorga dos direitos de uso de recursos hídricos requerido pelo proponente do projeto de exploração de infra-estrutura hidráulica junto à autoridade gestora competente. Desta forma, a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos não exime o outorgado de obter o licenciamento ambiental²⁹². Apenas acrescentamos que a outorga de direitos de uso de recursos hídricos é subordinado à outorga de licenciamento ambiental que tem como objetivo fundamental o de prevenir qualquer dano ao recurso hídrico e não somente autorizar o seu uso.

292 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos Hídricos: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.65.

Conclusão.

O estudo sobre as infra-estruturas hidráulicas e a avaliação ambiental no Brasil permitiu constatar que há no ordenamento brasileiro dois instrumentos jurídicos de defesa dos recursos hídricos, a saber, o estudo de impacto ambiental e a outorga de direito de uso de recursos hídricos. Embora esses institutos almejem a mesma finalidade no que tange ao controle preventivo de danos ao meio ambiente por infra-estruturas hidráulicas, consideramos que a outorga de direitos de uso de recursos hídricos, consignado no art. 11 da Lei nº 9.433/97, constitui-se num mecanismo específico, independente do licenciamento ambiental, que tem como objetivo o controle quantitativo e qualitativo do uso da água. Contudo, este procedimento exige uma prévia avaliação do impacto ambiental que, de acordo com o dispositivo da Constituição Federal, impõe ao poder público, de defender e proteger o meio ambiente, inclusive, recorrendo ao estudo de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, IV). Neste caso, o procedimento de licenciamento ambiental deve contemplar especificamente qual é o impacto das infra-estruturas hidráulicas sobre o recurso hídrico explorado e sobre o ecossistema que depende dele. Trata-se, portanto, de dois procedimentos distintos e obrigatórios que impõem à administração pública o dever de apreciar a oportunidade e a legalidade de construção e funcionamento de infra-estruturas hidráulicas em função dos impactos prováveis sobre o meio ambiente de modo geral e sobre os recursos hídricos em particular.

Referências bibliográficas

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (Comentários à Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981). Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.
- _____. Direito Ambiental. 7ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.
- AZEVEDO, Robertson Fonseca de. “A questão legal e ambiental das barragens free the rivers and minds will follow”. In Direito Ambiental em evolução 2. Vladimir P. Freitas (org.). Curitiba: Juruá, 2006, pp. 273-293.
- CANÇADO TRINIDADE, Antônio Augusto. Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- EMBID IRUJO, Antônio. “La evolución del derecho de águas y las características de la actual problemática del agua”. In El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas e su financiación. Seminário de derecho del agua de la Universidad de Zaragoza, 1998.
- GUERRA, Sidney César Silva. Direito Internacional Ambiental. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos Hídricos: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 4ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SOARES, Guido Fernando Silva. A proteção internacional do Meio Ambiente. Barueri – SP: Manole, vol., 2, 2003.

RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DEL AGUA EN ESPAÑA

Ismael Jiménez Compaired

I. La economía de las aguas en España: cuestiones preliminares. II. Aguas continentales: sobre el uso y el consumo del agua. III. Acercamiento al régimen económico-financiero de las aguas regulado en la Ley estatal de Aguas. IV. Sistematización de los instrumentos económicos que inciden de modo inmediato en el coste del agua para usos domésticos e industriales. V. Instrumentos económicos que recaen directamente sobre los usuarios por el abastecimiento en baja del agua potable. VI. Instrumentos económicos que recaen directamente sobre los usuarios por los vertidos a las redes públicas de alcantarillado, colección de las aguas residuales y tratamiento de las mismas. VII. Problemas relativos a la asignación de la correcta categoría financiera en lo que concierne a los servicios de titularidad municipal de suministro de agua y alcantarillado y depuración. VIII. El Impuesto sobre el Valor Añadido y los servicios prestados sobre las aguas continentales. IX. Régimen económico-financiero de los flujos entre cuencas. X. La fiscalidad de las aguas litorales. Nota bibliográfica.

I. La economía de las aguas en España: cuestiones preliminares.

No es sencillo explicar la economía de las aguas en España. No lo es *en* España, mucho menos al lector extranjero. Por supuesto, no existe ningún texto único que sistematice ni siquiera refunda el estatuto económico-financiero de las aguas. La aprehensión desde una perspectiva jurídica de este sector requiere un análisis global del ordenamiento jurídico. Las aproximaciones de la doctrina científica, que suelen suplir las carencias de los textos normativos, presentan notables dificultades. Al llamado régimen económico-financiero de las aguas se han acercado más los administrativistas que los tributaristas, considerándose por estos últimos como una materia secundaria, ahogada por el vigor de los grandes impuestos y de los estudios generales sobre la aplicación de los tributos. Quizá el empuje de los estudios verticales relativos al Derecho ambiental haya dado un cierto empuje, aunque, como bien se sabe, el Derecho ambiental no tiene en España la autonomía científica que lo eleve al rango de “área de conocimiento”.

En España el tributo se define (legalmente) como el ingreso público que consiste en una prestación pecuniaria exigida por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos. La normativa general tributaria española –y la misma Constitución— reconocen tres y sólo tres categorías tributarias: tasas (por servicios y por utilización del dominio público); contribuciones especiales e impuestos. Con alguna frecuencia se utilizan las expresiones “canon” o “gravamen” encubriendo un tributo, sin que se dé una explicación satisfactoria. Lo normal es que la propia ley que emplea semejante denominación aclare que se trata de una figura tributaria con esta o aquella naturaleza. Aunque también hay casos en los que la ley se abstiene de cualquier indicación. En el sector hídrico lo normal es lo anormal.

Para situar las figuras a las que me iré refiriendo a lo largo de este trabajo ha de aclararse la capacidad tributaria de las Administraciones públicas españolas. A tal fin ha de partirse de lo que dice la Constitución Española en su artículo 133: la potestad originaria para establecer los tributos

corresponde exclusivamente al Estado. Pero a continuación advierte que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes. Esta última referencia a “las leyes” nos permite suponer que ciertas “leyes” (ya que la Constitución no se encarga directamente de ello) delimitarán esa capacidad tributaria. Esas “leyes” son “leyes” aprobadas por las Cortes Generales del Estado. Este artículo 133 es el precepto clave para determinar el reparto de la capacidad tributaria de las entidades territoriales distintas del Estado: las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, entre las cuales la Constitución menciona los Ayuntamientos y las Provincias. Aunque la Carta Magna no diga nada al respecto, la Ley General Tributaria, siguiendo lo que venía siendo tradición, señala que las demás entidades de Derecho público podrán exigir tributos cuando una ley así lo determine. Siempre se ha vinculado un precepto así a las administraciones institucional y corporativa: ello va a ser esencial en lo que concierne a la fiscalidad de las aguas.

En suma, en pura teoría, todas las entidades territoriales en que se vertebraba el Reino de España tienen capacidad tributaria, bien es cierto que la que se presume al Estado-Administración central parece dotada de un rango superior. Las decisiones fiscales que pueda tomar cada nivel de gobierno serán dependientes de la delimitación final de esa capacidad, que sólo queda perfeccionada una vez que se conozca el contenido de esas “leyes” a que se refería el artículo 133 de la Constitución.

Para adentrarnos en las características de la fiscalidad sobre las aguas distinguiremos el tratamiento que reciben las aguas continentales y el tratamiento que reciben las aguas litorales. La mayor parte del estudio se refiere a las aguas continentales, reservando el último apartado a la economía de las aguas litorales.

II. Aguas continentales: sobre el uso y el consumo del agua.

Se dice no sin razón que en España el agua no tiene precio, dado que su utilización está sujeta al interés general, siendo su consumo gratuito. Sin perjuicio de esa consideración, los que sí han tenido precio en nuestra cultura han sido los servicios propios del ciclo del agua. Asimismo, han

tratado de internalizarse mediante precio los costes producidos por la degradación del medio hídrico ocasionados por ese uso.

Dado que el usuario del agua se ha encontrado con que el proveedor de esos servicios es, de manera directa o indirecta, una autoridad, hablar de precios es, en suma, hablar de fiscalidad.

Sería inadmisibles un régimen tarifario que permitiese despilfarro y, por ende, desarrollo insostenible: sin un sistema de recuperación de costes no se puede realizar una política del agua que permita colectivamente la disponibilidad y la calidad del agua.

Claro que esta última situación no podría ser fruto legítimo de la política hídrica nacional, dado que la gestión de los recursos hídricos en la Europa de los veintisiete no permite más resultados que los buscados por la Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. En efecto, el artículo 9 de la Directiva previene que los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado, y en particular de conformidad con el principio de que quien contamina paga. Advierte la Directiva que los Estados miembros garantizarán, a más tardar en 2010 que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales marcados por la Unión Europea. Asimismo, una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el referido análisis económico y teniendo en cuenta el principio de que quien contamina paga.

Evito la reseña de más apartados de aquel artículo de la Directiva. La transposición de la misma a nuestro ordenamiento se ha efectuado mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2004²⁹³, agotando España el plazo para ello. Se modifican unos treinta artículos del Texto Refun-

293 Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) núm. 313, de 31.

dido de la Ley estatal de Aguas²⁹⁴. La afección de la reforma al régimen económico-financiero se traduce en la incorporación de un artículo 111bis al Título VI del referido Texto Refundido, retocado en algunos aspectos por la Ley 11/2005, de 22 de junio²⁹⁵. Dice este artículo que las Administraciones públicas competentes tendrán en cuenta el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con la gestión de las aguas, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en función de las proyecciones a largo plazo de su oferta y demanda. La aplicación de ese principio —sigue diciendo la Ley— deberá hacerse de manera que incentive el uso eficiente del agua y, por tanto, contribuya a los objetivos medioambientales perseguidos. Asimismo —continúa—, su aplicación deberá realizarse con una contribución adecuada de los diversos usos, de acuerdo con el principio del que contamina paga, y considerando al menos los usos de abastecimiento, agricultura e industria. Todo ello con aplicación de criterios de transparencia. A tal fin la Administración con competencias en materia de suministro de agua establecerá las estructuras tarifarias por tramos de consumo, con la finalidad de atender las necesidades básicas a un precio asequible y desincentivar los consumos excesivos. La disposición adicional 11.^a del Texto Refundido prevé que la política de incentivos para el uso eficiente del agua, así como la contribución económica adecuada de los distintos usos, deberá ser efectiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 2010.

Se percibe con ello una de las poderosas dificultades para la fijación de un sistema ordenado de precios del agua: “las Administraciones” son “*todas las Administraciones*”. La participación de todas ellas en el ciclo integral del agua ha llevado a un sistema en el que no se puede conocer el precio que un usuario paga por los servicios relacionados con el agua sin dibujar las decisiones fiscales tomadas por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales. Con ánimo —se supone— de frenar un indeseable descontrol en la aplicación de este principio de recuperación de costes dice la Ley que las Administraciones establecerán los oportunos mecanismos compensatorios para evitar la duplicidad en la recuperación de costes de los servicios relacionados con la gestión del agua.

294 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (BOE núm. 176, de 24).

295 BOE núm. 149, de 23.

Lo que por el momento no se ha modificado un ápice es el régimen económico-financiero hídrico estatal previsto en los artículos 112 a 115 del Texto Refundido.

III. Acercamiento al régimen económico-financiero de las aguas regulado en la Ley estatal de Aguas.

El Texto Refundido de la Ley de Aguas es la norma esencial para articular el Derecho de aguas en España. En cuanto a lo económico-financiero contiene un conjunto de figuras tributarias de presupuesto variado adscritas a las Administraciones hídricas (organismos de cuenca que en el ámbito estatal reciben ordinariamente la denominación de Confederaciones Hidrográficas) y teniendo en cuenta las competencias que se le reservan al Estado. Bien es cierto que, cuando se trata de cuencas intracomunitarias o internas, las respectivas Comunidades Autónomas han podido modificar el planteamiento inicial de este régimen económico-financiero.

El caso es que son tres las modalidades que recoge el Texto Refundido: un canon por la ocupación del dominio público; un canon de vertidos; y un llamado “canon de regulación y tarifa de utilización” del agua. Aparecen, respectivamente, en los artículos 112 a 114 de la Ley y cuentan con un notable desarrollo reglamentario (Reglamento de Dominio Hidráulico²⁹⁶), dadas las carencias de la regulación de rango legal.

Veamos con más detalle en qué consisten estas figuras.

Primero, un canon por la ocupación que grava el uso o aprovechamiento de aquella parte del dominio hidráulico que no tiene la consideración de recurso hídrico. Tiene por lo tanto la naturaleza de tasa por la utilización del dominio público. Es un tributo anual en el que será sujeto pasivo el titular de la autorización o concesión. La cuota se determinará aplicando sobre una base imponible conformada por el valor del terreno ocupado un tipo de gravamen del 5 por 100 o del 100 por 100 en función de que se trate de un uso especial o de un aprovechamiento privativo.

Segundo, un canon de vertidos que busca retribuir la actividad de control administrativo de los vertidos y las actuaciones de protección y mejora

296 Real Decreto 849/1986, de 11 de abril (BOE de 30).

de los cauces. Se califica de modo expreso como tasa y parece una tasa por ocupación del espacio hídrico. De esta manera se gravan todos los vertidos y no sólo los autorizados, siendo contribuyentes los que lleven a cabo los vertidos. Es un tributo de cuota, siendo la cuota individual a pagar el resultado de aplicar sobre la base imponible (digamos que sería el volumen del vertido) un tipo específico que arranca de un importe básico afectado por coeficientes de mayoración o minoración en función de las características y grado de contaminación del vertido, así como de la calidad ambiental del medio al que se vierte. El canon se devenga con carácter general el día 31 de diciembre, siendo el período impositivo el año natural.

Y, en tercer lugar, un llamado “canon de regulación y tarifa de utilización” que perseguiría de inicio la recuperación del coste de las infraestructuras, de regulación (embalses) o no (por ejemplo, canalizaciones), respectivamente. Parecería por ello que estuviéramos ante una prestación en la que predominase su condición de contribución especial. Las explicaciones dogmáticas insisten en que, en realidad, estamos ante dos tributos distintos. Es una figura periódica (anual) en la que los contribuyentes son los beneficiados, como se ha dicho, por las obras de regulación u otras obras hidráulicas. Se trata de tributos de cupo en los que se repartirá entre todos los contribuyentes el total previsto de gasto de funcionamiento y conservación de las obras realizadas; los gastos de administración del organismo gestor imputables a dichas obras; y el 4 por 100 de las inversiones realizadas por el Estado, debidamente actualizado, teniendo en cuenta la amortización técnica de las obras e instalaciones y la depreciación de la moneda. El reparto individual se realizará con arreglo a criterios de racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de obligaciones y autofinanciación del servicio, a la vista de lo que luego precisa el Reglamento.

Si alguna conclusión puede extraerse de los contenidos de estas tres figuras es su insuficiencia para componer un régimen económico-financiero del agua. Los objetos gravados por ellas son los que son, tienen todos ellos un perfil digamos que elitista o mayorista, en cuanto se dirigen a Administraciones públicas, a grandes operadores económicos o a colectivos de usuarios, ya que son estos los concesionarios de usos de agua o los que vierten directamente al medio líquido; por lo tanto, poco ilustran al contribuyente medio acerca de la fiscalidad que recaerá sobre su persona.

El usuario doméstico o industrial se verá afectado (mucho más) por los instrumentos económico-financieros fijados por las Corporaciones locales y por las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que los costes de estas figuras contenidas en la Ley de Aguas se les repercute a través de los correspondientes instrumentos locales o autonómicos²⁹⁷. De modo similar el usuario agrícola se verá afectado por el reparto que efectúe el colectivo en el que se halle asociado. El propio Texto Refundido advierte que el pago de las exacciones previstas en la presente Ley, cuando los obligados a ello estén agrupados en una Comunidad de usuarios u organización representativa de los mismos, se podrá realizar a través de tales comunidades o entidades, que quedan facultadas a tal fin para llevar a cabo la recaudación correspondiente, en los términos que se establezcan reglamentariamente. Y, aun con todo, se considera en general que los recursos que proporcionan estas figuras previstas en la Ley de Aguas son muy insuficientes en orden a los fines perseguidos. El usuario doméstico e industrial también se verá afectado por instrumentos estatales de orden común: en general, las operaciones que tengan la consideración de entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en un ámbito empresarial estarían sometidas al impuesto general sobre el consumo (Impuesto sobre el Valor Añadido, en adelante IVA). El usuario agrícola, en cambio, incluso se evade del IVA, dado que no están sujetas al impuesto las operaciones realizadas por las comunidades de regantes para la ordenación y aprovechamiento de las aguas.

IV. Sistematización de los instrumentos económicos que inciden de modo inmediato en el coste del agua para usos domésticos e industriales.

Es imprescindible conocer los demás instrumentos económicos que inciden de modo inmediato en el coste del agua para los usuarios medios en España y, en particular, los tributarios. Y no se hace fácil ordenar y

297 En efecto, los cánones estatales recaen sobre distribuidores mayoristas del agua o sobre focos emisores del vertido relevantes. En tal situación, esos instrumentos son costes que, en su caso, derivarán a los usuarios domésticos a través de los que directamente compondrán el recibo del agua.

sistematizar el conjunto. Me centraré en los usos domésticos e industriales, dejando al margen los usos agrícolas, en los que, primero, la economía de la actividad se aleja del régimen general, configurándose mecanismos casi autogestionarios; y, segundo, ni siquiera las figuras más avanzadas (tributos ambientales de las Comunidades Autónomas) penetran en el sector. El sector primario español y europeo, por razones que no viene al caso comentar, mantiene fuertes dosis de excepcionalidad respecto de las reglas que afectan a los demás operadores económicos.

El artículo 111 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas, tal y como he dicho, fija los principios del régimen económico-financiero del agua en España, pero lo hace sin retocar siquiera los instrumentos contenidos en el propio Texto Refundido. Y mucho podría discutirse acerca de la observancia por estas figuras de los principios que de manera sobrevenida les anteceden.

Los instrumentos económico-financieros hídricos son de la titularidad de todas las Administraciones: la estatal, la autonómica y la local. Claro que la ordenación que requeriría la amalgama de figuras no puede contraerse a un estudio vertical: en una misma Administración podemos hallar varios instrumentos, en función del propio ciclo hídrico o a veces en función de las manifestaciones de riqueza vinculadas al uso y consumo del agua.

Este producto cartesiano nos sitúa ante un mosaico de figuras, muchas veces de pobre factura y escasas pretensiones. El futuro nos podría traer una intensa reordenación del sector; de lege ferenda, esa reordenación podría condensarse en un único impuesto especial sobre el uso y consumo del agua, una figura sólida y de altas pretensiones recaudatorias que mejorase la situación actual en lo material y en lo formal. Aunque no parece que los proyectos avancen sobre esa idea.

Hoy por hoy, España tiene lo que tiene. Explicar con brevedad el panorama de los regímenes económico-financieros hídricos en España es difícil, aunque no voy a dejar de intentarlo. Para un estudio reposado del sector recomiendo la consulta de la todavía reciente monografía del profesor Pagés i Galtés, *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*, publicada en la editorial Marcial Pons en el año 2005.

En el ámbito local, los impuestos que las Corporaciones locales pueden exigir no afectan inmediatamente al sector hídrico, aunque sí pueden hacerlo de manera indirecta. El régimen económico-financiero se centra

pues en el gravamen retributivo de las actividades administrativas o de los servicios públicos de competencia local vinculados al ciclo del agua o, en su caso, de la ocupación del dominio público local.

Habida cuenta de que las Corporaciones locales ostentan competencias en el suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, los instrumentos económicos giran alrededor de todo el ciclo hídrico. Son los Ayuntamientos en la generalidad de los casos los titulares de los servicios públicos de suministro de agua y alcantarillado. Ocasionalmente prestan también el servicio de depuración de las aguas residuales. La prestación directa del servicio conlleva en la inmensa mayoría de los casos la imposición de tasas para sostenerlo. Con frecuencia, el servicio se presta por alguno de los modos de gestión indirecta previstos en la normativa de régimen local, como la concesión del servicio a una empresa privada. Aunque no siempre es así y la remuneración de la empresa concesionaria del servicio puede determinarse mediante otras vías, muchas veces la Corporación fija los precios sometidos al Derecho privado que los usuarios abonarán a la empresa. Finalmente, he de hacer constar que todos o algunos de estos servicios pueden quedar en manos de entidades locales supramunicipales que, incluso, pueden constituirse de manera específica para la prestación de estos servicios. Dichas entidades también tienen capacidad para imponer tasas, aunque a menudo presten el servicio a través de una concesión y se limiten a fijar los precios que percibirán las empresas de los usuarios.

De otra parte, las obras correspondientes a las redes de abastecimiento, colección o saneamiento pueden ser financiadas mediante contribuciones especiales.

Los instrumentos económicos de ámbito estatal no se contraen a los previstos en la Ley de Aguas, a los que ya me he referido y de los que ya he explicado a qué sujetos afectan. En general, las operaciones que tengan la consideración de entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en un ámbito empresarial estarían sometidas al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Y, finalmente, resta por centrar la cuestión en lo que se refiere al ámbito regional. Como hemos visto, el régimen económico-financiero se encuentra muy ligado a las competencias que ostenta cada nivel de Administración y, en consecuencia, a las actividades que realiza y a los

servicios que presta. Con carácter general, la jurisdicción sobre las cuencas se hace dependiente de la misma geografía de la cuenca y eso tiene una influencia sobre el régimen económico-financiero que ya se ha comentado. Aparte de ello, las Comunidades Autónomas se han responsabilizado de la ejecución de las políticas de depuración de las aguas residuales impulsadas desde la Unión Europea. Aunque ocasionalmente han implantado tasas que persigan el sostenimiento de la actividad, se ha extendido una figura de naturaleza impositiva y perfil medioambiental, cuyo producto se afecta a estos programas, que, de manera uniforme, se ha denominado “canon de saneamiento”. Ciertamente es que alguna Comunidad Autónoma ha impulsado reformas en la factura de estas exacciones que permite pensar en impuestos hídricos de segunda generación.

Continuado con la fijación del marco económico-financiero hídrico, a partir de ahora extenderé la explicación realizada en relación con estos tres instrumentos: primero, los que recaen directamente sobre los usuarios domésticos e industriales por el abastecimiento en baja del agua potable; segundo, los que recaen directamente sobre los usuarios domésticos e industriales por el vertido y ulterior tratamiento del agua residual; y, tercero, el Impuesto sobre el Valor Añadido. Cómo lo perciban los usuarios será dependiente de las fórmulas utilizadas en cada jurisdicción, lo que es correcto, ya que tienen competencia para la ejecutar la diversificación. Para ilustrarlo, sirva este ejemplo con cuatro situaciones distintas con el que podemos ir familiarizándonos con los instrumentos que se irán detallando en las siguientes páginas.

Una gran ciudad: Barcelona (empresa suministradora AGBAR)	Un municipio cualquiera de la Comunidad de Ma- drid (Organismo Autónomo Canal de Isabel II)	Una ciudad media: Zaragoza (los ser- vicios los presta direc- tamente el Ayunta- miento)	Un pueblo, Alcañiz, Teruel (los servicios los presta directamen- te el Ayuntamiento)
Tarifa de cuota de servicio más IVA	Tarifa del servicio de aducción (fija y variable) más IVA	Tasa por suministro de agua (cuota de servicio), más IVA	Tasa por distribución de agua (cuota fija) más IVA
Tarifa de consumo por tramos más IVA	Tarifa del servicio de distribución (fija y variable) más IVA	Tasa por suministro de agua (cuota por consumo), más IVA	Tasa por distribución de agua (cuota por consumos) más IVA
Canon del Agua más IVA	Tarifa del servicio de alcantarillado (fija y variable) más IVA	Tasa de saneamiento (cuota de servicio)	Tasa de alcantarillado
Tasa de alcantarillado	Tarifa del servicio de saneamiento (fija y variable) más IVA	Tasa de saneamiento (cuota por consumo)	Canon de saneamiento
Tasa metropolitana de tratamiento de residuos munici- pales	Tarifa del servicio de agua reutiliza- ble, regeneración y transporte, (fija y variable) más IVA		

Como se ve, comienzo a ilustrar la exposición con referencias a las decisiones tomadas por entidades infraestatales (Comunidades Autónomas y Ayuntamientos). Tampoco evitaré la cita de asuntos planteados ante los tribunales.

V. Instrumentos económicos que recaen directamente sobre los usuarios por el abastecimiento en baja del agua potable.

El Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales²⁹⁸ (en adelante, TRLHL) señala que las Corporaciones locales podrán establecer tasas por la distribución de agua, incluidos los derechos de enganche de líneas y utilización de contadores e instalaciones análogas cuando tales servicios o suministros sean prestados por Entidades Locales. Las tasas están conviviendo con prestaciones de naturaleza jurídico privada en muchas situaciones en las que la Corporación local ha concedido a una empresa la gestión del servicio. Sobre las particularidades y también la legalidad de esta circunstancia me remito a lo que señalaré *infra*, quedándome ahora cerca de algunas cuestiones materiales que pueden considerarse comunes a cualesquiera instrumentos empleados.

A) Sobre la cuantificación

Dejando al margen otros temas, me centraré en la cuantificación de estos instrumentos y en lo que se refiere a los usuarios domésticos e industriales. El artículo 111 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas previene que la necesaria recuperación de costes deberá realizarse con una contribución adecuada de los diversos usos, de acuerdo con el principio del que contamina paga, y considerando al menos los usos de abastecimiento, agricultura e industria. La inmensa mayoría de las estructuras tarifarias descansan en una adecuada separación entre el importe que deben soportar los usos domésticos y los usos industriales.

La misma admitiría muchas fórmulas, como se pone de manifiesto con un simple muestreo, y en el caso de que se trate de tasas siempre dentro del margen que permite la recuperación del coste del servicio. Es muy frecuente fijar por separado la cuota correspondiente a los diversos conceptos: cuota de enganche, cuota de suministro, cuota de servicio, cuota de conservación del contador... Los conceptos que aparecen, diferentes del servicio ordinario, suelen girarse de modo ocasional. En cuanto al servicio ordinario, generalmente no se hace distinción entre la parte que viene a sostener los costes de aducción y los costes de distribución en sentido estricto encauzándose todo hacia un genérico “abastecimiento”

²⁹⁸ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE núm. 63, de 13).

o “suministro”. Sí se hace en el ámbito de la Comunidad Madrid, en el que se desglosa la tarifa de aducción y la de distribución²⁹⁹.

Claro que, como se puede deducir de alguna jurisprudencia, no cualquier fórmula superaría los cánones mínimos de legalidad. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Aragón de 21 febrero de 2001³⁰⁰ se refiere a una Ordenanza Fiscal³⁰¹ que distingue en el hecho imponible la prestación del servicio de agua potable y los derechos de enganche, no obstante lo cual considera como sujeto pasivo único al solicitante del enganche y no al usuario del servicio, esto es, estableciendo una tarifa única por pluma de agua a abonar mediante liquidación única. En suma, que nada se liquidaba por el consumo. Habiendo reconocido el Ayuntamiento que con el importe recaudado por los derechos de acometida se pretendía sufragar todo el coste del servicio de abastecimiento, el TSJ anula la Ordenanza en lo que a la cuantía de la prestación se refiere, por aplicación de la ecuación entre el coste de los servicios y el rendimiento esperado.

De otra parte, la persistencia hoy en día de sistemas tarifarios que no tengan en cuenta el consumo se coordina mal con los principios contenidos en el artículo 111bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas, preocupado porque estas estructuras se apliquen “*de manera que incentive el uso eficiente del agua*” y desincentive los consumos excesivos. Las tarifas a tanto alzado han sido muy frecuentes y, además, han contado con un respaldo jurisprudencial que debería ser replanteado (cfr. por ejemplo, la sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de abril de 2003³⁰²) de manera ineludible cuando llegue el horizonte de 2011.

Por eso quiero ver en el contenido de la sentencia del TSJ de Aragón que reseñé *supra* una suerte de avanzada jurisprudencial. Ahora bien, los

299 Cfr. Decreto del Gobierno de Madrid 130/2005, de 22 de diciembre (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, en adelante BOCM, núm. 305, de 23 de diciembre).

300 Jurisprudencia Tributaria (en adelante JT) 1797. La referencia Jurisprudencia Tributaria corresponde tanto a la revista de tal nombre publicada por la editorial Thomson-Aranzadi, como a la base de datos westlaw, www.westlaw.es, lugar habitual de cita jurisprudencial en España. Los Tribunales Superiores de Justicia son órganos judiciales cuya planta coincide con la de las Comunidades Autónomas, aunque algunos cuentan con salas en más de una sede.

301 Así se denominan en España los instrumentos normativos de rango reglamentario a través de los cuáles toman sus decisiones fiscales las Corporaciones locales.

302 JUR 2004\34193. La referencia “JUR” es otra de las referencias jurisprudenciales utilizadas en la base de datos westlaw.

referidos principios que persiguen eficiencia en el consumo en absoluto deben llevarnos al extremo contrario, como a veces se ha pretendido, en el sentido de considerar improcedente que exista una cuota fija además de la cuota resultante del consumo. Son decenas las sentencias que no se plantean ningún problema al respecto (cfr. por ejemplo, las sentencias del TSJ de Cantabria de 10 de octubre de 2000³⁰³ o las sentencias del TSJ de Asturias de 26 de julio de 2001³⁰⁴ y 12 de enero de 2006³⁰⁵). En esta idea son abundantes las sentencias que desestiman las impugnaciones realizadas por usuarios que no utilizan materialmente en toda época el servicio, llegando incluso a presentar consumos inexistentes en algún período impositivo. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2002³⁰⁶ y de 10 julio de 2004³⁰⁷, recaídas en recursos de casación interpuestos por empresas del sector turístico que realizan su actividad en temporada. Ha dicho el Alto Tribunal que no cabe equiparar el no consumo de agua durante cierto lapso de tiempo con la no prestación, durante el mismo, del servicio público de su suministro y, además, que un sistema de mínimos responde a la obvia razón de que la prestación del servicio se mantiene y sus costes no se anudan tanto al producto suministrado, el agua, como al establecimiento y mantenimiento del sistema y red de suministro, por cuya disponibilidad es equitativo satisfacer una cierta cantidad que dé derecho a un determinado volumen de consumo.

Nótese que la cuota fija a veces varía. Es muy frecuente que lo haga en función del calibre de las conducciones. Pero a veces se introducen otras consideraciones, como por ejemplo, encarecer la cuota por usuario cuando una comunidad de propietarios no dispone de contadores individuales, con la finalidad de desincentivar una práctica que, se considera, puede llevar al despilfarro del agua. No obstante el alineamiento de una medida así con los principios que ahora se recogen en el Texto Refundido de la

303 JT 1278.

304 JUR 2001\262298.

305 JUR 2006\54904.

306 Repertorio de Jurisprudencia (en adelante, RJ) 2003, 166. La referencia Repertorio de Jurisprudencia corresponde de nuevo tanto a la revista de tal nombre publicada por la editorial Thomson-Aranzadi, como a la base de datos westlaw, www.westlaw.es. El Tribunal Supremo representa la cúspide judicial ordinaria en España.

307 RJ 2004\6507.

Ley de Aguas, el TSJ de Extremadura anuló un planteamiento semejante, sobre la tesis de que el Ayuntamiento no puede justificar esta decisión en los supuestos problemas de las comunidades de propietarios puedan tener para cobrar los recibos de agua por el impago de alguno de los vecinos (sentencia de 6 de mayo de 2004³⁰⁸).

El respeto a los principios contenidos en el Texto Refundido de la Ley de Aguas exigirá pues incorporar el volumen de consumo al importe de la prestación. Lo que necesariamente precisa de instrumentos adecuados de medida a los que ya se ha hecho referencia de manera tangencial (los contadores). En su caso, la normativa sectorial o tributaria correspondiente deberá buscar fórmulas para cuantificar el consumo en defecto de contador o ante la imposibilidad de su lectura.

Las tarifas que se fijan en función del consumo son simplemente proporcionales al consumo o, lo más normal, progresivas o discriminatorias, elevando el importe a partir de un volumen de consumo. Dice el artículo 111 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas que, atendiendo a diversas finalidades (como desincentivar consumos excesivos) “*la Administración con competencias en materia de suministro de agua establecerá las estructuras tarifarias por tramos de consumo*”. La claridad del precepto es meridiana y ello permitirá dudar del respeto a la legalidad de las estructuras tarifarias simplemente proporcionales. El planteamiento legal es sostén suficiente para rechazar argumentaciones que consideran sancionadores los consumos marginales (cfr. la demanda presentada en el caso resuelto por la sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 30 de enero de 2004³⁰⁹).

Con alguna frecuencia se discrimina a los usuarios en función del lugar de residencia. Esta es una cuestión que se podría abordar al considerar criterios sociales en la fijación de las tarifas (a los que me refiero en particular más abajo), pero no tiene por qué ser así, y me explico. La discriminación de tarifas obedece en ocasiones al mayor coste que le supone a la Administración con competencias el abastecimiento a determinadas zonas o núcleos de su término jurisdiccional. Este asunto se ha llevado ocasionalmente ante los tribunales. Es el caso de la sentencia del TSJ de

308 JUR 2004\205374.

309 JUR 2004\44806.

Castilla y León, Burgos, de 27 mayo de 2005³¹⁰. La sala de Burgos ha señalado que la obligación de los municipios de prestar a sus vecinos en condiciones de igualdad los servicios municipales mínimos, con independencia del núcleo en que residan, no supone que todos los vecinos del municipio estén obligados a costear mediante una tarifa unitaria los servicios de abastecimiento de agua al margen del coste efectivo del servicio que efectivamente reciben. Se trataba de un municipio que contaba con poblaciones dispersas a las que se presta el servicio de abastecimiento de agua y saneamiento mediante instalaciones individualizadas para cada localidad. Según el tribunal no resulta discriminatoria la aplicación de una tarifa específica en función del coste del servicio que reciben los vecinos de cada una de las localidades.

También quería dejar constancia de que en determinados ámbitos en los que las estructuras tarifarias se encuentran muy avanzadas (Barcelona), se prevé que el usuario pueda escoger entre más de un sistema de cálculo del precio, dado que se le ofrecen varios que se adaptan mejor a los intereses de unos y de otros en función de las características de su vivienda y de los hábitos de consumo³¹¹.

Una última consideración que prefiero realizar ya, aunque lo que voy a señalar se suele predicar del conjunto de prestaciones que abona el usuario por el ciclo del agua y no sólo del instrumento que sostiene la distribución. En la línea prevista por la Directiva Marco y por el Texto Refundido de la Ley de Aguas, algunos Ayuntamientos prevén fórmulas para incentivar el ahorro de agua que van más allá de lo expuesto (tramos de gravamen). En el ámbito de la Comunidad de Madrid, por ejemplo, se prevé una bonificación “por ahorro de consumo” en el caso de que el consumo, comparado con el año precedente, haya disminuido. Se trata de una bonificación del 10 por 100 del importe del ahorro realizado en la parte variable de la tarifa de los servicios de aducción, distribución, alcantarillado y depuración. Por su parte, el Ayuntamiento de Zaragoza prevé la aplicación de un coeficiente multiplicador del 0,90 sobre la cuota

310 JT 1585.

311 Puede consultarse <http://www.aiguesdebarcelona.es/home.asp>.

bruta cuando el consumo haya experimentado una disminución mínima del 10 por 100, comparando los dos años anteriores³¹².

B) En particular, la aplicación de criterios sociales en la fijación de las prestaciones para usuarios domésticos

Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Así se expresa el artículo 31.1 de nuestra Carta Magna para explicar las ideas constitucionales acerca del reparto de la carga tributaria. Sigue con ello lo que ha sido y es básico en la cultura fiscal española y de los países de nuestro entorno: la contribución según la capacidad de pago de los individuos.

Cierto es que el papel que desempeña el principio de capacidad económica como presupuesto informador del sistema tributario español debe modularse en tanto en cuanto el sostenimiento de ciertas actividades públicas se realiza en función del beneficio que dicha actividad le reporta a cada individuo o de los costes que les provoca a las autoridades. Se habla entonces de los principios del beneficio y del principio de cobertura o provocación de costes, asociados en particular a tributos de carácter retributivo como las tasas. Y también se han ensayado y puesto en funcionamiento otros criterios informadores de la capacidad de cada uno para contribuir, en particular por referencia a la degradación ambiental causada.

Las tasas por suministro de agua o instrumentos equivalentes están informados más por el principio de cobertura de costes que por el principio de capacidad económica. Todas las Leyes españolas que regulan las tasas por realización de actividades administrativas o prestación de servicios prevén que tiendan a cubrir el coste del servicio o actividad que constituya su hecho imponible o, dicho con otras palabras, que el importe de dichas tasas no exceda, considerándolas en su conjunto, el coste de la actividad o el servicio. No resulta extravagante que, a pesar de que los principios clásicos de justicia tributaria se prediquen de la totalidad del sistema tributario, el Tribunal Constitucional haya advertido que el principio de capacidad económica no opera como elemento configurador en las tasas

312 Las referencias a los Ayuntamientos que se vayan realizando se extraen de la información obtenida a través de sus sitios web oficiales.

o, si lo hace, es de manera muy indirecta o remota³¹³. En cualquier caso, el TRLHL previene que “*para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas*”. Claro que el carácter meramente indicativo de estos preceptos nos podría llevar a la tesis que se ha mantenido desde la jurisprudencia: la introducción de criterios sociales o de capacidad económica en las tasas no es una obligación para quien haya de imponerlas y ordenarlas, pero sí una posibilidad.

No es este momento ni lugar para explicar las diferentes tesis que tratan de explicar las complejas relaciones entre el principio retributivo y el principio de capacidad económica en las tasas. La literatura más reciente, sin dejar de recalcar la función al menos complementaria que ha de jugar el principio de capacidad económica, ha buscado nuevas perspectivas. Lago Montero y Guervós Maíllo y, posteriormente, Gil Rodríguez explican con acierto que en realidad hemos de distinguir de las tasas por la prestación de servicios públicos esenciales las tasas por utilización del dominio público y las tasas por la prestación de otros servicios públicos. En realidad —señalan— sólo en las prestaciones exigidas por la prestación de servicios públicos esenciales es constatable que quien recibe el servicio no manifiesta una capacidad económica gravable. En definitiva, al no poder prescindir de su consumo, la recepción del servicio por el usuario no refleja su capacidad de gasto y, por tanto, su capacidad económica³¹⁴. Dicen Lago y Guervós que en las tasas por la prestación de servicios esenciales en las que sea poco visible la recepción del principio de capacidad económica en el hecho imponible, debe acogerse este principio a través de tarifas graduadas, moduladas mediante exenciones o bonificaciones para acomodarlas a la capacidad económica previa o genérica de los usuarios.

A la vista de todo ello, aunque pueda convenirse que la introducción de criterios sociales en la imposición de tasas no es exigencia del artículo 31 de la Constitución Española, el derecho de los ciudadanos a la recepción de ciertos servicios públicos esenciales sí debe ser condicionante de la integración de criterios sociales en las exacciones que los retribuyen.

313 Sentencia 296/1994, de 10 de noviembre.

314 LAGO MONTERO, J.M. Y GUERVÓS MAÍLLO, M.A.: Tasas locales: cuantía, Marcial Pons, 2004; GIL RODRÍGUEZ, I.: «Legalidad, equivalencia de costes y capacidad económica en las tasas», *Tributos Locales*, núm. 50 (2005), pág. 13-52.

Pudiendo someter a tributación la prestación de servicios esenciales, la garantía de que todos los ciudadanos puedan recibirlos en igualdad de condiciones exige que se introduzcan medidas sociales en las disposiciones reguladoras de los instrumentos económicos correspondientes. Está claro que los servicios cuya retribución incide en el precio final del agua para usos domésticos son esenciales. La naturaleza de las exacciones que se giren por estos servicios es pues propicia a que se *puedan* introducir criterios sociales a la hora de cuantificar la prestación.

Al margen de una declaración programática como la que acabo de formular, los planteamientos sociales en estos instrumentos económicos pueden engancharse al Derecho positivo. En efecto, la Directiva Marco de Agua señala en su artículo 9 que, al aplicar los Estados miembros el principio de recuperación de costes, podrán tener en cuenta los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas. En parecidos términos se pronuncia el artículo que pretende ser la transposición al ordenamiento español de aquellas bases: para la aplicación del principio de recuperación de costes se tendrán en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio, siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos ambientales establecidos. E incluso alguna ley autonómica que pretende enmarcar los regímenes económico-financieros de la prestación de servicios de competencia local entra en la cuestión. Es el caso de la Ley de Castilla-La Mancha reguladora del ciclo integral del agua³¹⁵, que, en su artículo 38, previene que los precios y tasas que aprueben las Administraciones locales para la financiación de los costes económicos del servicio de abastecimiento de agua y de saneamiento y depuración de aguas residuales podrán diversificarse en función de los diferentes usos del agua, señalando asimismo que los precios y tarifas que sean aprobados para financiar los costes de la prestación del servicio de abastecimiento en relación con los usuarios domésticos podrán incorporar coeficientes correctores en función del número de miembros de la unidad familiar.

315 Ley de Castilla-La Mancha 12/2002, de 27 junio (Diario Oficial de Castilla-La Mancha, en adelante, DOCM núm. 83, de 8 de julio).

Más rotundamente, la Ley de la Asamblea de Madrid 17/1984³¹⁶, previene en su artículo 11 que las tarifas de abastecimiento de agua y saneamiento comprenderán todos los gastos que origine la prestación de los servicios y se inspirarán en los principios de unidad, igualdad, progresividad y suficiencia. Habida cuenta de las características especiales que presenta la organización de la intervención administrativa en el ciclo hídrico en esta Comunidad —girando todo él alrededor de la entidad Canal de Isabel II—, las previsiones sociales contenidas en los reglamentos de desarrollo de la referida Ley que fijan tarifas máximas tienen una proyección mucho mayor, al afectar a la totalidad de los municipios de la región. En cierto sentido es lo que sucede con los instrumentos normativos supramunicipales que enmarcan las tarifas del ciclo del agua en el Área de Barcelona.

Pues bien, es relativamente normal incorporar algún criterio social a las fórmulas de cuantificación, en las o en la parte de las que afectan a los servicios de suministro de agua potable. Es cierto que en algunos casos todo se reduce a la distinción entre usos del agua (domésticos e industriales) y, en su caso, a la fijación de un tramo de consumo básico a un menor precio como garantía del acceso al agua. Respecto de los usos industriales tiende a evitarse cualquier subjetivización. Incluso en alguna Ordenanza se aprecia cómo dentro de los se consideran usos domésticos se reserva un mejor trato para los que son estrictamente de vivienda.

Algunos aspectos de las tarifas varían según el tipo de vivienda, lo que en cierto modo puede contener criterios sociales.

Sí puede enmarcarse en pretensiones de carácter social la fórmula que utiliza el Ayuntamiento de Zaragoza y que consiste en graduar el importe de las cuotas fijas en función de la categoría de la calle donde se halla el inmueble. De todas formas, no deja de ser una manera tosca de discriminar en función de una discutible mayor capacidad económica del usuario que se les presume a quienes residen en ciertos lugares. Y el propio Ayuntamiento tiene el propósito de ir minimizando este criterio hasta agotarlo a medio plazo.

Es frecuente hallar algún tipo de discriminación en relación con las prestaciones que corresponden a las que son residencia habitual del usuario, bien porque se fijen cuotas menores, bien porque beneficios por razones sociales como los que veremos *infra* se contraigan a estas residencias.

316 Ley de Madrid 17/1984, de 20 de diciembre (BOCM, núm. 311, de 31 de diciembre).

Pero los criterios sociales se canalizan sobre todo a través de la introducción de determinados beneficios consistentes generalmente en bonificaciones en el importe a satisfacer por el usuario, aunque en algunos casos pueda llegar a excluirse íntegramente el pago. Exenciones o bonificaciones sociales; otras referidas a ciertos colectivos; vinculadas a personas con un bajo nivel de renta... Es frecuente que en el importe del suministro de agua se busque proteger a la familia, al menos liberarla de los efectos perniciosos que la progresividad de las figuras pueden generar al centrarse sobre el hogar y no sobre el individuo.

VI. Instrumentos económicos que recaen directamente sobre los usuarios por los vertidos a las redes públicas de alcantarillado, colección de las aguas residuales y tratamiento de las mismas.

Al usuario doméstico o industrial, además de las prestaciones que deba efectuar por el suministro de agua potable, se le exigirán de manera directa otras vinculadas a los vertidos líquidos a las redes públicas de alcantarillado, colección de las aguas residuales y tratamiento de las mismas. Y la cuantificación de estos instrumentos económicos se realiza muchas veces con esquemas emparentados con los que acabamos de ver en el epígrafe anterior. Hasta el punto de que, cuando el sujeto activo del instrumento es una misma Administración, la aplicación de las figuras sobre suministro y vertidos se puede realizar de manera conjunta e incluso es un mismo continente jurídico en el que se deposita la regulación de ambas.

Siendo así, no es extraño que la visualización que del precio del agua tenga el ciudadano comprenda las dos clases de figuras. De todas formas, no pretendo tanto abordar los aspectos configuradores internos de los instrumentos afectados, como situarlos y ordenarlos.

Dado que las de titularidad estatal que gravan los vertidos se colocan principalmente al margen del usuario doméstico y en la normalidad de los casos del usuario industrial, a los que sólo afectan de manera indirecta, me centraré en los instrumentos locales y regionales.

El TRLHL señala, expresamente, que las Entidades Locales podrán establecer tasas por los servicios de alcantarillado, así como de tratamiento

y depuración de aguas residuales, incluida la vigilancia especial de alcantarillas particulares. Se trata, fundamentalmente, de la actividad municipal tendente a verificar si se dan las condiciones necesarias para autorizar la acometida a la red de alcantarillado municipal, la prestación de los servicios de evacuación de excretas, aguas pluviales, negras y residuales, a través de la red de alcantarillado municipal y, en su caso, su tratamiento para depurarlas. Es cierto que, al igual que sucede con el suministro de agua potable, la gestión del servicio se realiza con alguna frecuencia mediante empresa concesionaria y la práctica suele ser que la retribución de los servicios se efectúe a través de precios sometidos al Derecho privado. Como dije, esta cuestión la abordaré luego con mayor detenimiento.

Dado que la inmensa mayoría de los Ayuntamientos se limitaban a mantener una red municipal de alcantarillado y no a tratar las aguas residuales para su depuración, las prestaciones exigidas de los usuarios se referían en exclusiva a la retribución de este servicio. Son tasas de sencilla factura en las que para fijar la cuota individual se suele utilizar como parámetro ordinario el volumen de agua consumida, aunque es frecuente que se usen parámetros más toscos como la superficie de la edificación (correcto según la sentencia del TSJ de Galicia de 26 de marzo de 1996³¹⁷) o su valor catastral (correcto según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997³¹⁸, aunque el propio Tribunal Supremo, sentencia de 6 de marzo de 1999³¹⁹, advierte que debe combinarse con algún otro criterio, pues calculada única y exclusivamente con referencia a esa base de imposición supondría una desconexión total respecto del coste real o previsible del servicio, por lo que estaría en contradicción con el concepto y significado de tasa).

Pero es cierto que Ayuntamientos de buen tamaño sí emprendieron la actividad de tratamiento de las aguas residuales, exigiendo a los usuarios domésticos (entre otros) la retribución del servicio mediante instrumentos económicos mucho más complejos en los que, ahora sí, se tomaría el agua consumida como referencia para calcular el importe a sufragar y respecto de los usuarios industriales se tendrían en cuenta otros factores de conta-

317 JT, 360.

318 RJ, 2074.

319 RJ, 2514.

minación. La persistencia en tales casos de las viejas tasas de alcantarillado se hizo dependiente de la voluntad de los plenos municipales: a veces se compatibilizan, a veces no.

Entretanto, se iban desarrollando las políticas autonómicas en la materia, fruto también de las iniciativas europeas que perseguían la realización y mantenimiento de infraestructuras de depuración que sirvieran a la generalidad de la población.

En este escenario, las Comunidades Autónomas buscaron la recuperación del coste de las inversiones y el mantenimiento de los servicios a través de fórmulas diversas, pero que mayoritariamente tenían algo en común: exigir su importe directamente al usuario; calcularse, para usuarios domésticos, en función del consumo de agua realizado y, para usuarios industriales, ponderando el consumo en función de las características de la actividad; y afectar su producto a los programas de saneamiento hídrico. En algunos casos se impuso una tasa regional de depuración, como en la jurisdicción de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha³²⁰ (también está así previsto en el borrador de anteproyecto de Ley reguladora de estos aspectos en Andalucía). Pero se ha extendido más una fórmula impositiva en la que el hecho imponible es el vertido contaminante, aunque su cuantificación se ponga de manifiesto en función de datos de consumo. Es el caso de Aragón³²¹, Asturias³²², Baleares³²³, Cantabria³²⁴,

320 Ley ya citada.

321 Ley de las Cortes de Aragón 6/2001, de 17 de mayo (Boletín Oficial de Aragón, en adelante BOA, de 1 de junio).

322 Ley de Asturias 1/1994, de 21 de febrero (Boletín Oficial del Principado de Asturias y de la Provincia, en adelante BOPAP, núm. 46, de 25 de febrero).

323 Ley de las Islas Baleares 9/1991, de 27 noviembre (Boletín Oficial de las Islas Baleares, en adelante BOIB,s núm. 160, de 24 de diciembre).

324 Ley de Cantabria 2/2002, de 29 abril (Boletín Oficial de Cantabria, en adelante BOC, núm. 86, de 7 de mayo).

Cataluña³²⁵, Galicia³²⁶, Murcia³²⁷, Navarra³²⁸, La Rioja³²⁹ o Valencia³³⁰. Estas figuras se han denominado de manera unitaria “cánones de saneamiento”, aunque la revisión efectuada por Cataluña ha conducido hasta el actual “canon del agua”. La misma denominación recibe el tributo creado por el parlamento vasco³³¹.

Lo habitual ha sido que estos cánones entrasen en vigor paulatinamente, atendiendo a la actividad administrativa de depuración que se iba extendiendo poco a poco a lo largo de la geografía de la respectiva Comunidad Autónoma. En cierto sentido eso permite pensar en una naturaleza híbrida de estas figuras, a caballo entre la tasa y el impuesto, incluso con rasgos de contribución especial. Hibridaje que, por otra parte, es bastante común en este sector de la fiscalidad.

Claro que, poco a poco, ha ido ganando terreno la idea de que los impuestos tenían que generalizarse, afectando a todos los usuarios, aunque todavía no se hubieran acometido los planes de saneamiento que les afectasen. Recayendo incluso en aquellos usuarios pertenecientes a municipios en los que el Ayuntamiento venía desplegando el servicio y aplicando la recuperación de los costes sobre los usuarios. En esta situación se plantea la compatibilidad entre la exacción municipal y la exacción autonómica.

Buen ejemplo de ello tenemos en la Comunidad Autónoma de Aragón, donde el Ayuntamiento de Zaragoza prestaba desde hace muchos años el servicio de saneamiento, exigiendo de los usuarios una tasa. La ley regional que regulaba el canon de saneamiento ofrecía al Ayuntamiento de Zaragoza la posibilidad de integrarse vía convenio con la Diputación General de

325 Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, en adelante DOGC, núm. 4015, de 21 de noviembre).

326 Ley de Galicia 8/1993, de 23 de junio (Diario Oficial de Galicia, en adelante DOG, núm. 125, de 2 de julio).

327 Ley de Murcia 3/2000, de 12 de julio (Boletín Oficial de la Región de Murcia, en adelante BORM, núm. 175, de 29 de julio).

328 Ley Foral 10/1988, de 29 de diciembre (Boletín Oficial de Navarra, en adelante BON, núm. 159, de 30).

329 Ley de La Rioja 5/2000, de 25 de octubre (Boletín Oficial de La Rioja, en adelante BOLR, núm. 135, de 31).

330 Ley de la Comunidad Valenciana 2/1992, de 26 de marzo (Diario Oficial de la Generalidad Valenciana, en adelante DOGV, núm. 1761, de 8 de abril).

331 Ley 1/2006, de 23 de junio (Boletín Oficial del País Vasco, en adelante BOPV, núm. 137, de 19 de julio).

Aragón en el sistema del canon de saneamiento, eliminando los tributos específicos y fijándose las cantidades que por el canon se entregarían al Ayuntamiento titular de las instalaciones de depuración. Sin embargo, esa filosofía inicial cambió, formalizándose una modificación normativa que disponía que el municipio de Zaragoza se incorporaría, previo convenio con el Gobierno de Aragón, el 1 de enero de 2006 al sistema general previsto en la Ley reguladora del canon de saneamiento. Esta incorporación supondría la aplicación del canon de saneamiento y la correspondiente sustitución de las figuras tributarias específicas del municipio de Zaragoza. Se preveía que durante el año 2005, se suscribiría un convenio entre el Ayuntamiento de Zaragoza y el Gobierno de Aragón que contendría la referencia a los parámetros que sirvan para la entrega al municipio de Zaragoza de las cantidades provenientes de la recaudación del canon que le pudieran corresponder. Dice la Ley que el convenio contemplaría la posibilidad de que la recaudación generada mediante la tarifa establecida para el canon de saneamiento no baste inicialmente para la financiación de la explotación y mantenimiento de sus instalaciones y para su amortización. En estos supuestos, se declara la posibilidad de compatibilidad del canon de saneamiento con una figura tributaria municipal específica destinada, exclusivamente, a la recaudación de las cantidades necesarias para completar la amortización de las instalaciones.

El caso es que encontrándonos en julio de 2007 todavía no han concluido las negociaciones.

Como última cuestión, advierto que es mucho menos frecuente hallar criterios de carácter sociales en las normas que disciplinan la cuantificación de los instrumentos autonómicos o locales a los que se ha referido este apartado.

VII. Problemas relativos a la asignación de la correcta categoría financiera en lo que concierne a los servicios de titularidad municipal de suministro de agua y alcantarillado y depuración.

Los servicios básicos relacionados con el agua —suministro, alcantarillado y depuración— se encuentran reservados a las autoridades. La

cuestión que se formula en la rúbrica de este epígrafe se refiere precisamente a las prestaciones con las que los usuarios retribuirán dichos servicios, careciendo de sentido en los casos —que los hay— en que la actividad se financiará mediante los ingresos procedentes de impuestos. Es el caso del canon del saneamiento, cuyos esquemas de cuantificación se evaden de este problema.

Lo que aquí se va a defender es que, en Derecho, la prestación a abonar por el usuario debe ser una tasa.

Esta tesis tiene su trascendencia en el plano económico, pero más en el plano jurídico. Afirmarla supone sostener la incorrección de derecho de las prestaciones exigidas por el abastecimiento domiciliario de agua en la jurisdicción de muchos Ayuntamientos españoles (sin ánimo alguno de exhaustividad, puedo citar las ciudades de Barcelona, Bilbao, Córdoba, Las Palmas de Gran Canaria; Madrid; Málaga; Murcia, Palma de Mallorca; Pamplona y un larguísimo etcétera). En menor medida, también se da en relación con el servicio de depuración de aguas residuales.

Aunque perseguiré la brevedad en la exposición, para llegar a esta conclusión es inevitable explicar unos antecedentes ciertamente remotos.

En nuestra cultura prestacional, la tasa era la figura que retribuiría el sostenimiento de los servicios y actividades que realizaban las autoridades en régimen de Derecho público. Ahora bien, en el supuesto de que la gestión del servicio se efectuase de manera indirecta (por ejemplo, a través de una empresa concesionaria) lo usual venía siendo que, si los usuarios abonaban el importe a la empresa prestadora, la naturaleza de la prestación fuera, a todos los efectos, un precio privado, siquiera intervenido por la autoridad titular del servicio.

La reforma que en el régimen de las tasas se implantó en los años 1988 y 1989 condujo a que los servicios y actividades por los que se estaban exigiendo tasas, a partir de entonces, en unos casos se retribuiesen mediante tasas y en otros mediante precios públicos. El precio público, figura de neto sabor contractual, permitía por cierto fórmulas de cuantificación menos estrechas que las propias de las tasas. Puedo ahorrar al lector los avatares que condujeron a la declaración de nulidad de los preceptos que en la Ley estatal de Tasas y Precios Públicos³³² delimitaban las actividades

332 Ley 8/1989, de 13 de abril (BOE núm. 90, de 15).

por las que se podía exigir un precio público. Pero no sería excusable dejar de consignar que algunos contenidos de la sentencia del Tribunal Constitucional que determinó esa anulación (sentencia 185/1995, de 14 de diciembre) son imprescindibles para entender la respuesta que debe darse *ex lege* a lo formulado en la rúbrica de este epígrafe. La interpretación que se hace de esta resolución es que el Tribunal Constitucional apuesta por un concepto material de prestación patrimonial coactiva, vinculado a ciertas actividades o servicios cuya retribución ha de ser necesariamente la de una prestación sometida a las exigencias de la reserva de ley. Por ejemplo, a las actividades que pueden considerarse imprescindibles para los contribuyentes.

Aquella sentencia y la reordenación del régimen de tasas y precios públicos hizo correr ríos de tinta. Buena parte de la literatura de Derecho financiero consideró que el fallo de la sentencia afectaría a aquellas formas retributivas de ciertos servicios “imprescindibles para los contribuyentes” (como la distribución de agua) reconducidas a instrumentos económicos de Derecho privado no sometidos a la reserva de ley. Nótese que el Tribunal Constitucional nunca dijo que era imprescindible la aplicación estricta del principio de cobertura o provocación de costes: sostuvo su fallo en principios formales, como la reserva de ley. Lo que sucedió es que ese fallo conducía a figuras que en nuestra tradición se inspiraban en dicho principio de provocación de costes (las tasas por servicios). Sin ánimo de exhaustividad, sí quiero citar los trabajos de Lozano Serrano³³³ y Pagés i Galtés³³⁴, coincidentes en este extremo, y también otros como los de García Novoa³³⁵, Ruiz Garijo³³⁶, Núñez Pérez³³⁷, García-Herrera Blanco³³⁸, Gómar

333 LOZANO SERRANO, C.: «Calificación como Tributos o Prestaciones Patrimoniales públicas de los Ingresos por Prestación de Servicios», Revista Española de Derecho Financiero, núm. 116 (2002), pág. 611-677.

334 PAGÉS I GALTÉS, J.: «Las tarifas de los servicios prestados en régimen de Derecho privado: su consideración como tasas, precios públicos o precios privados», Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, núm. 252 (1999), pág. 359-407.

335 GARCÍA NOVOA, C.: «La Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre y su influencia sobre la potestad tarifaria», Revista Técnica Tributaria, núm. 36 (1997), pág. 53-76.

336 RUIZ GARIJO, M.: Problemas actuales de las tasas, Lex Nova, 2002.

337 NÚÑEZ PÉREZ, G.: «Sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación recibida de los servicios públicos prestados en régimen jurídico privado», Tributos Locales, núm. 21 (2002), pág. 15-29.

338 GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: «La gestión privada de los servicios públicos y las tasas a debate», Aranzadi Fiscal, núm. 44 (2002), pág. 1-5.

Sánchez³³⁹, Fernández Agüero³⁴⁰ o López García³⁴¹, Algunos de los trabajos más relevantes de los que he citado no concordaban necesariamente con los contenidos de la sentencia, pero vislumbraban que con esa doctrina casaban mal instrumentos retributivos que no fueran tasas.

Justo es indicar que la falta de definición legal, las muchas dudas que generaba la sentencia de 1995 en general y la ausencia de una resolución directa en la propia sentencia era campo abonado para la discrepancia. De esa manera se hallan notables trabajos en sentido contrario, fruto muchas veces de dictámenes encargados por las empresas del sector³⁴². El problema de fondo continuaba siendo qué se quería decir con que los servicios fueran realizados “*en régimen de Derecho público*”, defendiendo muchos autores del campo del Derecho administrativo que no se trataba de que su titularidad fuera de un ente público, sino que las relaciones entre la empresa prestadora y los usuarios se ajustasen al Derecho privado. No puede obviarse que en esta línea se ha encontrado el Tribunal Supremo.

Sobre este problema de extraordinaria relevancia me parece imprescindible la lectura de un trabajo del profesor Martín Queralt (La gestión de los recursos procedentes de la prestación de servicios realizada por las entidades locales) en el que desde posiciones pragmáticas resume las razones, pros y contras de tesis encontradas³⁴³.

En diciembre de 2003 se aprobó una nueva Ley General Tributaria, Ley que establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español y que es de aplicación a todas las Administraciones

339 GOMAR SÁNCHEZ, J.I.: «¿Se pueden cobrar tasas y precios públicos en la prestación de servicios públicos por empresas mixtas?», *Quincena Fiscal*, núm. 14 (1997), pág. 35-46 y «Tasas flexibles en la gestión indirecta de los servicios públicos y/o potestad tarifaria materialmente tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 103 (2002), pág. 59-76.

340 FERNÁNDEZ AGÜERO, E.: «Empresa privada que, mediante concesión administrativa, presta el servicio público de suministro de agua potable: naturaleza y calificación de los actos que dicta para la cobranza de dicho servicio», *Revista de Estudios Locales CUNAL*, núm. 45 (2001), pág. 38-63.

341 LÓPEZ GARCÍA, C.: «La orden de Corte de Suministro del Servicio Municipal de Abastecimiento de Agua», *Tributos Locales* núm. 10 (2001), pág. 69-76.

342 ASÍ, GIEURE LE CARESSANT, J.A.: «La naturaleza jurídica de las tarifas de los servicios públicos locales (Especial consideración al abastecimiento de agua potable)», *Revista de Hacienda Local*, núm. 88 (2000), pág. 157-191 o VILLAR ROJAS, F.J.: «Dictamen sobre la naturaleza jurídica de la tarifa por prestación del servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua», *Quincena Fiscal*, núm. 8 (2001), pág. 39-54.

343 MARTÍN QUERALT, J.: «La gestión de los recursos procedentes de la prestación de servicios realizada por las entidades locales», en Aa.Vv. (PONT MESTRES, M., COORD.): *Financiación de los entes locales*, Diputació de Barcelona-Marcial Pons, 2001, pág. 411-453.

tributarias³⁴⁴. A un concepto de tasa de inicio continuista con nuestra tradición cultural se le añadió lo siguiente: se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de Derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público.

Aunque su redacción me parece lo suficientemente clara, resulta conveniente acudir a los antecedentes parlamentarios. Su introducción procede de la enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados al proyecto de ley números 16 (del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida) y 266 (del Grupo Parlamentario Catalán). Se propuso por considerar, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de la tasa resulta obligatorio cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario, o no prestarse por el sector privado.

Con una aclaración así creo que la Ley obliga a considerar que sea una tasa la prestación exigible al usuario por la prestación de servicios o la realización de actividades que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado cuya titularidad corresponda a un ente público, y ello aunque la prestación del servicio se lleve a cabo mediante concesión. Ello supone de seguro la superación de numerosas disposiciones estatales —legales y reglamentarias— y autonómicas que se referían a la tarifa o precio como instrumento económico propicio para el sostenimiento de estas actividades.

En este sentido se han pronunciado, entre otros, Fernández Agüero³⁴⁵, Giménez-Reyna Rodríguez³⁴⁶, López García³⁴⁷, Pagés i Galtés³⁴⁸, Ruiz

344 Ley 58/2003, de 17 de diciembre (BOE núm. 302, de 18).

345 FERNÁNDEZ AGÜERO, E.: «La contraprestación de los servicios de abastecimiento domiciliario de agua, alcantarillado y depuración», *Tributos Locales*, núm. 46 (2004), pág. 77-96

346 GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E en AA.VV. (MANTERO SÁEZ, A. Y GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E., COORD.): *Ley General Tributaria. Antecedentes y comentarios*, Asociación Abogados Especializados en Derecho Tributario-AEDAF, 2005, pág. 48.

347 LÓPEZ GARCÍA, C.: «La contraprestación de los servicios públicos obligatorios por gestión indirecta», *Tributos Locales*, núm. 54 (2005), pág. 9-34.

348 PAGÉS I GALTÉS, J.: *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*, Marcial Pons, 2005, pág. 181-191.

Garijo³⁴⁹, o Vega Herrero y Muñoz del Castillo³⁵⁰.

Algún autor como Rubio de Urquía mantiene una constante beligerancia contra la situación de hecho que persiste, ignorándose el cambio normativo³⁵¹.

¿En qué medida semejante solución es positiva o al menos aprovecha a las expectativas de los usuarios? Que la retribución tenga naturaleza de tasa supone cuantificarse con criterios de coste y no con criterios de mercado, sea cual sea la fórmula que de manera legítima haya escogido la Administración competente para gestionar el servicio. De la tasa, en efecto, se predica que su importe no puede exceder en conjunto del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate. En pura teoría, una prestación basada estrictamente en el principio de provocación de costes aseguraría mejor los derechos del usuario. Veremos, no obstante, cómo en la práctica no está todo tan claro. Aunque parecería que el importe sería por fuerza inferior al que soportaría un usuario que abonase un precio privado a una empresa concesionaria del servicio que busca la obtención de un beneficio, es cierto que hay mecanismos tanto para encarecer las tasas como para suavizar los precios. Ahora bien, no dudo de la superioridad de la tasa en dos cuestiones muy importantes. En primer lugar, por la legitimidad que da a la fijación de su importe un sistema de imposición y ordenación de tributos que garantiza la autoimposición y la transparencia. En el ámbito local, su aprobación queda reservada al órgano plenario y se realiza mediante un procedimiento en el que la participación ciudadana es posible. En segundo lugar, porque la introducción de criterios sociales está amparada en la normativa reguladora de esta figura, en los términos que se han expuesto más arriba.

349 RUIZ GARIJO, M.: «Tarifas exigidas por la prestación de servicios públicos. Por fin tasas y no precios privados. La esperada doctrina del tribunal constitucional», Nueva Fiscalidad, núm. 7 (2005), pág. 79-94.

350 VEGA HERRERO, M. y MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L.: «Tributos y obligaciones tributarias», en AA.VV. (CALVO ORTEGA, R., DIR. Y TEJERIZO LÓPEZ, J.M., COORD.): La nueva Ley General Tributaria, Thomson-Cívitas, 2004.

351 RUBIO DE URQUÍA, J.I.: «La nueva LGT arroja luces y sombras sobre el régimen jurídico de las tasas locales», Tributos Locales, núm. 38 (2004), pág. 7-9; «A vueltas con las tasas y el servicio de suministro de agua», Tributos Locales, núm. 46 (2004), pág. 7-10; o «A vueltas con las tasas y el servicio de suministro de agua: segunda parte», Tributos Locales, núm. 51 (2005), pág. 7-12. Dice este autor que ya con anterioridad a la actual Ley General Tributaria la exigencia legal de que el servicio público se preste en régimen de derecho público había sido retorcidamente utilizada por algunos Ayuntamientos y por empresas concesionarias para negar a la prestación la naturaleza de tasa y situar dicha contraprestación en el cómodo y opaco limbo de lo tarifario. Señala a continuación que a pesar de la contundencia de la nueva Ley algunos Ayuntamientos recalcitrantes se resisten a aceptar esto "con el exclusivo fin de poder continuar campando a sus anchas".

Algún autor como Argüelles Pintos ha tratado de demostrar que la introducción del párrafo antes reproducido en la Ley General Tributaria no es relevante. Pero no consigue explicar para qué se ha incorporado entonces ese texto³⁵².

Una interpretación alternativa propone Villar Rojas en un nuevo dictamen en el que, reconociendo los efectos de la reforma, busca justificación jurídica que ampare que se puedan seguir percibiendo tarifas o precios por las empresas concesionarias de servicios municipales de abastecimiento de agua potable³⁵³. Claro queda que no puedo compartir esta tesis: a mi parecer, la redacción del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, ligada a la explicación parlamentaria de su incorporación, es suficiente para no buscar rodeos.

La legalidad de una situación que de hecho se está manteniendo en los términos tradicionales queda a la decisión de los tribunales. Y existe un dato relevante: la perspectiva tradicional de la jurisdicción contencioso-administrativa acerca de las potestades tributaria y tarifaria estaba empezando a quebrar incluso antes de la entrada en vigor de la Ley General Tributaria de 2003. Dicho sea de paso que con mucha timidez. Puede confrontarse la sentencia del TSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2004³⁵⁴, que considera que la exacción municipal por suministro de agua potable puede y debe ordenarse como tasa, aunque la prestación del servicio la realice una empresa concesionaria, y aduce a su favor de su tesis la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del ámbito de las tasas.

VIII. El Impuesto sobre el Valor Añadido y los servicios prestados sobre las aguas continentales.

El IVA es un impuesto general sobre el consumo que recae, entre otras operaciones, sobre las entregas de bienes y prestaciones de servicios

352 ARGÜELLES PINTOS, J. en AA.VV. (HUESCA BOADILLA, COORD.): Comentarios a la nueva Ley General Tributaria, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 88-89.

353 VILLAR ROJAS, F.J.: «Dictamen sobre el concepto de tasa de la nueva Ley General Tributaria y su eventual impacto en las tarifas por prestación del servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable», Quincena Fiscal, núm. 10 (2005), pág. 37-48.

354 JT 1587.

realizadas por los empresarios o profesionales. El impuesto se calculará operación por operación, aplicando un porcentaje sobre el valor de la contraprestación. La consecución de la premisa de un impuesto sobre el valor añadido —que sólo se grave el valor añadido en cada fase de la producción— se realizará de manera indirecta a través del mecanismo de la deducción del IVA soportado por el sujeto pasivo en las adquisiciones de bienes y servicios.

Las actividades relacionadas con el ciclo hídrico son actividades económicas que, con frecuencia, van a suponer la realización de un consumo por parte del usuario. Claro que la trascendencia que tienen en el sector los sujetos públicos —por ser los titulares de los servicios— enturbia el esquema general, debiendo analizarse en cada caso cuándo las operaciones están sujetas o no al impuesto. Ello se debe a que se declaran no sujetas ciertas operaciones realizadas por los entes públicos. ¿Qué supone eso de antemano? A grandes rasgos, quiere decir que las administraciones públicas terminan siendo “consumidores finales” en muchos sectores, pues sólo podrán recuperar el IVA soportado en sus adquisiciones de bienes y servicios en el marco del propio impuesto en tanto en cuanto estén ordenadas a las necesidades de sus actividades por cuyas operaciones repercutan el IVA. El IVA que, por el contrario, resulte no deducible, será un coste más en la provisión de bienes y servicios. En suma, que la no sujeción de las operaciones propias de una actividad no tiene por qué significar un alivio relevante del precio que finalmente va a pagar el usuario por ese servicio: si la operación está sujeta al IVA, se le repercutirá el impuesto de manera desglosada; si la operación no está sujeta al IVA, se le repercutirá de manera implícita cuando menos el IVA correspondiente a las adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios soportado por la Administración y que no puede recuperar de acuerdo con la mecánica propia del IVA.

El análisis es diáfano en relación con la actividad de distribución de agua. Ello es así porque la letra b) del apartado tercero del artículo 7.8 de la Ley española del IVA³⁵⁵ se refiere a ella, provocando la sujeción al impuesto incluso cuando se preste directamente por los entes públicos y la contraprestación sea tributaria (que son los criterios que utiliza España para regular las operaciones de las Administraciones pública que quedan *extra muros* del impuesto).

355 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (BOE núm. 312, de 29 de diciembre).

Dado que la intervención de los organismos públicos se produce en todas las fases del ciclo del agua, y que además ello suele determinar la exigencia de tributos, conviene precisar el alcance de la expresión “distribución”. Hay argumentos de envergadura para separar de las actividades de “captación, depuración y distribución de agua” las de vertido y saneamiento. De manera que no se encuentran sujetos al IVA de los servicios de vertido y saneamiento prestados directamente por los entes públicos sin contraprestación o por los que se exige contraprestación de naturaleza tributaria (tasas municipales de alcantarillado o tasas municipales o regionales de saneamiento). Téngase en cuenta que la naturaleza impositiva de los cánones de saneamiento regionales, por alejarlos de lo que es “contraprestación” impide siquiera entrar en este análisis: es que no hay entrega de bienes o prestación de servicios retribuidos con un tributo. Son conocidas aplicaciones discrepantes con esta tesis que exigen el IVA del canon de saneamiento. A mi entender, es de todo punto improcedente.

La Ley del IVA prevé un tipo de gravamen reducido del 7 por 100 para las entregas de agua.

La sujeción al IVA de las operaciones propias de las actividades de alcantarillado y depuración y, en general, de las que no se considerasen estrictamente “distribución de agua” se producirá pues siguiendo los criterios generales previstos para las operaciones realizadas por las autoridades. La no sujeción se producirá cuando, prestándose directamente por los entes públicos, la contraprestación sea tributaria. Dice la Ley del IVA que esta no sujeción no se aplicará cuando los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada, mixta o, en general, de empresas mercantiles. Por ello, con alguna frecuencia, se repercute el IVA a los usuarios en el ámbito de estas actividades, incluso siendo la contraprestación una tasa.

La Ley del IVA prevé un tipo de gravamen reducido del 7 por 100 para la recogida o tratamiento de aguas residuales.

IX. Régimen económico-financiero de los flujos entre cuencas.

Los instrumentos económicos de titularidad estatal no se contraen a los previstos en la Ley de Aguas. En particular, las normas especiales que

regulan los flujos hídricos entre cuencas contienen algunos de ellos de singular importancia en el ámbito local afectado.

Téngase en cuenta que la misma realidad de los flujos intercuenas es duramente contestada en un país donde el agua es un bien escaso y nunca resultan evaluados con objetividad ni los excedentes ni las necesidades. Los faraónicos planes transvasistas del anterior gobierno de la nación (transvase del Ebro a las regiones del arco mediterráneo) parecen, por fortuna, paralizados y con la suspensión de los proyectos viene también la de un complejo régimen económico-financiero.

No obstante ello, existen infraestructuras que canalizan flujos de esta naturaleza y, en cada caso, las especiales normativas que los regulan contienen peculiares regímenes económico-financieros que no son sino alternativas de fiscalidad. Así, las tarifas de conducción, de peaje y de distribución de caudales del acueducto Tajo-Segura y algunas otras exacciones dependientes de este transvase; los cánones del transvase Guadiario-Guadalete; o los cánones de derivación del agua del delta del Ebro.

X. La fiscalidad de las aguas litorales.

Por razones que son obvias, ya que los usos del dominio público marítimo-costero son bien diferentes a los propios del dominio público hidráulico-continental, la fiscalidad de las aguas litorales está mucho menos desarrollada.

La regulación básica de nuestros aproximadamente 7.880 kilómetros de costa, con un patrimonio público de unas 13.560 hectáreas de playas, se encuentra en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas³⁵⁶. El Título IV de esta Ley se centra en el régimen económico-financiero de la utilización del dominio público marítimo-terrestre, con un capítulo II relativo a “cánones y tasas”. En particular, se regula un canon o tasa por la ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre; un canon por vertidos contaminantes autorizados y diversas tasas por la realización de actividades administrativas concernientes a la gestión de este dominio público.

³⁵⁶ BOE núm. 181, de 29 de julio.

Fuera del ámbito canario, en el que cualquier planteamiento sobre las aguas pasa por las especialidades propias del archipiélago, algunas Comunidades Autónomas del litoral han comenzado la aventura de la implantación de impuestos medioambientales ligados a las aguas litorales. Se trata de Andalucía y de la Región de Murcia. Andalucía estableció un impuesto sobre vertidos a las aguas litorales³⁵⁷ y Murcia ha recuperado una antigua propuesta con la recreación de otro impuesto del mismo nombre que el andaluz³⁵⁸. Y en otras, de manera más limitada, se contempla la situación en el marco de las figuras impositivas autonómicas ya analizadas (por ejemplo, Cataluña en su canon del agua o Galicia, en su canon de saneamiento).

La normativa estatal de costas excluye de su contenido la regulación tanto material como económico-financiera de los puertos. Ha de tenerse en cuenta que hay puertos de titularidad estatal y puertos de titularidad autonómica y la normativa aplicable será la que en cada caso corresponda. En el ámbito estatal rige la Ley de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general (Ley 48/2003, de 26 de noviembre³⁵⁹). La economía del sector es importantísima. Pero no quiero destacar la trascendencia de sus figuras por este dato cuantitativo (a fin de cuentas son exacciones de factura muy sencilla, vinculadas al coste de los servicios prestados o al valor del espacio ocupado), sino por las altísimas dosis de conflictividad generadas alrededor de las mismas, aprovechando alguno de los calamitosos episodios relativos al régimen de tasas y precios que he explicado en otro apartado. Cualquier repertorio español de jurisprudencia está plagado de sentencias dictadas por jueces y tribunales de todos los rangos (hasta del más alto, pues también el Tribunal Constitucional se tuvo que pronunciar). Y el desazón en las autoridades portuarias ha generado continuos cambios legislativos, lo que se demuestra con el hecho de que la muy reciente Ley de 2003 ya está a punto de ser sustituida.

357 Ley de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, BOJA núm. 251, de 31 de diciembre).

358 Ley de Murcia 9/2005, de 29 de diciembre (BORM núm. 301-Suplemento 3, de 31 diciembre),

359 BOE núm. 284, de 27 de noviembre.

Nota bibliográfica

Además de las obras ya citadas a lo largo del texto reseñaré las siguientes por su interés en relación con los temas objeto del trabajo para facilitar la iniciación a la investigación jurídica sobre la base de trabajos doctrinales españoles:

AGUALLO AVILÉS, A. Y GARCÍA BERRO, F.: “Dictamen elaborado en octubre de 1995 sobre la fijación por un municipio de un precio público por depuración de aguas residuales urbanas e industriales”, *Quincena Fiscal* núm. 17 (1997), pág. 37-46;

ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “El canon sobre el agua en la Ley 6/1999, de 12 de julio, de ordenación, gestión y tributación del agua”, *Quincena Fiscal*, núm. 18 (1999), pág. 11-24;

ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “La conformación de los tributos medioambientales acorde con el principio de capacidad económica: análisis de dos supuestos de Derecho positivo”, *Estudios Financieros*, núm. 202 (2000), pág. 3-24;

ALMANZOR ESCARTÍN, L. Y PUIG VENTOSA, I.: “Introducción de criterios sociales en las ordenanzas fiscales municipales”, *Tributos Locales*, núm. 48 (2005), pág. 89-98;

ALVAREZ GARCÍA, S.; SUÁREZ PANDIELLO, A.; Y GARCÍA VALIÑAS, M.A.: “Tarifas no uniformes: servicio de suministro doméstico de agua”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8 (2003), pág. 1-24;

ALVAREZ RICO, M.; PÉREZ MARÍN, A. Y ALVAREZ-RICO GARCÍA, I.: “Los problemas del régimen económico-financiero del dominio público hidráulico”, 2ª edic., Comares, 2002;

APARICIO PÉREZ, A.: “El canon de saneamiento de aguas del Principado de Asturias”, *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 28 (2004), pág. 7-34;

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Régimen fiscal de las aguas”, Civitas, 1991;

BELLLOD REDONDO, J.F.: “El canon de saneamiento de la Región de Murcia”, *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 4 (2003), pág. 31-46;

- CALVO MIRANDA, J.L.: “El régimen fiscal de los servicios urbanos del agua. Tasas, contribuciones especiales y cánones de saneamiento autonómicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17 (2000), pág. 167-218;
- CARBAJO VASCO, D.: “La imposición ecológica en España. El caso de la fiscalidad de las aguas”, *Impuestos* núm. 21 (1993), pág. 7-17;
- CARPI ABAD, M.V.: “Aprovechamientos hidroeléctricos: su régimen jurídico-administrativo”, *Lex Nova*, 2002;
- CASTILLO LÓPEZ, J.M.: “Los tributos ecológicos y el agua: del canon estatal sobre vertidos autorizados a los cánones autonómicos de saneamiento y depuración de aguas residuales”, *Palau* 14, núm. 32 (1998), pág. 257-297;
- CASTILLO LÓPEZ, J.M.: “Los tributos ecológicos y el agua: del Canon estatal sobre Vertidos Autorizados a los Cánones autonómicos de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales”, *Impuestos*, núm. 23 (1998), pág. 32-45;
- CASTILLO LÓPEZ, J.M.: “Un canon de saneamiento y depuración de aguas residuales para Andalucía”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2 (1999), pág. 561-575;
- CATALÁN SENDER, J.: “Algunas notas acerca del hecho imposible en las tasas por prestación de servicios de basura y alcantarillado (¿Basta con la posibilidad de utilizar el servicio o, por el contrario, también es menester que de facto se preste?)”, *Revista de Hacienda Local*, núm. 89 (2000), pág. 401-420;
- CORS MEYA, F.X.: “Calificación de los cánones sobre el agua”, *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 67 (1993), pág. 73-97;
- DE LA TEJERA HERNÁNDEZ, E.V.; NAVA ESCUDERO, O. Y ORTEGA MALDONADO, J.M.: “Regulación del canon de control de vertidos”, *Crónica Tributaria*, núm. 103 (2002), pág. 103-126;
- DELGADO PIQUERAS, F.: “Canones y tarifas en la Ley de Aguas. La modificación del régimen económico del trasvase Tajo-Segura y su repercusión sobre los usuarios de Castilla-La Mancha”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* núm. 32 (2002), pág. 89-120;
- EMBID IRUJO, A.: “La fiscalidad ambiental y los principios de su régimen jurídico. Consideraciones específicas en el ámbito de las aguas continentales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 148 (1999), pág.

- 61-98; “Régimen económico-financiero del trasvase del Ebro en la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, y consideraciones sobre los aspectos económico-financieros de los trasvases en general”, *Revista de Administración Pública*, núm. 159 (2003), pág. 291-314;
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C.: “El Canon de Saneamiento de Aguas de Baleares (comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 18 de marzo de 1994)”, *Crónica Tributaria*, núm. 72 (1994), pág. 137-142;
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I.: “Consideraciones sobre la exigibilidad del canon de superficie de minas y la cuantificación del canon de vertido de aguas”, *J.T.* núm. 6 (2005), pág. 17-26;
- GARCÍA NOVOA, C.: “El canon de saneamiento de la Comunidad Autónoma gallega”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 241 (1996), pág. 585-635;
- GARCÍA NOVOA, C.: “La reforma de la Ley de Aguas en materia de cánones hidrológicos (I) (y II)”, *Quincena Fiscal*, núm. 6 (2000), pág. 9-18 y *Quincena Fiscal*, núm. 7 (2000), pág. 11-24;
- GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M.J.: “Análisis del canon de vertidos de la Ley 7/1994 de 18 de mayo, de protección ambiental de la Comunidad Autónoma Andaluza tras la Ley 25/1998 de 14 de julio”, *Revista Jurídica Española La Ley*, tomo 2 (1999), pág. 1900-1911;
- GONZÁLEZ ANTÓN ALVAREZ, C.: “El uso del agua por las Administraciones Locales”, *Cedecs*, 2000;
- JIMÉNEZ COMPAIRED, ISMAEL: “El derecho al agua: una perspectiva fiscal”, en *El derecho al agua*, Thomson-Aranzadi/Gobierno de Aragón, 2006, pág. 137-183;
- LOZANO SERRANO, C.: “La doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre el canon de saneamiento de la Generalitat Valenciana”, *J.T.* núm. 18 (2004), pág. 31-47;
- MAGADÁN DÍAZ, M. Y RIVAS GARCÍA, J.I.: “La fiscalidad del agua en el ámbito local”, *Impuestos*, núm. 9 (1999), pág. 124-132;
- OLIVEROS LAPUERTA, M.V.: “Las tarifas de conducción y de peaje del acueducto Tajo-Segura. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1999 y sus consecuencias”, *Revista Jurídica Española La Ley*, tomo 4 (1999), pág. 1682-1694;
- ORÓN MORATAL, G.: “Financiación del saneamiento y depuración

de aguas residuales”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 269 (1996), pág. 9-30;

PAGÉS I GALTÉS, J.: “Fiscalidad de las aguas”, Marcial Pons, Madrid, 1995; PAGÉS I GALTÉS, J.: “La tarifa del servicio municipal de distribución domiciliaria del agua”, Revista de Hacienda Local, núm. 73 (1995), p. 57-96;

PAGÉS I GALTÉS, J.: “El canon del agua creado por la Ley catalana 6/1999”, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, núm. 259 (2001), pág. 13-80;

PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: “El canon de saneamiento del Principado de Asturias”, Información Fiscal núm. 49 (2002), pág. 91-124; RUIZ OJEDA, A.: “Las exacciones para la financiación de obras hidráulicas : canon de regulación y tarifa de utilización”, Revista de Administración Pública, núm. 159 (2003), pág. 369-400;

Y SETUÁIN MENDÍA, B.: “El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico”, Lex Nova, 2002.

Asimismo, los diversos capítulos relacionados con el régimen económico-financiero del agua recogidos en las siguientes obras colectivas:

AA.VV. (EMBED IRUJO, A., DIR.): “El Plan Hidrológico Nacional”, Civitas, 1993; Aa.Vv. (Embed Irujo, A., dir.): Las obras hidráulicas, 1996; AA.VV. (EMBED IRUJO, A., DIR.): “Precios y mercados del agua”, Seminario de Derecho del Agua Universidad de Zaragoza-Confederación Hidrológica del Ebro-Civitas, 1996;

AA.VV. (EMBED IRUJO, A., DIR.): “El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación”, Seminario de Derecho del Agua Universidad de Zaragoza-Confederación Hidrológica del Ebro-Civitas, 1998;

AA.VV. (EMBED IRUJO, A., DIR.): “Planificación hidrológica y política hidráulica”, Seminario de Derecho del Agua Universidad de Zaragoza-Confederación Hidrológica del Ebro-Civitas, 1999;

AA.VV. (EMBED IRUJO, A., DIR.): “La reforma de la Ley de Aguas”, Seminario de Derecho del Agua Universidad de Zaragoza-Confederación Hidrológica del Ebro-Civitas, 2000;

AA.VV. (EMBED IRUJO, A., DIR.): “El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio”, Dos tomos, Seminario de Derecho del Agua Universidad de Zaragoza-Civitas/Thomson, 2002;

AA.VV. (MELGAREJO MORENO, J. Y MOLINA GIMÉNEZ, A.,
COORD.): “Los mercados del agua. Análisis jurídicos y económicos
de los contratos de cesión y bancos de agua”, I.E.H.-Thomson/Civitas,
2005; y Aa.Vv. (Embido Irujo, A., dir.): Diccionario de Derecho Aguas,
Iustel, 2007.

En cuanto al régimen económico-financiero portuario pueden consultarse
los siguientes trabajos:

ARIÑO ORTIZ, G. y otros: “La nueva legislación portuaria (Comen-
tarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y
de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General)”, Consorcio
Zona Franca de Vigo/Atelier, 2004;

MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: “Tasas y tarifas portuarias: notas sobre
la nueva regulación contenida en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre”,
Impuestos, núm. 7 (2004), pág. 21-60; Ruiz Garijo, M.: “Tarifas exigidas
por la prestación de servicios públicos. Por fin tasas y no precios privados.
La esperada doctrina del tribunal constitucional”, Nueva Fiscalidad, núm.
7 (2005), pág. 79-94.

O REGIME ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL

Rafael Silva Paes Pires Galvão

I. Introdução; II. A Ordem Econômica e Financeira da Constituição Federal e os Recursos Hídricos; III. O regime da cobrança pelo uso dos recursos hídricos. IV. Conclusão. Referências.

Introdução.

Todo modelo jurídico que é traçado para disciplinar determinada matéria decorre dos fatos sociais que se encontram na base da sociedade; sobre a disciplina dos recursos hídricos, sua evolução, institutos, e âmbito de aplicação, o mesmo ocorre.

O Brasil, País de dimensões continentais, é o quinto do mundo em extensão territorial, com 8.547.403 km². Rico por natureza, o Estado detém cerca de 12% de toda a água doce do mundo, sendo recortado e coberto por lagos, rios, correntes de água, águas subterrâneas, possuindo, ainda, domínio sobre vasto mar territorial. Detém três grandes bacias hidrográficas e dois complexos de bacias, sendo, as três primeiras: a do rio Amazonas, Tocantins e São Francisco. Os complexos são: Prata e Atlântico.

Acresce-se uma satisfatória produção hídrica. O escoamento anual afluyente ao Oceano Atlântico é de 168.790 m³/s; a disponibilidade hídrica

total do País atinge 257.790 m³/s. Apesar da elevada produção, ocorre grande variação hidrológica no território brasileiro, havendo escoamentos superficiais que variam de 48,2 l/s/km² no Atlântico Norte e 34,2 l/s/km² na bacia Amazônica até 2,8 l/s/km² na região semi-árida do Atlântico Leste e 1 a 4,5 l/s/km² na bacia do rio São Francisco.³⁶⁰

Sob o território brasileiro repousa o Aqüífero Guarani. Este é o maior manancial de água doce subterrânea no mundo, que recorta múltiplos países. Estende-se pelo Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina, tendo seu maior volume no território brasileiro (aproximadamente 2/3). Suas reservas atingem a ordem de 45.000 km³.

O sentimento de que os recursos hídricos são infinitos, mormente em face do elevado volume existente no Brasil, fez com que os mesmos fossem desperdiçados, desprestigiados, relegados a um segundo plano na pauta governamental e ao longo da história brasileira.

O uso dos recursos hídricos, sua gestão, conscientização, proteção, defesa, juridicização, e seu regime econômico-financeiro encontram-se atrelados ao modelo econômico adotado. O surgimento de um regime econômico-financeiro incidente sobre os recursos hídricos deve-se ao esgotamento dos mesmos ao longo da história de forma que uma postura, energética, teve de ser tomada para reduzir a degradação e propiciar o consumo adequado e o acesso a todos.

A compreensão do evoluir - ou retrocesso - histórico possibilita a consentânea interpretação do manejo dos recursos hídricos, seu regime econômico-financeiro, e as bases para a cobrança pelo seu uso. Desta forma, passa-se a discorrer sobre as mudanças econômicas do Brasil que afetaram os mananciais hídricos.

Inicialmente, sempre se possuiu um modelo de apropriação integrado com as limitações da natureza. Quando o País foi descoberto havia plena parcimônia termodinâmica, visto que os indígenas primavam (e ainda tem por paradigma) as fontes renováveis de energia. A bacia amazônica fora habitada ao longo de milhares de anos por indígenas que desenvolveram uma ordem estruturada; acumularam conhecimentos e informações da

360 Os dados foram obtidos no documento eletrônico intitulado Recursos Hídricos no Brasil de publicação do Ministério do Meio Ambiente e da Secretaria de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/acervo/index.html>>. Acesso em: 01.05.07.

natureza, restando protegidos contra as adversidades que assolaram a perpetuidade da espécie.³⁶¹

Com a colonização, o modelo modificou-se. A lógica era extrair o máximo possível, remetendo-se os recursos naturais para a Europa, atitude esta que fora preconizada ao longo dos séculos. A industrialização no Brasil era limitada, proibida, posto o colonizador desejar o monopólio das atividades econômicas bem como manter o jugo sobre os colonizados.

A modificação do Estado na Europa, gradativamente flexibilizou as restrições existentes; com a vinda da família portuguesa para o Brasil (1808), oportunizou-se a mudança de posturas para a industrialização brasileira. Após a Independência (1822) a lógica liberal assolou, norteou, o desenvolvimento brasileiro e o sistema jurídico na segunda metade do Século XIX e início do Século XX, sendo contrária ao regime colonizador até então desenvolvido.

O Brasil, até a década de 30, foi eminentemente agroexportador, tendo na pauta poucos produtos primários (ouro, açúcar, algodão, borracha, café)³⁶². Os recursos hídricos, ainda que usados de forma sustentável, destinavam-se ao setor têxtil (cultura do algodão), à cafeicultura, ao setor alimentício, e às pequenas empresas da época.

Com o advento do Código Civil de 1916, os recursos hídricos sofrem incidência normativa direta, sendo tratados enquanto “bens”. Além da propriedade particular, o Código enfatizava o domínio dos entes políticos ao dispor sobre os bens públicos de uso comum do povo (exemplificativamente, mares e rios), sobre os bens públicos de uso especial, e os bens públicos de uso dominical. A legislação disciplinou ainda o direito de vizinhança, traçando regras que incidiam sobre os recursos hídricos (direitos e deveres entre vizinhos pelo curso das águas, captação, uso, indenizações e servidões).

Em termos práticos, os recursos hídricos, no Brasil, eram vistos enquanto bens, em nítida visão civilista e individualista.

361 Demonstrando o modo de vida indígena e apregoando a observância o modelo de desenvolvimento sustentável indígena, tem-se: CAVALCANTI, Clóvis. “Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica”. Desenvolvimento e natureza: Estudos para uma sociedade sustentável, 2003, p. 153-174.

362 Para uma completa análise do processo de industrialização no Brasil, sob a ótica econômica: GERMAUD, Amaury Patrick, VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de, TONETO JÚNIOR, Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2004.

O desenvolvimento do País através do setor agroexportador, a partir da década de 30, tornara-se insubsistente. Diante de um crescente e intenso processo de urbanização, ocorreu a transição de uma economia agroexportadora para uma de base industrial. A atividade volta-se para o mercado interno havendo um deslocamento do centro de atuação e distribuição das riquezas.

À época, editou-se uma legislação específica para os recursos hídricos, notadamente com o fito de assegurar, e regular, o abastecimento de energia elétrica para os setores em expansão.

A mudança de paradigmas fora firmada pelo Decreto nº. 24.643/34 que instituiu o Código de Águas. Em um corpo legislativo próprio, e específico, o regime jurídico hídrico encontrava-se disciplinado, tornando-se o Código Civil fonte supletiva para a regulação da matéria no Brasil.

Apesar de a legislação ter sido alterada, tem-se que a mudança de percepção dos Juristas, no Século XX, continuara atrelada aos padrões civilistas. O Código Civil que disciplinara as diversas matérias inerentes à vida em sociedade e fonte cotidiana de consulta e emprego dos aplicadores acabara por ofuscar o possível brilho do Código de Águas. Restara-lhe, como exigência imperiosa da época, regular o uso dos recursos hídricos pelas hidrelétricas que, atualmente, preponderam na estrutura da oferta interna de energia elétrica brasileira.

Nos moldes do Código Civil (que autorizava a retribuição pelo uso dos bens públicos³⁶³), o Decreto nº. 24.643/34 disciplinou especificamente o aproveitamento das águas públicas, facultando a cobrança pelo uso do bem público³⁶⁴.

A partir da segunda metade da década de 50 (1956-1960), no governo de Juscelino Kubitschek, intuiu-se o Plano de Metas, tendo se observado o auge do período da industrialização brasileira. Por meio deste, buscou-se a montagem e promoção de uma estrutura industrial integrada, instaurado-se as bases de uma economia industrial madura.

363 "Art. 68. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem" (Lei 3.071, de 1916 - Código civil de 1916. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/anterior_1960.htm>. Acesso em: 01.05.07.

364 Art. 36. É permitido a todos usar de quaisquer águas públicas, conformando-se com os regulamentos administrativos. (...) § 2º O uso comum das águas pode ser gratuito ou retribuído, conforme as leis e regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencerem. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643compilado.htm>. Acesso em: 01.05.07.

A industrialização que ocorrera no Brasil, crescente, posicionara os recursos hídricos como insumo produtivo ou, o que é pior, local onde despejar os resquícios imprestáveis da cadeia econômica.

Diante do crescimento populacional e a inversão de valores, a humanidade se deparou com uma dicotomia de difícil conciliação. Por um lado, bens escassos, finitos, e, por outro, necessidades (movidas pelo desejo) ilimitadas.

O modelo sustentável de apropriação da natureza instaurado pelos povos indígenas, fora radicalmente transformado. Após a utilização da natureza pela economia agroexportadora, o consumo dos bens ambientais ampliou-se, descontroladamente, diante da proliferação de indústrias, urbanização e do consumismo desmedido.

Os recursos hídricos, decantados em verso e prosa, sentiram a mão humana havendo, atualmente, escassez, poluição e degradação. O modelo de propriedade privada, mercantil, bem como o uso insustentável (poluição) dos bens ambientais tornaram-se inadmissíveis, notadamente em um País com extensa rede hídrica, onde pessoas morrem de sede e os mananciais encontram-se abalados.

Diante dessas adversidades, a ordem constitucional de 1988 vem a proclamar o meio ambiente enquanto direito fundamental da coletividade; o Constituinte afirma que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Constituição de 1988 rompe com as ideologias pretéritas, sendo o ponto de partida para um novo iniciar do sistema jurídico, sustentado por princípios, anseios e as necessidades sociais contemporâneas³⁶⁵.

Atento às perplexidades e aos desafios da atualidade, promulgou-se nova legislação sobre o tema, Lei nº. 9.433/97, comumente denominada por

365 José Afonso da Silva aborda o conceito de Constituição. Alerta o autor que: "A palavra constituição é empregada com vários significados, tais como: (a) 'Conjunto de elementos essenciais de alguma coisa (...)'; (b) 'Temperamento, compleição do corpo humano (...)'; (c) 'Organização, formação (...)'; (d) 'O ato de estabelecer juridicamente (...)'; (e) 'Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição (...)'; (f) 'A lei fundamental de um Estado'. Sob um prisma positivo, tem-se que "A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado." SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 37.

“Lei de Águas”. A mesma alinha-se aos anseios internacionais e nacionais reconfigurando, reposicionando, o papel que os recursos hídricos merecem neste Século XXI. Através da mesma concretiza-se o regime econômico e financeiro para os recursos hídricos.

Este trabalho objetiva traçar, discorrer, aprofundar, o regime econômico-financeiro dos recursos hídricos no Brasil. Além das presentes considerações, aborda-se, respectivamente, a ordem econômica financeira e os recursos na Constituição Federal de 1988, o regime legal da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, concluindo pelos avanços e desafios que o instituto propicia para o País.

Tendo em vista a supremacia constitucional, necessário a verificação de como o Texto Maior disciplina o mercado, a iniciativa privada e o Estado, no conflituoso tema do desenvolvimento sustentável, notadamente no que se refere aos recursos hídricos.

A Ordem Econômica e Financeira na Constituição Federal de 1988 e os Recursos Hídricos.

Não é dado mais ao intérprete o direito de desconhecer a ordem econômica inscrita na Constituição Federal. Palco de acirradas disputas, os dispositivos que tratam da ordem econômica e financeira detêm decisivo papel no que se refere ao uso dos recursos hídricos. Falar em ordem econômica e financeira, portanto, impõe a percepção da Constituição Econômica.

A Constituição Econômica reflete, traz em seu corpo, direciona, determina, um projeto nacional de desenvolvimento³⁶⁶, regulando a ação e a omissão dos que se submetem aos efeitos do texto constitucional. Essencialmente democrática e acolhedora de interesses conflitantes, classes diversas, interesses antagônicos, a Constituição, especialmente no que se refere à ordem econômica e financeira, prima pela conciliação agasalhando os diversos atores que permeiam o cenário nacional.

366 Propugnando a interpretação e leitura da Constituição Econômica e seu reflexo, interação, no desenvolvimento brasileiro, salienta-se a obra de: BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988, 2005.

O manejo dos recursos hídricos pelos particulares, pelo Estado e pela iniciativa privada impõe a compreensão do texto constitucional de acordo com a realidade circundante, sob pena de se obter uma pobre leitura dos dispositivos superiores (obtendo respostas indesejáveis, meramente técnicas) que coloca em risco o desenvolvimento sustentável e a garantia dos recursos hídricos para as presentes e futuras gerações.

Apesar da relevância que os fatores reais de poder detêm, necessário afirmar que compreender a Constituição Econômica, e seus efeitos quanto aos recursos hídricos enseja, importa, encaminha para a aplicação da própria Constituição (sendo esta vista em sua totalidade); não se cria, portanto, um sistema autônomo e diverso do próprio texto superior. A Constituição Econômica é a Constituição Política naquilo que se refere, disciplina, as relações econômicas.

A Constituição de 1988 expressa os anseios nacionais por mudanças, notadamente no que se refere à temática econômica; volta-se para a transformação das estruturas sociais.

A ordem econômica atual privilegia a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Tais alicerces, por si só, já bastariam para afastar o consumo desmedido dos recursos hídricos, a mercantilização do ser humano, o escravismo, e tantos outros males que assolam o Brasil.

No intuito de explicitar, resguardar, normatizar e adensar a ordem econômica e financeira tem-se que o legislador constituinte inscrevera um rol de princípios³⁶⁷ específicos ao tema, insertos nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição Federal. Assim, a ordem econômica rege-se pelos princípios expressos: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente (inclusive mediante tratamento diferenciado

367 Vem superando barreiras a corrente que entende a juridicidade dos princípios. Dividindo-se as normas em princípios e regras, passa-se, cada vez mais, a se priorizar os princípios em detrimento das regras, de sorte que estes postulados fundantes tornam-se o centro de qualquer debate ou análise jurídica que se faça. Os princípios jurídicos detêm amplo espectro de atuação, moldando a atuação dos poderes constitucionais. Todos devem se submeter a tais espécies normativas. O Legislativo há de se abster de expedir normas que lhes sejam contrárias, amoldando suas ações e as leis as diretrizes explícitas ou implícitas. O Executivo, ao seu turno, há de pautar a atividade que lhe é pertinente, concretizando as normas sem se afastar dos vetores que lhe são impostos, exigindo-se uma nova releitura da observância à legalidade estrita. O Judiciário, quando instado a se manifestar, deve concretizá-los, conferindo-lhes a existência e vida que os fatores reais de poder e a força normativa impõem.

conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação); redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O meio ambiente, portanto, (e nele estão inseridos os recursos hídricos) é postulado da ordem econômica e financeira, servindo, de viés interpretativo e normativo para a regulação estatal dos recursos hídricos no País.

A cobrança pelo uso recursos hídricos - enquanto instrumento econômico que visa resguardar o meio ambiente, propiciar o crescimento, o desenvolvimento da atividade econômica e proteger o domínio hídrico nacional - deve seguir o norte traçado pelo legislador constituinte, não podendo ser vista como mero mecanismo de arrecadação de receitas para os cofres públicos. Verifica-se, portanto, que sua utilização exige que os determinantes constitucionais sejam observados, evitando a mercantilização, degradação, apropriação, poluição, desperdício, subutilização, e tantas outras conseqüências deletérias a este imprescindível bem.

O intérprete não pode fechar os olhos para toda uma gama de empreendimentos que usam dos recursos hídricos enquanto insumo produtivo, razão pela qual estes princípios hão de influir no que se refere ao presente tema (ademais, o Estado não deve, de plano, proibir as atividades econômicas, pelo simples fato delas empregarem, utilizarem-se, dos bens ambientais). A iniciativa particular é valorizada no texto constitucional em face da atividade estatal, salvo as vedações ou restrições decorrentes de lei. Embora seja assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica (independentemente de autorização de órgãos públicos) compete ao Estado fixar limites, regras, padrões de conduta ou, caso contrário, a atividade econômica, ilimitada, tornar os recursos hídricos bens comerciáveis.

Detendo atuação subsidiária, o Estado afasta-se do mercado, deixando que os particulares promovam o bem estar de todos e propiciem o desenvolvimento econômico³⁶⁸; ciente de que o absentismo puro pode

368 Se o poder público - de certa forma - restringira-se frente à atividade econômica (atuação subsidiária), restou ressalvada, reafirmada, sua titularidade no que diz respeito aos serviços públicos. Em atenção às exigências contemporâneas, faculta-se a prestação dos mesmos por terceiros, mediante prévio procedimento licitatório, e através de regime de concessão ou permissão.

propiciar graves mazelas, o legislador constituinte impôs ao Poder Público o ônus-dever de normatizar e regular a atividade econômica, fiscalizando, incentivando e planejando.

O artigo 170 da Constituição Federal alinha-se, reforça, endurece o artigo 3º, que afirma os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Percebe-se que os recursos hídricos, quando manejados, hão de se subsumirem a todo o texto constitucional. O conflito de interesses, inerente ao desenvolvimento, deve ser resolvido no seio da constituição dirigente (vista não mais sobre o viés da programaticidade destituída de efetividade) bem como, na medida do possível, pelos anseios sociais revelados pelas expectativas congruentes.

O Estado, pautado e limitado por regramentos Constitucionais, há de proteger os recursos hídricos e a atividade econômica. Para resguardar o mercado, a Constituição determinou que o Poder Público atuasse no seio econômico.

A atuação estatal no que se refere à atividade econômica privada não é efêmera. Ao primar pelo desenvolvimento, o Estado lança mão de inúmeros mecanismos regulatórios influenciando o agir dos particulares, estimulando ou desestimulando as atividades econômicas. Com os recursos hídricos, especialmente pelo relevo que detém nas dimensões de direitos³⁶⁹, não poderia ocorrer de forma oposta.

Objetivando um meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, entendeu-se cobrar pelo uso dos recursos hídricos como forma de se

369 Paulo Bonavides enquadra o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente na terceira geração de direitos. Abeberando-se das lições de Vasak o Constitucionalista afirma: "A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação." BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 570.

equacionar os interesses conflitantes envolvidos³⁷⁰.

A cobrança é parte de um todo indissociável, de sorte que sua efetivação reforça e resguarda a outorga dos recursos hídricos, o sistema de gerenciamento, a participação da comunidade na defesa dos bens ambientais, a livre concorrência dos setores econômicos, o federalismo cooperativo, e o desenvolvimento sustentável.

No que diz respeito à regulação dos recursos hídricos enquanto tema afeto à ordem econômica e financeira, o maior questionamento que se levanta é quanto ao desenvolvimento econômico. É de se dizer: a regulação e a imposição de ônus econômicos refreiam o desenvolvimento de um determinado País?

Na verdade, tem-se uma falsa problematização. A comparação feita com os Estados “desenvolvidos” - que atingiram o grau de estabilidade atual pelo consumo de seus recursos naturais - não serve para o equacionamento da indagação exposta.

Dois razões surgem para afastar a comparação feita com o modelo econômico predatório dos países “desenvolvidos”.

A primeira decorre da escala de tempo adotada. Se, na atualidade, os mesmos encontram-se em uma posição econômica favorável, não é acertado afirmar que a estabilidade irá perdurar, notadamente em face da futura ausência do que consumir. Nestes termos, a estabilidade econômica é momentânea quando se projeta um futuro de incertezas climáticas e de restrições do consumo possível.

Ademais, o próprio conceito de desenvolvimento vem sendo redimensionado, de forma que se busca uma revisão de paradigmas, invertendo-se a ordem das coisas. A busca pelo econômico, enquanto fim, é equivocada, posto a moeda, propriamente considerada, nada valer. É possível propiciar o bem comum aos integrantes de uma comunidade através

370 Ricardo Carneiro aborda a economia do meio ambiente e os mecanismos para a correção das externalidades negativas. Preconizando a utilização de mecanismos econômicos correlacionados com a regulação direta, adverte o autor que: “A utilização de mecanismos econômicos na gestão ambiental deve, pois, sempre se dar em sintonia com a política de regulação direta. Dessa forma, por exemplo, a idéia da cobrança de um preço pela utilização de um curso d’água como receptor de efluentes industriais não pode prescindir da regra de controle que defina um padrão de qualidade das águas e limite a concentração máxima de um determinado poluente no ponto em que ocorre a emissão de resíduos no rio. Somente assim a indústria irá ajustar suas emissões aos níveis legalmente estabelecidos e ainda terá, posteriormente, estímulos econômicos para implementar reduções adicionais da poluição, desde que para tanto haja tecnologia disponível e valores de cobrança inversamente proporcionais à qualidade do efluente (quanto menor a qualidade, menor o valor a ser pago)”. CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*, p. 77.

de prestações positivas, havendo desenvolvimento nas regiões que assim atuaram em detrimento daquelas outras que primaram tão somente pelo aspecto monetário.

A supressão de direitos e garantias, com o intuito, falacioso, de acelerar o crescimento camufla verdadeiro retrocesso no processo histórico de declaração, positividade e concretização dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que a humanidade não pode estagna ou retroceder na busca pelo progresso, evidencia-se sua dependência ao meio ambiente e a seus recursos. O equacionamento, mais do que desejável, é plenamente possível e o caminho a ser trilhado; caso contrário, a caminhada - embora acelerada - não atingirá o final almejado.

Modificado o conceito de desenvolvimento, torna-se factível a vedação de condutas nocivas aos recursos hídricos, a viabilidade de novas tecnologias para purificação das águas, o consumo planejado, estruturado, democraticamente deliberado e decidido; passa-se de uma sociedade individualista e desorganizada, para um modelo plural voltado para fins comuns.

A Constituição Econômica é o meio pelo qual se torna possível a compreensão total do texto constitucional; sua evolução ao longo da história, e os atuais fatos sociais, direcionam para uma ordem econômica que alinha o Estado e a iniciativa privada em prol de um interesse comum: o resguardo dos recursos hídricos no País. Para o equacionamento entre os interesses do Poder Público e dos particulares, tem-se a cobrança enquanto resposta, especialmente diante da necessidade de se alcançar o desenvolvimento sustentável neste Século XXI.

Neste novo contexto, fraterno, solidário, plural, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos torna-se factível, possível, viável, exigível, devendo ser interpretada, assimilada, vivenciada. Passa-se a compreensão do regime legal da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, como meio de se atingir as perplexidades que assolarão os intérpretes neste novo Século.

O regime da cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

O instrumento econômico de cobrança pelo uso dos recursos hídricos encontra-se interligado, inserido, associado, abrangido, por toda uma rede

normativa que visa, em última instância, o resguardo dos bem ambientais para a perpetuidade da vida humana no Planeta Terra.

Neste sentido a Política Nacional do Meio Ambiente, enquanto marco infraconstitucional, visa o desenvolvimento socioeconômico, os interesses da segurança nacional e a proteção da dignidade da vida humana (Lei nº. 6.938/81, art. 2º).

Como se infere do texto legal, o desenvolvimento econômico encontra-se umbilicalmente atrelado ao desenvolvimento social formando um todo indissociável e indivisível. O exegeta deve primar pelo desenvolvimento socioeconômico no preciso, expressivo e didático termo empregado pela lei.

Ainda na linha do preceituado pela Política Nacional do Meio Ambiente tem-se que a ação governamental almeja a manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido para o uso coletivo.

Busca-se a racionalização do uso dos bens ambientais, dos recursos hídricos, sem se descurar do adequado planejamento e da necessária fiscalização; compete ao Poder Público proteger os ecossistemas, preservar as áreas representativas, controlar e zonestar as atividades potencial ou efetivamente poluidoras, incentivar o estudo e a pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional, proteger os recursos ambientais, acompanhar o estado da qualidade ambiental, recuperar as áreas eventualmente degradadas e educar a população em todos os níveis do ensino para a participação ativa na defesa do meio ambiente.

A política específica para o setor hídrico foi traçada pela Lei nº. 9.433/97 que complementa, integra, e aperfeiçoa o sistema legal de proteção ambiental. A Política Nacional de Recursos Hídricos fundamenta-se em pilares principais insertos em seu art. 1º. Posicionou-se a água enquanto bem de domínio público, sendo um recurso natural limitado e dotado de valor econômico. Assim, nas hipóteses de escassez, prioriza-se o consumo humano e a dessedentação de animais. Havendo disponibilidade, a gestão deve proporcionar o uso múltiplo, sendo descentralizada e efetivada pela participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades; a Política Nacional implementa-se por bacia hidrográfica, sendo esta a unidade territorial de atuação escolhida.

Visando instrumentalizar a atuação do Executivo, o Legislativo dotou-lhe dos instrumentos que seguem: os Planos de Recursos Hídricos; o

enquadramento dos corpos de água em classes (segundo os usos preponderantes da água); a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; a cobrança pelo uso de recursos hídricos; a compensação a municípios; e o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos foi disciplinada especificamente nos arts. 19, 20, 21 e 22 da Lei de Águas. A mesma enseja o reconhecimento do caráter econômico do bem, indica o real valor aos usuários, incentiva a racionalização, e possibilita a obtenção de recursos financeiros para o financiamento de programas e intervenções governamentais.

A cobrança só ocorre quando houver a outorga para uso dos recursos hídricos³⁷¹. A outorga é o instrumento jurídico pelo qual o Poder Público faculta ao usuário o acesso ao bem, sem ensejar a alienação do mesmo. Por meio dela, permite-se o controle, planejamento, gestão, racionamento, realocação dos recursos. A outorga materializa os objetivos da Lei de Águas, possibilitando-se a integral e efetiva gestão dos recursos hídricos no Brasil.

Deferida a outorga, abre-se espaço para a cobrança, sendo aquela um pressuposto jurídico desta.

A Lei de Águas (Lei nº. 9.433/97) traz parâmetros para a fixação dos valores cobrados consoante o modo de utilização dos recursos hídricos.

Nas hipóteses de captações, extrações e derivações, há de se observar o volume retirado e seu regime de variação. Já quando houver lançamentos de esgotos e demais resíduos (líquidos ou gasosos), a baliza a ser empregada é o volume lançado e seu regime de variação, bem como as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do afluente.

Nestes termos, a autoridade competente para estabelecer os valores deverá, necessariamente e motivadamente, atender, pautar-se, observar, estes parâmetros, sob pena de ofensa à lei de regência.

A Lei nº. 9.433/97, em seu art. 22, traça o modo de distribuição dos valores arrecadados determinando que os recursos obtidos devem ter aplicação

371 O art. 12 da Lei de Águas afirma sujeitarem-se a outorga os seguintes usos de recursos hídricos: "I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo; III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final; IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água. (Lei nº. 9.433/97).

prioritária na bacia hidrográfica em que foram gerados, sendo utilizados para financiar estudos, programas, projetos, obras, bem como nas despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos³⁷².

A receita pode ser aplicada a fundo perdido, desde que em projetos e obras que alterem, de modo considerado benéfico à coletividade, a qualidade, a quantidade e o regime de vazão de um corpo de água.

Além dos parâmetros legais, necessário explicitar o procedimento adotado para a obtenção dos valores a serem cobrados.

O primeiro passo ocorre pelo processo de outorga, sendo competente o Poder Executivo de cada esfera federativa.

A Lei de Águas estabelece o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, definindo a sua composição: o Conselho Nacional de Recursos Hídricos; a Agência Nacional de Águas; os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal; os Comitês de Bacia Hidrográfica; os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos; e, as Agências de Água. Sua observância permitirá compreender os entes e órgãos responsáveis pela fixação, instituição, da cobrança.

É objetivo precípua do Sistema Nacional de Recursos Hídricos a promoção da cobrança pelo uso dos recursos hídricos (art. 32, V), consoante estabelecido pela Lei nº. 9.433/97.

Em âmbito nacional, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos tem por fim articular os órgãos integrantes do sistema, arbitrar (em última instância administrativa) os conflitos existentes, deliberar sobre questões que lhes sejam encaminhadas, analisar propostas de alterações da legislação e da política pertinente aos recursos hídricos, bem como estabelecer critérios gerais e diretrizes para aplicação da cobrança.

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos, diante de sua atribuição legal, tem competência para regular as questões relativas à cobrança dos recursos hídricos. Para tanto, por intermédio da Resolução nº. 21, de 14 de março de 2002, foi instituída a Câmara Técnica Permanente de Cobrança pelo Uso de Recursos Hídricos.

372 Ciente da possibilidade de desvirtuamento, o legislador limitou o emprego das receitas obtidas no custeio das atividades administrativas em sete e meio por cento do total arrecadado.

Compete a Câmara, de acordo com o art. 2º da Resolução nº. 21: propor critérios gerais para a cobrança pelo uso de recursos hídricos; analisar e sugerir diretrizes complementares para a implementação e aplicação do instrumento; propor diretrizes e ações conjuntas para a integração e otimização de procedimentos entre as instituições responsáveis pela cobrança; analisar os mecanismos de cobrança e os valores pelo uso dos recursos hídricos sugeridos pelos Comitês de Bacias Hidrográficas; avaliar as experiências em implementação dos processos de cobrança pelo uso dos recursos hídricos, considerando os procedimentos adotados e resultados obtidos.

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos, em 21 de março de 2005, publicou a Resolução nº. 48, que estabelece os critérios para a cobrança no Brasil. Os parâmetros fixados devem ser observados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos competentes Comitês de Bacia Hidrográfica na elaboração dos atos normativos que venham disciplinar a matéria.

A Resolução nº. 48 ressalta os fins da cobrança, especificando e adensando os parâmetros já traçados pela Lei nº. 9.433/97. São objetivos a serem perseguidos: o reconhecimento de que a água é um bem público³⁷³, limitado, dotado de valor econômico, de forma que o usuário saiba o seu real valor; o incentivo à racionalização do uso da água e de sua conservação, recuperação e manejo sustentável; a obtenção de recursos financeiros para o financiamento de estudos, projetos, programas, obras e intervenções, contemplados nos Planos de Recursos Hídricos, propiciando-se benefícios diretos e indiretos à sociedade; o estímulo ao investimento em despoluição, reuso, proteção e conservação, bem como a utilização de tecnologias limpas e poupadoras dos recursos hídricos, de acordo com o enquadramento dos corpos de águas em classes de usos preponderantes; e, a indução à conservação, ao manejo integrado, à proteção e à recuperação dos recursos hídricos, com ênfase para as áreas inundáveis e de recarga dos aquíferos, mananciais e matas ciliares, por meio de compensações e incentivos aos usuários.

373 Paulo José Leite Farias questiona em sua obra se os recursos hídricos são bens jurídicos econômicos ou Ecológicos. Demonstra o autor que é possível uma nova visão sobre os recursos ambientais, deixando o ser humano de ser o centro, foco, do debate, ao se equiparar aos demais seres vivos que habitam o Planeta Terra: Gaia. Para uma análise mais detida do tema: FARIAS, Paulo José Leite. Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

A cobrança será efetuada pela entidade ou órgão gestor de recursos hídricos ou, por delegação destes, pela Agência de Bacia Hidrográfica (ou entidade delegatária) sendo que condiciona-se aos seguintes fatores: à proposição das acumulações, derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes pelo respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica e sua aprovação pelo respectivo Conselho de Recursos Hídricos; ao processo de regularização de usos de recursos hídricos sujeitos à outorga na respectiva bacia, incluindo o cadastramento dos usuários da bacia hidrográfica; ao programa de investimentos definido no respectivo Plano de Recursos Hídricos devidamente aprovado; à aprovação pelo competente Conselho de Recursos Hídricos, da proposta de cobrança, tecnicamente fundamentada, encaminhada pelo respectivo Comitê de Bacia Hidrográfica; à implantação da respectiva Agência de Bacia Hidrográfica ou da entidade delegatária do exercício de suas funções.

Tem-se que a cobrança só será devida após o atendimento das formalidades legais, posto serem pressupostos lógicos; o Poder Público restou condicionado à definição dos usos insignificantes (não sujeitos a cobrança), à regularização das outorgas, ao programa de investimentos, à proposta de cobrança, sua aprovação e ao exercício pela entidade competente.

Os valores não são aleatoriamente obtidos.

A Resolução estabelece os mecanismos para sua fixação, que devem levar em conta três possíveis enquadramentos: I – derivação, captação e extração; II - lançamento com o fim de diluição, assimilação, transporte ou disposição final de efluentes; ou, III - demais tipos de usos ou interferências que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água de um corpo hídrico.

No primeiro grupo, o Poder Público pauta-se pela: natureza do corpo de água (superficial ou subterrâneo); classe em que estiver enquadrado o corpo de água, no ponto de uso ou da derivação; a disponibilidade hídrica; grau de regularização assegurado por obras hidráulicas; vazão reservada, captada, extraída ou derivada e seu regime de variação; vazão consumida, ou seja, a diferença entre a vazão captada e a devolvida ao corpo de água; finalidade a que se destinam; sazonalidade; características e a vulnerabilidade dos aquíferos; características físicas, químicas e biológicas da água; localização do usuário na bacia; práticas de racionalização, conservação, recuperação e manejo do solo e da água; condições técnicas, econômicas,

sociais e ambientais existentes; sustentabilidade econômica da cobrança por parte dos segmentos usuários; e, práticas de reuso hídrico.

Já nas hipóteses de lançamento com fim de diluição, assimilação, transporte ou disposição final de efluentes (segundo grupo), os valores fixados devem observar: a natureza do corpo de água; a classe em que estiver enquadrado o corpo de água receptor no ponto de lançamento; a disponibilidade hídrica; o grau de regularização assegurado por obras hidráulicas; a carga de lançamento e seu regime de variação, ponderando-se os parâmetros biológicos, físico-químicos e de toxicidade dos efluentes; a natureza da atividade; a sazonalidade do corpo receptor; as características e a vulnerabilidade das águas de superfície e dos aquíferos; as características físicas, químicas e biológicas do corpo receptor; a localização do usuário na bacia; as práticas de racionalização, conservação, recuperação e manejo do solo e da água; o grau de comprometimento que as características físicas e os constituintes químicos e biológicos dos efluentes podem causar ao corpo receptor; as vazões consideradas indisponíveis em função da diluição dos constituintes químicos e biológicos e da equalização das características físicas dos efluentes; a redução da emissão de efluentes em função de investimentos em despoluição; o atendimento das metas de despoluição programadas nos Planos de Recursos Hídricos pelos Comitês de Bacia; a redução efetiva da contaminação hídrica; e, a sustentabilidade econômica da cobrança por parte dos segmentos usuários.

Quanto ao terceiro grupo (demais tipos de usos ou interferências que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água de um corpo hídrico), os critérios a serem levados em consideração para fixação dos valores da cobrança são: a natureza do corpo de água (superficial ou subterrâneo); a classe em que estiver enquadrado o corpo de água, no ponto de uso ou da derivação; a disponibilidade hídrica; a vazão reservada, captada, extraída ou derivada e seu regime de variação; a alteração que o uso poderá causar em sinergia com a sazonalidade; as características físicas, químicas e biológicas da água; as características e a vulnerabilidade dos aquíferos; a localização do usuário na bacia; o grau de regularização assegurado por obras hidráulicas; a sustentabilidade econômica da cobrança por parte dos segmentos usuários; e a finalidade do uso ou interferência.

De acordo com critérios e parâmetros referentes a qualidade, quantidade, localização e as peculiaridades das unidades hidrográficas há a

possibilidade de diferenciação dos valores a serem cobrados, podendo ainda existir mecanismos de incentivo e redução, consoante investimentos dos segmentos econômicos e usuários que proporcionem sustentabilidade ambiental à bacia.

Todos os valores e limites devem ser efetivamente definidos conforme critérios técnicos e operacionais acordados nos comitês de bacia hidrográfica e órgãos gestores, com a aprovação pelo respectivo Conselho de Recursos Hídricos; caso o usuário sinta-se lesado, é possível solicitar a revisão do valor final expondo, fundamentadamente, sua pretensão ao Comitê de Bacia Hidrográfica e, em grau de recurso, ao Conselho de Recursos Hídricos. Como é cediço, possível ainda o socorro ao Poder Judiciário buscando provimento jurisdicional que afaste eventuais ilegalidades do Poder Público.

Após a fixação de uma moldura geral em âmbito nacional (pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos) verifica-se que os Comitês locais passam a sugerir os valores a serem cobrados ao ente outorgante.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica³⁷⁴ tem como área de atuação: a totalidade de uma bacia hidrográfica; a sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou, um grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas (art. 37, incisos), competindo-lhes estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados.

Em face da prévia existência de um ou mais Comitês de Bacias Hidrográficas torna-se possível a criação da Agência de Água, secretaria executiva de um ou mais Comitês. A Agência de Água em face de sua capacidade técnica, estrutura humana e material que dispõe, propõe, indica, ao respectivo comitê (ou comitês) os valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos e o plano de aplicação dos recursos arrecadados com a cobrança, em nítida atividade cooperativa.

Havendo delegação do ente outorgante, tem-se que as Agências de Águas podem praticar os atos executórios pertinentes a cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

374 Art. 39. Os Comitês de Bacia Hidrográfica são compostos por representantes: I - da União; II - dos Estados e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação; III - dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação; IV - dos usuários das águas de sua área de atuação; V - das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

Em síntese, tem-se que o Conselho Nacional de Recursos Hídricos traça os parâmetros gerais; os critérios para os valores e limites são acordados nos comitês de bacias junto com os órgãos gestores, competindo ao Conselho de Recursos Hídricos a aprovação. Já a cobrança, opera-se por meio do órgão gestor dos recursos hídricos, facultando-se, ainda, a delegação para a agência da bacia, ou a subdelegação para órgão, entidade, outrem.

Assim, passam-se as considerações pertinentes ao instituto da cobrança, a título de conclusão.

Conclusão.

Após a demonstração dos principais aspectos pertinentes a cobrança pelo uso dos recursos hídricos (de domínio da União, Estados e Distrito Federal), necessário discorrer sobre os desafios que perpassam o instituto, com o fim de fomentar o debate e propor melhoras para o sistema.

De regra, compete a doutrina e aos tribunais pátrios a definição da natureza jurídica de determinado instituto diante da omissão, ou mesmo contradição, do Legislador. O trabalho permite a superação das dúvidas, incertezas, angústias e aflições, propiciando um terreno sólido para os que manejam as ferramentas jurídicas.

Assim, o primeiro passo a ser dado é quanto à natureza deste instituto jurídico.

Não parece apropriado afirmar que a cobrança detém natureza jurídica tributária.

O conceito de tributo, apesar das críticas, fora didaticamente posto no Código Tributário Nacional Brasileiro³⁷⁵, como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (CTN, art. 3º). Indispensável, portanto, a existência concomitante de todos os requisitos, sob pena do objeto de estudo não possuir natureza tributária³⁷⁶.

375 Lei nº. 5.172/66.

376 Para uma compreensão da análise do tributo, bem como do papel que o Código Tributário representa no Direito Brasileiro, vide: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 2001.

A cobrança não objetiva atingir o patrimônio econômico do contribuinte, nem visa, primordialmente, gerar riquezas para o Estado; inexistente a intenção de se atingir fatos da vida em sociedade que caracterizem aspectos econômicos, nos moldes traçados pelo Código Tributário Nacional.

Acresce-se que a mesma não detém natureza compulsória. O agente econômico busca o Poder Público para obter a outorga, havendo um encontro de vontades para a realização do ato. Frise-se que os atos lícitos, quando cobrados, não precisam ser onerados por espécies tributárias; a obtenção de receitas pelo Estado pode ocorrer por mecanismos não tributários, sem qualquer ofensa a lei.

Apesar do exposto, necessário verificar se o instituto da cobrança é uma espécie de taxa, figura que lhe é mais aproximada

As taxas, que não podem ter base de cálculo própria dos impostos, são tributos vinculados, ou seja, atrelam-se a uma determinada atividade estatal ofertada ao contribuinte. Tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público, específico e divisível, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

O Código Tributário Nacional afirma que o poder de polícia é a atividade da administração pública que, ao limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (CTN, art. 78).

Interpretando-se o texto legal, difícil enquadrar o uso dos recursos hídricos em uma das hipóteses especificadas para o poder de polícia. O poder de polícia deve limitar as liberdades individuais, o que não se verifica no presente caso posto os recursos hídricos encontrarem-se, previamente, no domínio estatal. Para a incidência das taxas, mister uma manifestação concreta da atividade estatal sobre a liberdade individual e no interesse da comunidade. No que se refere aos recursos hídricos, não se está a limitar qualquer liberdade individual, mas sim a regular o exercício de um bem que se encontra sob o domínio do Estado.

Os serviços públicos específicos (destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas) e divisíveis

(suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários) quando utilizados pelo contribuinte efetivamente (usufruídos a qualquer título) ou potencialmente (sendo de utilização compulsória, encontrem-se postos à disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento) são passíveis de serem taxados.

Aqui é relevante estabelecer uma diferenciação e corte metodológico. Como delineado, a cobrança incide sobre aqueles que obtêm a outorga para uso dos recursos hídricos, razão pela qual a análise se afasta da relação jurídica existente entre entidades prestadoras ou fornecedoras dos serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto e consumidores finais.³⁷⁷

Acerca da cobrança pelo uso dos recursos hídricos decorrente de atos de outorga, não existe um posicionamento definitivo dos tribunais pátrios.

O próprio Supremo Tribunal Federal vem afastando a natureza tributária dos serviços de águas e esgotos, de modo que razão não há para se qualificar como taxa a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, especialmente diante da natureza pública do bem.

Tratando-se de uso de bens públicos, por particulares, ocorre a incidência das normas de Direito Administrativo, possibilitando que os usuários exerçam o uso específico, parcial ou total, de um determinado bem público³⁷⁸.

O exercício não é plenamente discricionário, sujeitando-se ao regime jurídico específico dos bens públicos, notadamente a compatibilidade com o interesse público, o consentimento da administração, a observância de condições prefixadas pelo Poder Público, a precariedade e ao pagamento de preço. Integram o regime jurídico dos bens públicos as características de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.

377 A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça vinha se posicionando quanto a natureza tributária da cobrança destes serviços, diante de sua compulsoriedade (Superior Tribunal de Justiça, REsp 848287/RS. Relator Ministro José Delgado. Julgado pela 1ª Turma em 17/08/2006 e publicado no DJ 14.09.2006, p. 289). Ocorre que a matéria não é pacífica; o Supremo Tribunal Federal entende que o valor cobrado a título de água e esgoto possui natureza de preço público, não se sujeitando, portanto, ao regime tributário (Supremo Tribunal Federal, RE 447536. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado pela Segunda Turma em 28/06/2005 e publicado no DJ 26.08.2005, p. 65). A jurisprudência consolidada na Corte Suprema afirma que o consumidor delibera livremente sobre os limites de seu consumo, razão pela qual não se cuida de tributo, mas preço público. Desta feita, não se sujeita aos parâmetros estritos da legalidade tributária, nem dos demais cânones desta seara do Direito.

378 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2003.

Tratando-se o tema de uso de bens públicos por particulares, tem-se que os atos de outorga e cobrança não se sujeitam aos mandamentos e restrições tributárias, evidenciando-se a face administrativa na regulação estatal formalizada, instrumentalizada, pela Lei nº. 9.433/97 e pela Resolução nº. 48 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos que disciplinam o regime econômico-financeiro dos recursos hídricos.

Fixada sua natureza, necessário reiterar que a cobrança, e mesmo os recursos hídricos, não devem ser assimilados enquanto meros mecanismos, ferramentas, procedimentos, atos, formalidades, do Poder Público.

Evitando a utilização de argumentos que poderiam ser taxados de extrajurídicos, infere-se que a Constituição Federal de 1988 impõe um novo repensar sobre a questão tratada. Além dos já tradicionais dispositivos que afirmam a titularidade da água (enquanto bem) à União, aos Estados Federados e ao Distrito Federal, outros de igual preponderância jurídica integram o corpo constitucional. Assim, a defesa dos recursos hídricos efetiva os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil, bem como a ordem econômica e financeira esculpida no Texto Maior.

Compreender a supremacia constitucional não é tão somente buscar o comparativo entre uma norma de menor hierarquia com um dos dispositivos insertos no texto maior. Deve o exegeta primar por uma leitura compreensiva das normas pátrias conforme a Constituição, compreendida como um todo uno e inquebrantável. É de se dizer: não existem microsistemas internos à norma maior, mas apenas a própria Constituição.

A elevação dos recursos hídricos ao status constitucional talvez seja o primeiro, mas não o último passo da caminhada.

Demonstrado o *locus* normativo dos recursos hídricos, imediatas conseqüências e desdobramentos decorrem. A interpretação conglobada do texto constitucional afasta exegeses isoladas, particularizadas, que observam e verificam o objeto de estudo por um único prisma. O extremismo não se alinha com a verdade, posto não levar em consideração a outra face que lhe integra.

Não se propugna o meio termo ou uma solução eclética, conciliadora; busca-se sim a compreensão dos recursos hídricos, e de sua cobrança, consoante a posição que lhes fora conferida na Constituição e no ordenamento jurídico. Se não é possível entender o tema sob uma ótica

privada, igualmente peca afirmar que a água é um bem dominical dos entes políticos, passível de alienação em face do interesse “particular” do governante de plantão, como ocorrera no passado.

Afastando-se a idéia de alienabilidade e de domínio dominical, o debate transmuda-se para a efetividade da cobrança pela utilização dos recursos hídricos, notadamente pela sociedade capitalista que sofre com os impactos ambientais de seus atos. Vetustos dispositivos, e interpretações afetas ao Direito Civil, devem distanciar-se da matéria em apreço.

Trabalhar o desenvolvimento sustentável em um País com enormes desigualdades sociais e regionais não é tarefa simplória. Embora o aparato jurídico tenha sido criado, exige-se a plena participação da sociedade para a efetividade normativa, além da implementação de políticas públicas e condições materiais por parte do Estado³⁷⁹. Necessário enfrentar o esquecido problema de efetividade normativa, sob pena de o instituto tornar-se mostruário, enquanto a população – carente - padece pela falta de água; para tanto, a Constituição Econômica e um atualizado modelo de Constituição Dirigente podem ser soluções viáveis.

Chegará o momento em que a situação tornar-se-á crítica a tal ponto que a pressão social impulsionará a defesa e a cobrança dos recursos hídricos. Clama-se para que a ignorância humana não cruze a barreira onde o caminho torna-se sem volta.

Falar em intervenção estatal não é tarefa das mais fáceis. Muitas das vezes fere-se o interesse privado, egoístico, e particular, de forma que o assunto tenta ser descaracterizado por meio de todos os ardis. Caminhos espinhosos, como a cobrança, que ensejam a ampliação dos custos - nunca são desejáveis.

Embora tenha se traçado uma avançado aparato legislativo para a instituição, procedimento, fixação, da cobrança, bem como a destinação e fiscalização dos recursos obtidos, percebe-se que nem sempre o disposto na lei torna-se realidade.

Num País com extensa rede hídrica, o instrumento é pouco utilizado, razão pela qual acaba por ensejar problemas múltiplos, de ordem administrativa, política, econômica, financeira e concorrencial. A sociedade,

379 Para uma abordagem dos novos desafios surgidos com o advento da globalização, o papel que o Judiciário detém no equacionamento dos conflitos sociais, e a inserção dos Estados contemporâneos em uma economia mundo, vide a obra: FARIA, José Eduardo. O Direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros. 2004.

além de pouco instruída, volta-se para enfrentamentos outros, relegando os recursos hídricos (nos moldes institucionais pré-estabelecidos) para segundo plano³⁸⁰.

Aqueles que se debruçam sobre a cobrança pelos recursos hídricos devem vislumbrar as barreiras até então pouco questionadas pelos juristas, como: os problemas e desequilíbrios que a cobrança, de modo não uniforme, ocasiona para a iniciativa privada; a ingerência dos atores, na fixação dos preços, tendo em vista o financiamento privado das campanhas eleitorais; a correta destinação das receitas auferidas, especialmente diante da possibilidade das mesmas serem empregadas no custeio da máquina pública; a multiplicidade de critérios para a estipulação dos preços, que propiciam o abuso, o desvio, e as arbitrariedades; a mercantilização do bem público; e, a questão da escassez que se avizinha.

Desnecessário dizer que, à medida que o Brasil se desenvolve, cresce, ou apenas muda sua base econômico-produtiva, os recursos hídricos vão sendo empregados, utilizados, desprestigiados, por aqueles que primam pelo espectro econômico, em detrimento do social, do ambiental, e da sustentabilidade. Assim, em que pese os novos desafios e as dificuldades, a afirmação expressa da cobrança pelo uso dos recursos hídricos e o delineamento de um regime econômico-financeiro para a mesma, por si só, já são passos concretos para a preservação e à continuidade dos recursos hídricos no Brasil.

380 Amartya Sen bem demonstra que não apenas o crescimento econômico pode propiciar o desenvolvimento, mas, também, a criação de oportunidades sociais pode servir para tal desiderato. Neste sentido: "O fato de que o direito às transações sociais tende a ser um grande motor do crescimento econômico tem sido amplamente aceito. Mas muitas outras relações permanecem pouco reconhecidas, e precisam ser mais plenamente compreendidas das análises políticas. O crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa. Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento das rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar. Analogamente, a criação de oportunidades sociais por meio de serviços como educação pública, serviços de saúde e desenvolvimento de uma imprensa livre e ativa pode contribuir para o desenvolvimento do crescimento econômico e das taxas de mortalidade" SEN, Amartya, *Desenvolvimento como Liberdade*, p. 57.

Referências Bibliográficas

- BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARNEIRO, Ricardo. Direito Ambiental: uma abordagem econômica, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade da Economia: Paradigmas alternativos de realização econômica. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). Desenvolvimento e Natureza: Estudos para uma sociedade sustentável. 4. ed. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2003.
- DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FARIA, José Eduardo. O Direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros. 2004.
- FARIAS, Paulo José Leite. Água: Bem Jurídico Econômico ou Ecológico?. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- GERMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea: São Paulo, Atlas, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2003.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RÍOS IBÉRICOS TRANSFRONTERIZOS

Sergio Salinas Alcega

I. VECTORES PRINCIPALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES. II. EL REFLEJO DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES EN LA REGULACIÓN DE LOS RÍOS IBÉRICOS TRANSFRONTERIZOS. III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RÍOS HISPANO-FRANCESES. 1. Regímenes específicos de cooperación hispano-francesa en materia de aguas. 2. La adaptación del régimen jurídico de las aguas hispano-francesas al Derecho de los cursos de agua internacionales. El Acuerdo administrativo de 2006. IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RÍOS HISPANO-PORTUGUESES. 1. La condición de los ríos como elementos de delimitación fronteriza y el régimen de la navegación y la pesca. 2. La regulación del aprovechamiento hidroeléctrico. 3. La actualización de la cooperación hídrica hispano-portuguesa respecto al nuevo Derecho de los cursos de agua internacionales. El Convenio de Albufeira. V. CONCLUSIONES.

VECTORES PRINCIPALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES.

La incertidumbre respecto de la disponibilidad de agua en cantidad y calidad suficientes en un futuro próximo, unida a la trascendencia de los cursos de agua compartidos entre varios Estados en el conjunto total de recursos hídricos disponibles, han hecho que el régimen jurídico internacional de éstos haya experimentado una serie de avances destacables en los últimos tiempos. No es nuestro propósito llevar a cabo un análisis profundo de esos avances, que no sólo se aparta del objeto de este estudio, los ríos ibéricos transfronterizos, sino que además excedería de las dimensiones a las que el mismo se debe ceñir, pero sí parece oportuno apuntar algunas líneas por las que discurre la evolución de ese ordenamiento, para trasladarlas posteriormente a la regulación de los ríos internacionales que interesan a España.

Dos son los vectores principales por los que se guía el progreso de este sector del Derecho internacional: el mantenimiento de un grado importante de relatividad y la ampliación del objeto material de regulación y de los principios de la misma, entre los que las preocupaciones ambientales, centradas en la garantía de la sostenibilidad de esos cursos de agua, pasan a ocupar un lugar preferente. Respecto de la primera de ellas debe recordarse que la relatividad ha sido desde el principio un rasgo característico del Derecho fluvial internacional. El peso de los intereses presentes en cada caso, en función de los condicionantes políticos, económicos o estratégicos de los Estados involucrados, ha impedido la adopción de reglas generales aplicables en todos los supuestos. En lugar de eso el régimen jurídico de cada río internacional se ha establecido en base a textos adoptados por los Estados concernidos y que se adaptan a las circunstancias concretas, pudiendo encontrarse soluciones divergentes en relación con las seguidas en otros casos en los que el equilibrio de intereses era distinto, incluso aunque existiese una coincidencia respecto de los Estados involucrados.

Ese esquema se mantiene en la actualidad, si bien con ciertas modificaciones como consecuencia de los factores señalados al comienzo. Así, aunque la existencia de regímenes particulares sigue teniendo un peso esencial en la configuración del Derecho de los cursos de agua internacionales, ahora se combina con la adopción de una serie de textos de alcance general, entre los que deben destacarse la Convención de Nueva York sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de mayo de 1997; el Con-

venio de Helsinki sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, de 17 de marzo de 1992; o 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, siendo los dos últimos de ámbito europeo.

Esa coexistencia de aproximaciones aparentemente contradictorias se hace posible por la condición de Acuerdos marco de los textos citados, que no establecen un régimen jurídico uniforme sino que consolidan una serie de principios de aplicación general a todos los cursos de agua internacionales, que posteriormente son adaptados a las circunstancias específicas de cada caso mediante acuerdos concluidos por los Estados concernidos. Esa condición de disposiciones marco resulta inherente a la Directiva, que incluso la recoge en su propia denominación, y se señala de manera expresa en los artículos 3 y 9 de la Convención de Nueva York y del Convenio de Helsinki respectivamente, en los que se apunta el posterior desarrollo de los mismos mediante lo que en el primero de ellos se denomina *Acuerdos de curso de agua*, a través de los cuales se adaptan y aplican las disposiciones del texto general a las características y usos de un determinado curso de agua internacional, o de una parte de él.

De esa manera los textos generales juegan un doble papel: de modelo para la posterior traslación de los principios generales en ellos recogidos a los Acuerdos específicos, que se ajustan a las circunstancias particulares de cada caso, y como Derecho supletorio de dichos regímenes particulares. De hecho una de las manifestaciones del primero de esos efectos, el de modelo de normas más específicas, tiene lugar en el marco del régimen jurídico de los ríos ibéricos transfronterizos puesto que el 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, se inserta, según se señala en su Preámbulo, en el Derecho internacional y comunitario sobre medio ambiente y del aprovechamiento sostenible del agua, inspirándose de manera significativa tanto en la Directiva marco de aguas como en el Convenio de Helsinki, cuestión a la que atenderemos en su momento.

Por lo que respecta a la segunda línea de fuerza de la evolución del Derecho de los cursos de agua internacionales, la relativa a la extensión del

objeto de estudio, deben apuntarse dos aspectos, a los que ya aludíamos al comienzo: por una parte la ampliación de los recursos hídricos sometidos a esa regulación y por otra la introducción de nuevos objetivos entre los que destacan las preocupaciones medioambientales, que pueden sintetizarse en la garantía de la sostenibilidad de los cursos de agua.

El primer aspecto guarda relación con la diversificación de los aprovechamientos de los cursos de agua internacionales, que lógicamente va a tener su reflejo en el régimen jurídico de los mismos. En un principio el interés del Derecho internacional en esas aguas transfronterizas se centraba casi exclusivamente, dejando de lado su condición de elementos de delimitación fronteriza, en la navegación, que debido a la ausencia de dificultades para garantizar el abastecimiento para otros usos como los agrícolas o los industriales, era el único aspecto en el que existían intereses contradictorios en el plano internacional que era necesario regular. Sin embargo, el régimen jurídico de las aguas transfronterizas ha experimentado una importante transformación debida a un conjunto de factores entre los que destacan el desarrollo tecnológico y el incremento demográfico. El primero hizo que la condición tradicional de los grandes ríos internacionales como vías privilegiadas para el transporte y las comunicaciones perdiese peso, tanto por la mayores posibilidades de explotación de los otros usos de esos ríos como por la aparición de medios alternativos para ese transporte y esas comunicaciones. Por su parte el incremento demográfico incidió, y sigue haciéndolo cada vez más, a través del aumento de las necesidades del recurso.

El resultado es que a partir de mediados del siglo XX la navegación pierde el lugar central en el régimen jurídico de los ríos internacionales, que pasa a ser ocupado por los usos industriales, agrícolas, de aprovechamiento energético o incluso recreativos. El reflejo de esos cambios a nivel normativo puede resumirse en el paso de un Derecho fluvial internacional, que al contemplar únicamente los aspectos relativos a la navegación y a la delimitación fronteriza se centraba en el concepto de *río internacional*, entendido como aquél que atraviesa o separa el territorio de dos o más Estados, a un Derecho de los cursos de agua internacionales, en el que el objeto de regulación, es decir los recursos hídricos sometidos a la misma, se amplía de forma notable, extendiéndose a otros componentes relacionados con el río internacional, como afluentes o aguas subterráneas, que antes

quedaban fuera de ese régimen jurídico y que ahora se someten al mismo aunque no presenten un carácter internacional *stricto sensu*.

En esta nueva orientación del citado régimen jurídico se abre paso la noción de cuenca hidrográfica internacional, mucho más adecuada al tener en cuenta la interconexión existente entre los distintos componentes del sistema que conforma el curso de agua, y que tiene reflejo por ejemplo en la Directiva marco de aguas. No obstante, las implicaciones del concepto de cuenca hidrográfica, en concreto la posible limitación del ejercicio efectivo de la soberanía por los Estados en la parte de tierra incluida en la cuenca, han sido un obstáculo importante para su consolidación en el Derecho internacional de los recursos hídricos. De esa forma, junto a la cuenca hidrográfica aparecen otros conceptos, entre los que merece resaltarse el de *curso de agua internacionales*, cuya importancia resulta de su inclusión en la Convención de Nueva York, que a pesar de no haber entrado en vigor es vista como uno de los textos claves de ese sector del Derecho internacional.

En cuanto a la segunda dimensión de este vector de la ampliación del objeto de regulación, la referida a la inclusión de nuevos objetivos, muy especialmente el de la sostenibilidad, debe señalarse que su aparición es más tardía, y si bien comienza a tener algún reflejo en diversos textos desde mitad del siglo XX, lo cierto es que su traslación a textos normativos no se produce hasta el Convenio de Helsinki, que se centra de manera esencial en esta dimensión proteccionista, y tiene su continuación en la Convención de Nueva York, que aunque no se dedica de forma exclusiva a las cuestiones medioambientales, las recoge en su capítulo 4, contribuyendo de esa forma a la superación de una visión puramente economicista de los cursos de agua, centrada en el reparto de los mismos de cara a su aprovechamiento para los distintos usos, para contemplarlos como un bien con un valor ecológico que debe preservarse.

II. EL REFLEJO DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES EN LA REGULACIÓN DE LOS RÍOS IBÉRICOS TRANSFRONTERIZOS.

Una vez descritas, aunque sea de manera muy genérica, las líneas principales por las que discurre la evolución del Derecho de los cursos de

agua internacionales vamos a ver como las mismas tienen su reflejo en el caso de los ríos de esa naturaleza que afectan a España, pudiendo incluso apuntar que en algún caso, como en lo relativo a la consideración de la cuenca hidrográfica como la unidad de gestión de los recursos hídricos, esas líneas de fuerza encuentran en este marco jurídico un medio de expresión privilegiado. Esa traslación de los vectores de progreso del régimen jurídico de los cursos de agua internacionales a la ordenación de los ríos ibéricos de carácter transfronterizo se encuentra claramente favorecida por la inserción de España y Portugal a partir del último cuarto del siglo pasado en un entorno tanto comunitario como internacional en el que ya se encontraba el tercer Estado concernido, Francia, lo que trae como consecuencia inmediata la integración en la ordenación de los ríos compartidos por los tres Estados de los textos de alcance general antes citados, especialmente del Convenio de Helsinki y de la Directiva marco de aguas.

A este respecto debe señalarse que aunque los respectivos regímenes de los ríos hispano-franceses e hispano-portugueses presentan una serie de diferencias a las que nos referiremos más adelante, también existen ciertos elementos comunes, como, por ejemplo, la constatación de la dialéctica particularismo/generalización, ya descrita anteriormente. De hecho la compatibilización entre textos generales y soluciones específicas para cada caso concreto tiene, como ya se señaló anteriormente, una de sus manifestaciones en relación con los ríos hispano-portugueses, al señalar que el Convenio de Albufeira es visto como un Acuerdo por el que se concreta en relación con esos ríos la aplicación de los principios generales recogidos en el moderno Derecho de los cursos de agua internacionales. A ese hecho podemos ahora añadir que ese proceso tiene lugar también en relación con los ríos hispano-franceses, mediante el Acuerdo administrativo entre España y Francia sobre gestión del agua, firmado en Toulouse el 15 de febrero de 2006, que, tal como se recoge en su Preámbulo, es un texto que intenta trasladar a este ámbito el objetivo de la gestión sostenible del agua tal como resulta del Convenio de Helsinki y de la Directiva marco de aguas.

Pero además tanto el Convenio de Albufeira como el Acuerdo administrativo hispano-francés ponen de manifiesto otro aspecto de la tendencia a la generalización que, con los límites antes apuntados, se registra en el Derecho de los cursos de agua internacionales. Esta otra vertiente de dicha

tendencia consiste en que ambos textos, tal como señala el artículo 3 de cada uno de ellos, se aplican de manera general, respectivamente, a todas las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas —Miño, Limia, Duero, Tajo y Guadiana— y a todos los cursos de agua hispano-franceses —Bidasoa, Nive, Nivelles, Garona, Ariège y Segre—. Es cierto que ese camino tiene en cierta forma algún precedente en el caso de la cooperación hídrica entre España y Portugal, en concreto en relación con el aprovechamiento hidroeléctrico de esos ríos, mediante la adopción del Convenio relativo a los tramos internacionales del río Duero y de sus afluentes, de 16 de julio de 1964, y la posterior traslación de ese régimen, en su mayor parte, a los demás ríos transfronterizos mediante el Convenio para regular el uso y aprovechamiento hidráulico de los tramos internacionales de los ríos Miño, Limia, Tajo, Guadiana y Chanza y de sus afluentes, de 29 de mayo de 1968. Sin embargo, se trataba de un proceso de generalización en sentido material más que formal, en la medida en que cada uno de esos Convenios se sigue aplicando a distintos ríos transfronterizos, si bien conlleva una cierta uniformización, por ejemplo en relación con los organismos creados por ellos, a la que nos referiremos más adelante.

Lo mismo puede decirse respecto de la traslación a este marco concreto de la segunda de las líneas de fuerza de la evolución del Derecho de los cursos de agua internacionales, la relativa a la extensión del objeto de regulación, que también se percibe en el caso de los ríos hispano-franceses e hispano-portugueses, en relación con los que se produce el paso de una aproximación centrada de forma exclusiva en los ríos internacionales en sentido estricto, e incluso más que eso en los tramos internacionales de los mismos, hacia la toma en consideración del concepto de cuenca hidrográfica, que se constituye en la unidad básica en los dos textos de carácter general antes mencionados, el Convenio de Albufeira y el Acuerdo administrativo de 2006. A este respecto debe resaltarse la influencia de la Directiva marco de aguas, incluso respecto del primero de esos textos aunque sea anterior a la misma.

Esa evolución en cuanto a la ampliación del objeto de regulación tiene lugar también en lo que se refiere a los usos de esos ríos, pasándose de un régimen fundamentalmente centrado en la navegación a otro en el que comienzan a adquirir protagonismo otros aprovechamientos. Es cierto que en este caso esa evolución se percibe fundamentalmente en relación con los

ríos hispano-portugueses, y ello por razones puramente físicas, por cuanto son esos ríos los que por sus condiciones de longitud, caudal y factores orográficos son susceptibles de ser aprovechados para la navegación en un primer momento y para otros usos, especialmente el aprovechamiento hidroeléctrico, posteriormente. Puede señalarse incluso que esa evolución tiene lugar de una manera relativamente temprana puesto que mientras los convenios concluidos entre ambos países hasta finales del siglo XIX se centraban en la navegación por los ríos transfronterizos, ya a comienzos del siglo XX comienzan a adoptarse convenios bilaterales relativos a otros usos, como el Canje de Notas relativo al aprovechamiento industrial de las aguas de los ríos limítrofes entre España y Portugal, de 29 de agosto y de 2 de septiembre de 1912.

Pero, más allá de esos elementos comunes, deben tenerse en cuenta las notables diferencias que desde distintos puntos de vista existen entre las aguas compartidas por España con Francia y con Portugal, lo que lógicamente se traslada a su régimen jurídico. La primera de esas diferencias resulta de la mayor longitud y caudal, y por lo tanto la mayor relevancia de su aprovechamiento en términos económicos, de los ríos hispano-portugueses, lo que se recoge en el propio Preámbulo del Acuerdo administrativo de 2006 que señala expresamente la reducida longitud y escasa importancia de los ríos compartidos por España y Francia. A este respecto debe señalarse no obstante que esa afirmación de la escasa importancia no resulta plenamente aceptable en todos los casos, como por ejemplo en relación con el Garona, con una longitud de 647 kilómetros y una superficie de cuenca de 55.000 km², y únicamente cobra sentido mediante su puesta en relación con la magnitud del carácter internacional de dicho río, que solo discurre por España unos cuantos kilómetros por el Valle de Arán, desde su nacimiento en el Pla de Beret hasta la frontera.

Precisamente el carácter internacional de estos ríos transfronterizos, es decir de la parte del río, y de su cuenca hidrográfica, que corresponde a cada uno de los Estados, es otra de las diferencias entre los ríos hispano-portugueses y los hispano-franceses, siendo mucho más relevante en los primeros. Así, si bien es cierto que aproximadamente el 80% de la superficie de las cuencas compartidas está en España también lo es que las mismas revisten gran importancia para Portugal, representando un porcentaje superior al 60% de su territorio, frente a aproximadamente el

40% en el caso de España. De hecho, excepto las cuencas de los ríos Miño y Limia, que tienen más del 90% de su superficie en territorio español, por lo que no resultan demasiado relevantes en relación con la disponibilidad de recursos hídricos para Portugal, las demás sí que tienen una incidencia significativa en ese sentido para este Estado, al que corresponden 18.710 km² de los 97.670 totales de la Cuenca del Duero, 24.380 km² de los 80.129 de la Cuenca del Tajo y 11.125 km² de los 67.122 de la Cuenca del Guadiana.

Esa circunstancia hace más necesaria una regulación internacional detallada, puesto que son también mucho mayores los efectos que la actividad llevada a cabo por el Estado de la parte alta del cauce puede tener sobre el posible aprovechamiento que de ellos lleve a cabo el Estado de la parte baja. Curiosamente la menor trascendencia del carácter internacional de los ríos hispano-franceses, y por consiguiente el menor condicionamiento del aprovechamiento de los mismos por uno de los Estados en relación con el llevado a cabo por el otro, no ha impedido la existencia de controversias, pudiendo citar a este respecto el asunto de la *utilización de las aguas del Lago Lanos*, resuelto mediante sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957, a la que se hará referencia más adelante.

El factor de la dependencia de ambos Estados respecto del aprovechamiento de esos ríos, que resulta de su carácter compartido, adquiere mayor relevancia en el caso de la cooperación hídrica hispano-portuguesa si se tiene en cuenta que, excepto el Guadiana en su tramo final³⁸¹, en relación con el resto la condición de Estado de aguas arriba recae siempre en España, quedando para Portugal la de Estado de aguas abajo. De esa manera la disponibilidad de recursos hídricos del segundo está fuertemente condicionada por el aprovechamiento adecuado que de los mismos haga el primero. No en vano aproximadamente un 66% del total del agua que desemboca en el Océano a través de esos ríos transfronterizos tiene su origen en la parte española de los mismos.

Otro elemento diferenciador importante que se suma a los ya mencionados es el de la disponibilidad de recursos hídricos en cada una de las zonas, puesto que los ríos hispano-portugueses discurren por una zona

381 El Guadiana, tras discurrir durante 550 kilómetros por España, sirve como límite fronterizo para entrar en territorio portugués, por donde recorre otros 150 kilómetros, volviendo a configurarse después de nuevo como frontera entre ambos Estados antes de desembocar entre Ayamonte y Vila Real de Santo Antonio.

con un menor volumen de precipitaciones, por lo que el agua de los mismos adquiere mayor importancia para usos como los agrícolas. A eso se añaden las previsiones de los expertos del Instituto Nacional de Meteorología para un próximo futuro, que advierten de una posible subida de temperatura, de hasta 2,5 °C en 2050, con una reducción de un 10% de las precipitaciones y de un 30% de la humedad del suelo, lo que en buena lógica aumenta el interés por una regulación adecuada de unos recursos que se prevé que se conviertan en más escasos en un próximo futuro. En ese sentido se señala cómo el volumen de caudales que entran en Portugal a través de los ríos transfronterizos ha disminuido en los últimos veinte años en un porcentaje significativo, alcanzando un 56% en el caso del Guadiana y un 25 y un 20% en los del Tajo y el Duero respectivamente, si bien una parte importante de esa disminución es debida al incremento de la capacidad de embalse y del consumo en la parte española³⁸².

Un último elemento diferenciador entre los ríos compartidos por España con Francia y con Portugal es el de su importancia como elementos fronterizos. En ese sentido debe apuntarse que en ambos casos se trata de fronteras que si bien resultan relativamente estables desde antiguo, su delimitación precisa no se produce hasta el siglo XIX en incluso se perfecciona en el siglo XX. Sin embargo, el peso de los ríos transfronterizos en la determinación de esas fronteras varía de manera considerable en ambos casos, siendo notablemente mayor en la frontera hispano-portuguesa que en la hispano-francesa. En concreto en relación con esta última debe señalarse que el Bidasoa es el único río con una cierta relevancia a los efectos de elemento de delimitación fronteriza, sin que sin embargo los 12 kilómetros de separación entre ambos países que este río representa, desde Chapitelaco-arria hasta su desembocadura, alcancen la misma importancia que en relación con este aspecto tienen los ríos hispano-portugueses.

En efecto alrededor del 50% de la frontera hispano-portuguesa tiene carácter fluvial, siendo varios los ríos que contribuyen a ello. Así el Miño y el Tajo sirven como frontera a lo largo de 75 y 43 kilómetros respectivamente, y esa circunstancia cobra más relevancia en el caso del Duero, con sus 118 kilómetros como línea de separación entre ambos Estados. A

382 ESPINOZA GUERRA, L. (1998), "Los ríos ibéricos internacionales", I Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación de Aguas. El agua a debate desde la Universidad. Por una nueva cultura del agua —http://www.congreso.us.es/ciberico/archivos_html/index.htm—.

eso se añade que algunos afluentes de esos ríos tienen también ese carácter de elementos de delimitación fronteriza, como por ejemplo el Agueda en relación con el Duero, el Erjas o el Sever en relación con el Tajo, o el Caya en relación con el Guadiana.

El diferente peso de las fronteras fluviales en cada uno de los dos casos se traslada a los respectivos Tratados de Límites, en los que la toma en consideración de los ríos como elemento de referencia es distinta. En el caso de la frontera hispano-francesa sólo uno de los tres Tratados de Bayona por los que se establece la misma toma como referencia significativa a un río, es el de 2 de diciembre de 1856, que establece los límites entre ambos Estados en la frontera de Navarra y Guipúzcoa, y que sitúa ese límite fronterizo en su última parte en relación con el Bidasoa.

No obstante, la trascendencia de los ríos internacionales en la frontera hispano-francesa aumenta por el hecho de que la Comisión Internacional de los Pirineos, la comisión fronteriza más antigua de Europa, tiene su origen precisamente en relación con un problema en el río Bidasoa, declarado de libre navegación por el Tratado de Límites de 1856, creándose mediante un Canje de Notas de 30 de mayo y de 19 de julio de 1875 como consecuencia de un incidente ocurrido en 1872 consistente en el arresto en su desembocadura en la Bahía de Higueur de un barco francés, el *Saint Pierre*, por los aduaneros españoles³⁸³.

Por el contrario, en el caso de la frontera hispano-portuguesa los ríos transfronterizos son una referencia constante para la determinación de los puntos en los que se divide esa frontera a los efectos de su delimitación, regulándose la misma en diversos tramos comprendidos entre dos de esos ríos. Un primer tramo es el regulado mediante el Convenio de Lisboa de 29 de septiembre de 1864, que incluye el sector comprendido desde la desembocadura del Miño hasta la unión del Caya con el Guadiana, y otro tramo se contempla en el Convenio de Lisboa de 29 de junio de 1926, que abarca el sector fronterizo que va desde la confluencia del Cuncos con el Guadiana hasta la desembocadura de éste en el mar. A eso debe añadirse que la parte de la frontera no comprendida en ninguno de los dos textos anteriores, la que se encuentra entre la confluencia del Caya con el Gua-

383 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (1990), La cooperación transfronteriza en el Pirineo: Su gestión por las Comunidades Autónomas, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 154 y ss.

diana y la desembocadura del Cuncos con el Guadiana, se recoge también en otro texto cuyo objeto de regulación son los ríos transfronterizos, se trata en concreto del Convenio de 29 de mayo de 1968 para regular el uso y el aprovechamiento hidráulico de los tramos internacionales de los ríos Miño, Limia, Tajo, Guadiana y Chanza y de sus afluentes, cuyo artículo III.e) reserva a Portugal la utilización de ese tramo del Guadiana, lo que si bien no constituye una delimitación fronteriza *stricto sensu*, cuestión a la que atenderemos después, sí que ordena el aprovechamiento de las aguas transfronterizas en esa zona.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RÍOS HISPANO-FRANCESES.

Los rasgos característicos de estos ríos, ya mencionados anteriormente, en especial su escasa trascendencia a los efectos de la necesidad de un régimen jurídico internacional que ordene posibles conflictos entre los dos Estados, han hecho que los mismos no hayan sido regulados de manera muy profusa por medio de tratados internacionales, con la excepción del Bidasoa que por su condición de río fronterizo planteaba esa necesidad de régimen internacional tanto respecto de la delimitación de ambos Estados como desde el punto de vista de los distintos usos del río. Así tan solo este río y el Garona, ya en los años sesenta del pasado siglo, cuentan con tratados específicos que ordenan su régimen.

No obstante, la escasa trascendencia económica de esos ríos en cuanto a las relaciones entre ambos Estados no significa que el uso de los mismos no revistiese importancia para las poblaciones situadas a ambos lados de la frontera. Esa circunstancia ha dado lugar a la aparición de un régimen de aprovechamiento de esas aguas de carácter local, las denominadas *faceries*, acuerdos concluidos, a menudo verbalmente, por los municipios fronterizos para regular los recursos compartidos. Ese régimen local se incorpora posteriormente a los tratados concluidos entre ambos Estados, en los que se convalidan esos acuerdos aunque imponiéndose cierta condiciones. Así ocurre, por ejemplo, con el Tratado de Bayona de 2 de diciembre de 1856, por el que se delimita la parte occidental de la frontera entre ambos Estados, en cuyo artículo 14 se señala el acuerdo de las

partes contratantes en conservar el derecho de los fronterizos a celebrar esos convenios de buena vecindad, si bien se advierte que la duración de los mismos no podrá exceder de cinco años. Además, el artículo 13 deja sin valor, a partir del 1 de enero siguiente a la entrada en vigor del Tratado, las *facerías* concluidas por tiempo indefinido, con dos excepciones recogidas en el Anexo III.

En cuanto al régimen convencional relativo al aprovechamiento de los ríos hispano-franceses, además de lo recogido de forma específica en relación con el Bidasoa y el Garona, tiene especial interés lo señalado en la Segunda Parte de las Disposiciones adicionales, de 11 de julio de 1868, al Tratado de Límites de 26 de mayo de 1866, relativo a la parte oriental de la frontera hispano-francesa, desde Andorra hasta el Mediterráneo, en la que se recogen los Reglamentos concernientes al disfrute de las aguas de uso común entre los dos países. En este texto se establece el régimen de aprovechamiento de las aguas de los ríos Tort y Tartarés, del canal de Puigcerdá, del río Vanera y del canal de Angustrina y Llivia. En todos esos Reglamentos se lleva a cabo un reparto de las aguas entre los habitantes de las poblaciones de ambos lados de la frontera en base a diversos criterios. Así, en relación con los ríos Tort y Tartarés se señala la necesidad de llegar a un amigable entendimiento entre los usuarios fronterizos, resolviendo conjuntamente el Gobernador de Gerona y el Prefecto de Pirineos Orientales en caso contrario. Para el resto de las aguas transfronterizas se establece un sistema de uso alternativo, asignando el disfrute de las mismas a las poblaciones de cada uno de los lados de la frontera por periodos de doce horas al día, en el caso del canal de Puigcerdá, o bien durante varios días a la semana respecto del río Vanera y del canal de Angustrina y Llivia.

Además de lo recogido en estos Reglamentos tres son las cuestiones a las que el régimen jurídico internacional de los cursos de agua hispano-franceses presta una atención específica, son las relativas a los ríos Bidasoa y Garona y al Lago Lanos. A ellas nos referiremos a continuación.

1. Regímenes específicos de cooperación hispano-francesa en materia de aguas.

La condición del Bidasoa como el río compartido por los dos Estados con un carácter internacional más marcado, como consecuencia de su

condición de elemento de delimitación fronteriza, explica que, como se apuntó anteriormente, el régimen convencional del mismo sea más profuso que en relación con los demás cursos de agua hispano-franceses. No obstante, las condiciones del Bidasoa limitan sus posibles usos, por lo que ese régimen jurídico se concentra en la regulación de la pesca y la navegación, además de los aspectos relativos a la delimitación fronteriza. De hecho el establecimiento del régimen jurídico de este río cuenta con precedentes remotos, pudiendo citar como una de sus primeras manifestaciones el Convenio de Madrid de 19 de octubre de 1683, por el que se establece la libertad de pesca y navegación en el mismo. Apenas dos años después se adopta, con ese mismo objetivo de regulación de la navegación y la pesca en el Bidasoa, el Convenio de 20 de diciembre de 1685, entre los vecinos de Fuenterrabia y de Hendaya, con la aprobación de los Reyes de España y de Francia, en lo que constituye un antecedente de notable antigüedad de los esquemas establecidos por el Convenio-marco europeo de 21 de mayo de 1980, respecto al papel de las colectividades territoriales y locales en la cooperación transfronteriza y la técnica del tratado paraguas, que en el caso de cooperación hispano-francesa se va a concretar mediante el Tratado de Bayona sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales, de 10 de marzo de 1995.

El régimen de libre navegación para los nacionales de ambos Estados establecido en los Convenios antes citados es reiterado en el artículo 20 del Tratado de Límites de 1856 en relación a la parte final del río, desde Chapitelaco-arria hasta su desembocadura, señalándose que dicho régimen habrá de conformarse a los reglamentos vigentes. La ordenación de la navegación por este río se va a completar con las Disposiciones adicionales al Tratado de 1856, de 11 de julio de 1868, por las que se prohíbe a todo barco o construcción flotante permanecer de modo estable en las aguas del Bidasoa, en ese tramo final, excepto arribada forzosa, autorización competente u otro motivo justificado. Además el Tratado de 1856 aborda otras cuestiones relativas al Bidasoa como la delimitación fronteriza y la pesca. En relación con la primera el artículo 9 establece que la frontera en ese tramo internacional del río queda fijada en el centro de la corriente principal, en baja marea, manteniendo las islas su nacionalidad y fijando un condominio en relación con la Isla de los Faisanes.

Este último aspecto es desarrollado en el artículo 27 del mismo texto,

que señala que dicha Isla pertenece *pro indiviso* a ambos Estados, que deberán concertarse tanto para la represión de cualquier delito que pueda cometerse en ella como para la adopción de las medidas necesarias para su preservación. Por último el Convenio de Bayona de 27 de marzo de 1901 concreta la reglamentación de la jurisdicción en la Isla de los Faisanes atribuyendo a cada Estado alternativamente por periodos de seis meses un derecho de vigilancia y estableciendo la sumisión de los nacionales de ambos Estados a sus respectivas jurisdicciones, y la de los extranjeros a los tribunales del Estado que ejerza el derecho de vigilancia.

En cuanto a la pesca los artículos 22 y siguientes del Tratado de 1856 establecen un régimen de libertad para los habitantes de ambas orillas del río, con exclusión de ciertas artes, que deberá conformarse a los reglamentos establecidos de común acuerdo y con la aprobación de las autoridades competentes de ambos Estados, cuyo objetivo será tanto la prevención de la destrucción de la pesca en el río como la atribución a los fronterizos de idénticos derechos y garantías para el mantenimiento del orden y la armonía en sus relaciones. El 1 de junio de 1858 se adoptaba el primer Reglamento internacional para la pesca en el Bidasoa, que era sustituido por el Convenio de 18 de febrero de 1886, modificado en diversas ocasiones, y éste a su vez por el Convenio de Madrid, de 14 de julio de 1959, relativo a la pesca en el Bidasoa y Bahía de Híguer, en vigor desde el 1 de enero de 1965.

El ámbito geográfico cubierto por este Convenio es, conforme a su artículo 1, el curso principal del río y su desembocadura desde Chapitelacorria hasta la línea que une el Cabo de Híguer con la Punta Tumbas. Esa zona se divide en varias partes, distinguiendo una zona de aguas españolas (artículo 6), otra de aguas francesas (artículo 7) y una tercera de aguas comunes (artículo 8), en la que el disfrute de fondeadero es común para los barcos de los dos países. Además el artículo 10 establece un derecho de pesca que pertenece exclusiva e indistintamente en España, a los habitantes de Irún y Fuenterrabia, y en Francia, a los habitantes de Biriattou, Urrugne y Hendaya, que tienen el derecho exclusivo de pescar en los canales balizados de su propio país.

Posteriormente el Protocolo adicional de 14 de diciembre de 1978 creaba la Comisión Técnica Mixta del Bidasoa, organismo consultivo de la Comisión Internacional de los Pirineos que tiene la competencia para determinar

los temas cuyo estudio debe ser confiado a esta Comisión Técnica. Ésta a su vez asume la competencia para tratar los asuntos relacionados con el Título I del Convenio de 14 de julio de 1959, relativos a la delimitación de las aguas, pudiendo transmitir sus propuestas y recomendaciones a las autoridades competentes de cada Estado. La creación de esta Comisión Técnica se debe a la insuficiencia de la tercera subcomisión de la Comisión Internacional de los Pirineos, la que se ocupa de cuestiones relacionadas con la agricultura, la protección de la naturaleza e hidráulicas, para resolver los problemas relativos al uso del río.

En relación con la creación de organismos en los que se articula la cooperación hídrica en la frontera pirenaica debe apuntarse que la Comisión Internacional de los Pirineos instituía en una de sus reuniones en 1976 una Comisión de Aguas Fronterizas con el objeto de examinar e intentar resolver los problemas que pudieran plantearse en relación con el uso y el aprovechamiento de las aguas transfronterizas y que no estuviesen tratados por alguna Comisión específica. Quedan por tanto fuera de su competencia las grandes cuestiones hídricas que interesan a ambos Estados, para las que, como se acaba de señalar en relación con el Bidasoa y se verá a continuación respecto del Garona y del Lago Lanos, se constituyen Comisiones *ad hoc* en las que se concreta la coordinación hispano-francesa.

El segundo elemento fronterizo respecto del que existe un régimen convencional específico es el río Garona, en relación con el cual debe recordarse que aunque tiene una entidad mayor que el Bidasoa el peso del componente internacional es menor en la medida en que la parte de su curso que queda en territorio español, que es el Estado de aguas arriba, es muy reducida. La cooperación hispano-francesa en relación con este río tiene como objetivo regular su aprovechamiento hidroeléctrico y con ese fin se adoptaba el Convenio de 29 de julio de 1963, relativo a su curso superior. Mediante ese Convenio España aceptaba el establecimiento por parte francesa, mediante una presa situada en su territorio, de un embalse que ocupa la parte del río que forma frontera entre ambos Estados y un tramo situado en territorio español, a cambio Francia asumía el compromiso de entregar gratuitamente a España una parte de la energía producida gracias a esa construcción. Para resolver las cuestiones relativas a la aplicación del Convenio su artículo 6 contemplaba la creación de una

Comisión Mixta de Expertos competente, entre otras cuestiones, para valorar los suministros de energía que Francia ha de entregar a España. Esta Comisión se reunía en principio anualmente, pero en su reunión de 9 de julio de 1977 decidió que a partir de entonces solo lo haría previo acuerdo de los Presidentes de ambas delegaciones, a propuesta de las correspondientes subdelegaciones que anualmente examinan la conveniencia de convocar la reunión. A eso se añade que en los últimos años la composición de esta Comisión ha coincidido parcialmente con la Comisión del Lago Lanos, por lo que las reuniones de ambas Comisiones tienen lugar en la misma fecha.

La última cuestión concreta a la que se atiende en el régimen convencional relativo al uso de las aguas compartidas entre España y Francia es la que se refiere al Lago Lanos, en relación con el cual se planteaba una controversia como consecuencia del proyecto de la compañía francesa *Electricité de France* para el aprovechamiento hidroeléctrico del citado Lago, situado en la cabecera del Carol, mediante una desviación de sus aguas hacia el Garona que se compensaría con una devolución de caudal del Ariège al Carol. La cuestión era resuelta mediante la sentencia arbitral de 6 de noviembre de 1957, en la que el Tribunal concluía que la restitución prevista en el proyecto francés no era contraria al Tratado de Límites de 1866 y al Acta Adicional al mismo. La cuestión de la restitución era concretada en el Acuerdo de Madrid, de 12 de julio de 1958, entre ambos Estados, modificado mediante Canje de Notas de 27 de enero de 1970. El artículo 1 del citado Acuerdo establecía el compromiso de la compañía francesa de garantizar la devolución al río Carol de un volumen igual a las aportaciones naturales desviadas de su cuenca, fijándose una cantidad mínima anual de 20.000.000 de m³. Además, el artículo 2 establecía la creación de una Comisión mixta encargada de supervisar la aplicación de las medidas contempladas en el Acuerdo. Así, conforme al artículo 6, esa Comisión debería poner en conocimiento de ambos Gobiernos cualquier infracción de las disposiciones recogidas en el artículo 1, a lo que se añadía la obligación del Gobierno francés de adoptar todas las medidas necesarias para hacer cesar dicha infracción y, en caso necesario, reparar el perjuicio causado.

2. La adaptación del régimen jurídico de las aguas hispano-francesas al Derecho de los cursos de agua internacionales. El Acuerdo administrativo de 2006.

A través del Acuerdo administrativo de 2006 se materializa la adaptación del régimen jurídico de los cursos compartidos por ambos Estados a las nuevas exigencias resultantes de la evolución del Derecho de los cursos de agua internacionales, en especial al objetivo de la sostenibilidad de los mismos, que estaba ausente de ese régimen jurídico dada la antigüedad de los textos que lo conforman. Este Acuerdo se adopta con el objetivo de cumplir las obligaciones asumidas por ambos Estados en virtud del Convenio de Helsinki y de la Directiva marco de aguas, en especial la recogida en el artículo 3 de la Directiva en relación con las cuencas hidrográficas que abarquen el territorio de más de un Estado.

Sin embargo, la reducida longitud y la escasa importancia de los cursos compartidos entre ambos Estados ha llevado a ambos países a considerar innecesaria la delimitación de una demarcación hidrográfica internacional, o un distrito hidrográfico internacional según el Acuerdo administrativo, tal como se establece en el artículo 3.3 de la Directiva. En su lugar optan por que cada uno de ellos se encargue de la gestión sostenible de las cuencas que se encuentran en su territorio, contemplando la integración de las mismas en los distritos hidrográficos más adecuados, sobre la base de lo apuntado en el artículo 3.1 de la Directiva. Además, para dar cumplimiento a las exigencias medioambientales impuestas por ésta acuerdan coordinar de la mejor manera posible las medidas tomadas por cada uno de ellos en sus respectivas cuencas hidrográficas, instaurando para ello una cooperación administrativa regular y seguida.

Esa obligación de cooperación se concreta en el artículo 2 en el que ambos Estados asumen el compromiso de coordinar la participación del público y de establecerla conjuntamente, en la medida de lo posible, en los cursos de agua compartidos. Con ese objetivo se señala que se definirán de común acuerdo los mecanismos de consulta e información al público, de una manera homogénea y que garantice la información adecuada de las acciones que afectan a la gestión del agua en esos cursos. Asimismo en el artículo 4 se prevé la creación de un Comité de Coordinación encargado del seguimiento de las cuestiones de gestión de esos cursos

transfronterizos, que, conforme al artículo 5, asume competencias en relación con la resolución de discrepancias respecto a la interpretación o aplicación del Acuerdo, en este sentido el Comité será el marco en el que se llevarán a cabo la consultas para resolver dichas discrepancias por medios de arreglo pacíficos.

El artículo 6 establece un plazo de vigencia para el Acuerdo de un año desde su entrada en vigor, que tuvo lugar el día de su firma, el 15 de febrero de 2006, si bien se renueva tácitamente por periodos de un año si no media denuncia de ninguna de las dos partes. A eso se añade que, según el artículo 7, la denuncia presentada por una de las partes producirá efectos el 31 de diciembre consecutivo a su fecha de notificación a la otra parte.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RÍOS HISPANO-PORTUGUESES.

El contexto de los ríos hispano-portugueses es, como ya se señaló anteriormente, notablemente distinto del de los hispano-franceses, destacando sobre todo la mayor interdependencia existente entre los dos Estados, aunque con un cierto desequilibrio en perjuicio de Portugal por su condición prácticamente constante de Estado de aguas abajo. Esa circunstancia y las mayores posibilidades de esos cursos de agua en relación con los distintos usos dan lugar a un régimen convencional más desarrollado. Eso no es obstáculo para que, al igual que señalábamos anteriormente respecto de las *facierías* en el caso de las relaciones entre España y Francia, también en este caso la cooperación local tenga un papel que cumplir. Así se lleva a cabo una división de las cuestiones cubiertas por los dos niveles de cooperación: el interestatal y el local. El primero se centra en las grandes realizaciones que han de tener lugar en el elemento fluvial de la frontera entre ambos países (como la ordenación hidroeléctrica de los ríos o la construcción de puentes internacionales), y el segundo se refiere a los usos más comunes de esas aguas compartidas (consumo de las poblaciones, irrigación o pesca). Esa cooperación local se basa en relaciones de hecho apoyadas en costumbres ancestrales sin reflejo escrito y que en muchos

casos no se recogen en el régimen convencional establecido entre ambos Gobiernos³⁸⁴.

Las circunstancias políticas y sociales de ambos Estados ibéricos van a hacer que a partir de mediados de la década de los años ochenta se den las condiciones para un notable impulso de su cooperación transfronteriza, incluida la cooperación hídrica, superando de esa manera una situación de aislamiento secular. Varios son los acontecimientos que permiten ese giro, algunos con una influencia en las relaciones entre ambos Estados en un sentido global y otros directamente referidos a las aguas. En cuanto a los primeros destaca la entrada de ambos países en las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986, que culminaba el proceso que de alguna manera ya se había iniciado con las respectivas transiciones democráticas en los años setenta. Entre los acontecimientos directamente relacionados con la gestión de las aguas debe mencionarse la adopción de una serie de disposiciones internas en el caso de España con influencia respecto de las aguas compartidas, como la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas y el Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional de 1993 al que nos referiremos más adelante. Ese nuevo espíritu de entendimiento va a tener su manifestación principal en el plano de la cooperación hídrica en el Convenio de Albufeira de 1998, en vigor desde el 17 de enero de 2000, con el que se pretende incorporar a este marco de cooperación los principios del nuevo Derecho de los cursos de agua internacionales.

A continuación veremos el régimen por el que se regulan los distintos usos de los ríos hispano-portugueses.

1. La condición de los ríos como elementos de delimitación fronteriza y el régimen de la navegación y la pesca.

Como ya se apuntó anteriormente, la relevancia de la frontera fluvial es mucho mayor en el caso de los ríos hispano-portugueses que en el de los ríos hispano-franceses, hasta el punto de que constituye aproximadamente la mitad de la longitud total de la frontera entre ambos Estados. Esa circunstancia debía tener su reflejo lógicamente en el régimen convencional

384 HERRERO DE LA FUENTE, A. (2002), "La Convention sur la coopération pour la protection et l'aménagement soutenable des eaux des bassins hydrographiques hispano-portugais du 30 novembre 1998", *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, núm. 3, p. 256.

por el que se delimita dicha frontera, y así ésta se divide en tramos, cuya delimitación se hace por medio de distintos tratados, que toman esos ríos internacionales como puntos de referencia, cuestión a la que ya se prestó atención con anterioridad.

En cuanto al criterio de delimitación de la frontera en esos tramos fluviales, el Convenio de 1864 establece que la misma discurrirá por el centro de la corriente principal —artículos 1, 18 y 21 en relación con el Miño, Duero y Tajo, respectivamente—, lo que es confirmado en el artículo 1 del Reglamento relativo a los ríos limítrofes recogido en el Anejo I de dicho Convenio, en el que se señala que esos ríos pertenecen por la mitad de sus corrientes a ambas naciones. No obstante, el criterio del centro de la corriente principal es sustituido por el de la línea media, conforme al artículo 3 de la segunda parte del Acta General de demarcación de 1 de diciembre de 1906, en relación con los ríos Miño, Duero, Tuerto, Basaviga, Eljas, Tajo y Sever. Por su parte el Convenio de 1926 parece extender esos criterios a la parte de la frontera delimitada por él, tal como se deduce de la mención recogida en su artículo 11 respecto a la aplicación a esta parte de la frontera de los principios del Tratado de 1864 y sus anejos, relativos a navegación, pesca, cursos de agua, caminos, fuentes y puentes internacionales. Sin embargo, a lo largo de los artículos anteriores se aparta del criterio de la línea media para optar por el del *thalweg* o canal navegable, según se recoge expresamente en los artículos 1, 3, 5, 6 y 10.

En cuanto a la regulación de la navegación debe señalarse que en sus comienzos el régimen jurídico de los ríos hispano-portugueses no se apartaba del régimen general del Derecho fluvial internacional de la época, centrándose de forma casi exclusiva en este uso, y aplicando el principio de libertad a favor de los nacionales de ambos Estados. Así se señala en la primera de las disposiciones que regulan este aspecto del aprovechamiento de dichos ríos, el Convenio para la libertad de navegación en el Duero y en el Tajo, de 30 de agosto de 1829, en el que en relación con el segundo se proclama su condición de libremente navegable desde Aranjuez hasta el Océano y viceversa, plasmándose además el compromiso de ambos Estados de llevar a cabo las obras necesarias para garantizar la navegabilidad del río. Ese régimen es confirmado y desarrollado en relación con el Duero mediante el Convenio sobre la navegación por el mismo, de 31

de agosto de 1835, en cuyo artículo 1 se establecía como objetivo la libre navegación en ese río en su extensión navegable en aquel momento o en la que en adelante lo fuese. Este Convenio comenzaba a aplicarse a partir del 23 de febrero de 1841, como consecuencia de la entrada en vigor en esa fecha del Reglamento para la libre navegación en el Duero, de 23 de mayo de 1840.

El principio de libertad de navegación se va a extender progresivamente a los demás ríos compartidos, comenzando por los incluidos en el tramo fronterizo regulado por el Convenio de Límites de 1864, al señalarse en el artículo 1 del Reglamento relativo a los ríos limítrofes entre ambas naciones, recogido en el Anejo I a ese Tratado, que el hecho, ya apuntado anteriormente, de que esos ríos pertenezcan por la mitad de sus corrientes a ambas naciones no impide que sean de uso común para los pueblos de los dos países. Pues bien el artículo 2 del mismo texto establece, en virtud de ese uso común, la libre navegación por el Miño, Duero y Tajo en su respectiva extensión hábil, y por los demás ríos fronterizos cuyas circunstancias lo permitan, adecuándose dicho uso a los pactos y reglamentos especiales establecidos entre ambos Gobiernos.

Ese régimen se completa con la sumisión de las embarcaciones que pesquen o naveguen en esos ríos a la jurisdicción de su país, no pudiendo ser perseguidas por las autoridades de cualquiera de los Estados por la comisión de delitos o contravenciones legales sino cuando se hallen adheridas a tierra firme o a islas sometidas a su respectiva jurisdicción, si bien para evitar abusos se considera que toda embarcación amarrada a la orilla o tan próxima a ésta que puede abordarse directamente se considerará situada en el territorio del país al que pertenezca esa orilla. Por último el artículo 4 declara ilícita la construcción de cualquier obra —como molinos, presas, malecones, pesquerías, canales o empalizadas— llevada a cabo en el río, en sus orillas o en sus islas si perjudica la navegación o altera el curso de las aguas o daña de cualquier manera las condiciones de los ríos para el uso común y público.

Esa generalización del principio de libre navegación para los ciudadanos de ambos Estados se completa en relación con los ríos comprendidos en el tramo de frontera regulado por el Convenio de 1926, mediante la remisión que el artículo 11 del mismo hace a los principios del Tratado de Límites de 1864 y sus anejos en lo relativo, entre otros aspectos, a la

navegación. Es decir que se entienden aplicables a estos ríos las previsiones relativas al ejercicio de la jurisdicción sobre las embarcaciones así como la prohibición de obras que produzcan los efectos apuntados.

Por lo que respecta a la pesca en los ríos hispano-portugueses debe apuntarse que la primera regulación específica acordada por ambos Estados es el Reglamento de Pesca en el río Miño, de 17 de mayo de 1897, siendo este río el que concentra la mayor parte del esfuerzo de regulación internacional de la pesca fluvial. Así, el citado Reglamento ha ido siendo sustituido por otros hasta llegar al Reglamento de pesca aplicable al tramo internacional del río Miño, de 3 de diciembre de 1980, aprobado por Canje de Notas de 7 de mayo de 1981, que deroga al anterior aprobado mediante Canje de Notas de 11 de junio de 1968.

Los problemas que en la práctica ha planteado el Reglamento de 1980, así como la necesidad de adecuar ese régimen al reciente desarrollo normativo en relación con la conservación de la naturaleza, llevaban a poner en marcha en el año 2000 un proceso de revisión que comenzaba con la elaboración de un nuevo Reglamento por la Comisión Permanente Internacional del Río Miño, en base a la competencia que se le atribuía en el artículo 55.1.d) del Reglamento de 1980 para sugerir cuantas modificaciones del mismo se estimaran convenientes para el mejor aprovechamiento de la riqueza piscícola del río Miño. Tras ser examinado por la Comisión Internacional de Límites entre España y Portugal el proyecto de Reglamento era objeto de un Canje de Notas de 1 de septiembre de 2004 y 6 de septiembre de 2005 entre ambos Estados en el que se señala que el Reglamento de pesca en el tramo internacional del río Miño en él recogido, entrará en vigor en la fecha de la última notificación cruzada entre las Partes por la que se acredite el cumplimiento de las formalidades legales internas necesarias. A este respecto, y por lo que atañe al cumplimiento de dichas obligaciones por parte de España, puede apuntarse que la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados acordaba el 1 de marzo de 2006 proponer al Pleno de la Cámara la concesión de la autorización solicitada por el Gobierno conforme al artículo 94.1 de la Constitución para que el Estado pueda obligarse internacionalmente por medio de ese Canje de Notas. El artículo 44 de este nuevo Reglamento contempla el establecimiento de la Comisión Permanente Internacional del río Miño, continuadora de la creada en el Reglamento de 1980.

En cuanto a los demás ríos hispano-portugueses debe apuntarse que también en relación con el Guadiana existían precedentes anteriores incluso al primer Reglamento relativo al Miño, si bien no se recogían en un Reglamento específico sino en el Tratado de comercio y navegación de 27 de marzo de 1893, cuyo artículo 5 señalaba que la pesca en los ríos Miño y Guadiana continuaría ejerciéndose en común por españoles y portugueses de conformidad con las disposiciones dictadas de común acuerdo por las autoridades locales y sancionadas por los Gobiernos.

El régimen de la pesca en los ríos fronterizos entre ambos Estados se completa con el Reglamento de pesca en los tramos fluviales fronterizos entre España y Portugal, a excepción del tramo internacional del río Miño y de la zona marítimo-fluvial del Guadiana, de 17 de junio de 1987, en vigor desde el 27 de abril de 1992. El artículo 10 de este Reglamento, a semejanza de lo que se hace en los Reglamentos de pesca en el tramo internacional del río Miño, crea una Comisión Permanente Internacional, dependiente de la Comisión Internacional de Límites, para entender de las cuestiones relacionadas con lo tratado en el Reglamento, para lo que recibe unas competencias similares a la Comisión del río Miño.

2. La regulación del aprovechamiento hidroeléctrico.

Las condiciones orográficas de la mayoría de los ríos hispano-portugueses, especialmente en sus tramos fronterizos, los hacen especialmente aptos para este tipo de aprovechamiento, por lo que a partir del momento en que la tecnología permite su utilización con estos fines comienzan a adoptarse convenios a este respecto por los dos Estados. El primer paso lo constituye el Canje de Notas de 29 de agosto y 2 de septiembre de 1912 relativo al aprovechamiento industrial de las aguas de los ríos limítrofes, que tiene su origen en el intento de resolver los problemas que de cara al aprovechamiento hidroeléctrico de esos ríos planteaba la prohibición establecida en el artículo 4 del Reglamento recogido en el Anejo I al Convenio de Límites de 1864, respecto de la construcción de cualquier obra en los ríos, sus orillas o sus islas si perjudicaba la navegación o alteraba el curso de las aguas o dañaba de cualquier manera las condiciones de los ríos para el uso común y público.

Por medio de este primer texto se atribuían a ambos Estados los mismos derechos en los tramos fronterizos de esos ríos, pudiendo por tanto disponer cada uno de la mitad del caudal de agua existente en las distintas épocas del año. Además, se establecía que la entidad que aspirase a ese aprovechamiento debía presentar a ambas naciones la instancia correspondiente y el proyecto técnico, y que antes de otorgarse cada concesión una Comisión internacional compuesta por dos ingenieros debía fijar las prescripciones a las que debían ajustarse las obras. Por último se apuntaba que la concesión otorgada por una de las naciones no obligaba a la otra a concederla.

La condición del Duero como el río hispano-portugués más apto para este tipo de aprovechamiento hizo que el régimen recogido en el Convenio anterior se completase para el tramo internacional de este río mediante el Convenio de 11 de agosto de 1927. El artículo 1 de este nuevo Convenio señalaba que dicho aprovechamiento, tal como se contempla en el nuevo texto, se realizaría en armonía con el artículo 1 del Convenio de 1912, que establecía la igualdad de derechos entre ambos Estados. El artículo 2 de este nuevo Convenio desarrollaba ese principio de la igualdad de derechos mediante una división del tramo internacional del río en tres partes, asignando a Portugal la zona comprendida desde el inicio del tramo internacional a la confluencia del Tormes con el Duero y a España desde este punto al final del tramo internacional, y reservando de nuevo para Portugal la posibilidad de utilizar el extremo inferior del tramo internacional sin rebasar la desembocadura del Huebra. Eso se completaba con la obligación, recogida en ese mismo artículo 2, de garantizar el mantenimiento del caudal necesario para usos comunes, así como el compromiso recíproco de las partes de que dicho caudal que debía llegar al origen de cada zona de aprovechamiento no disminuiría por derivaciones del mismo con el fin de obtener energía hidroeléctrica mediante tomas situadas por debajo del nivel superior de los embalses reguladores del Esla en Ricobayo y del Duero en Villardiegua. A todo eso se añadía la prohibición recogida en el artículo 8 de distraer aguas de las utilizadas en virtud del Convenio salvo por motivos de salubridad pública o para fines análogos de especial interés y siempre previo acuerdo de ambos Estados, correspondiendo a la Comisión Internacional en él creada fijar el volumen máximo que pudiera derivarse y la cuantía de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Precisamente la creación de esta Comisión suponía un avance importante de este Convenio respecto del de 1912 que, como ya se señaló, únicamente contemplaba una Comisión internacional compuesta por dos ingenieros y encargada de forma exclusiva de fijar las prescripciones a las que debían ajustarse las obras antes de otorgar una concesión. En lugar de eso el artículo 14 del Convenio de 1927 señalaba la creación de una Comisión Internacional hispano-portuguesa cuya función sería regular el ejercicio de los derechos establecidos en ese texto y dirimir las cuestiones jurídicas o técnicas que pudiesen plantearse. Esta Comisión asumía, tal como recoge el artículo 16 del Convenio, una triple función: consultiva, resolutive e interventora. Estas funciones eran concretadas en los artículos siguientes del Convenio así como en el Estatuto de funcionamiento de la citada Comisión, aprobado mediante el Decreto de 25 de abril de 1953. Por ejemplo respecto de la función consultiva la Comisión, conforme al artículo 17 del Convenio, debía ser oída por los Gobiernos antes de adoptar una resolución sobre cuestiones como, por ejemplo, la aprobación de proyectos de ejecución de obras necesarias para los aprovechamientos o la autorización para ejecutar esas obras, la supresión de la propia Comisión o la realización de modificaciones en su estructura, atribuciones o funcionamiento. En cuanto a su función resolutive el artículo 18 advertía que correspondía a la Comisión entender y decidir sobre cuestiones como, por ejemplo, la forma de respetar los aprovechamientos comunes y de hacerlos compatibles con los hidroeléctricos, los incidentes con motivo de la existencia de otros usos del río o la ya apuntada en relación con la determinación de los caudales de agua que podían distraerse y de las indemnizaciones que fuesen procedentes. Por último el artículo 19 incluía entre las funciones interventoras el ejercicio de la policía en las aguas y el cauce del tramo internacional, con arreglo a las leyes vigentes en cada país.

Por otra parte el Convenio establecía en su artículo 16 un doble procedimiento decisorio en relación con el cumplimiento por la Comisión de su función resolutive, es decir respecto del ejercicio de las competencias que se le atribuían en el artículo 18. Si las decisiones se adoptaban por unanimidad serían firmes sin necesidad de más trámites, pero si se adoptaban por mayoría debían ser convalidadas posteriormente por los Gobiernos o Autoridades competentes, bien de manera expresa o tácita,

por el transcurso de un plazo de 30 días desde la fecha de la comunicación sin que se hubiera formulado oposición y hubiera lugar a aplicar el artículo 22 del Convenio relativo a la obligación de arreglo arbitral de cualquier diferencia sobre la interpretación o la aplicación del mismo. A eso se añadía la mención del artículo 21 según la cual los acuerdos de la Comisión se adoptaban por mayoría, debiendo entenderse dicha previsión referida a los acuerdos que no implicasen la adopción de resoluciones conforme al artículo 16. En caso de que tras dos votaciones se registrase un empate en el seno de la Comisión, el asunto se sometía a los Gobiernos, y si la negociación entre éstos tampoco permitía alcanzar una decisión la cuestión debía someterse a un tribunal arbitral constituido por los vocales de la Comisión, presididos por un superárbitro, que, en el caso de cuestiones jurídicas, sería un jurisconsulto designado por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, y si era una cuestión técnica, sería un ingeniero designado por el Instituto Politécnico de Zurich a requerimiento de ambos Gobiernos. En caso de discrepancia el carácter jurídico o técnico de la cuestión sería dilucidado por el Tribunal Permanente.

El régimen de los Convenios anteriores en relación con el aprovechamiento hidroeléctrico del Duero se completaba mediante el Convenio de 16 de julio de 1964, que salvo en algunos aspectos concretos no hace sino repetir el contenido del Convenio de 1927. Este Convenio, junto con el de 1968 al que nos referiremos a continuación, establecen el actual marco regulador de los aprovechamientos hidroeléctricos en los ríos hispano-portugueses, sometido, tras la adopción del Convenio de Albufeira y tal como señala su artículo 27, a la condición de que no se oponga a lo recogido en el mismo. Las diferencias más importantes de este Convenio de 1964 con el anterior de 1927 hacen referencia fundamentalmente al ámbito geográfico cubierto por el mismo, puesto que el artículo 2 del Convenio de 1964 no se limita al reparto del Duero entre ambos Estados con relación al aprovechamiento hidroeléctrico sino que añade el de sus afluentes —Agueda, Turones, Mente y Arzos—. Además, también respecto al reparto del Duero entre España y Portugal este Convenio introduce alguna pequeña modificación respecto de lo recogido en el de 1927 puesto que la utilización de la parte inferior del tramo internacional por parte de Portugal ya no se contempla como una posibilidad de utilización sino que se establece una reserva a favor de ese Estado.

Otra diferencia entre ambos textos es la que se refiere a la posible venta de la energía que cada Estado obtenga en esos tramos internacionales. El artículo 12 del Convenio de 1927 establecía la obligación de cada una de las partes de utilizar de forma exclusiva esa energía en su propio territorio, negando la posibilidad de enajenación, arrendamiento o cesión de la misma a cualquier país tercero, y contemplando la posibilidad de exportación entre las partes mediante pactos especiales. La única excepción a este régimen era la posibilidad de una *exportación indirecta* siempre que se reuniesen unas condiciones muy determinadas, de exceso de producción energética en ambos países que conllevara un riesgo de graves perjuicios a sus economías nacionales, en cuyo caso ambos Gobiernos podrían concertarse para destinar el sobrante energético a fabricaciones o industrias cuyos productos estuviesen destinados a la exportación a terceras naciones. Frente a este régimen el artículo 11 del Convenio de 1964 prevé la libre utilización por parte de cada Estado de la energía que produzca en los tramos internacionales de esos ríos.

Por el contrario este Convenio presenta un elemento de continuidad con el anterior en el aspecto institucional, puesto que su artículo 14 contempla el funcionamiento de una Comisión Internacional Hispano-Portuguesa que, conforme a los artículos 16 y siguientes del Convenio y 8 y siguientes del Estatuto de la Comisión aprobado mediante el Decreto 1030/1971, de 6 de mayo, recibe unas funciones consultivas, resolutivas e interventoras muy similares a las de su predecesora.

El régimen relativo al aprovechamiento hidroeléctrico establecido en este Convenio de 1964 en relación con el tramo internacional del Duero y sus afluentes se extiende a los demás ríos hispano-portugueses mediante el ya apuntado Convenio de 29 de mayo de 1968, que se refiere al tramo internacional de los ríos Miño, Limia, Tajo, Guadiana y Chanza y de sus afluentes, completado por dos Protocolos, el primero de la misma fecha y el segundo, relativo al aprovechamiento hidráulico del tramo internacional del río Miño, de 12 de febrero de 1976. Aunque en algunos aspectos este Convenio es una continuación del de 1964 también incorpora ciertas novedades, debiendo comenzar por un objetivo más amplio que, tal como se recoge en el propio título del Convenio, no se limita al aprovechamiento hidroeléctrico sino que ordena el aprovechamiento *hidráulico* de estos ríos. Es decir que el aprovechamiento hidroeléctrico pierde la posición de

primacía que le otorgaba el artículo 1 de los Convenios de 1927 y 1964, que señalaban que los demás derechos de los Estados ribereños sobre los tramos internacionales de esos ríos definidos en el Convenio de Límites de 1864 y en el Reglamento incluido en su Anejo I de 1866, quedaban subsistentes en cuanto no se opusieran a lo recogido en dichos Convenios. Por el contrario el artículo 1 del Convenio de 1968 menciona de manera expresa el objetivo de armonización de todos los aprovechamientos de que sean susceptibles los tramos internacionales de esos ríos.

Esa pérdida de prioridad por parte del aprovechamiento hidroeléctrico tiene también su reflejo en el artículo 6 en el que, al igual que en el Convenio de 1964, se contempla la prohibición de derivación de caudales sin previo acuerdo de los Gobiernos, debiendo fijar la Comisión Internacional el volumen máximo que puede ser derivado así como las indemnizaciones a que hubiera lugar. Sin embargo ahora se añade una excepción a esa prohibición al establecer el derecho de cada Estado de derivar caudales para la ejecución de los planes oficiales de riego o de abastecimiento de agua a las poblaciones en ciertos casos; concretamente para Portugal en relación con el tramo internacional del Guadiana que discurre entre su confluencia con el Caya y con el Cuncos y para España en el tramo internacional del Chanza comprendido entre su confluencia con el arroyo de Perna Seca y con el Guadiana.

El cambio de objetivos de este Convenio respecto del anterior tiene su razón de ser en la preocupación portuguesa por las consecuencias que sobre los caudales disponibles en esos ríos pudieran tener las obras que entonces se proyectaban en España, con el posible desvío de caudales para uso agrícola. De esa forma lo que ahora se reparte entre los Estados ya no es únicamente el derecho de utilización del desnivel de los tramos internacionales de los ríos sino éstos en su conjunto, es decir el caudal de los mismos. También en cuanto a la forma de llevar a cabo ese reparto este Convenio introduce novedades respecto al de 1964, puesto que el reparto entre ambos Estados que se lleva a cabo en los artículos II y III no comprende todos los tramos de los ríos concernidos, asignando a la Comisión Internacional creada por este texto, conforme al artículo V del Convenio y al 10.b) del Estatuto de la misma, la competencia para atribuir la utilización de los tramos no comprendidos en los artículos anteriores, así como para fijar las condiciones de los respectivos aprovechamientos y

las compensaciones necesarias para un reparto equitativo de los recursos hidráulicos de los ríos fronterizos.

En el plano institucional este Convenio sigue la línea continuista marcada por el de 1964, contemplándose en su artículo XVII una Comisión Internacional Hispano-Portuguesa, la *Comisión de Ríos Internacionales*, para regular el uso y aprovechamiento de los ríos internacionales en sus zonas fronterizas, cuyo Estatuto de funcionamiento se aprobaba mediante el Decreto 1032/1971, de 6 de mayo. No obstante, también en este ámbito deben apuntarse novedades significativas, siendo la principal que, de acuerdo con los artículos XVIII del Convenio y 1 del Estatuto, esta nueva Comisión asumía plenamente las atribuciones de la creada mediante el Convenio de 1964, convirtiéndose de esa forma en la encargada de regular de forma exclusiva el uso y el aprovechamiento de todos los tramos internacionales de los ríos de interés común para ambos países. Esa situación se mantendría hasta la sustitución de esta nueva Comisión, conforme al artículo 29 del Convenio de Albufeira, por la creada por éste y a la que nos referiremos después. Esta *absorción* de la Comisión creada por el Convenio de 1964 se reflejaba en las competencias de la nueva Comisión que a las que ya tenía asignadas la anterior añadía las que resultaban del Convenio de 1968, en especial la ya mencionada relativa a la atribución de los tramos no contemplados en los artículos II y III.

También en este caso se repiten las prohibiciones de distraer o derivar caudales ya señaladas en los casos anteriores. A este respecto debe señalarse que, aunque del tenor literal de los textos apuntados —artículos 8 de los Convenios de 1927 y 1964 y VI del Convenio de 1968— pudiera deducirse lo contrario, esas prohibiciones no pueden contemplarse con un alcance restringido al tramo internacional de los ríos fronterizos, por lo que no impedirían que esa distracción o derivación de caudales pudiera hacerse, por España, aguas arriba de los sectores fronterizos, afectándose de esa manera el derecho de Portugal en relación con el aprovechamiento hidroeléctrico de esos ríos. En contra de esa visión militan argumentos diversos entre los que pueden incluirse tanto la afección que con esa distracción o derivación de caudales aguas arriba se causaría al aprovechamiento hidroeléctrico de esos ríos por parte española como el principio de buena fe en relación con la aplicación de dichos Convenios, consagrado en el artículo 26 de la Convención de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de

los tratados, que juega a favor de una prohibición de detraer o derivar caudales más allá de los tramos internacionales de esos ríos si con ello se imposibilita el objeto de los Convenios, es decir el aprovechamiento hidroeléctrico de esos ríos por ambos Estados.

Un elemento que podría reforzar esa interpretación es la obligación, recogida en los artículos 10 de los Convenios de 1927 y de 1964 y XIV del Convenio de 1968, de comunicación recíproca por las partes de los proyectos de aprovechamiento, antes de su aprobación, para evitar los perjuicios que eventualmente pudieran derivarse de los mismos para los intereses del otro Estado, en la medida en que con ello se pone de manifiesto la voluntad de ambos Estados de hacer posible el aprovechamiento hidroeléctrico de esos ríos por parte de ambos. En todo caso esa limitación de la mencionada prohibición a los tramos internacionales de los ríos compartidos desaparece como consecuencia de la necesaria adaptación de los regímenes recogidos en esos textos al Convenio de Albufeira, que extiende la obligación de cooperación entre ambos Estados a la actividad realizada en cualquier punto de alguna de las cuencas hidrográficas compartidas.

3. La actualización de la cooperación hídrica hispano-portuguesa respecto al nuevo Derecho de los cursos de agua internacionales. El Convenio de Albufeira.

El Convenio firmado por España y Portugal en 1998 representa un paso adelante importante en la cooperación hídrica entre ambos superando de esa manera los planteamientos de los textos anteriores en diversos aspectos. No obstante, antes de entrar en el análisis de esos desarrollos debe aclararse que no se trata de una norma codificadora sino de actualización, es decir que su objetivo no es reunir en un solo texto el régimen antes disperso en diversos instrumentos sino incorporar a ese régimen los conceptos y principios más recientes del Derecho de los cursos de agua internacionales. De acuerdo con ese propósito el Convenio de Albufeira no entra en la regulación de los distintos aprovechamientos de los ríos hispano-portugueses ya ordenados en otros Convenios, como el hidroeléctrico en los de 1964 y 1968, sino que señala que esa regulación anterior deberá tener en cuenta nuevos objetivos, muy especialmente el de la sostenibili-

dad, de manera que, conforme a su artículo 27, las reglas establecidas en los textos anteriores seguirán estando vigentes en la medida en que no se opongan a lo recogido en él.

El origen de este Convenio se encuentra, de nuevo, en la preocupación portuguesa por las consecuencias del uso de los ríos compartidos por parte de España, en concreto por el riesgo que podían representar para sus intereses los trasvases contemplados en el anteproyecto de Ley española del Plan Hidrológico Nacional, aprobado en 1993 y que finalmente no llegó a convertirse en ley por la oposición de las Comunidades Autónomas cedentes. A pesar de la afirmación del entonces Ministro, Josep Borrell, de que ese Plan no se aprobaría sin el acuerdo con Portugal, lo cierto es que sirvió como acicate para el deseo de las autoridades portuguesas de concluir un nuevo Convenio regulador de esta cuestión, poniéndose en marcha el proceso a partir de la *Cumbre del agua* celebrada en Oporto en noviembre de 1994. A favor de ese objetivo jugaba, como reconoce el Preámbulo del propio Convenio, el contexto normativo internacional y comunitario en el que ambos Estados se encuentran inmersos, en especial ciertos textos que influyeron de manera significativa en su contenido, alguno de ellos, como la Directiva marco de aguas, incluso antes de su adopción, sobre la base de la propuesta presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas a comienzos de 1997.

En relación con la influencia de esos textos se ha señalado que la misma se reducía por el hecho de que ninguno de ellos estuviese en vigor para ambos Estados. La Directiva, como ya se ha señalado, no se había adoptado todavía y el Convenio de Helsinki y la Convención de Nueva York no habían sido ratificados por España³⁸⁵. Sin embargo, resulta un tanto excesivo reducir la influencia de estos Convenios hasta atribuirles un valor meramente programático, asignándoles el mismo peso que a otros textos adoptados por instituciones científicas internacionales, como la Asociación de Derecho Internacional o el Instituto de Derecho Internacional.

La diferencia de influencia en el contenido del Convenio de Albufeira

385 El Convenio de Helsinki era firmado por Portugal el 9 de junio de 1992 y ratificado el 9 de diciembre de 1994, mientras que España lo firmaba el 18 de marzo de 1992 y lo ratificaba el 16 de febrero de 2000. En cuanto a la Convención de Nueva York, Portugal es uno de los 15 Estados que, a fecha 3 de julio de 2007, ha manifestado su consentimiento en obligarse por ella, ya que firmaba dicho texto el 11 de noviembre de 1997 y lo ratificaba el 22 de junio de 2005, mientras que por el momento España no lo ha firmado.

respecto de esos textos parece clara en el caso de la Directiva, que no puede considerarse como meramente programática en la medida en que se trata de una norma jurídicamente obligatoria para ambos Estados a la que necesariamente debe conformarse el Convenio. Así, aunque la Directiva no se hubiese adoptado en el momento de la conclusión del Convenio sus negociadores ya podían tener una idea de sus líneas directrices y eran conscientes de la necesidad de que lo negociado por ellos se adaptase a las mismas para no incurrir en un incumplimiento del Derecho comunitario en el momento en que la Directiva desplegase sus efectos.

Respecto a los otros textos apuntados debe señalarse que si bien el instrumento de ratificación del Convenio de Helsinki no era publicado por España en el Boletín Oficial del Estado hasta el 4 de abril de 2000, el mismo había pasado a ser obligatorio para ambos Estados al incorporarse al Derecho comunitario europeo, siendo aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 95/308/CE del Consejo, de 24 de julio de 1995. En cuanto a la Convención de Nueva York es cierto que el que no haya entrado todavía en vigor reduce su peso en el nuevo Derecho de los cursos de agua internacionales, pero aún así existe una fuerte corriente de opinión que considera que la simple adopción de la misma constituye un progreso destacado de cara a la consolidación de los grandes principios de ese Derecho, entre los que se incluye el de la protección y la preservación de los cursos de agua internacionales. Así esta Convención está jugando ya un papel importante tanto en cuanto pauta de referencia para la interpretación de Acuerdos anteriores como en cuanto modelo para los que pudieran concluirse en el futuro, pudiendo citar en este último caso el Convenio de Albufeira. Esa influencia se basaría de manera fundamental en la amplísima mayoría que hizo posible su adopción, que pondría de manifiesto un consenso casi total en cuanto a los principios en ella recogidos.

No es éste el momento de llevar a cabo un análisis en profundidad del Convenio³⁸⁶, por lo que nos limitaremos a señalar algunos de sus aspectos más importantes. En ese sentido lo primero que debe destacarse es que, como ya se ha apuntado, con el Convenio de Albufeira se supera el planteamiento de los Convenios anteriores entre ambos Estados tanto

386 A este respecto véase POZO SERRANO, P. (1999), "El régimen jurídico de los cursos de agua hispano-portugueses", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV, p. 343.

en lo que respecta a su ámbito geográfico de aplicación como en relación con los usos de esos ríos. En cuanto al primer aspecto este Convenio sirve para pasar de una aproximación basada en los tramos internacionales de los ríos compartidos a otra que se extiende no sólo a la totalidad de éstos sino al conjunto de la cuenca hidrográfica, incluyendo por tanto las aguas subterráneas hasta ahora ignoradas en esa regulación. Este es uno de los elementos que ponen de manifiesto la influencia de la Directiva marco de aguas, y que se demuestra por el hecho de que el concepto de cuenca hidrográfica que se recoge en el artículo 1.b) del Convenio coincide con el señalado en el artículo 2.13 de la Directiva. Esta ampliación del marco geográfico tiene sus repercusiones en el régimen establecido en los Convenios anteriores, de forma que la obligación de cooperación entre los dos Estados se extiende a la actividad que desarrollen en cualquier punto de las cuencas hidrográficas compartidas.

Por lo que respecta a los usos contemplados el Convenio de Albufeira profundiza la tendencia que de alguna manera ya se había iniciado con el Convenio de 1968 para el aprovechamiento hidráulico de ciertos ríos, y frente a una aproximación centrada en la mayoría de los casos en un uso concreto de los mismos, especialmente de la pesca y del aprovechamiento hidroeléctrico, se pasa a otra en la que la cooperación se entiende en un sentido global, aludiendo, tal como señala el artículo 3 de este Convenio, a cualquier actividad dirigida al aprovechamiento de los recursos hídricos, en especial si causa o es susceptible de causar impactos transfronterizos. Además, el enfoque global del Convenio de Albufeira supera el de los Convenios de 1964 y 1968 en la medida en que su régimen es aplicable a todos los cursos de agua hispano-portugueses, mientras que los dos Convenios anteriores se dividían dichos cursos de agua, ocupándose del Duero el primero, y del resto el segundo.

Pero la innovación principal tiene lugar en el plano de los principios y objetivos, mediante la introducción del componente medioambiental, de manera que el objetivo del régimen jurídico supera el reparto entre los Estados de esos ríos a efectos de su aprovechamiento para incluir su protección y preservación³⁸⁷. Así se señala expresamente en los artículos 2 y 4

387 A este respecto véase SERENO ROSADO, A. (2003), "Los Convenios Hispano-Lusos sobre aguas internacionales: ¿preocupaciones ambientales o reparto de caudales?", Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 3, p. 174.

del Convenio, apuntándose en este último como objetivo la coordinación de las Partes para promover y proteger el buen estado de las aguas. Con ese fin el Convenio impone obligaciones a ambos Estados en aspectos como el intercambio de información o la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas. En relación con la primera se contempla no solo el intercambio recíproco de información, sino la puesta de la misma a disposición del público, así como la obligación de llevar a cabo consultas entre ellos si alguno de los dos considera que algún proyecto o actividad es susceptible de causar un impacto transfronterizo.

En cuanto a la protección y aprovechamiento sostenible el Convenio impone obligaciones en relación con el mantenimiento de la calidad de las aguas, la prevención y control de la contaminación, los distintos usos del agua y el mantenimiento de los caudales necesarios. Respecto de este último aspecto debe señalarse que, a diferencia de los Convenios anteriores, en los que el mantenimiento de un caudal mínimo se entendía referido tanto al aprovechamiento hidroeléctrico como a los usos comunes, sin que la escasa importancia que las preocupaciones medioambientales tenían en aquel momento permitiese considerar este objetivo como incluido en los mismos, ahora el artículo 16.1 del Convenio de Albufeira señala que se deberá mantener el caudal necesario para garantizar el buen estado de las aguas y los usos actuales y previsibles. Además, los artículos 17 y siguientes contemplan una serie de obligaciones de las partes respecto a la prevención, y actuación en su caso, de situaciones excepcionales, entre las que se incluyen los incidentes de contaminación accidental, las avenidas y las sequías, concretándose en este caso la obligación de coordinación tanto en el intercambio de información como en la adopción, individual o colectivamente, de medidas al respecto.

Otro aspecto en el que el Convenio de Albufeira supera los precedentes es en el plano institucional, puesto que frente a la estructura simple creada en los Convenios anteriores ahora se establece otra más compleja, consistente en dos órganos, para lo que a la Comisión ya prevista con anterioridad se añade otro órgano, la Conferencia de las Partes, a la que se atribuye un carácter más político, como demuestra el que la presidencia de la misma corresponda, conforme al artículo 21.1, a un Ministro de cada Estado o persona en quien delegue. La única referencia que se hace a las funciones de este nuevo órgano es la recogida en el apartado 3 del

mismo artículo, conforme al cual la Conferencia se contempla como un marco de arreglo político de aquellas cuestiones que no hayan podido ser resueltas a nivel técnico.

Junto a la Conferencia de las Partes se contempla la creación de una Comisión para la Aplicación y Desarrollo del Convenio que, según se señala de forma expresa en el artículo 22.5, sucede en sus atribuciones y competencias a la Comisión de Ríos Internacionales creada por el Convenio de 1968. Esta Comisión, que comenzaba sus trabajos en julio de 2000, adopta sus decisiones por acuerdo de las dos delegaciones y, conforme al artículo 23.5, esas decisiones adquieren valor vinculante de manera tácita, una vez transcurrido un plazo de dos meses desde su adopción sin que ninguna de las partes solicite formalmente su revisión o su remisión a la Conferencia de las Partes.

Por último debe señalarse que el artículo 32 del Convenio establece una vigencia del mismo durante siete años, contemplándose un sistema de prórroga automática por periodos de tres años si no existe denuncia por ninguna de las dos partes. Dicha denuncia, según señala el artículo 33, deberá notificarse por la parte denunciante a la otra al menos diez meses antes de que concluya el periodo inicial de vigencia de siete años o cualquiera de los periodos siguientes de tres años de prórroga automática.

Las aportaciones que este Convenio hace a la cooperación hídrica entre ambos Estados, incorporando principios centrales del actual Derecho de los cursos de agua internacionales, especialmente en lo que se refiere a la protección y preservación de las aguas, no impiden que su contenido sea susceptible de crítica en relación con algunos aspectos en cuanto a su adaptación a lo recogido en la Directiva marco de aguas. Una de las más importantes es la que hace referencia a la obligación, recogida en los artículos 3.3 y 13.2 de la Directiva, de crear demarcaciones hidrográficas internacionales en las que se integrarán las cuencas hidrográficas que abarquen el territorio de más de un Estado miembro, así como de elaborar Planes hidrológicos de cuenca únicos en relación con las demarcaciones hidrográficas internacionales situadas totalmente en territorio comunitario. No obstante, la segunda de estas obligaciones no se impone de forma inevitable sino que la Directiva establece una medida alternativa consistente en la adopción por parte de cada Estado de planes hidrológicos de cuenca que abarquen al menos las partes de la demarcación hidrográfica

internacional situadas en su territorio, reduciéndose en ese caso la obligación impuesta a las partes a la coordinación entre ellas en relación con los respectivos Planes de cuenca.

Desde un punto de vista estricto no puede considerarse que el Convenio vulnere la Directiva, por cuanto se adapta a la segunda alternativa marcada por ésta. Sin embargo, parece claro que este aspecto constituye una limitación de los avances en él recogidos, por cuanto puede deducirse del tenor literal de la Directiva que la mejor de las opciones para cumplir con sus objetivos es la elaboración de esos planes de cuenca únicos para las demarcaciones hidrográficas internacionales, sin que pueda utilizarse en este caso el argumento de la escasa importancia de esas cuencas compartidas que, como ya se señaló anteriormente, sirvió en el caso de la cooperación hídrica entre España y Francia para optar por la coordinación en lugar de la creación de demarcaciones hidrográficas internacionales en el Acuerdo administrativo de 2006. En todo caso, ese límite hace recaer en las espaldas de ambos Gobiernos la obligación de desarrollar el esquema de cooperación recogido en el Convenio para lograr instrumentos que permitan superar la coordinación para llegar a una verdadera planificación conjunta de las cuencas compartidas, que se adapte a la realidad natural de éstas como unidades a nivel ecológico que deben ser enfocadas como tales desde el punto de vista de su gestión.

V. CONCLUSIONES.

La antigüedad y estabilidad de las fronteras de España tanto con Francia como con Portugal permite que el régimen jurídico de los ríos compartidos con esos Estados se establezca de forma relativamente temprana, sentándose en cuanto a sus líneas directrices en el siglo XIX en relación con aquellos aprovechamientos de los que esos ríos eran susceptibles en aquel momento —navegación o pesca—. Además, el origen fundamentalmente europeo del Derecho fluvial internacional conlleva que ese régimen jurídico responda de forma bastante fiel a los principios y reglas generales establecidos por aquél.

No obstante, más allá de ciertos elementos comunes la regulación de los ríos hispano-franceses e hispano-portugueses presenta notables dife-

rencias marcadas por la realidad de dichos ríos. La escasa trascendencia económica que a nivel nacional tienen los ríos compartidos con Francia se plasma en una regulación internacional más reducida y limitada a algunas cuestiones puntuales, especialmente la navegación y la pesca en el Bidasoa y el aprovechamiento hidroeléctrico en el caso del Garona. Por su parte la mayor repercusión de los ríos hispano-portugueses da como resultado una ordenación más detallada de los distintos aprovechamientos, con el fin de garantizar a ambos Estados el adecuado disfrute de los mismos. En este sentido destaca por su importancia la ordenación del aprovechamiento hidroeléctrico de esos ríos, que cuenta con precedentes ya a comienzos del siglo XX, y cuyo régimen actualmente vigente se establece mediante los Convenios de 1964 y 1968, con la necesaria adecuación del contenido de los mismos a lo recogido en el Convenio de Albufeira.

Pero además la geografía ha favorecido que los nuevos principios del moderno Derecho de los cursos de agua internacionales se hayan reflejado de forma nítida en la regulación de los ríos ibéricos transfronterizos, toda vez que algunos de los textos internacionales en los que de manera principal se concreta ese moderno Derecho son de carácter regional europeo, como el Convenio de Helsinki o la Directiva marco de aguas, quizá por que es en el Viejo Continente en el que, por razones demográficas y de otro tipo, se siente de forma más acuciante la necesidad de esos nuevos principios, en especial el de la garantía de la sostenibilidad de los cursos de agua internacionales.

En ese sentido son especialmente reseñables el Convenio de Albufeira y el Acuerdo administrativo de 2006, que se configuran como los instrumentos con los que se materializa la penetración de esos principios en el Derecho de los ríos compartidos por España con Francia y Portugal. Eso no obsta reconocer que ambos textos presentan límites en cuanto al progreso registrado en esta materia, en especial en lo relativo a la gestión integrada de las cuencas hidrográficas internacionales, optándose en ambos casos por la coordinación de las respectivas cuencas hidrográficas en lugar de la creación de demarcaciones hidrográficas internacionales. En cualquier caso pueden considerarse como pasos adelante en la mejora de la gestión sostenible de las aguas compartidas en una zona en la que las perspectivas de futuro obligan a extremar la diligencia en el uso adecuado de los recursos hídricos, y a evitar que éstos se conviertan en factor

de conflicto, o al menos que se agrave esa circunstancia. Esos elementos deberían mover a la reflexión en el sentido de perfeccionar ese régimen jurídico con el fin de mejorar esa gestión integrada que garantice la disponibilidad de agua en cantidad y calidad suficiente para todos, incluidas las generaciones futuras.

Nota Bibliográfica

BAUTISTA JIMÉNEZ, Juan Manuel (2006), “El concepto de cuenca hidrográfica y la protección internacional del medio ambiente de los cursos de agua hispano-portugueses”, 5º Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación del Agua. Cuenca compartidas. Claves para la Gestión sostenible del Agua y del Territorio (<http://www.ualg.pt/5cigpa>).

DELGADO PIQUERAS, F. (2002), “La gestión de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas: el Convenio de Albufeira de 1998”, EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), “El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio”, Madrid, Civitas, pp. 151-177.

DELGADO PIQUERAS, F. (2007), “Aguas compartidas con Portugal”, EMBID IRUJO, A. (Dir.), “Diccionario de Derecho de Aguas”, Madrid, Iustel, pp. 177-191.

ESPINOZA GUERRA, L. (1998), “Los ríos ibéricos internacionales”, I Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación de Aguas. El agua a debate desde la Universidad. Por una nueva cultura del agua (http://www.congreso.us.es/ciberico/archivos_html/index.htm).

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (1990), “La cooperación transfronteriza en el Pirineo: Su gestión por las Comunidades Autónomas”, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.

HERRERO DE LA FUENTE, A. (2002), “La Convention sur la coopération pour la protection et l’aménagement soutenable des eaux des bassins hydrographiques hispano-portugais du 30 novembre 1998”, *Revue Européenne de Droit de l’Environnement*, núm. 3, pp. 255-267.

POZO SERRANO, P. (1999), “El régimen jurídico de los cursos de agua hispano-portugueses”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV, pp. 325-361.

SALINAS ALCEGA, S. (2007), “Derecho internacional de Aguas”, EMBID IRUJO, A. (Dir.), “Diccionario de Derecho de Aguas”, Madrid, Iustel, pp. 598-630.

SERENO ROSADO, A. (2003), “Los Convenios Hispano-Lusos sobre aguas internacionales: ¿preocupaciones ambientales o reparto de caudales?”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 3, pp. 159-187.

VEIGA DA CUNHA, L. (2000), “A gestao de bacias hidrográficas partilhadas numa perspectiva de segurança ambiental. O caso das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas”, II Congreso Ibérico sobre planificación y gestión del agua. Una cita europea con la nueva cultura del agua. La directiva marco. Perspectivas en Portugal y España (http://www.congreso.us.es/ciberico/archivos_html/index.htm).

ÁGUAS TRANSFRONTEIRIÇAS, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O ESTADO BRASILEIRO

Diogo Pignataro de Oliveira

I) As Águas Transfronteiriças no Contexto Internacional: Relevância Atual. II) O Direito à Água no Plano Internacional. III) O Direito Internacional e as Águas Transfronteiriças. IV) O Estado Brasileiro: Direito Interno, Tratados Internacionais e Política Externa. V) Conclusões. Referências.

I) As Águas Transfronteiriças no Contexto Internacional: Relevância Atual.

A água possui uma importância incalculável para todos os seres humanos, todas as nações, para toda a sociedade global. A sua utilização não se resume exclusivamente à necessidade diária de sua ingestão pelos homens, ou mesmo para o transporte, a navegação de embarcações. Os usos múltiplos que a água hodiernamente alcança são inúmeros e de relevância extraordinária para todo o contexto mundial, desde a utilização pelos homens para diversos fins (consumo pessoal), passando pelo seu uso na irrigação de culturas agrícolas, pela utilização como meio de transporte, até a sua utilização como fonte geradora de energia para a população dos países.

Há bastante tempo que o controle da água tem sido um desafio para as sociedades desde os mais remotos períodos. Em todas as grandes sociedades antigas, Suméria e Assíria na Mesopotâmia, Egito, império Inca no Peru, China e Índia, a dominação dos rios significa sua evolução.

Com a aceleração do desenvolvimento científico e tecnológico, com a intensa urbanização e com o crescimento econômico vivido pelo mundo em geral após a segunda metade do século passado, além da intensificação de todas as atividades produtivas (comércio, agricultura e indústria), e do aumento considerável da população mundial, ao mesmo passo em que a expectativa de vida se elevou, o consumo e o uso da água se sobrelevou de uma maneira deveras considerável.³⁸⁸

Diante desse quadro de indispensabilidade da água como bem de usos múltiplos para o homem, encontra-se um dos principais problemas que vêm afligindo contemporaneamente tanto as sociedades nacionais, quanto a internacional, qual seja, a escassez da água. Em muitas partes do globo terrestre já se tem uma situação crítica do problema, revelando que esta problemática voltada a um bem fundamental à vida do ser humano urge a tomada de soluções jurídicas e políticas comprometidas com a resolução, ainda que seja um desfecho não totalmente definitivo e completo para todos os questionamentos que permeiam a discussão.

Essa escassez de água, na quantidade e na qualidade, deriva de alguns fatores que, quando combinados, provocam situações de calamidade e de instabilidade completa. Dentre alguns desses fatores pode-se destacar o aumento populacional constante que o planeta vem sofrendo, o consumo desenfreado e desmedido de água em algumas regiões e por alguns entes da sociedade, a poluição das águas pelas cidades como um todo, pelas indústrias e pelas atividades de mineração, e as mudanças climáticas na Terra, que influência diretamente a exacerbação dos períodos crônicos de secas,

388 "Além das já estabelecidas navegação e produção elétrica, a pesca cresceu, as indústrias intensificaram a utilização dos corpos d'água para diluição e dispersão de seus efluentes, a urbanização e o aumento populacional fizeram crescer o volume de esgoto liberado em rios, lagos e mares, etc. Era preciso passar a encarar a água através de seus usos múltiplos, sem prioridade para uma das atividades" (CAMINATI, Fernando. *Abordagem dos recursos hídricos fronteiriços e transfronteiriços na legislação e política externa brasileira*. Monografia de Especialização, orientador: prof. Jorge Thierry Calasans, Universidade de Brasília, Centro de Desenvolvimento Sustentável, UnB-CDS, Especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental, 2006, p. 7-8).

especialmente nas regiões áridas e semi-áridas, coincidentemente onde se concentra os maiores índices de aumento populacional mundial³⁸⁹.

Inseridas no citado contexto de escassez da água encontram-se as águas transfronteiriças. Isto porque uma grande parte das bacias hidrográficas localizam-se em regiões divididas por limites soberanos estatais. Assim como os recursos naturais em geral, a água não adota os limites geográficos abstratos criados pelo homem, nem sempre os respeitando, fazendo-se inserir, desta forma, rios, lagos, lagoas, lençóis freáticos e águas subterrâneas, sob a soberania de dois ou mais Estados. A essas águas que se encontram nesta posição denomina-se de “águas transfronteiriças”.

Estudos e levantamentos técnicos realizados demonstram a existência de grandes quantidades de águas desta natureza, ou seja, transfronteiriças, que atravessam limites soberanos entre dois ou mais Estados, se colocando em áreas, às vezes, de conflito, fazendo ser indispensável uma gestão compartilhada do recurso mediante a pactuação de normas jurídicas a esse respeito³⁹⁰. Esses estudos, do ano de 1999, constataram que existiam 261 bacias internacionais que cobriam 45,3% do território terrestre (excluindo a Antártica). Na América do Sul existiam 38 bacias internacionais que cobrem algo em torno de 60% do território do continente. Especificamente no caso do Brasil, compartilha ele com outros países 9 bacias transfronteiriças (Amazônica, Chuí, Corantjin/Courantyne, Essequibo, Prata, Lagoa Mirim, Maroni, Oiapoque e Orinoco).

Segundo a UNESCO, em Relatório intitulado “*World Water Development Report*” (*WWDR*), atualmente existem 263 bacias internacionais e 145 Estados que possuem seus territórios nessas bacias. Desse universo, 21 Estados encontram-se totalmente inseridos em bacias hidrográficas compartilhadas, enquanto outros 12 têm mais de 95 por cento de sua área dentro de uma ou mais bacias com essa particularidade geográfica³⁹¹.

389 Cf UUITO, Juha I e DUDA, Alfred M. Management of transboundary water resources: lessons from international cooperation for conflict prevention. *The Geographical Journal*. Vol. 168, nº 4, Dezembro 2002, p. 365-378.

390 WOLF, Aaron T. et al. International River Basins of the World. **International Journal of Water Resources Development**, Vol. 15, nº 4, Dezembro 1999.

391 Cf UNESCO - United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Water for people, water for life: UN World Water Development Report*. Paris, 2003.

Diversas expressões podem ser consideradas como sinônimos de “águas transfronteiriças”, como, por exemplo, águas transnacionais, águas internacionais e águas internacionalmente compartilhadas. Contudo, o sentido utilizado é o mesmo, não diferindo em absoluto. No mais, dentro do conceito de “águas transfronteiriças” é necessário frisar que não apenas as águas de superfície (*surface waters*) são consideradas no presente artigo, mas também as que se encontram no subsolo ou subterrâneas (*ground waters*)³⁹².

Ao contrário dos recursos naturais internos, controlados por um único Estado, por um único ente soberano, os rios, as lagoas e os aquíferos internacionais são um tipo único de bem. Ainda que não sejam recursos naturais considerados patrimônio da comunidade internacional, que ensejam um acesso irrestrito de todos os Estados, como o alto-mar, os recursos minerais do leito marinho profundo e o espaço, as águas transfronteiriças são bens coletivos que devem prover aproveitamento e utilização aos Estados que as compartilham de maneira equânime³⁹³.

Perfaz-se, portanto, uma profunda relevância assumida pela imperatividade do tratamento jurídico das águas situadas nessas localidades de compartilhamento de direitos soberanos, tendo em vista a importância que tal bem possui, as questões geográficas que normalmente envolvem a questão, assim como a premente necessidade de se produzir uma gestão eficiente do aproveitamento de insubstituível recurso natural. O delineamento jurídico sobre as águas transfronteiriças assume, inclusive, um aspecto que visa a solução pacífica de controvérsias internacionais, a partir do momento em que Estados soberanos passam a clamar determinados direitos que possui tendo em vista as águas existentes em seu território que possuem compartilhamento com outros Estados.

O objetivo ora traçado não é o de dar uma resposta completa e definitiva acerca da escassez de água no globo, mas sim o de oferecer o

392 “A questão das águas transfronteiriças subterrâneas não tem tido o mesmo status de discussão das águas transfronteiriças superficiais. Existem razões claras para isso, posto que as superficiais são mais visíveis; é geralmente mais fácil aproveitá-las do que as subterrâneas; e sua natureza transfronteiriça é por vezes bem mais aparente quando fronteiras nacionais são definidas por cursos d’água ou lagos”. Tradução livre. (CAMPANA, Michael E. Foreword: Transboundary Ground Water. *Ground Water*. Vol. 43, nº 5, Setembro-Outubro 2005, p. 646).

393 Cf BENVENISTI, Eyal. Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law. *American Journal of International Law*. vol 90, Issue 3, Julho 1996, p. 384.

substrato jurídico necessário para que se possa atingir, indiretamente, aquele objetivo, ainda que não completamente. A finalidade precípua buscada é a de analisar a situação das águas transfronteiriças sob o prisma jurídico, precipuamente o Direito Internacional Público, a fim de que se consiga chegar àquilo que envolve diretamente o Estado brasileiro, ou seja, sua legislação interna, os tratados internacionais ratificados a respeito da matéria e internalizados no ordenamento jurídico pátrio, bem como a posição da política externa nacional que norteia a construção de normas jurídicas internacionais atinentes às águas transfronteiriças.

Assim, o questionamento que se reveste de um maior grau de necessidade de formulações jurídicas diz respeito ao gerenciamento dos usos múltiplos das águas que se encontram com direitos soberanos compartilhados entre dois ou mais Estados. Fora do âmbito em comento situam-se os limites marinhos consubstanciados na Convenção sobre o Direito do Mar das Nações Unidas de 1982, ou Convenção de Montego Bay, já que não tratam de águas transfronteiriças *latu sensu*, mas sim da criação de espaços marinhos com a determinação dos respectivos direitos e deveres dos Estados costeiros e dos demais.

O gerenciamento de cursos d'água, rios e águas subterrâneas que se situam em dois ou mais países merece um tratamento jurídico a ser dado em conformidade com o Direito Internacional Público, seus princípios, seus costumes e suas normas em sentido estrito (tratados e convenções internacionais). A razão pela qual se encontram as águas transfronteiriças submetidas ao jugo do Direito Internacional Público e não dos ordenamentos jurídicos nacionais de cada país reside no fato de que a problemática enfrentada não traz conseqüências e implicações fáticas tão exclusivamente para um país, porém para todos aqueles que compartilham e detêm, do mesmo modo, direitos sobre aquelas águas.

Desse modo, a normatividade que irradia seus efeitos sobre as águas transfronteiriças deve provir da sociedade internacional, ou ainda tão somente daqueles envolvidos soberanamente, mas jamais unicamente por um deles. Os direitos internos dos países devem, portanto, estarem consentâneos com as normas internacionais aplicáveis, pois caso contrário ter-se-á uma unilateralidade de ações na prática da solução de assuntos indiscutivelmente de cunho regional ou internacional.

II) O Direito à Água no Plano Internacional.

É diante desse quadro de imperatividade de uma solução jurídica para a questão das águas transfronteiriças consubstanciada na normativa internacional que se revela o próprio direito à água como um direito que deriva desse plano internacional para os planos internos, para cada indivíduo considerado no globo terrestre. Indubitavelmente, o direito à água ou o acesso à água caracteriza-se como um direito inalienável do homem por meio da doutrina internacional, bem como de instrumentos jurídicos internacionais.

O motivo pelo qual se traz a discussão da água para o campo dos direitos humanos demonstra-se intrinsecamente relacionado com o extremo grau de relevância que qualquer desenrolar jurídico acerca do tema hídrico suscita. Sendo assim, não seria diferente com as águas transfronteiriças, que face ao caráter peculiar que possuem, encontram-se compartilhadas geograficamente com dois ou mais sujeitos do direito internacional público.

As águas transfronteiriças já possuem naturalmente uma relevância e uma necessidade que transmutam seu enfrentamento jurídico para um patamar diferenciado, um patamar em que a existência daquelas águas não faz nascer para os Estados onde elas se localizam poderes soberanos ilimitados sobre sua utilização, sobre o seu gerenciamento. Esses poderes soberanos encontram-se compartilhados com outros Estados que também possuem os mesmos direitos, considerados, obviamente, de maneiras diferentes, a depender de diversos fatores físicos. Todavia, tal limitação de poderes soberanos encontra-se por demais condicionada quando a existência da água faz nascer um direito ao seu acesso, um direito de cada homem, um direito individual também, e não apenas um direito coletivo (considerado principalmente face ao desenvolvimento do direito ambiental internacional).

O direito à água pode ser definido como o direito que cada pessoa possui, qualquer que seja seu padrão de vida econômico ou onde quer que ela se situe, de dispor de uma quantidade mínima de água de boa qualidade que seja suficiente para suas necessidades diárias comuns, bem como indispensáveis para sua própria saúde.

Desta feita, percebe-se a água como um bem social que faz parte de um patrimônio comum da sociedade. Este patrimônio comum, em contrapartida, deve ser objeto de um controle regulamentar por parte dos poderes públicos, a fim de que sua utilização se efetive de forma equânime, com base na solidariedade e na cooperação, sempre almejando e visualizando o fim maior valorativo a ser alcançado, tal seja, a sua distribuição mínima para todos de maneira suficiente para garantir a vida e uma existência digna.

A água é, portanto, um recurso natural limitado e um bem público fundamental e indispensável para a vida humana. O direito humano à água é imprescindível para a existência da vida com dignidade. É um direito que se constrói e se solidifica na base de sustentação de vários outros direitos humanos.

O direito humano à água está, por assim dizer, completamente imbricado com outros direitos humanos expressamente reconhecidos em documentos jurídicos internacionais, tais como o direito à vida, em um espectro mais geral, o direito à dignidade humana, o direito à saúde, o direito ao meio-ambiente sadio e equilibrado, o direito à alimentação e à moradia. É, então, um direito humano que assume múltiplas facetas e se abebera de variadas fontes para se caracterizar como um direito humano inalienável.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) reconhece, em seu art. 11³⁹⁴, o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente de vida. A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana passa, invariavelmente, pela observância ao respeito a todos, sem distinção, de suas necessidades mínimas quanto à água para sua saúde e para sua vida como um todo.

Por outro lado, o direito à água é condição indispensável para o exercício efetivo do direito à saúde, considerado tanto na Declaração Universal

394 Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24.2.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 591, de 6.7.1992.

Artigo 11º

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. (...)

dos Direitos do Homem de 1948³⁹⁵, quanto no PIDESC³⁹⁶, isto porque grande parte das doenças possuem origem hídrica.

No ordenamento jurídico regional das Américas, o Protocolo de São Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, estipula em seu artigo 11 um direito ao meio ambiente sadio³⁹⁷.

O direito à água deriva ainda do direito humano ao meio-ambiente sadio e equilibrado que, individual e coletivamente³⁹⁸, deve ser considerado, posto que a grande questão da proteção do meio ambiente é que ela seja ligada aos direitos do homem³⁹⁹. Atualmente existe uma interpretação ecológica das relações internacionais que parte da Terra como um sistema fechado com recursos limitados, incluindo-se a água, e em conseqüência, o que ocorre em alguma parte do globo afetará alguma coisa em outro local. Esta “interpretação ecológica” e o enfrentamento do direito à água pelo viés do direito ambiental internacional, direito esse inalienável do homem, acaba gerando a fundamentação para um princípio que se amolda perfeitamente ao trato das águas transfronteiriças, que é o princípio da cooperação⁴⁰⁰.

O reconhecimento do direito humano à vida digna, assim como ao direito à alimentação e moradias satisfatórias, e ao direito à saúde implicam que o direito à água é parte integrante dos direitos do homem

395 Artigo 25

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

396 Artigo 12

§1 Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. (...)

397 Artigo 11

1 - Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos.
2 - Os Estados-partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

398 Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de Estocolmo, 1972, que dentre os princípios estabelecidos, asseverou que o homem tem um direito fundamental a desfrutar condições de vida adequada em um meio saudável.

399 Cf MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. V. 2. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 1344.

400 Referido princípio, tendo em vista seu alto grau de importância, será analisado no tópico seguinte deste Capítulo, quando do enfoque que se dará ao direito internacional e as águas transfronteiriças.

oficialmente reconhecidos, ou ainda que ele pode ser considerado como um componente necessário para a caracterização e aplicação de vários direitos humanos existentes⁴⁰¹.

Em uma interpretação do PIDESC, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formalmente declarou que a água é um direito humano. Tal órgão asseverou que “o direito humano à água confere a todos uma suficiente, compatível, acessível fisicamente, segura e aceitável quantidade e qualidade de água para uso pessoal e doméstico”⁴⁰². Ademais, os Estados possuem a obrigação de implementar esse direito à água tomando medidas que possibilitem essa completa realização.

Ademais, duas Convenções Internacionais reconhecem expressamente o direito à água como um direito humano inalienável. São elas: a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher⁴⁰³ e a Convenção sobre os direitos da criança⁴⁰⁴.

As conseqüências jurídicas para os Estados da consideração do direito à água como um direito humano são as de que os mesmos estariam obrigados juridicamente a respeitar, proteger e efetivar esse direito⁴⁰⁵. O

401 Cf SMETS, Henri. *Le droit à l'eau*. Paris: Conseil Européen de Droit de l'Environnement, 2002.

402 Cf UN. *Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights*. U.N. ECOSOC, 29th Session, General Comment n° 15, U.N. Doc. E/C.12/2002/11. United Nations Economic and Social Council, 2002.

403 Aprovado pelo Brasil mediante o Decreto n° 4.377, de 13 de Setembro de 2002, que promulgou a mencionada Convenção.

Artigo 14º: Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, a sua participação no desenvolvimento rural e seus benefícios, e em particular assegurar-lhes-ão o direito de: (...) gozar de condições de vida adequadas, particularmente no que diz respeito à habitação, saneamento, fornecimento de eletricidade e abastecimento de água, transportes e comunicações.

404 Aprovado pelo Brasil mediante o Decreto n° 99.710, de 21 de Novembro de 1990, que promulgou a mencionada Convenção.

Artigo 24:

1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados-partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados-partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vista a: (...) combater as doenças e a desnutrição, dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;

405 Cf RAJEPKSE, Ruana. *Water as a Human Right: Legal, Social and Economic Implications*. Conference on Global Ecological Integrity, Human Rights and Human Responsibilities – Urbino, Italy, 27 June – 1 July, 2003.

respeito ao direito humano à água implica na abstenção da tomada de medidas arbitrárias por parte do Estado no sistema de alocação de águas, o que inclui a abstenção de poluir.

A obrigação de proteger tal direito significa que o Estado prevenirá que terceiros (indivíduos, grupos de indivíduos ou empresas) não promoverão a proibição ao acesso à água, bem como que terceiros poluam os recursos hídricos. Caso os serviços de água sejam controlados por entes privados, o Estado tem a obrigação de assegurar que a água a ser comercializada é saudável e aceitável, assim como o será com base em um preço aceitável.

Por fim, a consideração do direito à água como um direito inalienável do homem traz a obrigação do Estado de efetivar tal direito através da implantação de um sistema regulatório eficaz, que preveja um monitoramento independente, uma participação pública concreta e um sistema de imposição de penas acaso a regulação estatal não seja observada.

Contudo, estas obrigações surgidas em relação aos Estados não se perfazem tão somente quando da análise dos ordenamentos jurídicos internos de cada país. Estas obrigações tomam o campo das relações internacionais quando se está em pauta a ordenação jurídica das águas transfronteiriças. Tais obrigações não serão exclusivas de um único Estado considerado em sua individualidade, mas agora de dois ou mais (quantos sejam os envolvidos), a fim de que se tenha uma uniformização do respeito, da proteção e da efetivação do direito humano à água.

III) O Direito Internacional e as Águas Transfronteiriças.

Após a sedimentação do direito à água como um direito fundamental inalienável da pessoa humana, percebe-se como é inevitável que o Direito Internacional Público se irradie pela questão das águas transfronteiriças, haja vista que com essa construção jurídica formada ter-se-á neste grandioso segmento de águas o respeito e a implementação do direito humano aludido.

O Direito Internacional se esmiúça na matéria, primeiramente, com a formação de normas jurídicas limitadoras do interesse nacional e da soberania de boa parte dos países, uma vez que preferem utilizar o recurso dentro de seu território da forma que melhor lhe prouverem, ao invés

de submeter a regras específicas de utilização racional e eqüitativa. Em segundo plano, o Direito Internacional, até como solução para o primeiro ponto, se reveste na busca pela cooperação internacional entre os países pertencentes à mesma bacia hidrográfica internacional, a fim de que se tenha efetivado uma gestão e um aproveitamento eficiente das águas compartilhadas.

A imperatividade da intervenção do Direito Internacional nas questões envolvendo as águas transfronteiriças se fortifica a partir da consequência que advém através de uma inação de normas jurídicas a respeito, chamada por Hardin de “tragédia dos recursos comuns”⁴⁰⁶. O problema maior se perfaz quando os Estados não se preocupam com os direitos dos Estados vizinhos e dos com quem compartilham aquele aquífero, aquela lagoa, aquele rio, muito menos com os aspectos ambientais envolvidos, passando a fazer uso, das mais variadas formas e para os mais variados fins, dessas águas transfronteiriças, promovendo uma denominada “corrida” e/ou “guerra” por tão relevante recurso natural.

É por esta razão que a solução mais defendida no presente caso não é outra senão a instauração de instrumentos jurídicos entre os Estados envolvidos voltados para uma gestão ótima e eficiente dos recursos, salvaguardando os direitos soberanos presentes, bem como a proteção ambiental necessária. Tal solução adviria, portanto, da celebração de normas que consagrem a cooperação entre as partes que compartilham ditas águas. Diz-se ser a fórmula ideal porque seus resultados mostram uma maior eficiência no uso da água e uma poderosa e bastante possível criação de benefícios presentes para as comunidades dependentes da água em xeque e, por conseguinte, para os Estados⁴⁰⁷, haja vista que nem sempre os Estados em questão possuem os mesmos interesses para a aplicação dos recursos hídricos compartilhados. É por isso que é bem mais viável, ao invés de investir no fortalecimento de mecanismos externos, primeiramente examinar como consolidar a interação entre os atores partes do problema e então promover a cooperação entre eles.

O desenvolvimento da cooperação internacional entre Estados soberanos

406 HARDIN, G. The tragedy of the commons. *Science*. 162, nº 3859, 1968, p. 1243-1248.

407 CHERMAK, Janie M; PATRICK, Robert H; e BROOKSHIRE, David S. Economics of Transboundary Aquifer Management. *Ground Water*. Vol. 43, nº 5. Setembro-Outubro 2005, p. 731.

encontra-se fortemente marcado pelo interesse nacional de cada um, não havendo um pensamento comum voltado para a perspectiva da coletividade internacional. É como se houvesse uma competição de soberanias concorrentes sobre os recursos naturais, quando, na verdade, “a biosfera é de todos, e certos bens de importância vital para a salubridade são em princípio somente do Estado sobre o território do qual eles se localizam. Em virtude do direito internacional clássico, os Estados exercem sobre seus recursos um domínio exclusivo e absoluto”⁴⁰⁸. Ademais, dois fatores, um de ordem interna e outro de ordem internacional, interferem diretamente no desenvolvimento de instrumentos cooperativos entre os Estados, quais sejam, a influência de grupos domésticos interessados e a corriqueira tentativa de maximização dos ganhos nas relações internacionais, respectivamente.

Para uma efetiva cooperação internacional voltada a uma utilização equitativa das águas transfronteiriças⁴⁰⁹, algumas exigências básicas se mostram peremptórias, tais como: 1) uma direta interação entre os envolvidos, através da troca contínua de informações⁴¹⁰ e da prévia notificação; 2) o estabelecimento de modelos mínimos para a alocação da água, de sua qualidade e do desenvolvimento sustentável do recurso; e 3) a criação de instituições eficientes que ofereçam uma cooperação internacional que fortaleça compromissos e garanta interdependência a longo prazo.

Essas exigências devem ser inscritas nos acordos internacionais celebrados com o fim de pactuar as regras de gestão, utilização e aproveitamento desses recursos compartilhados, de modo que, em algumas oportunidades, entende-se como mais conveniente, a fim de que haja uma completa implementação do tratado, a criação de uma instituição intergovernamental

408 DUPUY, P. M. *Droit International Public*. Paris: Dalloz-Sirey, 1998, p. 647.

409 A utilização equitativa e razoável das águas transfronteiriças é um princípio sedimentado inclusive na Convenção sobre o Direito das Utilizações dos Cursos d'Água Internacionais para Fins Distintos da Navegação, que em seu art. 5º, §1º, afirma que “Os Estados do curso de água devem utilizar os mesmos, em seus territórios respectivos, de modo equitativo e razoável. Em particular, um curso de água será usado e valorizado pelos Estados do curso de água com o objetivo de chegar-se à utilização e às vantagens ótimas e sustentáveis, levando-se em conta os interesses dos Estados do curso de água concernentes, compatíveis com as exigências de uma proteção adequada do curso de água”.

410 A Convenção sobre o Direito das Utilizações dos Cursos d'Água Internacionais para Fins Distintos da Navegação, em seu art. 9º, trata do assunto da seguinte forma: “Os Estados do curso de água devem, de modo regular, trocar rapidamente dados e informações na condição de Estado que compartilha as águas, em particular as relativas às questões hidrológicas, meteorológicas, hidrogeológicas, ecológicas, da qualidade das águas, bem como as relacionadas com a previsão do tempo”.

que cuidará da organização de tais assuntos, ou ainda de uma entidade supranacional com os mesmos fins.

Essas instituições de cunho internacional são criações jurídicas que possibilitam a ligação entre os Estados soberanos, diminuindo os custos transacionais inerentes, seja com a comunicação necessária, seja com o monitoramento e o controle, seja com a implementação das regras como um todo. O mais importante é que essas instituições criam um ambiente político favorável para as negociações e o estabelecimento de regras entre os membros, não substituindo os governos nacionais no controle dos recursos compartilhados, mas apenas permitindo que eles próprios cheguem a melhores e otimizadas respostas ao uso e gerenciamento das águas transfronteiriças.

De fato, sem a troca de informações, nem a utilização equitativa, nem a proteção dos recursos podem se concretizar, o que explica que, em praticamente todos os acordos internacionais a respeito da matéria, encontram-se inscritos, às vezes de maneira detalhada, este aspecto da cooperação internacional⁴¹¹. A obrigação relativa à prévia notificação para novos projetos, novas situações e usos de um modo geral é algo que já é largamente consagrado por diferentes tratados internacionais sobre águas transfronteiriças⁴¹².

O lançamento de normas jurídicas que venham a contemplar a situação fática da gestão e do aproveitamento das águas transfronteiriças possui mais um significativo relevante motivo ensejador, qual seja, a prevenção de conflitos. Infelizmente, nem sempre os países atinam para a importância da celebração de tratados que rejam o aproveitamento relativo às águas compartilhadas por eles, preferindo fazer uso de sua política interna de forma independente, até que a situação se torne insustentável e, de fato, não mais possa a gestão ocorrer sem o estabelecimento de regras específicas.

É antes desse momento, e por vezes até durante ele, que surge uma gama de questionamentos jurídico, como por exemplo: qual é a autoridade competente sobre as águas da lagoa, do rio, do aquífero, enfim, da bacia

411 Cf PAQUEROT, Sylvie. Le Droit international et la coopération dans le domaine de l'eau: enjeux et défis dans les Amériques. *Vertigo / Hors-Dossier*, Setembro 2005, p. 1.

412 MCCAFFREY, S. C. Troisième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation. *Annuaire de la C.D.I* 1987. Doc. A/CN.4/406 et Add. 1 et 2, vol II, 1987, p. 47.

internacional? Quem tem o controle, o poder, a autoridade e a jurisdição sobre essas águas? Quais são as melhores regras para a determinação do que cabe a quem com relação a essas águas? Sobre que condições devem os Estados agir coletivamente e aceitar normas e procedimentos para a utilização ótima dos recursos compartilhados?

As respostas para esses e outros questionamentos feitos devem se fazer presentes nos documentos jurídicos internacionais construídos pelos Estados envolvidos. É através de um documento convencional, um tratado internacional, que se define se será criada ou não um órgão supranacional para a gestão e gerenciamento das águas transfronteiriças, ou se apenas será criada uma instituição gestora, um comitê intergovernamental. É, do mesmo modo, a partir deste documento que se visualizará como se dará o controle, a gestão, o gerenciamento de todas as águas transfronteiriças objeto da norma jurídica, tudo por meio de regras pactuadas e de aplicação para todas as partes.

Neste diapasão, em pesquisas científicas realizadas sobre os acordos internacionais atinentes a águas transfronteiriças, afirma-se existir mais de 400 tratados internacionais acerca da matéria, dentre os anos de 1820 e 2002⁴¹³. Em outro levantamento produzido, asseverou-se que 86% dos tratados internacionais são bilaterais (celebrados entre dois Estados apenas), enquanto que 14% são multilaterais⁴¹⁴. Essa preponderância de acordos bilaterais por vezes acaba por prejudicar um aproveitamento equitativo das águas transfronteiriças, pois alguns países preferem se utilizar de vários acordos bilaterais, a fim de aumentar seu grau de influência sobre as outras partes, ao invés de considerar a questão sob um aspecto regional e multilateral.

A implementação dessas regras formadas e um sistema de responsabilidades por não cumprimento do avençado consiste em um dos maiores desafios a serem vencidos pelas negociações a fim de se fazer constar do texto final e vinculante. Isto porque nem todos os países estão dispostos a se submeter perante órgãos terceiros, mesmo que criados sob sua vontade

413 Transboundary Freshwater Dispute Database. Oregon State University. International Freshwater Treaties Database. Acessível em <http://www.transboundarywaters.orst.edu/projects/internationalDB.html>. Acesso em 13/07/2007.

414 Cf HAMMER, J. H. e WOLF, A. T. Patterns in International Water Resource Treaties: the Transboundary Freshwater Dispute Database. Colorado Journal International Environmental Law, Yearbook, 1997, p. 157ss.

soberana, com o intuito de solucionar questões que por ventura surjam no decorrer da vigência do tratado. Indubitavelmente que a estipulação de regras neste sentido se converte em algo deveras concretizador dos direitos de todo os países e do direito ambiental internacional.

Entretanto, na prática da pactuação dos acordos internacionais sobre a matéria não é o que se tem verificado, haja vista que sobre a resolução de conflitos, 36% dos tratados internacionais tratam os organismos de cooperação com funções de conselho apenas, 10% se referem a uma terceira parte ou às Nações Unidas, 22% não possuem qualquer tipo de cláusula sobre a solução de controvérsias e 32% são incompletas e ambíguas, não provendo os Estados de mecanismos completos e eficientes para o fiel cumprimento de suas disposições⁴¹⁵.

Saliente-se, apesar de tudo, que a soberania ainda é o grande princípio do Direito Internacional levantado pelos países, servindo de base e fundamentação para o entrave político e jurídico lançado por eles a fim de não se submeterem a normas de cooperação internacional em geral. A reticência dos Estados se observa muito mais claramente quanto à idéia de se submeter a instituições de monitoramento e controle supranacionais, bem como a uma jurisdição obrigatória para a solução de eventuais controvérsias surgidas. O Tratado de Cooperação Amazônica⁴¹⁶, do qual o Brasil é um dos Estados-parte, é um claro exemplo do que se afirma, posto que se proclama que “o uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais em seus respectivos territórios é direito inerente à soberania do Estado e seu exercício não terá outras restrições senão as que resultem do Direito Internacional” (Artigo 4º).

No entanto, visto que é esperado que a demanda por água aumente no futuro, a importância da cooperação para a proteção dos recursos naturais transfronteiriços existentes pode ser, por si só, suficiente para conduzir os Estados a escolherem por uma estratégia de completa e irrestrita cooperação⁴¹⁷. Os acordos internacionais que visam a criação de instrumentos cooperativos para o uso e o gerenciamento das águas transfronteiriças

415 Cf HAMMER, J. H. e WOLF, A. T. Op cit.

416 Aprovado pelo Brasil mediante o Decreto nº 85.050, de 18 de Agosto de 1980, que promulgou o mencionado Tratado.

417 Cf BENVENISTI, Eyal. Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law. American Journal of International Law. vol 90, Issue 3, Julho 1996, p. 391.

devem prever, inevitavelmente, mecanismos de interdependência indefinidos entre as partes, de maneira que esteja sempre aberta a possibilidade de se rever o conteúdo e a forma pela qual aquela cooperação se efetiva no plano internacional, uma vez que as situações fáticas que deram fundamento à elaboração daquele documento jurídico internacional podem variar conforme o passar do tempo⁴¹⁸.

Resta patente, desta feita, o modo pelo qual deve ser efetivado a gestão e o gerenciamento das águas transfronteiriças, entendidas estas como as que são compartilhadas entre dois ou mais Estados soberanos, sujeitos de Direito Internacional Público, tanto em superfície, quanto as subterrâneas, a fim de que se tenha uma maneira eficiente e equitativa de fazê-lo, consentâneo, inclusive, com as normas costumeiras e convencionais do Direito Internacional.

Esse *modus operandi* cooperativo de participação conjunta dos recursos naturais compartilhados soberanamente carece, para a sua consolidação no âmbito jurídico, da pactuação das normas que regerão a gestão e o gerenciamento do bem hídrico. Dessa pactuação de normas se originará um tratado internacional, bilateral ou multilateral, a depender da quantidade de países que compartilham os recursos. Este será o instrumento supremo que fará lei entre as partes, obrigará e vinculará as mesmas com relação aos procedimentos indispensáveis para o compartilhamento otimizado das águas transfronteiriças.

Entretanto, a fim de evitar a realização de diversas negociações em várias épocas distintas, algumas entidades e organizações internacionais passaram a dirigir seus estudos e trabalhos de codificação do Direito Internacional no sentido de consolidar em documentos jurídicos o tratamento dispensado ao uso das águas transfronteiriças. Nasceu, assim, através de uma complexa e não terminada construção histórica que ainda se desenvolve, com o intuito de fazer prosperar o seu conteúdo, a única norma jurídica internacional convencional condizente à matéria, a Convenção de Nova Iorque sobre o Direito Relativo ao Uso dos Cursos de Água para fins Diversos da Navegação, de 1997.

418 Neste contexto: "Ao invés de discretos acordos especificando rígidas alocações a serem renegociadas para mudanças acumuladas, as partes envolvidas devem ter como objetivo a fixação de um acordo por longo prazo, o qual deve incluir a construção de procedimentos internos para adaptação a futuros desenvolvimentos. Ação coletiva sustentável deve ser baseada em um mecanismo de ajuste interno que possam responder eficientemente às flutuações da demanda e do abastecimento do recurso" (BENVENISTI, Eyal. Op cit. p. 409).

Antes de chegar à construção jurídica hodierna acerca das águas transfronteiriças, impende salientar que em 1815, como fruto resultante do Congresso de Viena, os rios foram classificados em dois tipos: os internos e os internacionais. Estes últimos, por sua vez, classificavam-se em fronteiriços ou sucessivos, segundo se colocassem como fronteiras ou corressem pelos territórios de uns e outros Estados. Posteriormente, já em 1919, por ocasião da celebração dos Tratados de Versalhes com a regulamentação da utilização dos rios Reno e Danúbio, passou-se a admitir a categoria dos rios completamente internacionalizados, que seriam aqueles nos quais existe a liberdade de navegação em favor de todos os Estados, sejam ou não ribeirinhos⁴¹⁹.

Possivelmente por influência das novas concepções acerca das questões ambientais, a partir dos anos 60 do século XX, houve uma evolução no Direito Internacional Fluvial, que passou a reconhecer a existência de outras finalidades dos rios internacionais que não as finalidades exclusivas de demarcação e navegação. Além dos tratados bilaterais e multilaterais relativos à utilização dos rios para fins diversos que não os de vias de navegação, surgiram também, nesse período, tratados multilaterais relativos às bacias hidrográficas internacionais, das quais é exemplo um documento que o Brasil é parte, o Tratado da Bacia do Prata, de 1969⁴²⁰. Foi neste período que surgiu também o conceito de bacia integrada ou Bacia de Drenagem Internacional, definido pela doutrina como “uma área geográfica que cobre dois ou mais Estados, determinada pelos limites fixados por divisores de água, inclusive as águas de superfície e as subterrâneas, que desembocam num ponto comum”⁴²¹, dando ensejo à formulação de tratados bilaterais e multilaterais concernentes ao fato.

Assim, de modo a regulamentar a proteção das águas transfronteiriças, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI), que tem como objetivos principais “a promoção do progressivo desenvolvimento

419 Cf SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 107-108.

420 Cf PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as Águas: a Harmonização, via Mercosul, das Normas de Proteção às Águas Transfronteiriças do Brasil e Argentina*. Santa Maria: UFSM, 2005, p. 73.

421 SILVA, G. E. do Nascimento e. *A utilização dos rios internacionais e o Mercosul*. In CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1995, p. 511.

do Direito Internacional e sua codificação⁴²², coordenou diversos debates ao longo de diversos anos, de onde resultaram Relatórios sobre a matéria, culminando com uma minuta de Convenção sobre o Direito das Utilizações dos Cursos d'Água Internacionais para Fins Distintos da Navegação, que fora aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 1997, por meio da Resolução nº 51/229, e em seguida aberta a assinaturas e ratificações pelos países interessados.

Tal Convenção somente terá seus efeitos jurídicos pretendidos de fato realizados quando e se os países fronteiriços e que compartilham cursos d'água internacionais⁴²³ ratifiquem valoroso instrumento jurídicos internacional⁴²⁴. Fruto de cerca de 20 anos de trabalho, esta Convenção vem enfrentando uma forte rejeição por parte dos Estados, principalmente aqueles à montante. Ao menos, por ter sido ratificada por Estados que gozam de uma fronteira comum, ela não terá o mesmo destino que sua predecessora, a Convenção relativa à instalação de forças hidráulicas de interesse de vários Estados, adotada em Genebra em 1923⁴²⁵. Esta última, apesar de ter entrado em vigor, nunca foi ratificada por Estados limítrofes, permanecendo, até hoje, letra morta⁴²⁶.

Essas duas pontuações, quais sejam, a não entrada em vigor da Convenção, ou ainda que haja juridicamente o início dos seus efeitos celebrados convencionalmente, mas que não se tenham entre os Estados partes, aqueles que compartilhem as águas transfronteiriças, fazem nascer um

422 Artigo 1º do Estatuto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, adotado pela Assembléia Geral da ONU, na sua Resolução nº 174 (II), de 21 de Novembro de 1947.

423 Para tal expressão, utiliza-se a mesma como sinônimo do que é conceituado na própria Convenção para o termo "cursos d'água internacional" em seu art. 2º ("um sistema de águas superficiais e de águas subterrâneas constituindo, por causa de suas relações físicas, um sistema unitário e que desemboca, normalmente, em um ponto de chegada comum").

424 Até então, julho de 2007, a Convenção detinha 7 ratificações confirmadas (Alemanha, Jordânia, Namíbia, Noruega, Portugal, África do Sul e Síria), 16 assinaturas (todos os que a ratificaram acrescidos de Costa do Marfim, Finlândia, Hungria, Luxemburgo, Países Baixos, Paraguai, Tunísia, Venezuela e Iêmen) e 5 acessões (Iraque, Líbano, Líbia, Catar e Suécia). Dados extraídos de http://www.internationalwaterlaw.org/intldocs/watercourse_status.html Acesso em 18/07/2007.

425 **Convention Relative to the Development of Hydraulic Power Affecting More Than One State, and Protocol of Signature.** *The American Journal of International Law*, Vol. 20, N. 4, Supplement: Official Documents (Oct., 1926), pp. 145-152.

426 CALASANS, Jorge Thierry. Poluição dos Grandes Aquíferos e Soberania Nacional: o Exemplo de Cooperação entre os Estados Unidos e o México. In *O Futuro do Controle da Poluição e da Implementação Ambiental*, Anais do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, IMESP, 2001, p. 450.

debate doutrinário acalorado no sentido de perquirir se poderia o Direito Internacional impor normas e procedimentos aos Estados envolvidos para que haja uma equitativa utilização e gerenciamento das águas transfronteiriças. A Corte Internacional de Justiça (CIJ), órgão judiciário do sistema da ONU, sediada em Haia, já se posicionou afirmando que as regras que a Convenção enuncia já são consideradas parte integrante do direito internacional⁴²⁷.

Portanto, de acordo com a normativa internacional respeitante ao Direito Ambiental Internacional, a proteção às águas transfronteiriças deve se efetivar com base em alguns princípios do Direito Internacional de forma imperativa. O desenvolvimento e a consolidação desses princípios se concretizaram através dos trabalhos da Associação de Direito Internacional, que lançou em 1966 as Regras de Helsinque sobre os Usos das Águas dos Rios Internacionais, pela Associação de Direito Internacional⁴²⁸, bem como da aplicação constante em tratados bilaterais e multilaterais que tinham como objeto a gestão e o gerenciamento das águas transfronteiriças entre Estados determinados. Assim, como princípios gerais do Direito Internacional aplicáveis às águas transfronteiriças, tem-se o: a) da utilização equitativa, b) o da obrigação de não causar significativo dano e c) o do dever de cooperar (dever de troca de informações e de notificações e consultas)⁴²⁹. Esses princípios encontram-se positivados e esculpido no texto da Convenção de Nova Iorque de 1997 em seus artigos 5 a 10⁴³⁰.

Sobre o objetivo e a natureza da Convenção, a doutrina entende que se trata de um documento que pretendeu levar ao nível multilateral e

427 A Corte Internacional de Justiça de Haia citou-as em uma sentença promulgada em 25 de setembro de 1997, relativa à disputa que opôs a Hungria e a Eslováquia com relação ao projeto hidrelétrico de Gabčíkovo-Nagymaros, sobre o Danúbio. O projeto datava dos anos 50, mas só foi implementado após a conclusão, em 1977, de um tratado entre os dois países, pelo qual a Hungria se encarregava da construção da central ligada a Gabčíkovo, e a então Tchecoslováquia, da construção da barragem.

428 Regras de Helsinque sobre os Usos das Águas dos Rios Internacionais, adotada pela Associação de Direito Internacional na sua 52ª Conferência, na cidade de Helsinque, em agosto de 1966. Londres: Associação de Direito Internacional, 1967.

429 Cf MECHLEM, Kerstin. Water as a Vehicle for Inter-State Cooperation: a Legal Perspective. FAO Legal Papers OnLine. nº 32, Agosto 2003, acessível em <http://www.fao.org/legal/prs-ol/lpo32.pdf>, em 20/07/2007.

430 Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf Acesso no dia 06 de Junho de 2007.

universal, na forma de ato cogente, as práticas que já se acham vigentes na imensa maioria dos acordos fluviais e de pesca nas relações bilaterais e multilaterais entre os Estados. Sendo assim, a tarefa da CDI, no que respeita aos rios transfronteiriços e lagos internacionais, foi mais um exercício de suas atribuições de codificação do Direito Internacional⁴³¹. Em suma, é tal documento considerado como uma Convenção-Quadro⁴³² que fornece regras para guiar Estados em negociações de acordos futuros sobre usos distintos da navegação de cursos d'água internacionais, regulamentando medidas de proteção, conservação e gerenciamento deles.

IV) O Estado Brasileiro: Direito Interno, Tratados Internacionais e Política Externa.

A gestão internacional dos recursos hídricos é, sem sombra de dúvida, uma das mais relevantes temáticas internas da ordem ambiental internacional. Afinal, o assunto envolve uma fonte vital para a manutenção da vida e para o desenvolvimento sócio-econômico que, atualmente, causa grandes preocupações em todos os quadrantes do globo⁴³³.

Inserido inexoravelmente neste contexto encontra-se o Brasil, possuidor de cerca de 60 por cento de seu território coincidindo com bacias hidrográficas transfronteiriças, uma vez que é drenado por duas das cinco maiores do globo (Amazônica e Platina), além de outras sete de dimensões pouco expressivas (Chuí, Corantjin/Courantyne, Essequibo, Lagoa Mirim, Maroni, Oiapoque e Orinoco), afora compartilhar com demais países da América do Sul o Aquífero Guarani.

Desta forma, para focar as atenções no caso brasileiro faz-se mister ter como foco inicial a demonstração da situação brasileira em específico, retratando o modo pelo qual encontra-se repartida a competência na Constituição Federal quanto ao regime jurídico dispensado às águas

431 SOARES, Guido Fernando da Silva. *Op cit.* p. 258.

432 Uma convenção-quadro pode ser definida como aquela que, ao tratar sobre determinada matéria específico do Direito Internacional, estabelece as diretrizes e os parâmetros básicos a serem seguidos pelos seus Estados-partes, a fim de que se tenha por cumprido o objeto principal da mesma.

433 Cf SANTOS, Sinval Neves. O Compartilhamento das Águas Transfronteiriças Superficiais: um subsistema da ordem ambiental internacional. 2º Encontro Anual da ANPPAS. Abril/2004. p. 5-6.

transfronteiriças, bem como a especificação dos bens pertencentes aos entes federados, e também a disciplina, em linhas gerais, do gerenciamento hídrico nacional, com fins de comparação com a política externa adotada. Em seguinte é que se perfaz pertinente a compreensão de toda a questão das águas transfronteiriças quanto ao Estado brasileiro ao levantar as questões envolvendo a Bacia do Prata, a Bacia Amazônica e o Aquífero Guarani, não olvidando o papel que desempenha e que pode vir a desempenhar o Mercosul como um possível canal de discussão e negociação.

O Brasil, quando das negociações e discussões travadas no seio da CDI sobre águas transfronteiriças, adotou, desde o início, posição demasiadamente desfavorável à utilização do conceito de bacia hidrográfica no texto jurídico final a ser adotado. “O uso do conceito de bacia hidrográfica consistiu dos primeiros relatórios da CDI. Contudo, essa idéia não conseguiu captar a adesão de todos os países, ou, pelo menos, de sua maioria”⁴³⁴.

Neste sentido, à exceção do Tratado da Bacia do Rio da Prata, que foi firmado imbuído do sentimento de que a ação conjugada permitiria o desenvolvimento harmônico e equilibrado, assim como o ótimo aproveitamento dos grandes recursos da região, assegurando sua preservação para as gerações futuras através da utilização racional dos aludidos recursos, a política externa brasileira caminhou no sentido de não adotar o conceito de bacia hidrográfica como unidade de gerenciamento. Contrariamente a esse posicionamento majoritário da política externa brasileira está a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.433, de 1997⁴³⁵.

Para entender o regime jurídico nacional atinente às águas, imprescindível que se vislumbre o modo pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre tão relevante recurso natural. A dominialidade das águas na Constituição de 1988 é, exclusivamente, de caráter público, ou da União, ou dos Estados da Federação. À União, conforme art. 20, III, da CF, compete o domínio sobre os lagos, rios e quaisquer correntes de água

434 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 128.

435 Não é outra a posição que se pode extrair de uma interpretação literal do art. 1º, V, da mencionada Lei, senão vejamos:

“Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;”

em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais. Já aos Estados da Federação, a CF reserva o domínio, conforme seu art. 26, I, sobre as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União. Por último, a CF estabeleceu em seu regime de repartição de competências que a competência legislativa sobre águas é exercida privativamente pela União (art. 22, IV) e que a competência material ou executiva relacionada à instituição de um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e à definição de outorga de direitos de seu uso é da União (art. 21, XIX).

Tanto a dominialidade quanto a competência legislativa e material relativa às águas transfronteiriças residem no campo de atuação da União. Todavia não há legislação específica de tutela às águas transfronteiriças. De fato, todas as normatizações existentes na legislação brasileira relacionada às águas internas são também aplicáveis às águas que cruzam ou se localizam na fronteira entre dois ou mais países⁴³⁶.

Desta forma, adotou-se a Lei Federal nº 9.433, de 1997, que disciplinou a PNRH e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SNGRH), em consonância com o mandamento constitucional do inciso XIX do art. 21. A referida política instituída pela Lei 9.433/97 tem como princípios e fundamentos: a água é um bem de domínio público; a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da PNRH e atuação do SNGRH; a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (art. 1º).

A gestão dos recursos hídricos no sistema brasileiro se dá através da consideração da bacia hidrográfica como unidade territorial para implementação da PNRH e atuação do SNGRH. Assim, “os Comitês de

436 Cf PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as Águas: a Harmonização, via Mercosul, das Normas de Proteção às Águas Transfronteiriças do Brasil e Argentina*. Santa Maria: UFSM, 2005, p. 51.

Bacia Hidrográfica, com fundamentação legal nos arts. 37 a 40 da Lei nº 9.433/97, funcionam como se fossem os parlamentos das correspondentes bacias, onde serão tomadas as principais decisões políticas sobre a utilização das águas⁴³⁷.

O modelo sistêmico de integração participativa implantado pela Lei nº 9.433/97 no Brasil é considerado o mais moderno, caracterizando-se pela criação de uma estrutura sistêmica, na forma de matriz institucional de gerenciamento, responsável pela execução de funções gerenciais específicas e pela adoção de três instrumentos: a) planejamento estratégico por bacia; b) tomada de decisão através de deliberações multilaterais e descentralizadas; c) estabelecimento de instrumentos legais e financeiros⁴³⁸.

E neste contexto, há a previsão na própria Lei, para que haja Comitês de Bacia Hidrográfica de bacias de rios fronteiriços e transfronteiriços de gestão compartilhada (§2º do art. 39), os quais devem ter em sua composição, obrigatoriamente, um representante do Ministério de Relações Exteriores.

Contudo, a existência da gestão e do gerenciamento provindo do compartilhamento de águas transfronteiriças passando pelo conceito de bacias de drenagem é algo que se encontra fora da realidade da política externa brasileira. Acredita-se haver um comprometimento dos interesses nacionais e da própria soberania brasileira caso sejam adotados tais critérios, o que demonstra um profundo contra-senso com a legislação interna consagrada.

Desse modo, deve-se destacar a visão da política externa brasileira, que sempre rejeitou quaisquer decisões que impusessem princípios que pudessem ser compreendidos como algum limite ao direito de que o Brasil utilizasse dos recursos naturais de seu território em seu próprio proveito e soberanamente. O máximo que o Brasil aceita é que o uso de determinados corpos de água contíguos com outro país seja feito em condomínio com o vizinho, como na Usina de Itaipu. Nestes, as autoridades brasileiras não só admitem que têm que ouvir e negociar com o outro lado, como

437 Cf PES, João Hélio Ferreira. Op cit. p. 59.

438 POMPEU, Cid Tomanik apud CAMINATI, Fernando. Abordagem dos recursos hídricos fronteiriços e transfronteiriços na legislação e política externa brasileira. Monografia de Especialização, orientador: prof. Jorge Thierry Calasans, Universidade de Brasília, Centro de Desenvolvimento Sustentável, UnB-CDS, Especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental, 2006, p. 51-52.

entendem que devem celebrar acordos bilaterais e decidir o rumo da exploração destes recursos em conjunto com o vizinho. Mas estender essa compreensão para afluentes daquele rio ou para a área de drenagem do mesmo, ainda que com o intuito de proteger as condições ambientais e a qualidade ou quantidade dos recursos, é um esforço que a diplomacia nacional e os governos brasileiros ainda não conseguem fazer⁴³⁹.

O Tratado da Bacia do Prata, assinado em 1969, que engloba a região na qual se localiza a Usina de Itaipu, prevê uma estrutura jurídica propensa a estimular acordos e cooperação entre as partes. Existe no Tratado uma predisposição jurídica para se consagrar e utilizar a visão e o conceito de bacia hidrográfica, porém não em sua plenitude.

A origem deste Tratado do qual o Brasil é parte remonta às disputas históricas existentes no local quanto à navegação entre este país e a Argentina. A situação ganhou maiores proporções quando o governo brasileiro passou a elaborar um projeto, conjuntamente com o Paraguai, para utilizar o potencial hidrelétrico do rio Paraná, represando-o, o que de fato causaria conseqüências danosas ao Estado argentino, país localizado à jusante. Isto levou a Argentina a solicitar reuniões com o fim de instituir normas comuns regionais para o aproveitamento integrado dos recursos hídricos da bacia.

O resultado foi, então, a celebração de um tratado internacional entre os cinco países que integram toda a Bacia do Rio da Prata (Brasil, Argentina, Paraguai, Bolívia e Uruguai), que prevê criação de um Comitê Intergovernamental Coordenador, assegurando a institucionalização do sistema da Bacia e conjugando esforços com o objetivo de promover o desenvolvimento harmônico e a integração física da Bacia do Prata e de suas áreas de influência direta e ponderável⁴⁴⁰.

O Tratado da Bacia do Prata impõe que as partes promovam a identificação de áreas de interesse comum e a realização de estudos, programas e obras, bem como a formulação de entendimentos operativos ou instru-

439 CAMINATI, Fernando. Abordagem dos recursos hídricos fronteiriços e transfronteiriços na legislação e política externa brasileira. Monografia de Especialização, orientador: prof. Jorge Thierry Calasans, Universidade de Brasília, Centro de Desenvolvimento Sustentável, UnB-CDS, Especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental, 2006, p. 87.

440 Aprovado pelo Brasil mediante o Decreto n° 67.084, de 19 de Agosto de 1970, que promulgou o mencionado Tratado.

mentos jurídicos que estimem necessários e que propendam à facilitação e assistência em matéria de navegação; à utilização racional do recurso água, especialmente através da regularização dos cursos d'água e seu aproveitamento múltiplo e eqüitativo; e à promoção de outros projetos de interesse comum e em especial daqueles que se relacionam com o inventário, avaliação e o aproveitamento dos recursos naturais da área.

Porém, uma clara demonstração de que a limitação da soberania estatal advinda de um modelo cooperativo de compartilhamento das águas transfronteiriças não foi completamente implantando, encontra-se no art. 5º do Tratado, que atesta que “a ação coletiva entre as Partes Contratantes deverá desenvolver-se sem prejuízo dos projetos e empreendimentos que decidam executar em seus respectivos territórios, dentro do respeito ao direito internacional e segundo a boa prática entre nações vizinhas e amigas”.

Não obstante as formulações pactuadas no Tratado da Bacia do Prata, o Tratado de Itaipu, entre o Brasil e o Paraguai, foi concluído em 1973, a fim de realizar o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do rio Paraná até a foz do rio Iguaçu, após a qual se dá a fronteira tríplice entre esses países e a Argentina⁴⁴¹. No entanto, a fundamentação jurídica para este acordo bilateral provém, segundo ambos os governos, do próprio Tratado da Bacia do Prata, que em seu art. 6º afirma que “o estabelecido no presente Tratado não impedirá as Partes Contratantes de concluir acordos específicos ou parciais, bilaterais ou multilaterais, destinados à consecução dos objetivos gerais de desenvolvimento da Bacia”.

O Brasil se opõe, portanto, à aceitação da noção global de bacia integrada, ao revés da Argentina. O Brasil defende sua posição afirmando que há de fato a peremptória necessidade de compartilhamento de recursos naturais apenas para os rios contíguos, mas não para os sucessivos, encampando aí, o princípio da soberania nacional. Para o Brasil quando há recurso natural compartilhado, o mesmo deve ser gerido em condomínio com o país vizinho⁴⁴².

Outro tratado internacional do qual é parte o Estado brasileiro e que atine à matéria de águas transfronteiriças é o Tratado de Cooperação

441 Aprovado pelo Brasil mediante o Decreto nº 72.707, de 26 de Abril de 1973, que promulgou o mencionado Tratado.

442 CAUBET, Christian Guy. A água doce nas relações internacionais. Barueri: Manole, 2006, p. 130-131.

Amazônica (TCA), assinado em 1978 por oito países (Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela). O foco central desta norma jurídica internacional é o de consagrar e reconhecer a soberania de cada um dos países signatários sobre a parte que lhe corresponde da Amazônia⁴⁴³, permitindo, por outro lado, que se discuta e se tomem posições e decisões sobre problemáticas eventuais em conjunto⁴⁴⁴.

A pactuação do TCA é uma resposta clara e direta aos que visam a internacionalização da região, com o límpido fim de expurgar os movimentos oriundos de fora dos países que compartilham ditos recursos naturais. O movimento consagrado na normativa internacional é, pois, voltado à regionalização dos mesmos, ainda que não se vislumbre um compartilhamento completo e irrestrito das águas, mas sim uma cooperação regional, caso preciso. Provavelmente por este mesmo motivo que a Guiana Francesa foi excluída das negociações e do próprio tratado em si, posto ser ela um Departamento Ultramarino da França.

Diferentemente dos tratados celebrados na Bacia do Prata, o Tratado de 1978 não se trata de um acordo específico para regular os usos de cursos de água internacionais ou os aspectos da navegação. Trata-se de um acordo regional multilateral com vistas ao desenvolvimento, à preservação ambiental e ao uso racional dos recursos naturais. Desta forma, as questões dos usos múltiplos dos recursos hídricos da região são também objeto do acordo, mas dividem as atenções com a cooperação para o desenvolvimento econômico e social das regiões e populações abrangidas, com o aproveitamento sustentável da totalidade dos recursos ambientais e com a promoção e intercâmbio de pesquisas científicas⁴⁴⁵. Prevaleceu no TCA, pois, a supremacia do conceito político de território e de soberania em

443 Artigo IV: As Partes Contratantes proclamam que o uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais em seus respectivos territórios é direito inerente à soberania do Estado e seu exercício não terá outras restrições senão as que resultem do Direito Internacional.

444 Artigo I: As Partes Contratantes convêm em realizar esforços e ações conjuntas a fim de promover o desenvolvimento harmônico de seus respectivos territórios amazônicos, de modo a que essas ações conjuntas produzam resultados equitativos e mutuamente proveitosos, assim como para a preservação do meio ambiente e a conservação e utilização racional dos recursos naturais desses territórios.

Artigo V: Tendo em vista a importância e multiplicidade de funções que os rios amazônicos desempenham no processo de desenvolvimento econômico social da região, as Partes Contratantes procurarão envidar esforços com vistas à utilização racional dos recursos hídricos.

445 CAMINATI, Fernando. Op cit. p. 67-68.

detrimento da concepção mais moderna de bacia de drenagem.

Em último plano de consideração frente ao Brasil no que tange às águas transfronteiriças tem-se a imensidão do Aquífero Guarani, um dos maiores reservatórios de água doce subterrânea do mundo e o maior da América do Sul, que é compartilhado pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai⁴⁴⁶. Sem possuir um tratado internacional que estabeleça as regras para sua gestão e aproveitamento eqüitativo e razoável, o aquífero acaba sendo super explorado, tendo suas águas utilizadas de forma desordenada. Servindo de exemplo, no Brasil a outorga para o uso dos recursos hídricos subterrâneos, como visto, é dos estados da federação, fato que dificulta um gerenciamento otimizado de todo o aquífero Guarani no Brasil, uma vez que ele se faz presente em oito estados brasileiros⁴⁴⁷.

Uma rápida e eficiente formulação de normas jurídicas sobre o aproveitamento de todo o Aquífero Guarani é uma necessidade premente da contemporaneidade, haja vista a sua importância para os países que compartilham suas águas e o corriqueiro aumento da exploração por parte de empresas privadas, de maneira descontrolada e visando unicamente o lucro, das águas em regiões e países diversos.

Por outro, como possível meio que poderia se abrir para a solução desta última principalmente, mas de outras questões também relacionadas voltadas às águas transfronteiriças, pelo fato de estar intrinsecamente interligado com a questão das águas transfronteiriças e o Estado brasileiro, assim como a própria América do Sul, está o Mercado Comum do Sul (Mercosul), organização internacional criada pelo Tratado de Assunção, 1991, que engloba em sua composição o próprio Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai⁴⁴⁸, e que detém como fim a integração econômica da região, criando um fórum multilateral e intergovernamental para a discussão, negociação e solução de controvérsias. Isto porque é de se ressaltar que existe uma grande quantidade de águas transfronteiriças no território abrangido pelo Mercosul, incluindo-se aí tanto águas superficiais (rios e lagos) como águas subterrâneas (aquíferos). Entre as águas

446 Brasil (840.000 km²); Argentina (355.000 km²); Paraguai (58.000 km²); e Uruguai (58.500 km²).

447 Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

448 O Mercosul possui ainda como Estados Associados, mas não Partes, a Bolívia e o Chile, mantendo negociações, ainda, para a entrada da Venezuela.

superficiais destaca-se a Bacia do Rio da Prata, que compreende os rios Paraná, Paraguai e Uruguai, cujas nascentes estão no Brasil e deságuam no estuário do Rio da Prata, entre o Uruguai e a Argentina. Já entre as águas subterrâneas, destaca-se o aquífero Guarani, de tremenda importância, que se estende pelos quatro países do Mercosul.

V) Conclusões.

Diante do exposto acerca da disciplina jurídica das águas transfronteiriças, pode-se delimitar alguns traços conclusivos inerentes à matéria. De início, toda e qualquer construção jurídica que se deseje conceber para os lagos, rios, bacias hidrográficas ou aquíferos compartilhados, seja de modo contíguo ou sucessivamente, por dois ou mais Estados, tem de possuir como premissa, inexoravelmente, a água como um direito humano inalienável, sob todas as suas acepções. Essa premissa sobreleva a relevância das discussões jurídicas sobre as águas transfronteiriças, de maneira a, inclusive, imputar como peremptório a busca por soluções entre os países envolvidos com base na cooperação internacional.

Assim, em havendo o dito compartilhamento de águas entre entes soberanos, algumas normas se transmutam como indispensáveis para o deslinde da questão em termos jurídicos. A presença dos princípios gerais do Direito Internacional aplicáveis às águas transfronteiriças, extraídos principalmente da Convenção de Nova Iorque de 1997, perfazem-se como condição *sine qua non* para a regulamentação devida. É por isso que se pode concluir pela obrigação de se almejar uma utilização equitativa das águas compartilhadas, de modo a que as partes não intentem atos que por ventura possam causar significativos danos às outras, o que, por consequência, fará gerar o dever de cooperar, tanto através da troca de informações e de notificações entre os países, como por meio de consultas realizadas sempre que algum empreendimento ou utilização diversa vier a se realizar por parte de alguém.

Portanto, imprescindível se faz a criação de uma estrutura de gerenciamento adaptável das águas transfronteiriças que permita garantir um controle de informações e de monitoramento baseado na transparência e

apoiado num critério de distribuição e alocação equitativa e razoável das águas entre os países, tendo em mente, sempre e incondicionalmente, a qualidade desses recursos naturais.

Desta feita, as normas gerais e iniciais devem ser previstas no documento jurídico internacional a ser pactuado pelos envolvidos, contudo deve ser o mesmo flexível a fim de permitir que novas utilizações futuras dos recursos hídricos por qualquer parte seja discutida, negociada, decidida, controlada e monitorada em um ambiente cooperativo multilateral criado desde antes. Não obstante o traçado acima, e até como forma de lhe dar mais sustentação ainda, indispensável se coloca a previsão de mecanismos de solução de controvérsias entre os países, visto que claros e eficientes disposições sobre resolução de conflitos são um pré-requisito para um efetivo e durável gerenciamento de bacias hidrográficas transfronteiriças.

No mais e por último, o Brasil se insere neste contexto internacional de maneira contraditória com sua legislação nacional, porém coerente com suas necessidades frente às bacias e aos rios que compartilha com outros países da América do Sul. O Brasil tem um elevado número de bacias hidrográficas internacional, assim como boa parte do seu território compartilha águas com outros países, seja superficialmente, seja subterraneamente.

Internamente, sua legislação abarca o conceito de bacia como unidade de gerenciamento, o que não é seguida pela sua política externa, que consagra em primeiro plano a soberania estatal e os interesses nacionais, sobrepondo direitos de outros países a uma melhor utilização, de forma equitativa, de todos os recursos envolvidos. E o problema se agrava ainda mais quando o assunto diz respeito às águas transfronteiriças subterrâneas (leia-se Aqüífero Guarani), uma vez que não há qualquer regramento convencional do Brasil com os outros países, bem como, internamente, a competência constitucional para a outorga dos direitos de exploração é conferido aos Estados-membros, o que finda por gerar um conflito de competências entre os Estados e a União. O Mercosul poderia e deveria se tornar um excelente canal de discussão e negociação para as águas transfronteiriças, principalmente no caso do Aqüífero Guarani, porém, até o momento, as falhas institucionais e a falta de vontade política, que

contribuem para uma quase imobilização do organismo internacional, não permitem que tal intento logre êxito.

Referências Bibliográficas

BENVENISTI, Eyal. Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law. *American Journal of International Law*. vol 90, Issue 3, Julho 1996.

BORGHETTI, Maria Rita Boscardin; BORGHETTI, José Roberto; Rosa Fº, Ernani Francisco da Rosa. *Aqüífero Guarani: a verdadeira integração dos países do Mercosul*, Curitiba: EDITORA, 2004.

CALASANS, J. T: *Le concept de ressource naturelle partagée. Application aux ressources en eau: l' exemple de l' Amérique du Sud*. Villeneuve d'Ascq: Presses Universitaires du Septentrion, 1998.

CALASANS, J. Poluição dos grandes aquíferos e soberania nacional: o exemplo da cooperação entre os Estados Unidos e o México. In *O Futuro do Controle da Poluição e da Implementação Ambiental*, Anais do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, IMESP, 2001, p. 447-457.

CAMINATI, Fernando. *Abordagem dos recursos hídricos fronteiriços e transfronteiriços na legislação e política externa brasileira*. Monografia de Especialização, orientador: prof. Jorge Thierry Calasans, Universidade de Brasília, Centro de Desenvolvimento Sustentável, UnB-CDS, Especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental, 2006.

CAMPANA, Michael E. Foreword: Transboundary Ground Water. *Ground Water*. Vol. 43, nº 5, Setembro–Outubro 2005, p. 646-650.

CAUBET, Christian Guy. *A Água doce nas relações internacionais*. Barueri: Manole, 2006.

CHERMAK, Janie M; PATRICK, Robert H; e BROOKSHIRE, David S. Economics of Transboundary Aquifer Management. *Ground Water*. Vol. 43, nº 5. Setembro-Outubro 2005, p. 731–736.

Convention Relative to the Development of Hydraulic Power Affecting More Than One State, and Protocol of Signature. *The American Journal of International Law*, Vol. 20, N. 4, Supplement: Official Documents (Oct., 1926), pp. 145-152.

- DUPUY, P. M. *Droit International Public*. Paris: Dalloz-Sirey, 1998.
- GRANZIERA, M. L. M. *Direito de Águas – Disciplina Jurídica das Águas Doces*. São Paulo: Atlas, 2001.
- HAMMER, J. H. e WOLF, A. T. *Patterns in International Water Resource Treaties: the Transboundary Freshwater Dispute Database*. Colorado Journal International Environmental Law, Yearbook, 1997.
- HARDIN, G. *The tragedy of the commons*. Science. 162, nº 3859, 1968, p. 1243–1248.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARGAT, Jean e TIERCELIN, Jean-Robert. *L'eau en questions - Enjeu du XXIe siècle*. Paris: Romillat, 1998.
- MARGAT, Jean. *Répartition des ressources et des demandes en eau dans le monde: disparités présentes et futures*. Société Hydrotechnique de France, 22èmes Journées de l'hydraulique, 13/15 de setembro de 1993, *L'avenir de l'eau*, in *La Houille Blanche — Revue internationale de l'eau*, nº 4, 1993.
- MCCAFFREY, S. C. *Troisième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation*. Annuaire de la C.D.I 1987. Doc. A/CN.4/406 et Add. 1 et 2, vol II, 1987.
- MECHLEM, Kerstin. *Water as a Vehicle for Inter-State Cooperation: a Legal Perspective*. FAO Legal Papers OnLine. nº 32, Agosto 2003, acessível em <http://www.fao.org./legal/prs-ol/lpo32.pdf>, em 20/07/2007.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. V. 1 e 2. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- PAQUEROT, Sylvie. *Le Droit international et la coopération dans le domaine de l'eau: enjeux et défis dans les Amériques*. Vertigo / Hors-Dossier, Setembro 2005.
- PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as Águas: a Harmonização, via Mercosul, das Normas de Proteção às Águas Transfronteiriças do Brasil e Argentina*. Santa Maria: UFSM, 2005.
- RAJEPAKSE, Ruana. *Water as a Human Right: Legal, Social and Economic Implications*. Conference on Global Ecological Integrity, Human Rights and Human Responsibilities – Urbino, Italy, 27 June – 1 July, 2003.
- Regras de Helsinque sobre os Usos das Águas dos Rios Internacionais, adotada pela Associação de Direito Internacional na sua 52ª Con-

ferência, na cidade de Helsinque, em agosto de 1966. Londres: Associação de Direito Internacional, 1967.

SANTOS, Sinval Neves. O Compartilhamento das Águas Transfronteiriças Superficiais: um subsistema da ordem ambiental internacional. 2º Encontro Anual da ANPPAS. Abril/2004. p. 5-6.

SILVA. G. E. do Nascimento e. A utilização dos rios internacionais e o Mercosul. In CASELLA, Paulo Borba (Coord.). Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição. São Paulo: LTr, 1995, p. 504-517.

SMETS, Henri. Le droit à l'eau. Paris: Conseil Européen de Droit de l'Environnement, 2002.

SOARES, Guido Fernando da Silva. Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001. Transboundary Freshwater Dispute Database. Oregon State University. International Freshwater Treaties Database. Acessível em <http://www.transboundarywaters.orst.edu/projects/internationalDB.html> . Acesso em 13/07/2007.

UITTO, Juha I e DUDA, Alfred M. Management of transboundary water resources: lessons from international cooperation for conflict prevention. The Geographical Journal. Vol 168, nº 4, Dezembro 2002, p. 365-378.

UN. Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights. U.N. ECOSOC, 29th Session, General Comment nº 15, U.N. Doc. E/C.12/2002/11. United Nations Economic and Social Council, 2002.

UNESCO - United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Water for people, water for life: UN World Water Development Report. Paris, 2003.

WOLF, Aaron T. et al. International River Basins of the World. International Journal of Water Resources Development, Vol. 15, nº 4, Dezembro 1999.



Rua João Cordeiro, 1285
(85) 3464.2222 • Fortaleza-CE
www.expresso Grafica.com.br

FILIADA À CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO

