

JURISPRUDENCIA

EL SISTEMA COMPETENCIAL SOBRE LAS AGUAS CONTINENTALES TRAS LA STC 31/2010, DE 28 DE JUNIO, SOBRE EL NUEVO ESTATUTO CATALÁN(*)

LORENZO MELLADO RUIZ

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. Política del agua y reforma estatutaria: el contenido «constitucional» de la STC 31/2010, de 28 de junio. 2. El esquema competencial en materia de aguas continentales: la nueva ratificación del criterio de la unidad de cuenca por las Sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo.– II. REFORMAS ESTATUTARIAS Y «TERRITORIALIZACIÓN» DEL AGUA: PREVISIONES DE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD: 1. Autonomía y «regionalización» del agua. 2. Clasificación y desglose competencial en los nuevos Estatutos de Autonomía. 3. Cláusulas de igualdad competencial y reservas de Constitución. 4. Una vuelta atrás: la atribución estatutaria de competencias sobre las aguas y no sobre las cuencas hidrográficas. 5. Desarrollo de títulos competenciales genéricos y predeterminación estatutaria de la legislación básica estatal. 6. La posible condicionalización estatutaria de los trasvases entre cuencas a través de la exigencia de «informes preceptivos». 7. La inclusión del «derecho al agua» dentro de los nuevos catálogos de derechos y deberes de los ciudadanos contenidos en los Estatutos de Autonomía.– III. BASES COMUNITARIAS DE LA GESTIÓN SOSTENIBLE DEL AGUA FRENTE A LOS NUEVOS PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN ESTATUTARIA.– IV. PERSPECTIVAS DE ORDENACIÓN: PRINCIPIO DISPOSITIVO, SOLIDARIDAD Y GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto catalán puede tener, a mi juicio, repercusiones y efectos más intensos que los destacados, desde la estricta perspectiva del modelo español de distribución de competencias entre las diferentes instancias de poder. Su funcionalidad reside en el fortalecimiento del propio esquema vigente. Estas consecuencias se proyectan, evidentemente, también sobre el tema de la regulación y ordenación de las aguas continentales, en un debate central dentro del proceso de reforma estatutaria. Se revisan en este estudio, a la luz de las premisas sentadas por la Sentencia, los diversos ámbitos de incidencia, su correspondencia con las exigencias derivadas del Derecho comunitario

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de marzo de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de mayo de 2011.

y la necesaria recepción del principio clave de gestión racional y protección integrada y sostenible del agua.

Palabras clave: reforma estatutaria; sistema competencial; aguas continentales; gestión sostenible del agua

ABSTRACT: The Spanish Constitutional Court Judgment n° 31/2010 on the Catalan Statute might have many other important consequences and ulterior effects concerning the distribution of powers among the different levels of Government than those usually stated. Its impact may lie in the utter strengthening of the current distribution framework, including obviously the question of continental waters, which happened to be crucial part of the statutory revision debate. Starting from the legal principles laid down in this judgment, this paper reviews the different fields involved, with particular attention to their consistency with regard to EU Law and the compulsory reception of the principle rational sustainable management of continental waters.

Key words: statutory revision; distribution of powers; continental waters; sustainable management of waters.

I. APROXIMACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Política del agua y reforma estatutaria: el contenido «constitucional» de la STC 31/2010, de 28 de junio

Es innegable que estamos asistiendo en los últimos tiempos a una aparentemente imparable carrera de reforma estatutaria. La «fiebre de la reforma» se ha extendido ya por casi todas las Comunidades Autónomas, en un proceso más de «reconstitución» territorial que de adaptación o progreso de los iniciales Estatutos de Autonomía (1). La reciente STC 31/2010, de 28 de junio, largamente esperada, y fruto de un complicado y tortuoso proceso de gestación y aprobación, constituye seguramente el pronunciamiento jurisprudencial reciente de mayor densidad sobre este proceso, dentro de un politizado —y manipulado— debate sobre algunas de las cuestiones clave de nuestro modelo de articulación territorial del poder (2). Y el tema del agua, con todos sus matices

(1) PAREJO ALFONSO, L., «Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas», *Revista de Administración Pública*, 174, (2007).

(2) Es verdad que posteriormente se han dictado dos Sentencias también esperadas e importantes, las relativas a la impugnación por parte de la Comunidad extremeña de dos artículos específicos de los nuevos Estatutos andaluz y castellano-leonés sobre la asunción de competencias exclusivas sobre las cuencas del Guadalquivir y del Duero, las Sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo, ambas con resultado, a mi juicio evidente, de inconstitucionalidad de los preceptos

y aristas, ha pasado de ser una variable o materia competencial más, desde la asentada doctrina constitucional sobre las potestades normativas y ejecutivas sobre el dominio público hidráulico, a eje directriz y elemento crítico de confrontación de las propuestas de reforma. Es posible que nos encontremos en la antesala de un nuevo Estado de las Autonomías, ante una «refundación» del modelo territorial (3), desde bases inequívocas de corte confederal, pero es preciso igualmente racionalizar el debate sobre el agua desde los presupuestos, siempre prevalentes, de los principios de sostenibilidad, gestión unitaria y planificación cooperativa del recurso. La reforma estatutaria, necesariamente bilateral, no puede comportar una reforma encubierta de la Constitución. La función constitucional de los Estatutos de Autonomía, su naturaleza mixta y su indudable margen de maniobra para el fortalecimiento del autogobierno en desarrollo e integración del marco constitucional, debe articularse precisamente dentro de los márgenes, generales y sectoriales, establecidos por el texto constitucional (4). El fruto de esa simbiosis normativa, en constante interacción, es el llamado «bloque de constitucionalidad», efecto de un proceso de convergencia necesaria —dada la relativa desconstitucionalización del sistema organizativo-competencial— mas que oportunidad de reforma unidireccional del marco constitucional común. La nivelación estatutaria dentro del «sistema normativo constitucional» —superadas las visiones «formales» y «centralistas» del orden constitucional—, que puede justificar incluso la introducción de derechos públicos subjetivos por parte de los Estatutos de Autonomía —los de antes y los de ahora—, y que no viene sino a ratificar la propia superioridad del Estatuto de Autonomía sobre las leyes estatales en todo lo relativo a la distribución competencial (5), no puede conllevar, sin embargo, y a mi juicio, la modificación sobrevenida de los principios y categorías generales establecidos en la Constitución. Como se ha dicho, el «*mito del Estatuto-Constitución*» (6) no puede otorgar cobertura formal genérica ni garantía ilimitada de constitucionalidad a todos los nuevos contenidos estatutarios, sobre todo los relativos

impugnados. Sin embargo, y aunque el efecto de innovación normativa —en negativo— sea más intenso, la labor argumentativa y decisoria del TC en estos últimos casos ha sido mucho menor, limitándose —en una nueva oscilación jurisprudencial— a ratificar la anterior Sentencia 227/1988 y el principio nuclear de unidad de cuenca.

(3) ÁLVAREZ CONDE, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, Madrid, 2007.

(4) Pueden consultarse al respecto las contundentes consideraciones del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas contenidas en su Voto Particular a la STC 31/2010, de 28 de junio.

(5) EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, en EMBID IRUJO, A. (coord.), *Agua y territorio (Consideración especial de los Estatutos de Autonomía)*, Civitas, Madrid, 2007.

(6) MUÑOZ MACHADO, S., *El mito del Estatuto-Constitución*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *La reforma del Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 65-84.

a materias de carácter dogmático tradicionalmente excluidas de su radio de acción (principios generales, declaraciones de derechos y mandatos al legislador). Dejando al margen las previsiones reiterativas de la Constitución (derechos y principios rectores) y los posibles contenidos vinculados efectivamente a las competencias autonómicas (derechos propios, mandatos al legislador autonómico, etc.), podría ser discutible que las reservas de ley que contiene la Constitución, por ejemplo en materia de regulación de derechos y libertades, impidan o no procesos, quizás necesarios, de colaboración internormativa, desde la propia cooperación competencial y la necesaria adaptación a las nuevas circunstancias socioeconómicas, pero difícilmente puede asumirse que la «codificación» estatutaria suponga un plus de constitucionalidad, o un refuerzo, sin más, y unilateral, de las propias garantías institucionales básicas de elementos estructurales del sistema jurídico como es el conjunto de derechos, deberes y libertades consagrado en la Constitución (7). De hecho, el problema no está, de inicio, y también en materia de aguas, en el reconocimiento de derechos o libertades, o en la fijación de mandatos al legislador autonómico —lógicamente no al estatal—, sino en la articulación y suficiencia autonómica de las garantías precisas para asegurar su cumplimiento, materializar sus contenidos o desarrollar sus previsiones. Como se ha dicho, y en términos generales, no parece lógico abordar desde un Estatuto la reforma del sistema competencial establecido en el Título VIII de la Constitución (y, concretamente, el núcleo mínimo indisponible consagrado en el art. 149 CE), reformar el todo mediante la modificación, adaptación o desarrollo de una parte, derivándose entonces las funciones (y los intereses generales que son su fundamento) del Estado de la previa definición —no sólo competencial, sino institucional— del ámbito político de las autonomías (8). La STC 31/2010 sobre el Estatuto catalán parece responder (9), en este sentido, y en un aparente nuevo giro

(7) En este sentido, APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ I SERRAMALLERA, M., *Los derechos públicos estatutarios*, en APARICIO, M. A. (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 13-35.

(8) ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

(9) A esta sentencia clave ha seguido unos meses después la STC de 16 de diciembre de 2010, resolviendo el recurso número 8675/2006 interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la misma Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía para Cataluña. Este segundo pronunciamiento tiene menos importancia en tanto que se declara expresamente la pérdida sobrevenida de su objeto respecto de todas las impugnaciones coincidentes con la anterior sentencia 31/2010. Además, en muchos casos la propia sentencia se remite directamente a las previsiones del pronunciamiento anterior, por ejemplo en materia de reconocimiento de una tabla de derechos en los Estatutos de Autonomía. Acerca del pronunciamiento del TC sobre el Estatuto catalán pueden consultarse ya algunos estudios y comentarios de interés: ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Las consecuencias jurídicas de la STC 31/2010, de 28 de junio, del TC sobre el Estatuto de Cataluña*, Aranzadi, Madrid, 2011; los diferentes estudios contenidos en el

jurisprudencial respecto de las posibilidades de complemento normativo de los textos estatutarios, a estos planteamientos de partida. Conviene plantearse por tanto, en momentos de clara incertidumbre jurídico-política sobre la viabilidad de muchas de las reformas estatutarias aprobadas o sometidas a aprobación, y al hilo de las primeras sentencias constitucionales sobre los nuevos textos estatutarios, cuáles podrían ser los elementos clave que deberían guiar una reforma generalizada sobre las competencias hidráulicas en nuestro Estado descentralizado.

Se ha dicho, no sin razón, que la STC 31/2010, es una sentencia inane, hueca, vacía de contenido. Su relativa insustancialidad es evidente, y poco acorde, por cierto, con el tiempo que ha tardado en aparecer. No insistiré en las conocidas razones, internas y externas, que han conducido a este insatisfactorio resultado. Pero lo cierto es que, a mi juicio, la Sentencia, al margen de su contenido fundamentalmente «interpretador» y «neutral» (hay que recordar que 50 artículos que son re-interpretados no se llevan curiosamente al fallo), no puede calificarse sin más, y apriorísticamente, como un «pronunciamiento meramente programático». Aparentemente hay una clara intención del TC por preservar el mayor contenido posible del Estatuto, al menos desde una perspectiva formal, desde una posición clara de «autocontención» o *self-restrain*, de respeto por lo decidido por el estatuyente, pero me parece que la «redefinición» o «manipulación» de alguno de los preceptos clave enjuiciados (en concreto, el marco estatutario de determinación del sistema competencial) esconde una decidida intención de detener, frenar o amortiguar el proceso de «desintegración» del modelo de distribución territorial del poder político configurado —sin lugar a dudas— por la Constitución (10). Aun a riesgo de comprometer la seguridad jurídica —al salvar la literalidad y validez de estos artículos—, e incluso la propia lógica jurídica —al forzar o extraer un contenido y una dicción ausentes en la literalidad de los preceptos enjuiciados—, la «reinterpretación constitucional», o más bien, la reafirmación de su necesario engarce con la propia jurisprudencia constitucional, de las cláusulas de exclusividad competencial, del límite de la legislación básica o, entre otras previsiones, del

número 15, (2010), de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*; ELÍAS MÉNDEZ, C., «Aproximación a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña: nación, lengua, derechos y competencias», *Revista General de Derecho Constitucional*, 10, (2010), p. 2 y ss.; TAJADURA TEJADA, J., «La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña», *Temas para el debate*, 189-190, (2010), pp. 10-12; ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La posición de los Estatutos de Autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 90, (2010), pp. 267-285; etc.

(10) *Vide*, en este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 90, (2010), pp. 287-334.

contenido funcional de las categorías competenciales del texto constitucional, suponen el reforzamiento de la jurisprudencia previa, y, en segundo plano, la ratificación de la superioridad, formal y material, de la Constitución sobre los textos estatutarios.

Bien es verdad que se trata de una sentencia de equilibrios, equidistante —y por ende insatisfactoria plenamente— de las posiciones en conflicto. Una sentencia que el profesor ÁLVAREZ CONDE ha calificado como de la «*perfecta libertad*», y en la que el TC se ha podido convertir no sólo en el máximo intérprete de la Constitución, sino en el «*único*» intérprete de la misma. Una sentencia abierta, manipulativa, y difícilmente aplicable por los operadores jurídicos. Pero el fondo, objeto de reinterpretación, parece claro: la salvaguarda y primacía de las categorías y construcciones constitucionales. Lo lógico hubiera sido, evidentemente, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos incompatibles con la Constitución, obviando la más que dudosa técnica contemporánea del TC de desvinculación entre eficacia y validez de los preceptos estatutarios. Pero sin llegar a ese extremo, la intención del TC parece acertada, y congruente con una visión —no monolítica, pero sí ajustada a la realidad— de consolidación de la previa doctrina recaída acerca, entre otros aspectos que no interesan aquí, sobre los conceptos, el sistema y las categorías competenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Desde estos planteamientos, es posible que la atención se esté centrando, dada la carga ideológica, cultural y político-territorial del debate sobre el agua, sobre el reparto de competencias puramente hidráulicas —sobre los recursos y aprovechamientos—, desde el criterio central del carácter intra o intercomunitario de las cuencas respectivas, o desde la resurrección autonómica del criterio literal recogido en la Constitución de la no afección a otros territorios, pero, como ya puso de manifiesto el TC en sus primeras sentencias sobre la materia, el bloque de la constitucionalidad contiene otros títulos competenciales, ancillares o transversales, que también pueden condicionar, desde la propia irrealidad de la exclusividad competencial y la necesaria cooperación interterritorial, el ejercicio de tales competencias (piénsese por ejemplo en las competencias autonómicas sobre agricultura o industria). Pues bien, uno de esos títulos competenciales con incidencia sobre la gestión de las aguas continentales es la protección medioambiental que, si bien no puede difuminar los títulos específicos referidos a la ordenación del demanio hídrico, sí debería informar —e incluso condicionar— integralmente la regulación, material y competencial, sobre la materia, fundamentalmente desde la necesaria adaptación de nuestro Derecho interno a los postulados de la Directiva marco de aguas. En el presente estudio se pretende, en este sentido, analizar la situación actual de reforma estatutaria, con una atención específica a la reciente Sentencia sobre el Estatuto catalán, su incidencia sobre el sistema competencial relativo al dominio

público hidráulico y su confrontación con los requerimientos supraestatales de protección y gestión sostenible del recurso.

Esta deseable racionalización del debate jurídico-político debería amortiguar alguna de las disfunciones puestas de manifiesto en los últimos tiempos, como la propia indefinición de nuestro modelo territorial, la proyección de las confrontaciones políticas entre el poder central y los poderes territoriales —o de estos entre sí— a los textos normativos (asiento de reivindicaciones históricas, descargo de agravios y estandarte de la autosuficiencia competencial), el inevitable «efecto llamada» entre las instancias autonómicas (lo que se ha llamado «explosión de dignidad autonomista»), el síndrome de imitación entre textos estatutarios, la falta de transparencia, intervención e implicación de la ciudadanía en los procesos políticos de planificación y toma de decisiones, la asunción positiva —con intentos de blindaje normativo— de cuestiones y problemas de indudable calado social, como el aprovechamiento territorial del agua o los trasvases entre cuencas, etc. La confrontación competencial, articulada sobre la perspectiva unilateral del aseguramiento del progreso económico y social de los distintos territorios y la proclamación estatutaria de «hechos diferenciales» hídrico-territoriales, debe ceder ante una visión institucional (objetiva) de los intereses generales, dentro del orden territorial constitucional, y, en el tema que nos ocupa, la pretendida «patrimonialización» y «territorialización» de los recursos debe coherenciarse con una visión más integral y sostenible sobre la materia. Como ha dicho el profesor PAREJO ALFONSO, la distribución de competencias no es más que un elemento, importante pero no el único, de un sistema mayor, un contexto marcado por *«el marco organizativo-decisional al servicio de la realización del orden constitucional sustantivo»*. Ante la avalancha de reivindicaciones, y el surgimiento de derechos territoriales y subjetivos sobre el agua, habría que plantearse si lo que realmente hace falta es tener más competencias, ampliarlas o desglosarlas —creando en algunos casos auténticos derechos subjetivos sobre su uso y disponibilidad—, o perfeccionar definitivamente su sistema de ordenación. A mi juicio, lo trascendente no es la acumulación desaforada de competencias —en tanto herramientas siempre instrumentales para la satisfacción de los correspondientes intereses—, ni el desarrollo o especificación máxima de materias y submaterias, articulación material del orden constitucional difícilmente clausurable de forma inequívoca, sino más bien la auténtica profundización en los aspectos, intereses o elementos diferenciadores o propios. Se trataría, como se ha dicho, de implementar un criterio de igualdad material en el ámbito territorial, en correspondencia con las exigencias de pluralismo social y territorial (más que político o partidista) demandadas por el texto constitucional.

2. El esquema competencial en materia de aguas continentales: la nueva ratificación del criterio de la unidad de cuenca por las Sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo

El sistema competencial de partida es bien conocido. Los arts. 149.1.22° y 148.1.10° CE articulan un modelo ciertamente contradictorio (11). Primero porque es diferente el ámbito material que acogen cada uno de ellos. Y segundo, porque tampoco existe coincidencia formal en cuanto al criterio de ordenación, el del interés, en el caso de las Comunidades Autónomas, y el territorial, en el caso de las competencias estatales. Sin embargo, pronto el TC ratificaría, sobre el concepto clave de cuenca hidrográfica, el criterio territorial acogido por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, correspondiendo entonces al Estado el ejercicio de las competencias legislativas y ejecutivas sobre las aguas y aprovechamientos correspondientes a las cuencas intercomunitarias (SSTS 227/1988, de 29 de noviembre y 161/1996, de 17 de octubre). Se había pasado de la incongruencia constitucional a una solución pragmática (sobre bases territoriales que ciertamente no eran las únicas admitidas por la Constitución) por parte del Tribunal Constitucional. Pero en el fondo, y como resume el profesor Ezquerro Huerva, *«la cuenca hidrográfica, como ámbito de referencia en el reparto de competencias en materia de recursos y aprovechamientos, es el único criterio que posibilita o garantiza una gestión unitaria y equilibrada de los recursos hídricos que la integran, en atención al conjunto de los intereses afectados»* (12). Por su parte, las Comunidades Autónomas —si bien sólo las de autonomía plena, al principio, lo que conllevó la paradójica limitación competencial de una Comunidad insular como Baleares— pudieron asumir competencias no sólo desde el parámetro del interés marcado por el art. 148 CE, sino hasta el techo máximo competencial derivado indirectamente del art. 149.1.22° CE. La plena competencia sobre recursos y aprovechamientos —rompiendo la inicial controversia derivada de la literalidad constitucional— de las cuencas intracomunitarias se generalizaría después a todas las Comunidades Autónomas (Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre), aún desde la propia restricción geográfica marcada por la ubicación íntegramente regional de la cuenca hidrográfica.

La evolución legislativa y los sucesivos pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional —hasta el momento actual de reivindicación autonomista—

(11) EMBID IRUJO, A., «Las competencias constitucionales y estatutarias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 37, (1993), pp. 37-79.

(12) EZQUERRA HUERVA, A., *El régimen jurídico de las obras hidráulicas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2007, p. 225.

han consolidado este sistema competencial, desde las oscilantes premisas, no obstante, de la multifuncionalidad del agua y del entrecruzamiento de competencias. Ni siquiera la forzada recepción de la Directiva marco de aguas ha provocado un replanteamiento de la opción puramente legislativa recogida ahora en el Texto Refundido de la Ley de Aguas. Así se ha puesto de manifiesto contundentemente en las últimas sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo, mediante las cuales el TC declara la directa inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos estatutarios, andaluz y castellano-leonés, de asunción exclusiva de las «aguas autonómicas» de las cuencas intercomunitarias del Guadalquivir y del Duero. Los criterios basilares de unidad de gestión, tratamiento integral e indivisibilidad de la cuenca hidrográfica conviven ahora con una nueva realidad de gestión, las Demarcaciones Hidrográficas, instrumento necesario para la consecución integrada de los objetivos medioambientales exigidos por la normativa comunitaria. Y parece evidente, sin embargo, que tanto por las presiones y condicionamientos externos —creación de una política comunitaria integrada de aguas, con prevalencia de la dimensión ambiental del recurso— como internos —redistribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, crisis de la construcción jurisprudencial sobre el principio de unidad de cuenca, territorialización y atomización regional de los aprovechamientos a través del blindaje estatutario, etc.— lo deseable —y lo previsto hasta no hace mucho— hubiera sido la aprobación de una nueva legislación básica estatal, capaz de cohesionar de forma sistemática y general —en cuanto regulación basilar y mínimo común normativo estatal— el nuevo paradigma, organizativo y principal, derivado de la Directiva-marco y las nuevas exigencias autonómicas, lógicas por otro lado, de incremento de las competencias sobre la ordenación y aprovechamiento de los recursos hídricos y sobre la tutela ambiental de los mismos.

Lo importante puede ser remarcar de nuevo, en un contexto claramente conflictual, la pervivencia del criterio central de la unidad de cuenca. Las dos Sentencias citadas, prácticamente idénticas en su argumentación y resolución (13), han venido a confirmar de nuevo el principio general de la unidad de cuenca en materia de planificación y gestión de los recursos hídricos. El TC, una

(13) En la STC 30/2011, de 16 de marzo, rec. 5120/2007, la Comunidad de Extremadura impugnó el art. 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que atribuía competencias exclusivas a la Junta de Andalucía sobre «*las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma*», mientras que la STC 32/2011, de 17 de marzo, rec. 1710/2008, resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado igualmente por la Comunidad de Extremadura contra el art. 75.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, mediante el cual la Comunidad pretendía «*asumir competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos 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*».

vez salvado el óbice procesal de falta de legitimación —en tanto que al interés objetivo de la Comunidad recurrente en la propia depuración del ordenamiento se suma el interés institucional del Consejo de Gobierno de la misma en la defensa de su ámbito de autonomía—, resuelve en ambos casos la cuestión de fondo recurriendo a la consolidada doctrina constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de aguas continentales. Tanto desde una perspectiva material o sustantiva, como desde la óptica complementaria de la idoneidad formal de la atribución competencial pretendida, se ratifica la inconstitucionalidad plena —sin admitir ni siquiera la posibilidad de una *«interpretación conforme»*— de los preceptos impugnados. Materialmente porque ambas cuencas son, indudable y sencillamente, de naturaleza intercomunitaria, y, por tanto, de competencia estatal. La desvinculación o desintegración de la gestión de la cuenca equivaldría, recuerda el TC, a un *«modelo de gestión fragmentada de las aguas pertenecientes a una misma cuenca intercomunitaria»*, vulnerándose el art. 149.1.22º CE y el criterio utilizado por la Ley de Aguas en su desarrollo y articulación. Y formalmente porque, aunque el criterio de la unidad de cuenca no sea el único admisible y deducible del texto constitucional, sí parece el más ajustado al conjunto de principios generales informadores de esta materia, y nunca podría sustituirse o complementarse por otro criterio mediante una norma estatutaria general. Una cosa es la colaboración normativa estatutaria en la definición del marco competencial autonómico, y otra la libre consideración del Estatuto como norma atributiva, sin más, de competencias propias —y exclusivas— del Estado. Como recuerda el TC, retomando lo señalado en la anterior STC 247/2007, sobre el Estatuto valenciano, y también citada en este estudio, la función *«materialmente»* colaboradora de los Estatutos de Autonomía en la definición competencial propia tiene dos límites: el primero, de carácter positivo, consistente en que la precisión competencial *«se haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con las competencias estatales»*, y el segundo, de carácter negativo, y que justifica la nulidad también formal de los dos preceptos estatutarios comentados, que la *«precisión estatutaria no impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal regulada en el art. 149.1 CE de que se trate»* (14).

(14) Y señala expresamente el TC (F. J. 8º de la Sentencia 30/2011, de 16 de marzo): *«En el presente caso es evidente que con la definición estatutaria del criterio territorial determinante de la delimitación de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.22º CE no sólo se están asumiendo competencias fuera del ámbito que acabamos de señalar, sino que además se menoscaban gravemente las funciones propias de las competencias estatales, cuya razón de ser no es otra, en la lógica del sistema de descentralización característico del Estado autonómico, que la garantía de la unidad última del ordenamiento a partir de un mínimo denominador común normativo, imprescindible en tanto que presupuesto para que la diversificación inherente al principio autonómico no se resuelva en contradicciones de principio con el fundamento unitario del Estado»*.

Estas dos últimas sentencias referenciadas han vuelto a poner de manifiesto el carácter oscilante y complejo de nuestro ordenamiento sobre aguas. Porque, de un lado, aciertan, a mi juicio, al ratificar el principio de unidad de cuenca y de unidad de gestión, impidiendo un proceso secuencial —y bilateral— de fragmentación de la gestión por cuencas hidrográficas. Inconstitucionalidad material obvia, lógicamente, a la luz de la jurisprudencia y legislación básica vigente. Lo que no obsta para una posterior reconsideración, ni para una necesaria, como también sostengo en este estudio, reconstrucción de las competencias autonómicas sobre el agua, sobre la base fundamentalmente del nuevo paradigma de su gestión y protección sostenibles. Y la inadecuación es también formal, dada la imposibilidad de concreción estatutaria de criterios de delimitación de las competencias reservadas directamente por la Constitución al Estado. Pero por otro lado, denotan una cierta ambivalencia, fluctuación e indefinición de nuestro modelo de distribución territorial del poder, y, en concreto, del sistema competencial sobre las aguas. El criterio recaído en las últimas sentencias sobre los nuevos Estatutos no es uniforme ni general. Bien es verdad que los preceptos recurridos también eran diferentes. Pero la problemática de fondo sí es común. Sería necesaria quizás en los próximos años una labor más detenida de reconsideración o depuración constitucional de los criterios hermenéuticos de distribución de competencias sobre el agua, consolidando los criterios aún vigentes, o depurándolos a la luz de las nuevas circunstancias y necesidades de auténtica representación en la gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

Los siguientes epígrafes se dedican a analizar más detenidamente la situación actual del sistema normativo interno sobre el dominio público hidráulico, su repercusión sobre el proceso actual de consolidación de una nueva cultura y una nueva política de gestión sostenible del agua y la incidencia sobre estos factores de la esperada y conflictiva STC 31/2010, de 28 de junio, recaída sobre el nuevo Estatuto catalán.

II. REFORMAS ESTATUTARIAS Y «TERRITORIALIZACIÓN» DEL AGUA: PREVISIONES DE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Autonomía y «regionalización» del agua

Como se apuntaba más arriba, estamos asistiendo en los últimos tiempos, a raíz de los procesos abiertos de reforma estatutaria, a una nueva «guerra del agua», que ahora no enfrenta a personas (riberños o titulares de aprovechamientos), sino a territorios. Los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados, y los que están pendientes de aprobación, han hecho de la ordenación del

agua prácticamente una «cuestión regional» (15). En muchos aparece como un valor esencial u objetivo básico —y, por tanto, e innecesariamente por su abstracción, objeto de confrontación competencial o territorial— de los poderes autonómicos, o como eje directriz de una serie de principios rectores o normas programáticas de acción, o como materia objeto de mandatos directos al legislador —para su tutela, para su preservación, o para la oposición a futuros trasvases—, llegándose en algunos casos a proclamar auténticos derechos de los ciudadanos sobre, no puede olvidarse, elementos integrantes del dominio público hidráulico español (16).

Sin perjuicio de desarrollar a continuación, desde una perspectiva jurídica, las principales cuestiones problemáticas que está suscitando este proceso en materia de aguas continentales, lo cierto es que parece prevalecer más la sensación de confrontación territorial y de reivindicación frente a «los demás» que el ánimo de consolidación, vía fortalecimiento del autogobierno, de un efectivo modelo de constitución territorial en materia de dominio público hidráulico en nuestro país. Hace ya tiempo que se denunció la «ingobernabilidad» hidráulica de nuestro país. Pero ahora, a la propia escasez e irregularidad de los recursos, se añade, desde una politizada y estrecha consideración de los «intereses particulares», pretensiones de desequilibrio territorial, de gestión autónoma de las aguas existentes dentro del territorio autonómico —si es que puede hablarse de aguas «que estén» dentro de un territorio— y de petrificación estatutaria de cuestiones realmente supraautonómicas (como las transferencias de recursos entre cuencas, reservadas a la planificación nacional) o al menos necesitadas de un consenso funcional y orgánico propio del sistema cooperativo de distribución de competencias consagrado en la Constitución.

(15) En el momento de escribirse estas líneas (febrero de 2011), se encuentran ya aprobados, como se sabe, los siguientes Estatutos o reformas: Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la ley Orgánica 5/1982, de 5 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Andalucía, que deroga formalmente la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre; Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Entre otras cuestiones, la conflictiva regulación de las competencias sobre el demanio hídrico han motivado la paralización del nuevo Estatuto de Castilla-La Mancha, y ha desaparecido también, aunque estuvo a punto de aprobarse, el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias.

(16) ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «El nuevo enfoque estatutario sobre la distribución de competencias en materia de aguas», *Revista de Administración Pública*, 173, (2007), pp. 317-353.

Asistimos pues, en un escenario de Leyes Orgánicas —curiosamente aprobadas todas, salvo en el caso de Cataluña, por amplias mayorías— y recursos ante el Tribunal Constitucional —por Comunidades Autónomas vecinas, gobernadas por partidos que a nivel parlamentario sí habían aprobado los Estatutos- (17), a un intento de «territorialización» o «autonomización» estatutaria de la ordenación del dominio público hidráulico —dentro, como se ha dicho, de un «Estado menguante»—, con mayores o menores reservas y cautelas, discordante con la propia tradición de nuestro Derecho de Aguas, con los principios y criterios generales articulados por la normativa y la jurisprudencia constitucional, con los presupuestos de tratamiento integral y tutela holística impuestos desde las instancias comunitarias, y, lo más importante, con la propia realidad dinámica, cíclica e integrada de los ecosistemas hídricos —vertebrados ahora en las Demarcaciones Hidrográficas que comprenden la zona terrestre y marina de una o varias cuencas vecinas, así como las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas—. Quizás por esta dialéctica de fondo, y por revestirse la propia problemática jurídica de una densa incertidumbre socio-política en torno al agua, la primera sentencia que ha recaído sobre uno de los recursos de inconstitucionalidad, el interpuesto por las Comunidades de Aragón y Castilla-La Mancha contra el Estatuto valenciano (STC 247/2007, de 12 de diciembre), lejos de resolver el problema concreto de la previsión de un derecho específico sobre las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias (art. 17.1), ha dejado la puerta abierta, tras un ejercicio hermenéutico de «artesanía» ordinamental, a nuevos conflictos (básicamente entiende el TC, distinguiendo entre ineficacia e inconstitucionalidad, que al no ser un derecho constitucional, no puede haber contradicción con el art. 149.1.1º CE) (18). Esta

(17) En total, se han presentado once recursos contra cuatro Estatutos de Autonomía. El Estatuto de Cataluña ha sido objeto de recurso por parte de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular, el Defensor del Pueblo y las Comunidades Autónomas de Valencia, Murcia, Illes Balears, La Rioja y Aragón, siendo en muchos de ellos las competencias sobre el agua el objeto central de la controversia. Igualmente, el Estatuto de Andalucía ha sido recurrido, fundamentalmente por la previsión de exclusividad competencial de las aguas internas de la cuenca del Guadalquivir (art. 51) por las Comunidades Autónomas de Extremadura y Valencia —aunque el TC rechazó la admisión a trámite del segundo de ellos—. Y por ahora, los últimos recursos los han presentado la Comunidad de La Rioja contra tres artículos del nuevo estatuto aragonés, por extralimitación de competencias en materia de aguas, y la Comunidad extremeña contra diversos artículos del Estatuto de Castilla y León relacionados igualmente con las competencias autonómicas sobre la cuenca del Duero.

(18) Ahora bien, salvar la constitucionalidad de un precepto a través de un argumento tan forzado, «aunque dice reconocer un derecho, no lo reconoce de verdad al no poder hacerlo», en sintonía con la proclividad de la jurisprudencia constitucional a salvar la validez de los preceptos legales «compatibles» o «interpretables» según la Constitución, puede crear en este caso problemas adicionales, puesto que si se mantiene vigente este precepto estatutario, el legislador autonómico podrá en cualquier momento apoyarse válidamente en él para dictar cualesquiera normas de desarrollo que estime necesarias. Lo cual ya no será problema del TC, sino de los Tribunales ordinarios, pero conduce a una indeseable inseguridad jurídica normativa, a un posible incremento de la conflictivi-

disociación entre eficacia y validez, y la misma flexibilidad de la Sentencia en el reconocimiento de la incidencia —y condicionalización— de los Estatutos de Autonomía en el conjunto de las competencias estatales ha conducido, con razón, a calificarla como el punto de partida de una nueva doctrina constitucional sobre nuestro modelo de reparto territorial del poder público (19).

Como se ha avanzado, y como se irá desgranando en los siguientes apartados, la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el nuevo estatuto catalán parece amortiguar o frenar en parte la sensación institucional de «progresiva desconstitucionalización» de nuestro modelo de Estado. Se afirma así con contundencia que los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución (F. J. 3º), en donde fundamentan precisamente su autonomía, regidos, en sus relaciones ordinamentales, como leyes orgánicas que son, por los principios de jerarquía (de donde resulta su posición de subordinación absoluta a la Constitución) y competencia, sin perjuicio, se aclara también, de su virtualidad de «*diversificación del Ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos*». Y en cuanto a su contenido, se ratifica la existencia de un «contenido constitucionalmente obligado» (art. 147.2 CE), un «contenido constitucionalmente posible», en virtud de previsiones constitucionales expresas, y un «contenido adicional implícito». Pues bien, el Estatuto cumple una indudable función de atribución competencial, que define, de un lado, un ámbito privativo de normación y de ejercicio del poder público por parte de la Comunidad Autónoma, y contribuye a perfilar, de otro, y de forma mediata, el propio ámbito de normación y poder propio del Estado. Pero, «*el Estatuto no es una norma atributiva de las competencias del Estado*», aclarando así

dad judicial y, lo más grave, a la apertura de un método de interpretación constitucional puramente formal y evanescente. No se trata, no obstante, de una técnica novedosa. Como es conocido, la Corte Constitucional italiana ya había manejado esta posibilidad de la degradación de rango de los «derechos subjetivos» hacia meras normas programáticas de resultado. Puede verse un comentario en este sentido en MUÑOZ MACHADO, S., «La senda constitucional hacia la Edad Media», *Diario El Mundo*, de 16 de enero de 2008. Crítico con la técnica de las «*interpretaciones conformes*» se manifiesta por ejemplo el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, en su interesante Voto Particular a la comentada STC 31/2010, de 28 de junio: «*Dicha técnica, que parte de un respetable principio de conservación de la Ley, en modo alguno puede justificar una autoatribuida facultad del Tribunal Constitucional de reconfigurar la Ley que juzga, recreándola; lo que, en mi criterio, implica invadir el espacio lógico de la potestad legislativa. [...] Salvar la constitucionalidad de una Ley recurrida, negando lo que la misma dice, sobre la base de hacerla decir lo que no dice, más que un error, supone, a mi juicio, simultáneamente un modo de abdicación de la estricta función jurisdiccional y de ejercicio de una potestad constitucional que al Tribunal no le corresponde*». También en su Voto Particular el Magistrado D. Javier Delgado Barrio se muestra contrario a esta técnica, cuya consecuencia es, a su juicio, la creación por el propio TC, de una «*nueva norma*».

(19) FERNÁNDEZ FARRERES, G., ¿*Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonomico?* (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana), Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

las dudas sobre el alcance de afección indirecta sobre el sistema competencial estatal de las modificaciones estatutarias (F. J. 4º).

Es verdad que la sentencia podía haber sido más clara. La oportunidad, y la trascendencia de la norma enjuiciada, invitaban a ello. Pero el contexto sociopolítico ha podido pesar más que la plenitud de los razonamientos jurídicos. Podía, sí, haberse definido claramente, y para el futuro, el modelo de Estado, pero aunque no se ha hecho, el TC ha desactivado acertadamente el contenido «inconstitucional» del Estatuto. La técnica no es la adecuada ni la definitiva, pues los artículos siguen en vigor, pero la «razón jurídica» y el sentido de la resolución sí parecen serlo.

2. Clasificación y desglose competencial en los nuevos Estatutos de Autonomía

La primera cuestión problemática se refiere a las nuevas categorías y clasificaciones competenciales relativas al dominio público hidráulico contenidas en los nuevos Estatutos (fundamentalmente el catalán y el andaluz) (20). Concretamente, el nuevo Estatuto de Cataluña parte de una previa —y conveniente— clasificación de las competencias —o funciones— autonómicas, distinguiendo entre competencias exclusivas, compartidas y de ejecución (arts. 110-112). Dejando de lado la tercera categoría, que no plantea problemas, siempre y cuando se interprete la referencia a la potestad reglamentaria como la facultad específica de «*emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica*», (competencias ejecutivas en el marco de la legislación estatal sobre el dominio público hidráulico y sobre las obras de interés general, referidas —habrá que entender— a cuencas intercomunitarias), la cuestión clave radica en la incardinación dentro de la exclusividad competencial de forma íntegra y excluyente de las potestades legislativas, reglamentarias y ejecutivas. Por tanto, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad catalana, el conjunto de funciones normativas y no normativas susceptibles de recaer sobre ellas está atribuido de forma excluyente a la instancia autonómica. En cuanto a las competencias compartidas, el art. 111 vuelve a atribuir a la Generalitat el conjunto de potestades normativas y ejecutivas necesarias para su cumplimiento, pero, lógicamente, en el «*marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común en normas con rango de ley*». Olvida el precepto, a pesar de la acertada positivización del concepto jurisprudencial de competencias com-

(20) En el caso del Estatuto valenciano, las previsiones competenciales parecen ajustarse al marco constitucional de distribución de competencias, con la única duda de la aparente exclusión por el art. 49.16º de las aguas subterráneas del esquema general articulado sobre el principio de unidad de cuenca —que abarca tanto las aguas superficiales como subterráneas—.

partidas (como dice la propia STC 31/2010, «*la previsión de que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan compartir un ámbito material determinado en el ejercicio de diferentes potestades y funciones es una de las características típicas del modelo territorial del Estado autonómico*»), los diferentes mecanismos de colaboración ordinamental, además del clásico binomio legislación básica-legislación de desarrollo (cuyo fin, además, no consiste tanto en ser cauce de manifestación de una política propia, cuanto expresión necesaria de una división material de la potestad legislativa). Pero aparte de ello, no parece ajustarse tampoco a la jurisprudencia constitucional ni la obligatoriedad de establecimiento de la legislación básica en una norma con rango de ley —predeterminación dirigida además frente al Estado—, ni la aparente necesidad de su manifestación expresa. La posible excepcionalidad de los supuestos de colaboración reglamentaria en la determinación de la legislación básica tampoco puede salvarse, como indica el precepto, de acuerdo con la Constitución «y el Estatuto, puesto que la competencia normativa para el establecimiento de lo «básico» es exclusivamente estatal (el mandato autonómico para que el Parlamento nacional desarrolle y concrete a través de una ley las previsiones básicas de cada materia choca con la plena disponibilidad estatal para la delimitación, primero, y la determinación, después, de la normativa básica —y común— sobre una determinada materia).

En este sentido, ha venido a señalar expresamente la STC 31/2010, en su F. J. 60º, que el art. 111 EAC no se atiene estrictamente al concepto constitucional de las bases estatales, toda vez que las reduce a los «*principios o mínimo común normativo*» fijados por el Estado «*en normas con rango de ley*», cuando es lo cierto que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el «*carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución*» del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre). Como señala el TC, a mi juicio certeramente, el art. 111 EAC no es una mera norma (formal) de sistematización de categorías competenciales, sino que pretende elevar a «*regla esencial*» una sola de las variables o posibilidades admitidas para la determinación del concepto de «bases estatales», invadiendo claramente las competencias del Estado en este punto, no sólo desde una pura —y limitada— perspectiva conceptual, sino «*estructural y práctica*». La consecuencia inmediata es la declaración de inconstitucionalidad —y de nulidad— del inciso reseñado, limitándose el artículo sólo a la descripción de las facultades comprendidas en la competencia de desarrollo de las bases estatales.

Con esta decisión, singular pero con importancia material desde el punto de vista de la capacidad de delimitación de las facultades autonómicas en la

estructuración de las categorías constitucionales, se pone de manifiesto a mi juicio —más allá del porcentaje específico de artículos anulados o no— la palpable tendencia restrictiva de la «*expansividad material*» de los Estatutos de Autonomía. La diferencia insalvable entre poder constituyente y poderes constituidos impide, precisamente, la modificación o determinación unilateral de categorías y conceptos constitucionales, «*entre ellos la definición de la competencia de la competencia, que como acto de soberanía sólo corresponde a la Constitución*» (F. J. 6°). Dice expresamente el TC que un Estatuto no puede contener o acoger la definición de «*categorías constitucionales*» (F. J. 57°), precisamente por su carácter subordinado a la Constitución. Y «*entre dichas categorías figuran el concepto, contenido y alcance de las funciones normativas de cuya ordenación, atribución y disciplina se trata en la Constitución en cuanto norma creadora de un procedimiento jurídicamente reglado de ejercicio del poder público. Qué sea legislar, administrar, ejecutar o juzgar; cuáles sean los términos de relación entre las distintas funciones normativas y los actos y disposiciones que resulten de su ejercicio; cuál el contenido de los derechos, deberes y potestades que la Constitución erige y regula son cuestiones que, por constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente, no pueden tener otra sede que la Constitución formal, ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo*». Admitir, pues, la determinación estatutaria de las facultades y materias propias de la configuración de cada competencia implicaría una diversidad de formas de ser competente. Ninguna norma infraconstitucional, subrogándose en la posición última del TC, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional, ni siquiera aunque se limite, en realidad, a recoger y sistematizar la propia jurisprudencia constitucional recaída al respecto (F. J. 58°). Y concluye el TC de forma tajante: «*Los arts. 110, 111 y 112 EAC no pretenden disciplinar una cuestión ajena a la disponibilidad del legislador constituido como es la definición misma de qué sean las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña. Tales potestades serán siempre y sólo las que se deriven de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no será sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra doctrina*». Lo único que podrían hacer los Estatutos, entonces es «*relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí misma indisponible, y así lo han hecho los diversos Estatutos de Autonomía desde su aprobación, las potestades comprendidas en las competencias atribuidas, en el marco de la Constitución, a las respectivas Comunidades Autónomas*».

En definitiva, para la Sentencia 31/2010, las previsiones de los arts. 110, 111 y 112 del nuevo Estatuto catalán son constitucionalmente aceptables

—salvo el inciso del art. 111 declarado nulo— sólo en la medida en que, con la única voluntad de descripción, se acomoden a la construcción normativa y dogmática del propio TC. Su recepción estatutaria sólo implica la formalización aclaratoria de una doctrina previa, sin alteración de su cualidad normativa y sin lógica predeterminación de una futura línea doctrinal que pudiera recaer más adelante. Como ha vuelto a enfatizar en la posterior STC de 16 de diciembre de 2010, ambas técnicas estatutarias («*blindaje por definición*» y «*blindaje por descripción*», en palabras del Defensor del Pueblo) tienen un sentido meramente descriptivo y no impiden, limitan o menoscaban el ejercicio de las competencias estatales (F. J. 8°).

Si contrastamos estas observaciones con las consideraciones críticas vertidas mas arriba sobre el contenido y funcionalidad de estos preceptos —claves, lógicamente, en el sistema competencial general diseñado por el Estatuto— parece evidente que sólo serán admisibles las previsiones de aclaración o sistematización de la jurisprudencia constitucional, y en ningún caso los intentos de definición o delimitación unilateral de categorías o de integración sustantiva de su contenido y efectos.

La STC 31/2010, de 28 de junio también ha legitimado, en una acomodación constitucional fácilmente asumible, la capacidad de los Estatutos, en la determinación de los ámbitos materiales de las competencias, de desglose, subdivisión o desagregación de materias y submaterias sobre las que la Comunidad asume competencias (F. J. 64°). Como dice el TC, «*nada en el art. 147.2.d) CE se opone a que un Estatuto de Autonomía, con la misma voluntad de descripción y sistema antes referida a los arts. 110, 111 y 112 EAC, utilice una técnica descriptiva de las materias y submaterias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias siempre, obviamente, en el marco de la Constitución y respetando el límite de las competencias reservadas al Estado ex art. 149.1 CE*». El juicio material de ajustamiento a la Constitución habrá de hacerse, de acuerdo con la doctrina del propio TC, sobre el contenido —general o singular— de las materias, independientemente de su subdivisión o desglose mayor o menor. Claramente lo expone la Sentencia: «*Del art. 149.1 CE resulta que la atribución por el Estatuto a la Generalitat de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del art. 110 EAC no puede afectar a las competencias (o potestades o funciones dentro de las mismas) sobre las materias o submaterias reservadas al Estado (ya hemos dicho que la exclusividad de una competencia no es siempre coextensa con una materia), que se proyectarán, cuando corresponda, sobre dichas competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales*» (F. J. 64°). Se viabilizan, pues, las operaciones de subdivisión material, pero se subordinan

siempre al límite intangible de las competencias (o funciones dentro de las mismas) del Estado, aunque el Estatuto utilice la expresión «en todo caso» (21) para intentar referirse a la extensión de las competencias autonómicas sobre el conjunto de las submaterias correspondientes.

Pasando de las categorías y referencias generales analizadas al concreto tema del agua, cabe reseñar —anticipando ya el mantenimiento en su integridad por el TC del art. 117 EAC, aun desde la inevitable premisa de ajustamiento interpretativo a la Constitución—, que se consagra acertadamente la competencia exclusiva de la Generalitat sobre las aguas pertenecientes a cuencas hidrográficas intracomunitarias (art. 117), así como las funciones específicas integrantes de la misma. Dejando de lado alguna duda interpretativa —suscitada por el propio afán de especificación máxima del ámbito competencial—, el precepto parece ajustarse al marco constitucional, siempre y cuando se matice la exclusividad competencial de la Comunidad Autónoma de acuerdo con el juego de competencias (horizontales) cruzadas del Estado (en este sentido, el F. J. 59° de la STC 31/2010), en apartados como el b), que se apoya en las competencias puramente ambientales y de conservación de los recursos hídricos y de los ecosistemas asociados, siendo evidente que la competencia de protección ambiental no es exclusiva, sino compartida en virtud del art. 149.1.23° CE. Exclusividad no puede comportar exclusión (sobre todo porque, en el fondo, muchas de las concreciones de este artículo son, en realidad, ejercicio de desarrollo de la legislación básica), al margen de la propia y ya reseñada indisponibilidad interpretativa de categorías comunes estatales a través de un Estatuto de Autonomía (la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA dejó sentado la inviabilidad de normas autonómicas meramente interpretativas —y, en segundo plano, moduladoras— del orden constitucional de distribución de competencias). Como se ha dicho, *«la concreción de las competencias autonómicas en ningún caso podría suponer, adicionalmente, una interpretación o determinación restrictiva del «perímetro» o del alcance de las competencias atribuidas en exclusiva al Estado por la Constitución. El Estatuto no puede, en ningún caso, ni siquiera indirectamente, restringir la aplicabilidad o eficacia territorial de las competencias atribuidas al Estado directamente por la Norma fundamental»* (22). Al margen de ello, no obstante, y como compensación, hay que tener en cuenta la propia ambigüedad de la categoría de exclusividad —que puede entenderse más bien como un ejercicio de integridad funcional que de interferencia entre planos y niveles

(21) Criticada directamente en el Voto Particular a la Sentencia de D. Javier Delgado Barrio.

(22) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *La imposibilidad de «blindar» las competencias autonómicas a través de una mera reforma estatutaria*, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Universidad de Jaén/Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

competenciales distintos (23)— y la prevalencia real de su dimensión material sobre la formal —la propia concurrencia natural sobre materias concretas—, lo que permitiría salvar la constitucionalidad del precepto apuntado (24).

En línea con lo señalado, señala la STC 31/2010 claramente que *«la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del art. 110 EAC no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya*

(23) Como ha señalado el profesor Embid Irujo, para salvar la constitucionalidad de estos preceptos, y al margen de posibles «argumentos históricos», lo cierto es que fácilmente el concepto de «exclusividad» puede derivarse 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, plenitud de ejercicio que en ningún caso puede ser interferida u obstaculizada por el Estado (*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 EMBID IRUJO, A. (coord.), *Agua y territorio*, Civitas, Madrid, 2007, p. 29.

(24) Es necesario trasladar esta misma matización interpretativa a preceptos similares de los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía, Aragón y Castilla y León. Así por ejemplo, el art. 50 del Estatuto andaluz atribuye a la Comunidad Autónoma, en materia de aguas que transcurran íntegramente por Andalucía (desplazamiento del criterio básico de la unidad de cuenca que supone, en el fondo, una desconcertante involución —por no decir un supuesto de inconstitucionalidad-), la competencia exclusiva sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas —vuelve a repetirse— transcurran por Andalucía, y aguas subterráneas cuando su aprovechamiento no afecte a otro territorio (es evidente, por ejemplo, que la regulación básica del régimen concesional, que afecta a los recursos, no es competencia autonómica, sino básica estatal, o que la declaración de una obra como de interés general, que afectaría a los aprovechamientos, tampoco); aguas minerales y termales; y la participación de los usuarios, la garantía del suministro, la regulación parcelaria, y las obras de transformación, modernización y consolidación de regadíos y para el ahorro y uso eficiente del agua. En semejantes —y, por tanto dudosos— términos se manifiesta el art. 72 del Estatuto aragonés —después de consagrar también su propia sistematización de la clasificación de las competencias en el art. 71. Pero, ¿cómo va a corresponder a la Comunidad Autónoma de forma exclusiva, y sobre las aguas, no sobre las cuencas, que discurren por su territorio, el conjunto de atribuciones legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de definición de una política propia —excluyéndose, por tanto, los títulos competenciales cruzados del Estado— en materia de ordenación, planificación y gestión de las aguas superficiales y subterráneas, de los usos y aprovechamientos hidráulicos, incluida su concesión, así como de las obras hidráulicas que no estén calificadas de interés general? Primero, las competencias autonómicas han de proyectarse sobre las aguas y aprovechamientos pertenecientes a cuencas íntegramente incluidas en su territorio (lo que dejaría entonces sin sentido al precepto en el caso concreto de Aragón). Y segundo, no puede entenderse la exclusividad como exclusión de cualesquiera otras competencias o títulos ancillares u horizontales del Estado, aún sobre las cuencas intracomunitarias. O se asume la ambivalencia del término —lo que de hecho sucede ya en muchos otros sectores y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional—, o se sobreentiende que la globalidad de potestades derivadas del mismo en ningún caso supone un desplazamiento de las cláusulas competenciales transversales —y enderezadas a la satisfacción de intereses o cuestiones de índole general— del Estado, lo que sí se hace, por ejemplo, en el nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León en el art. 70.3, con carácter general, y en el art. 75.3, en el caso de las competencias autonómicas sobre la cuenca del río Duero.

otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales», ratificando pues el principio de relatividad de las competencias autonómicas también este punto (F. J. 65º, en donde el TC se pronuncia sobre la impugnación de las competencias en materia de «aguas y obras hidráulicas»). Las competencias estatales podrán incidir válidamente, pues, sobre las materias o submaterias estatutarias, aunque se califiquen las competencias sobre las mismas como «exclusivas». Aunque el TC sigue sin proscribir la calificación estatutaria de exclusividad de competencias que, real y materialmente, no lo son, se confirma lógicamente la prevalencia de las competencias propias del Estado, independientemente de la calificación autonómica utilizada. Pero no se trata realmente de que las competencias estatales simplemente se «proyecten» sobre las autonómicas, sino que indudablemente podrán delimitar y condicionar su contenido o posibilidades materiales, y además con el alcance e intensidad determinados en la propia legislación estatal, independientemente de las formulaciones, calificaciones formales o reservas que puedan utilizarse por el legislador estatuyente. Dice concretamente el TC: «Ello así, la competencia autonómica sobre cuencas hidrográficas intracomunitarias ha de cohonestarse con el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que puedan concurrir o proyectarse sobre dicha materia, en particular con el ejercicio de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), que opera como límite a la competencia planificadora autonómica». Estimo correcta la ratificación por el TC de la intangibilidad de las competencias estatales concurrentes, aún desde la ambigüedad de las fórmulas de incidencia utilizadas («conurrencia o proyección»).

Por lo demás, señala también el art. 117.3 que *«la Generalitat participa en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias»,* correspondiendo dentro de su ámbito territorial la competencia ejecutiva sobre la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos, la ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio y las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal. La STC 31/2010 ha avalado este precepto entendiendo que los Estatutos de Autonomía pueden contener fórmulas cooperativas como la reseñada, cuando están implicados los intereses o las competencias de la Comunidad Autónoma, y además porque *«es al legislador estatal, pues estatales son los órganos y funciones en los que se prevé aquí la participación autonómica, al que corresponde determinar con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, que no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio, debiendo en todo caso dejar a salvo las referidas participaciones orgánica y*

funcional la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado» (F. J. 65º) (25).

3. Cláusulas de igualación competencial y reservas de Constitución

Al margen de la cuestión de la sistematización estatutaria de las categorías competenciales y de la, a veces reiterativa, parcelación y especificación de materias y aspectos concretos incluidos en dicho radio competencial, dos cuestiones adicionales merecen atención en este punto, las cláusulas de igualación competencial automática y las reservas formales de ajustamiento a la Constitución.

En el primer caso, previsiones como la contenida en la D. A. 2º del nuevo Estatuto valenciano, de ampliación e igualación automática e implícita de las competencias autonómicas, plantean algunos problemas más de interpretación que de ajustamiento al orden constitucional. En realidad, la cláusula se articula en tres órdenes de previsiones: ampliación automática de las competencias autonómicas por revisión de la normativa estatal, mandato autonómico de igualación territorial y mandato autonómico de promoción del incremento del techo competencial. Los dos últimos apartados no plantean problemas, más allá del carácter meramente desiderativo o programático de su contenido —como autovinculación autonómica— y de la propia dificultad de «igualación material» en el seno de una organización territorial policéntrica (y del hecho evidente de que las competencias de reforma y actualización estatutaria en ningún caso deben corresponder, en su fase decisoria, al ejecutivo autonómico). Pero es que además, y como se ha dicho, el desarrollo estatutario —como complemento indispensable de la configuración de la constitución material y del propio orden de descentralización del poder— debería encauzarse directamente a la vertebración de un «Estado de la solidaridad interregional» (26), y no a la instauración de un Estado plural de constante y forzada equiparación

(25) En igual sentido, la posterior STC de 16 de diciembre de 2010, recaída frente al recurso de inconstitucionalidad número 9330/2006 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto catalán: «*El precepto no es inconstitucional en cuanto la Generalitat puede adoptar medidas adicionales de protección ambiental*» (F. J. 43º). Y con respecto a la mención a las facultades de policía, se entiende igualmente que no hay un mandato (autonómico) vinculante para el legislador estatal, sino una «*plena remisión a la legislación estatal, ya que las competencias autonómicas de policía serán únicamente las que determine esa legislación*».

(26) ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Reforma constitucional y reforma estatutaria», en LÓPEZ RAMÓN, F. (ed.), *De la reforma estatutaria*, Monografías de esta REVISTA, núm. VIII, Zaragoza, 2005.

interterritorial, no en los márgenes de autogobierno, sino en la acumulación de competencias propias. Es el Estado el que debe garantizar, al margen de «blindajes competenciales» o «reivindicaciones autonómicas a la jurisprudencia constitucional», que el ineludible reconocimiento de la autonomía y la diversidad propias —por ser distintos necesariamente los intereses propios de cada región— no se traduzca en una desigualdad material entre territorios, y, más grave aún, en un modelo de desvertebración territorial.

En cuanto al primer apartado de la Disposición Adicional, aparte de los defectos genéricos reseñados (fundamentalmente la ausencia de mecanismos de garantía del cumplimiento de estas autoobligaciones diacrónicas y la confusión de los planos formal y material en el reparto de competencias), parece más difícil de asumir —por carecer de exigibilidad y eficacia jurídica— una auténtica vinculación regional respecto del poder legislativo estatal (27) y, además, el pretendido carácter automático de ese objetivo de corrección bilateral de la desigualdad territorial.

Estas previsiones —radicalizadas, de hecho, en los propios proyectos de reforma estatutaria, como los intentos de inversión de las cláusulas de cierre de los proyectos andaluz y canario (28)—, ponen de manifiesto, en el fondo, el

(27) Una clara exposición de las técnicas y modalidades de «mandatos» y previsiones estatutarias frente a la actividad del legislador estatal, puede verse en MUÑOZ MACHADO, S., *El mito del Estatuto-Constitución*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *La reforma del Estado Autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 78-79.

(28) Originariamente, el art. 83 de la Propuesta de reforma del Estatuto andaluz señalaba que «*además de las competencias y funciones que la Comunidad Andaluza asume por medio del Estatuto de Autonomía, le corresponden todas aquéllas que la Constitución no atribuye expresamente al Estado*», fórmula ambigua que, aún dentro de los parámetros generales derivados del principio dispositivo, suponía, en el fondo, dejar inaplicable la cláusula residual establecida en el segundo apartado del art. 149.3 CE (si corresponde al Estado la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos, no queda margen de subsidiariedad cuando los Estatutos asumen «todas» las demás competencias no atribuidas expresamente al Estado). Más matizadamente —y suprimido después este apartado primero—, el definitivo art. 85.1 establece que «*en el ámbito de las competencias que se le atribuyen en el presente Estatuto, le corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía, además de las facultades y funciones expresamente contempladas en el mismo, todas aquellas que, por su naturaleza, resulten inherentes a su pleno ejercicio*». La formulación final ha cambiado, y quizás se ajuste ahora formalmente mejor a las reglas constitucionales de articulación de competencias (perspectiva material que sigue chocando, no obstante, con la mención, en un artículo de cierre del sistema competencial, a las «facultades y funciones» de la Comunidad Autónoma), pero, como contrapartida, se ha añadido una mención, a las «facultades inherentes» al pleno ejercicio de las competencias asumidas, que deja la puerta totalmente abierta a la discrecionalidad y a la conflictividad competencial por títulos genéricos o complejos. Al margen de la mayor o menor viabilidad de esta previsión de «poderes implícitos», cuya dilucidación correspondería en última instancia al Tribunal Constitucional, lo cierto es que parece más acertada una visión material como la andaluza, centrada en el incremento competencial necesario para alcanzar el «pleno ejercicio» de las competencias, que la fórmula automática de igualdad de igualación meramente formal contenida en la reforma del Estatuto valenciano.

denunciado proceso de agrietamiento y deslocalización de nuestro esquema de distribución del poder. Como se ha dicho, la falta de una visión global del problema, y de un previo debate constitucional, ha conducido a centrar el debate de la reforma, en puros términos de bilateralidad, a la delimitación —cuando no determinación— de los límites constitucionales, cuando, paradójicamente, nos encontramos en un Estado que no ha constitucionalizado la estructura territorial del poder. Estamos asistiendo a procesos aislados y particulares de reforma estatutaria, cuyo afán de perfeccionamiento y de potenciación del autogobierno se reduce, básicamente, al incremento indefinido de competencias —a costa del Estado central— y a la reproducción —superada ya en otros sistemas descentralizados— de los esquemas de reparto, basados en la pretensión de la exclusividad legislativa para la articulación de determinadas políticas públicas, sin entender que la concertación y la negociación (política) es incompatible con una vertebración general del sistema de distribución del poder, y, lo más importante, que mejor autogobierno no significa —o no ha de significar— más competencias (o subcompetencias, o perfiles competenciales), sino potenciar la capacidad normativa y ejecutiva de actuación y, sobre todo, incrementar las vías efectivas de participación en las competencias de los demás niveles territoriales. Y termina el profesor Javier Barnés, a quien seguimos en este punto, *«la clave de un Estatuto de Autonomía del siglo XXI parece residir antes en la identificación de los mecanismos de cooperación, coordinación, participación y gobernanza en relación con determinadas materias y políticas públicas en los distintos niveles (local, nacional, europeo e internacional) que en la fijación de competencias propias, exclusivas y excluyentes (adjetivos estos últimos que, salvo excepciones, nunca han tenido vigencia real, menos aún en un mundo globalizado)»* (29).

Si se trasladan estas reflexiones al tema del agua, no es exagerado afirmar que estamos asistiendo a una *«insensata «carrera» entre Comunidades Autónomas por buscar formulaciones estatutarias que garanticen sus necesidades de agua presentes y futuras»* (30), competición desarticulada desde la necesaria perspectiva funcional del recurso y anclada en el engrosamiento autárquico de competencias —y el consiguiente intento de congelación estatutaria de rango en su regulación ulterior— más que en la definición de los intereses propios y la búsqueda de fórmulas eficaces de actuación y colaboración decisional con el resto de instancias públicas. Pueden destacarse, así, los intentos de configuración de algunas cuencas hidrográficas como «hecho

(29) BARNÉS, J., «Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del siglo XXI», *Revista de Administración Pública*, 173, (2007), pp. 293-315.

(30) PEMÁN GAVÍN, J. M^o., *En torno a la reforma del Estatuto aragonés: las posibilidades de una ampliación competencial*, en LÓPEZ RAMÓN, F. (ed.), *De la reforma estatutaria*, Monografías de esta REVISTA, núm. VIII, Zaragoza, 2005, pp. 307-360.

diferencial» autonómico (31), enlazando con la ensayada dimensión del agua como recurso cultural (32).

4. Una vuelta atrás: la atribución estatutaria de competencias sobre las aguas y no sobre las cuencas hidrográficas

Un ejemplo más de este afán competencial viene constituido por los intentos, fructificados ya en los casos de Andalucía y Castilla y León, de consagración estatutaria de las competencias exclusivas sobre aguas interiores de cuencas intercomunitarias, con el intento, más retórico que efectivo, de matización de su posible inconstitucionalidad a través de la inclusión de reservas formales de legalidad. Dice concretamente el art. 51 del Estatuto andaluz que «*la Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, 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 149.1.22º de la Constitución*». La nueva formulación estatutaria —que a pesar de haber sido recurrida por constituir una fragmentación de la unidad de cuenca ha conllevado el traspaso efectivo de competencias sobre las «aguas propias» de la Cuenca del Guadalquivir— confunde la esencialidad e importancia de esta cuenca para Andalucía, auténtico eje socio-económico de vertebración de la región (33), con la realidad jurídica de nuestro sistema competencial (34). Retoma la literalidad de la Constitución —también para definir las competencias genéricas sobre el agua en el art. 50—, cuando

(31) KROTENBERG VÁZQUEZ, P. J., «La cuenca del Duero como hecho diferencial de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 11 (2007), pp. 173-204.

(32) BERMEJO LATRE, J. L., «La protección del agua como patrimonio cultural», VV. AA., *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

(33) En este sentido se ha señalado, a mi juicio correctamente, que sería necesaria una intensificación o reforzamiento de la presencia de la Comunidad andaluza en la ordenación y gestión de esta cuenca hidrográfica, sin perder no obstante, su carácter supraautonómico. Los mecanismos para llevar a cabo dicha intervención son variados: vía delegación o transferencia de competencias (art. 150.2 CE), mediante la aplicación de instrumentos administrativos como la encomienda de gestión realizada por el Estado, o a través de convenios de colaboración o fórmulas de cooperación interadministrativa, reconsiderando la composición y participación de las Comunidades Autónomas implicadas en el Organismo de Cuenca, etc. Para mayores detalles me remito íntegramente al capítulo VI de mi libro *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares-Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 2010, especialmente pp. 300-315.

(34) Sobre las complejas y reiteradas dudas interpretativas y aplicativas de este precepto pueden verse las consideraciones críticas de EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía ...*, op. cit., p. 42 y ss.

tanto legislativa como jurisprudencialmente ha quedado claro que el criterio de reparto de competencias es, estrictamente, el geográfico de la extensión e integridad de la cuenca hidrográfica, vinculando tal criterio —como remarcaría la STC 161/1996— no sólo el reparto de competencias en materia de recursos, sino también la distribución de responsabilidades en torno a los aprovechamientos (35). Utiliza como criterio complementario de asunción competencial la no «afección» a otra Comunidad Autónoma, criterio hoy en día inexistente y sometido evidentemente a la indefinición propia de un bien dinámico y carente de fronteras territoriales como es el agua (precisamente en la ratificación por el TC del principio legal de unidad de cuenca prevaleció la imagen «ambiental» de la ordenación integral del ámbito físico natural por el que las aguas discurren al mar, y no la distribución ficticia y asimétrica por demarcaciones político-administrativas, ni siquiera para la atribución competencial en materia de aprovechamientos cuando las aguas «utilizadas» no hubiesen de salir del territorio autonómico) ¿Cuándo se entenderá que las aguas «que transcurren» no afectan a otro territorio? (no conviene olvidar que el principio legal de unidad de cuenca debe ser interpretado no sólo desde una perspectiva geográfica o territorial, sino también funcional). ¿Será cuándo permanezcan dentro de los límites territoriales autonómicos? ¿Cuándo habrá afección, y en qué consistirá ésta, si las aguas transcurren íntegramente por la Comunidad andaluza? ¿Al referirse a las aguas que transcurren, está excluyéndose el régimen de aprovechamientos de esta nueva fórmula competencial? Y se utilizan, finalmente, una serie de cláusulas de salvaguardia, como criterio corrector o mecanismos de legitimación, realmente innecesarias de un lado —lógicamente, por ejemplo, la pretendida exclusividad territorial debe respetar, porque lo dice la Constitución, las competencias estatales sobre las obras públicas de interés general—, e incongruentes —al mezclar por ejemplo las competencias sobre el dominio público hidráulico con el reparto competencial en materia de medio ambiente, que es el que justifica la competencia estatal en materia de legislación básica sobre protección ambiental— y contradictorias, de otro (la STC 31/2010 ha venido a legitimar, no obstante, el uso «formal» de estas cláusulas de ajustamiento a la Constitución): ¿cómo va a ostentar —podría haberse dicho, como en el caso de Castilla y León, que se trata de competencias que «se asumirán»— la Comunidad andaluza competencias «exclusivas» sobre las aguas de una cuenca intercomunitaria, y, ello sin perjuicio, «de la planificación general» (¿?) y de las propias reglas constitucionales —interpretadas ya por el TC de un modo radicalmente contrario— contenidas en el art. 149.1.22º CE? Como bien ha resumido Embid Irujo, «*si la decisión en sí misma es contraria a la Constitución, no puede sanarse por más que se afirme que se regula «de*

(35) EZQUERRA HUERVA, A., «Principio de unidad de cuenca y competencias autonómicas en materia de aguas (STC 161/1996, de 17 de octubre)», en esta REVISTA, 10, (1997), pp. 377-399.

acuerdo con» la Constitución y la legislación estatal, y ello porque no hay acuerdo posible con la Constitución si la decisión estatutaria es inconstitucional en sí misma, e, igualmente, porque la legislación estatal no puede legítimamente desarrollar aquello que es inconstitucional intrínsecamente» (36).

En el caso de Castilla y León, el art. 75.1 del nuevo texto estatutario no sólo desvirtúa el criterio central de reparto ratificado por el TC, sino que transforma las propias reglas competenciales establecidas en la Constitución. «*Dada la relevancia que la Cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León —dice el artículo—, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos 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*». Al margen de la ratificación del criterio territorial, en un caso, además, de cuenca internacional, lo criticable es la propia contradicción con el art. 149.1.22º CE, que en ningún caso admite una concurrencia material en el desarrollo de las competencias sobre los recursos y aprovechamientos hidráulicos. El título competencial es, en uno u otro caso, completo, sin articulación concurrencial de funciones normativas o ejecutivas. Y el criterio constitucional de reparto, el carácter intra o intercomunitario de la cuenca respectiva. La esencialidad y «valor» de la Cuenca del Duero, y su carácter prácticamente castellano-leonés, deberían permitir, en vez de una reinterpretación de las reglas constitucionales, un efectivo fortalecimiento de la Comunidad Autónoma en los órganos de gestión, directamente o indirectamente a través de fórmulas de cooperación con el Estado (37).

Junto a la propia *cuestión jurídica* de la prevalencia del criterio central de unidad de cuenca, el TS también se ha pronunciado después sobre la *cuestión*

(36) EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias ...*, op. cit., p. 31.

(37) ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «El nuevo enfoque ...», op. cit., p. 324. Como dice el profesor EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía ...*, op. cit., p. 66, «por la extensión territorial, por la importancia de los aprovechamientos y por la población afectada, la cuenca del Duero —lo mismo que la cuenca del Guadalquivir— 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. Dejando de lado lo que el TC pueda decir en su momento sobre este Estatuto..., existen otros procedimientos constitucionales para dar una relevancia decisiva a la Comunidad de Castilla y León en la gestión del Duero, y, por otra parte, con determinadas modificaciones normativas de la organización de los Organismos de cuenca estatales, podría conseguirse la misma finalidad. La rigidez de las interpretaciones constitucionales no puede conducir nunca a la falta de eficacia en la vida de las organizaciones y de las instituciones, y el papel de los juristas, al margen de la tan fácil —muchas veces— afirmación de inconstitucionalidades, es el de encontrar caminos para que derecho y eficacia sean términos que puedan conjugarse conjuntamente».

técnica de la delimitación del ámbito territorial de cada cuenca hidrográfica, como operación previa a la aprobación del respectivo plan hidrológico, reafirmando, como se sabe, las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas sobre las aguas cuyas cuencas no excedan del territorio autonómico, independientemente de la efectiva transferencia de los servicios y medios necesarios por parte del Estado [STS de 20 de octubre de 2004 (38)].

Es evidente que el rígido y formal criterio hidrográfico ratificado por esta Sentencia impediría la asunción estatutaria actual de competencias exclusivas de gestión sobre aguas de cuencas intercomunitarias (39). Ni la Cuenca del Guadalquivir ni la Cuenca del Duero son, realmente, cuencas intracomunitarias. Parece más sensato, por tanto, matizar, aún asumiendo la doctrina consolidada del TC, las exigencias constitucionales con las necesidades reales de organización y gestión de las cuencas, evitando una atomización sobrevenida en la gestión del agua. No sería descabellado, como se ha propuesto ya desde algún proyecto de reforma estatutaria, reflexionar sobre las posibles aplicaciones de un principio tan importante como el de «proporcionalidad», a la hora de la fijación, por ejemplo, del grado de participación respectiva en los procedimientos de planificación hidrológica de cuencas intercomunitarias. La cooperación funcional y la integración de intereses, en el marco de la Constitución y de la Administración hidráulica derivada de la misma (Confederaciones y Demarcaciones hidrográficas), deben prevalecer sobre una forzada y discontinua planificación hidrológica —en el caso, por ejemplo, de cuencas menores endorreicas— e inhibiendo el posible riesgo de blindaje regional de las operaciones de transferencia de recursos de cuencas intercomunitarias.

5. Desarrollo de títulos competenciales genéricos y predeterminación estatutaria de la legislación básica estatal

Junto a estos problemas estructurales derivados de la creciente asunción competencial estatutaria en materia de aguas, también conviene poner de manifiesto los riesgos —hermenéuticos y aplicativos— que podrían derivarse

(38) La Sentencia, que también ha sido objeto de discusión a causa de su prevalente argumentación «formalista», anula diversos artículos de las determinaciones normativas del Plan Hidrológico del Júcar, publicadas en la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de agosto de 1999, dada la inconstitucionalidad de las previsiones del Plan que afectaban a cuencas hidrográficas intracomunitarias por invasión de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas de Valencia y Castilla-La Mancha en materia de aguas y aprovechamientos (de hecho, todas la cuencas incluidas en el Plan original eran intracomunitarias, salvo cinco).

(39) De hecho, atendiendo a la realidad geográfica de nuestro país, y salvando los dos supuestos insulares, esta doctrina constitucional conduciría a reducir las posibilidades de exclusividad competencial sólo a tres Comunidades Autónomas (Cataluña, Galicia y Andalucía), que son las únicas con cuencas intracomunitarias.

igualmente de las nuevas previsiones estatutarias relativas a la especificación o desintegración de los títulos competenciales respectivos. En principio, no parece existir ningún inconveniente jurídico de partida para la asunción estatutaria de submaterias o perfiles competenciales —recepción, en último término, de la propia labor jurisprudencial de depuración y concreción de las reglas constitucionales—, siempre y cuando no se vulnere el ámbito indisponible de competencias estatales. Por ello, exigen una interpretación conforme con la Constitución previsiones como la contenida en el art. 72.1.b) de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma, en materia de aguas que discurran íntegramente por su territorio —y que pertenezcan a cuencas intracomunitarias, habrá que aclarar—, sobre la planificación y el establecimiento de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua. Estrictamente hablando, y sin perjuicio de la necesaria conjugación de títulos competenciales conexos, las funciones de programación y gestión de naturaleza ambiental no pueden ser de competencia exclusiva autonómica. Las cláusulas competenciales sobre medio ambiente, que ampararían dicha previsión, se entrecruzan en este punto con las competencias sectoriales —y, por tanto, más específicas— de ordenación hídrica, con un juego de articulación diferente, y necesitado en todo caso de una reconducción interpretativa hacia la posibilidad de establecimiento de normas adicionales de protección y de esquemas —nunca excluyentes— de ejecución de la legislación básica estatal.

También es necesario matizar los intentos de predeterminación estatutaria del alcance de la legislación básica estatal, vinculación desagregada que podría influir claramente en el reparto de competencias sobre la regulación de la protección ambiental de las aguas. Más allá del debate sobre la «elasticidad» —mayor o menor— y la «versatilidad» de lo básico —incompatible con la fijación de criterios generales y comunes (40)—, parece claro que el

(40) Lo mismo que no parece viable una predeterminación unilateral estatutaria de los «límites» básicos de una materia de legislación compartida, o una ordenación autonómica de contenido sustantivo de lo básico estatal, no parece razonable seguir manteniendo la flexibilidad interpretativa actual respecto al alcance de las competencias básicas y de desarrollo en sectores tan versátiles como la protección ambiental. En realidad, el fundamento competencial de la normativa estatal sobre aguas continentales —instrumentalizado luego a través del principio de unidad de cuenca— se puede desgajar en cuatro grandes bloques materiales: aguas, aprovechamientos, control o policía —reconducida por el TC a la materia de aprovechamientos— y protección ambiental. Y el juego conjunto de los títulos estatales sobre dominio público (art. 149.1.22° CE), obras hidráulicas de interés general (art. 149.1.24° CE) y establecimiento de la legislación básica sobre medio ambiente (art. 149.1.23° CE) podría dejar, a la luz de la señalada inestabilidad de lo básico y del exponencial incremento de la variable ambiental, escaso margen de actuación normativa para las Comunidades Autónomas en el caso de las aguas pertenecientes a cuencas intercomunitarias.

complemento normativo autonómico —que ha de permitirle fijar una política propia sobre la materia— debe tener como límite —y como presupuesto— la indisponibilidad estatutaria para la fijación bilateral de categorías generales (41). Como claramente se ha dicho, las Comunidades Autónomas «*pueden decidir las intervenciones normativas y de ejecución a través de las que se desarrolla lo básico, pero no pueden definirlo. Lo básico no es lo que queda tras desarrollar una materia, sino justamente lo que precede al desarrollo autonómico*» (42). Y lo mismo puede decirse para la determinación estatutaria de posibles excepciones a la exigencia de norma legal para la fijación de las bases de una determinada materia. Porque, ante todo, el binomio bases-desarrollo, y la protección sostenible del medio ambiente es un buen ejemplo, no puede seguir concibiéndose como un esquema de legislación compartida —separando ambas funciones normativas—, sino —desde la perspectiva contraria— como una oportunidad de regulación concurrente —prevaleciendo la unidad de la materia regulada sobre la dualidad de entes competentes—. Se impone, pues, la flexibilidad y la participación en la regulación de materias compartidas, pero es muy dudoso que una norma infraconstitucional pueda determinar, condicionar o preconfigurar de alguna forma la normativa básica estatal (43). El problema no es identificar el poder jurídico competente para la determinación de la legislación básica —el Estado, en principio, o, en cierta forma las Comunidades Autónomas, según los nuevos Estatutos de Autonomía—, ni la posible inversión de los términos del clásico esquema ordinamental —desde la, por lo demás impecable, determinación estatutaria como «principios o mínimo común normativo»—, sino la —olvidada— previsión de cauces y mecanismos reales de colaboración material en la regulación —identificación fáctica y previsión normativa— de cuestiones comunes. Parece lógico asumir, por tanto, que, en teoría, y tal y como ha sostenido el TC —que ha venido rechazando, de hecho, una concepción meramente principialista o formal de las bases—, única instancia competente para la determinación del concepto constitucional de «bases», la definición de lo básico es una facultad inherente

(41) Como se ha dicho, «*que el alcance de lo básico en cada momento dependa del propio titular de la competencia es lo que se ha querido por la Constitución, sin que por ello mismo los Estatutos puedan condicionar preventivamente y para su ámbito territorial el ejercicio de dicha competencia*», FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 86.

(42) GARRIDO CUENCA, N., *La reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (coord.), *La reforma del Estado Autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

(43) Tanto desde el punto de vista de la separación de planos formales, al tratarse de normas pertenecientes a ordenamientos distintos —aunque los Estatutos se aprueban formalmente mediante Ley estatal—, como desde la perspectiva material, al no comportar consecuencias competenciales sustantivas la acotación o delimitación de la normativa básica sobre una materia determinada.

a la competencia para su articulación normativa, pero con el evidente límite de que se intente, a través de la definición de lo básico —o la previsión de nuevas «submaterias» desde el punto de vista funcional o material—, una reformulación o modulación de la propia delimitación sustantiva (constitucional) de las materias competenciales.

La solución no pasa, pues, por el incremento de las competencias ambientales a través de su especificación en las normas estatutarias. Desde los nuevos postulados teóricos sobre la denominada «acción administrativa integrada», se impone, en aras de una regulación adecuada de una materia compartida o concurrente (la protección del medio ambiente, como título genérico), un reconocimiento mutuo de umbrales de creación «jurídica» tanto al legislador estatal como al legislador autonómico, en un equilibrio funcional garante de la correspondiente —y nunca autónoma— esfera de intereses (por ejemplo a través de cauces de participación autonómica activa en el proceso decisorial de la legislación básica estatal). Sólo así podría modularse efectivamente la evidente indefinición del reparto funcional de la potestad normativa entre las diferentes instancias de poder y la consiguiente anomia tradicional del esquema de «autonomía administrativa».

Este ejercicio plural del poder político, que encuentra ahora ejemplos positivos como la previsión de conformación integrada de los programas de medidas previstos en el art. 92 *quater*.4 TRLA, podría plasmarse, como se ha dicho, y sustituyendo a la técnica clásica de la emisión aislada de informes y dictámenes por el «*establecimiento de procedimientos bifásicos que se caractericen porque la propuesta y/o aprobación inicial o provisional de las actuaciones se realicen en sede autonómica, mientras que la aprobación definitiva sea una función del organismo (estatal) de cuenca*» (44).

6. La posible condicionalización estatutaria de los trasvases entre cuencas a través de la exigencia de «informes preceptivos»

Con diversos matices en su redacción, diversos textos estatutarios han positivizado —con el rigor normativo propio del Estatuto de Autonomía— la facultad autonómica de condicionar o modular los posibles proyectos estatales de transferencia hídrica con incidencia en su territorio, o la realización de obras hidráulicas en general, a través de la exigencia de un «*informe preceptivo*» u obligatorio, aunque no vinculante. La unilateralidad de esta interposición, y la misma heterogeneidad de las fórmulas estatutarias, no pueden conducir, sin

(44) CARO-PATÓN CARMONA, I., *Problemas competenciales de la protección medioambiental del agua*, en VV. AA., *Derecho de Aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006, pp. 891-907.

embargo, a una descalificación genérica de las mismas, en tanto manifestación de mecanismos de «cooperación funcional», y cuando además se encuentran implicados, como remarca el TC, intereses de uno y otro nivel territorial (45).

El juicio sobre la viabilidad de estos informes autonómicos se complica, además, por la inexistencia actual de un procedimiento general de ordenación de las transferencias de recursos hídricos, tras el vaciamiento normativo y técnico de la Ley del Plan Hidrológico Nacional. Aparentemente sigue habiendo una cobertura genérica legal de las transferencias, pero sigue faltando un esquema procesal adecuado —e integrador— para la autorización singular de los trasvases.

En principio, y dada la cobertura legal, no existen mayores problemas para la configuración de estos informes como preceptivos u obligatorios. Ahora bien, no cabe confundir obligatoriedad con obstatividad. Todos los informes no vinculantes, incluidos los preceptivos, son declaraciones de juicio, no de voluntad o conocimiento (dejando al margen los llamados informes *cuasi-vinculantes*). Estos informes no deben verse, por tanto, como un impedimento o un obstáculo, sino como una garantía adicional del acierto de la decisión. El ejercicio cooperativo del poder pasa, precisamente, por fortalecer fórmulas de decisión conjunta, siendo evidente que si no se prejuzga el contenido de la decisión (carácter no vinculante) (46) y no se afecta a las competencias ajenas (47), reinterpreta las cláusulas territoriales de los Estatutos de acuerdo con el principio basilar de unidad de cuenca, el parecer previo de la Comunidad Autónoma afectada vehiculizará su evidente interés territorial y garantizará una mayor racionalidad en la actividad decisiva última.

La prevalencia de las reglas competenciales (sustantivas) sobre previsiones concretas de carácter procesal y la propia indeterminación de las reglas estatutarias en la configuración de estos informes impiden cualquier otra interpretación. Atendiendo al principio nuclear de competencia, sólo podrán tener eficacia jurídica plena, y configurarse como estrictamente «preceptivos» —en tanto trámite procedimental autonómico «impuesto» sobre un procedimiento de naturaleza y competencia estatales— en los casos en los que su aportación dependa del ejercicio de una previa competencia autonómica, lo que reducirá su viabilidad a la previsión legal de las llamadas «conexiones».

(45) Confirmando lo adelantado en la STC 31/2010, así se pronuncia la posterior STC de 9 de septiembre de 2010, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad número 9501/2006, interpuesto por la Generalitat de la Comunitat Valenciana contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

(46) En ausencia de reglas expresas, hay que convenir que se trata de informes no vinculantes (art. 83.1 LRJAP), lo que se corrobora, en el caso del Estatuto de Cataluña, con la sustitución final de la fórmula original del precepto, que calificaba dicho informe como «determinante».

(47) EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto ...*, op. cit., p. 34.

La STC 31/2010 ha venido a matizar sin embargo las consideraciones precedentes. En el F. J. 65º se señala acertadamente que las previsiones genéricas autonómicas sobre la exigencias de informes previos no pueden enervar o desplazar a las competencias estatales constitucionales, cuando se trate de trasvases entre cuencas intercomunitarias. Pero no obstante la Sentencia admite que el informe pueda calificarse —de forma unilateral y con proyección sobre ámbitos competencias estatales— válidamente como «preceptivo» (en ningún caso, obviamente, «vinculante»), lo que a mi juicio supone también una vulneración constitucional desde el punto de vista de una incidencia o condicionalización desproporcionada sobre las competencias estatales establecidas en el art. 149.1.22º CE.

Lo que parece claro es que el informe preceptivo no puede ser impeditivo de la tramitación por parte de los órganos (estatales) competentes de las transferencias de recursos hídricos entre ámbitos correspondientes a diferentes planes de cuenca. Podrá ser, sí así se configura en una norma legal, un informe necesario, pero no vinculante ni condicionante de la decisión final, ni impeditivo de la continuación del procedimiento en el caso de no emisión en plazo.

Quizás merezca otra consideración la finalidad última —el objetivo político, en suma— subyacente a estos mecanismos de «intervención autonómica» en procedimientos estatales: la evitación o condicionalización expresa de las operaciones de trasvase de aguas entre cuencas. Porque, como se ha dicho, la decisión sobre las mismas pertenece, sin lugar a dudas, al legislador estatal. Un Estatuto de Autonomía no puede, por tanto, condicionar, limitar o prede-terminar tal decisión, no tanto por la consiguiente congelación de rango o la inexistencia de un procedimiento plural previo a la toma de decisiones, sino simplemente por la evidente infracción del principio de competencia material. Mayores dudas de constitucionalidad plantean fórmulas, como la contenida en el nuevo Estatuto aragonés, que no contienen expresas fórmulas de limitación o prohibición, sino mandatos programáticos a los poderes públicos autonómicos —lo cual salvaría el precepto— para, se dice expresamente, «evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de la que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras». Aparte de la ya reiterada indefinición conceptual, suscita evidente inseguridad jurídica una fórmula en la que no se sabe si prevalece su arquitectura formal como simple mandato de acción a los poderes autonómicos o su finalidad material de prohibición de actuaciones hídricas competencia del Estado (48).

(48) En parecidos términos, la propuesta de reforma del Estatuto castellano-manchego establecía que corresponde a los poderes públicos autonómicos —paradójicamente, se dice, «de acuerdo con la Constitución, con la legislación estatal y con la normativa comunitaria aplicables»— velar

7. La inclusión del «derecho al agua» dentro de los nuevos catálogos de derechos y deberes de los ciudadanos contenidos en los Estatutos de Autonomía

La reforma estatutaria actual está siendo aprovechada por las instancias regionales para reforzar la dimensión prescriptiva y dogmática de los originales textos estatutarios. Y no parece haber impedimento u obstáculo alguno a la inclusión de tablas de derechos y deberes en los mismos (49). El art. 147.2 CE sólo prevé el contenido mínimo (50), pero no cierra la puerta a posibles contenidos eventuales, vinculados al ejercicio y garantía de la propia autonomía, y con la necesaria cobertura competencial (material) previa. Sin contravenir el núcleo normativo constitucional mínimo (el status común de ciudadanía, articulado fundamentalmente mediante el sistema de derechos fundamentales), las Comunidades Autónomas pueden, en el marco de sus propias competencias, desarrollar aspectos concretos de su contenido o condiciones de ejercicio de los derechos y deberes, e, incluso, reconocer nuevos derechos y deberes. Se trataría de permitir la colaboración sustantiva estatutaria respecto de la «dimensión objetiva» de los derechos consagrados constitucionalmente, aunque matizándose la posible intervención subjetiva sobre las facultades de actuación y los derechos de defensa (imposibilidad de rebaja del grado de protección, límites impuestos por la reserva de ley orgánica estatal, cláusulas genéricas competenciales, infracción de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes, etc).

No hay dudas, pues, sobre la labor de cooperación dogmática de las normas estatutarias, tanto a nivel de reconocimiento de derechos como de regulación, con el límite, en la capacidad de desarrollo e innovación, de la creación de «nuevos» derechos fundamentales, «*como límite insuperable para todos los poderes constituidos*», en palabras de la STC 31/2010, de 28 de junio. De hecho, precisa el TC, la labor de complemento o desarrollo en este punto de las normas estatutarias estaría claramente limitada o condicionada,

para evitar cualquier transferencia de agua de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma, y que perjudique (¿hasta qué punto? ¿en qué medida? ¿a qué tipo de intereses o sujetos?) los intereses de Castilla-La Mancha, lo cual quiere decir que, dado su carácter de Comunidad interior, y carente por tanto de cuencas intracomunitarias, el Estatuto manda a los poderes públicos autonómicos, en el marco de la Constitución, que «velen» porque el Estado no pueda ejercitar sus competencias sobre las aguas pertenecientes a cuencas intercomunitarias. La fórmula, con tal redacción, era evidentemente contraria al sistema de distribución competencial y al propio marco relacional entre los distintos poderes del Estado.

(49) APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., *Los derechos públicos estatutarios* ..., *op. cit.*, p. 18.

(50) En este sentido, CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, (2009), p. 272.

por cuanto realmente la proclamación y definición sustancial (contenido mínimo) ya se habrá verificado en la Constitución, de suerte que la intervención del Estatuto sólo sería admisible, en principio, si fuera reiterativa, y además no cabe tampoco la pormenorización o regulación aplicativa del ejercicio de un derecho fundamental a través de una Ley orgánica. No obstante, como se ha dicho, la introducción estatutaria de un sistema de derechos puede suponer «*un plus de poder jurídico o de un determinado status económico y/o social de las personas/ciudadanos frente a (o en relación con) los sujetos públicos afectados*», en cualquier caso autonómicos, en tanto prefiguración positiva de «*la acción normativa y de gobierno en el ejercicio de las propias competencias para asegurar esferas de poder participativo y prestacional a los ciudadanos*» (51).

El problema radica más bien en la posibilidad de incorporación de derechos no previstos como tales en el texto constitucional, como es el caso del derecho al agua. La mayor parte de la doctrina se ha manifestado contraria a tal posibilidad, por la evidente falta de una protección procesal específica (inexistencia de recurso de amparo), por el riesgo de degradación normativa, por la inexistencia de una legitimación axiológica común, o, en fin, por la posibilidad de una quiebra del principio de igualdad (material) ante la ley (52). Pero, si bien se mira, no se trata de una cuestión de apriorismos, sino de límites. A mi juicio, ninguna de las razones expuestas impide que un Estatuto de Autonomía pueda reconocer, sobre la base del ejercicio de sus propias competencias, y adicionándole las garantías de protección precisas, un catálogo de derechos, libertades y deberes propios (garantizando las reservas de ley, estatal o autonómica, previstas en la Constitución), e incluso nuevos «derechos fundamentales», lógicamente en el *sentido material* del término (53), a favor de sus ciudadanos (cabe recordar que según el TC, la materia «derechos fundamentales» no es, en sí, un título competencial) (54). No se trataría de

(51) APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., *Los derechos públicos estatutarios...*, op. cit., pp. 19-20.

(52) Precisamente este último argumento de la afección al principio nuclear de igualdad es el utilizado expresamente por la STC 31/2010 para oponerse expresamente a la posibilidad de desarrollo estatutario (con la consiguiente creación de una pluralidad de regímenes) de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución (F. J. 17°).

(53) Como se ha recordado, no existe una reserva constitucional a favor del Estado para elaborar cartas o catálogos de derechos, ni estamos ante un supuesto de reserva de Constitución, puesto que «*formalmente los derechos estatutarios no son derechos constitucionales, y, materialmente, los derechos llamados fundamentales, con independencia de sus normas de reconocimiento, transitan por todo el ordenamiento jurídico*», CAAMAÑO, F., «Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79, (2007), p. 35.

(54) Con otra argumentación se ha dicho que, en principio, «*los derechos fundamentales y las libertades públicas no se pueden regular. En virtud del juego combinado de los artículos 53 y*

«crear» nuevos derechos fundamentales que, en sede constitucional, se derivan de la propia y común dignidad humana, sino de «reforzar» el grado de protección de determinados derechos y libertades que, siendo sólo principios informadores a nivel estatal, podrían pasar a adquirir un valor inspirador y directriz del ordenamiento regional correspondiente (55). Lógicamente, y como ha reafirmado ahora la STC 31/2010, se trataría de derechos sólo vinculantes para el legislador autonómico (F. J. 16).

El juicio de constitucionalidad, por tanto, no debería anclarse en la dimensión formal, nominativa o meramente competencial de los derechos estatutarios (lo que parece haber sido hecho, sin embargo, por el TC en la ya comentada sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, que excluye la posibilidad de creación directa de derechos públicos subjetivos bajo la cobertura exclusiva de las competencias autonómicas (56)). La creación de nuevos «espacios subjetivos» de acción o prestación, de auténticos derechos públicos subjetivos, debe tamizarse más bien desde el parámetro de la suficiencia de mecanismos de protección y garantía para lograr su efectividad. O, más sencillamente, desde el análisis de la propia estructura de cada una de las normas estatutarias continentales de derechos. Salvando el contenido esencial de los derechos —cuyo mínimo común normativo corresponde al Estado— y el límite último de interdicción de trato discriminatorio previsto en el art. 139.1 CE (57), las Comunidades Autónomas pueden regular libremente, también en sede estatutaria, aspectos o desarrollos concretos en virtud de los títulos competenciales

81 de la Constitución esta materia queda reservada al legislador orgánico, por lo tanto estatal. Por ello, el contenido esencial de estos derechos y libertades no es necesario repetirlo ni posible modificarlo en los Estatutos de Autonomía. Esto no impide que se puedan regular por las Comunidades Autónomas aspectos no básicos siempre que éstas sean competentes en el ámbito en que se proyecta el derecho en cuestión», AGUDO ZAMORA, M. J., La inclusión de un catálogo de derechos y deberes en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en RUIZ-RICO RUIZ, G. J. (coord.), La reforma de los Estatutos de Autonomía: actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 354.

(55) Un ejemplo de previsión racional y congruente en este sentido lo podemos encontrar en el art. 6.3 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que dice: «Los derechos y principios del Título I de este Estatuto no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de sus disposiciones puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

(56) Crítico con esta solución se manifiesta, por ejemplo, CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos estatutarios ...», *op. cit.* p. 287, para quien se confunde aquí la existencia del derecho como tal con su justiciabilidad, y ésta con la concreción de su régimen jurídico por el legislador.

(57) Como es sabido, el TC ha señalado que la previsión del art. 139.1 CE no implica una uniformidad en todo el territorio español, sino que la igualdad en materia de derechos y obligaciones hay que proyectarla al seno de cada ordenamiento autonómico.

atribuidos (58). Pero la «eficacia jurídica» de los mismos —si atendemos a la discutible línea jurisprudencial inaugurada con la sentencia sobre el Estatuto valenciano— quedará supeditada a la inclusión expresa de un completo «sistema de garantías». Una desvinculación expresa entre eficacia y validez que supone, en el fondo, rebajar la naturaleza formal de determinadas previsiones «normativas» contenidas en un Estatuto de Autonomía (59), con las dudosas consecuencias que podría acarrear tal operación en torno a los límites y posibilidades del ulterior desarrollo legislativo, a la efectiva vinculación material de sus contenidos —sobre los ciudadanos y los poderes públicos—, o al grado de rigidez en las relaciones ordinamentales. A pesar de reconocer el carácter «abierto y flexible» de nuestro modelo territorial, ha señalado en este sentido el TC que «frente a la condición maximalista» de los Estatutos de Autonomía —respecto del contenido posible de los mismos— hay que oponer que la especial rigidez de este tipo de norma «supone una petrificación de su contenido que puede llegar a no compaginarse con un efectivo derecho a la participación política en el ejercicio de los poderes estatuidos» (F. J. 6º STC 31/2010).

Y sobre estos patrones de relativa permisividad en cuanto a la inclusión de contenidos prescriptivos en los Estatutos, pero de matización paralela de su naturaleza jurídica, se ha vuelto a manifestar en la sentencia que comentamos el TC. Estima el Alto Tribunal que, a pesar de su denominación, los «derechos estatutarios», es decir, los dirigidos a los poderes autonómicos, no son realmente derechos subjetivos, sino mandatos a los poderes públicos, operando técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas (F. J. 16º STC 31/2010). Pero realmente, no se excluye la posibilidad de creación de auténticos derechos subjetivos estatutarios («derechos subjetivos *stricto sensu*»), con un contenido preciso y dirigidos, para su satisfacción, dentro del marco competencial, a los poderes públicos regionales. El «principio de diferenciación» derivado de los posibles catálogos estatutarios de derechos y libertades se declara igualmente conforme con el orden constitucional superior.

(58) Otra cosa es, como bien se ha dicho, que muchos de los derechos reconocidos ahora en los Estatutos de Autonomía, por su carácter reiterativo e indefinido respecto del marco constitucional, no lleguen a tener un pleno sentido jurídico e incluso concreta eficacia más allá de los estrictos términos constitucionales, o de la propia y necesaria participación estatal para su realización, jurídica y material, SANZ PÉREZ, Á. L., *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 66.

(59) Como dice el Magistrado D. Javier Delgado Barrio en su Voto Particular a la STC 31/2010, se trataría de una «extraña figura de la inconstitucionalidad, sin nulidad, pero con ineficacia».

Si trasladamos estos planteamientos a la previsión contenida en alguno de los nuevos Estatutos de Autonomía sobre el «derecho al agua», claramente podrá afirmarse su posible carácter como norma directriz o de acción para los poderes públicos regionales (fundamentalmente «mandatos al legislador») (60), pero difícilmente cabrá defender su consideración como derecho humano fundamental, al no existir ni procedimientos de ejercicio, ni garantías, sustantivas o procesales, suficientes en manos de los mismos para su satisfacción (61). El derecho al agua, en su actual configuración internacional, podrá ser considerado como un derecho humano, pero no tiene la consideración de derecho público subjetivo estatutario, ni desde la perspectiva de su garantía institucional

(60) Lo que parece evidente es que en ningún caso un Estatuto podrá acoger válidamente derechos subjetivos frente a un sujeto responsable distinto a la propia Comunidad Autónoma, tal y como señala, por ejemplo, ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 145. En el caso, por ejemplo, del nuevo Estatuto aragonés (art. 19.1), no hay una expresa predeterminación de los poderes públicos «obligados» a la satisfacción del «derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes», por lo que habrá que entender como constitucional el precepto en tanto respetuoso del —y vinculado al— esquema constitucional de reparto de competencias en materia de aguas. Otra cosa es que, desde un punto de vista estrictamente material, quepa configurar tal derecho como auténtico derecho subjetivo público, es decir, postulante de una acción pública concreta para su satisfacción. Porque no hay —al menos mientras no exista desarrollo legal y reglamentario en esta materia— una tipificación suficiente e inequívoca del objeto del derecho (agua en cantidad y calidad suficientes), ni un marco temporal explícito de prestación (atención a las necesidades presentes y futuras), ni una positivización unívoca del elemento finalista del derecho (garantía del consumo humano y el desarrollo socio-económico que permita la *vertebración* y el *reequilibrio territorial de Aragón*). Más congruente parece, en este punto, la configuración por el nuevo estatuto castellano-leonés de la garantía del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes como «principio rector de la acción pública de la Comunidad» (art. 75.5).

(61) La diferenciación entre ambos planos de proclamación formal —y posible carácter programático— y exigibilidad material no tiene porqué coincidir con la artificial separación entre ineficacia e invalidez sostenida por el TC en la ya famosa sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, sobre la reforma del Estatuto valenciano. A mi juicio, resulta muy arriesgada esta operación de «economía ordinal» efectuada por el Alto Tribunal. Como acertadamente se ha dicho, admitir formalmente la validez de una norma, en este caso declarativa de derechos, mediante el simple argumento de la aclaración de su verdadero significado, supone disociar, dentro del juicio de constitucionalidad, las dimensiones de eficacia y validez. Mantener como válida una declaración como la contenida en el art. 17 del Estatuto, y rebajar la declaración de inconstitucionalidad al plano estricto de la eficacia de su contenido implica dejar vigentes previsiones autonómicas ineficaces desde la perspectiva del ordenamiento constitucional, y susceptibles por tanto, pese a la posible inconstitucionalidad sustancial —que no se ventila— de ulterior desarrollo legislativo autonómico. Sobre esta sentencia puede verse, entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, quien se pronuncia claramente en contra del razonamiento central del TC en los siguientes términos: «Nada justifica, pues, que, salvo supuestos que se han dado en llamar de «asimetría» competencial ...que se pueda dar entrada a esa desvinculación entre validez y eficacia de la norma incurso en inconstitucionalidad por extralimitación competencial» (p. 54).

ni desde los propios presupuestos dogmáticos de articulación del uso y aprovechamiento de los bienes demaniales (62). No cabe desdeñar, sin embargo, a la vista sobre todo de los nuevos planteamientos comunitarios, la posible dimensión orgánica o estructural de este derecho, en tanto consolidación de las obligaciones públicas (63), no de prestación o garantía de unos caudales mínimos o de redistribución de las posibles aguas sobrantes, sino de organización y protección integrada y sostenible del agua (64). Desde este punto de vista existiría un derecho subjetivo de los ciudadanos a la gestión sostenible del agua, más que al aprovechamiento material sobre la misma, desde las premisas fundamentales de sostenibilidad, equidad, solidaridad y racionalidad económica (65).

(62) Conviene recordar que el reformado art. 17.1 del Estatuto valenciano dispone lo siguiente: «Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias, atendiendo a los criterios de sostenibilidad, de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal. 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 de acuerdo con la Ley». Una interpretación literal y sistemática podría salvar el primer apartado, en tanto garantía de salvaguarda —no de prestación directa— de un derecho subjetivo al abastecimiento suficiente de agua de calidad. De hecho se trata de una obligación de los poderes públicos respectivos con entronque directo con las previsiones legales en materia de régimen local sobre los servicios mínimos indispensables de abastecimiento a poblaciones de agua potable. Pero en ningún caso puede tener a mi juicio operatividad un derecho —de la ciudadanía valenciana— a la redistribución de aguas sobrantes de cuencas excedentarias, y paradójicamente por motivos de sostenibilidad ambiental, unidad de cuenca y sometimiento a reserva de ley de las posibles transferencias de recursos. No se trata solo de la vaguedad e indefinición de los conceptos, incompatibles con una atribución normativa de derechos, sino de la propia falta de garantías y mecanismos de exigibilidad de un derecho a las aguas sobrantes pertenecientes, se sobreentiende, a cuencas intercomunitarias. La prevalencia de la Constitución y de la legislación estatal impiden, precisamente, el surgimiento de un derecho al agua al margen de las previsiones y condicionamientos competenciales.

(63) Sobre el tema puede verse el estudio de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El derecho subjetivo al agua. Posibilidades del régimen concesional y de autorizaciones*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Agua y urbanismo*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2005.

(64) En este sentido es interesante, salvo alguna objeción evidente, el desarrollo normativo contenido en la inicial Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, cuyo art. 98 recogía acertadamente tres de las posibles manifestaciones o concreciones del derecho al agua: derecho y deber al disfrute y aprovechamiento del agua y a la utilización responsable y sostenible del recurso; derecho a la implantación de servicios adecuados de abastecimiento de agua potable y de saneamiento y depuración de las aguas residuales; y derecho —dudosamente «preferente», como disponía el precepto— al uso de los recursos hídricos de su territorio para consumo humano, desarrollo económico e industrial, agrícola y ganadero, así como para el sostenimiento medioambiental, y, más indeterminado aún, «para cualquier otro objetivo que forme parte del ámbito de sus intereses».

(65) GARCÍA MORALES, A. F. y CABO DE LA VEGA, A. de, «Principio de solidaridad y gestión del agua en España: hacia el derecho humano al agua», en VV. AA., *El Estado Autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, Colex-INAP, Madrid, 2005.

III. BASES COMUNITARIAS DE LA GESTIÓN SOSTENIBLE DEL AGUA FRENTE A LOS NUEVOS PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN ESTADU-TARIA

A poco que se medite sobre las reseñadas transformaciones «autonómicas» de nuestro Derecho de aguas, parece realmente difícil compaginar el espíritu y la motivación de tales formulaciones con los principios básicos establecidos por la Directiva marco sobre la gestión sostenible e integrada de las aguas continentales.

Efectivamente, la Directiva marco impone la asunción de un nuevo marco regulador de las aguas fundamentado en los principios de la prevalencia de su dimensión ambiental, planificación, ordenación y gestión sostenible e integrada y valorización efectiva del uso del recurso. Se trata, en el fondo, de la propia reconsideración de la política hidráulica, pasando de un modelo clásico basado en la oferta, en la ejecución de obra pública y en la disponibilidad de recursos hacia nuevas políticas integradas de control de las demandas y de garantía de la eficiencia del recurso (66). El Derecho comunitario se orienta claramente hacia nuevos esquemas conceptuales y operativos sobre una política y una cultura sostenibles del agua (67). Porque los recursos hídricos, globalmente considerados, son un bien común —en nuestro país, y desde una perspectiva estrictamente jurídica, un bien público de titularidad común y de gestión pública exorbitante—, un activo ecosocial, cuya preservación ambiental (garantía de calidad, reservas ecológicas, control integrado de la contaminación, etc.) impone restricciones evidentes a su aprovechamiento económico. La consecución de los objetivos medioambientales, que modifica incluso la propia organización (Demarcaciones Hidrográficas) (68) y planifica-

(66) Como señala AGUDO GONZÁLEZ, J., *La Directiva marco. La nueva cultura del agua y el imperativo de evolución de la política hidráulica española hacia un modelo de gestión sostenible*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Thomson-Civitas/Ente Público del Agua de la Región de Murcia, Madrid, 2007, p. 138, «no se trata tanto de escasez de agua real, como de insostenibilidad de determinadas pautas que se han institucionalizado al albur de casi dos siglos de política expansionista, derrochadora y “subvencionada”».

(67) Puede verse con carácter general, dentro del ya motorizado subsistema jurídico de ordenación de las aguas, el artículo de EMBID IRUJO, A., «Evolución del Derecho y de la política del agua en España», *Revista de Administración Pública*, 156, (2001), pp. 59-99.

(68) Como bien se ha resumido, ahora los Organismos de Cuenca, que proyectaban su competencia sobre la cuenca hidrográfica que, a su vez, determinaba el ámbito territorial de la planificación hidrológica, deberán adaptarse a la realidad de las demarcaciones hidrográficas: «La Directiva marco de aguas no ha hecho sino obligar a incorporar las demarcaciones hidrográficas y adecuar a ellas el ámbito de los planes hidrológicos y de los objetivos de calidad ambiental, rompiendo la tradicional identificación entre cuencas naturales, Organismos de cuenca, reparto competencial y planes hidrológicos», CASADO CASADO, L., *Principales repercusiones de la Directiva marco de aguas en el ordenamiento jurídico español*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 171.

ción del uso del agua (programas de medidas y programas de seguimiento), implica la subordinación del resto de variables y componentes de las políticas hidráulicas.

Además, la Directiva incorpora ya claramente una visión global e integrada de las aguas, superadora del anterior tratamiento parcial y sectorial, centrado más en los usos y aprovechamientos que en la naturaleza común del recurso. Como se ha dicho, la gestión sostenible del agua pasa precisamente por la implementación de este enfoque sistémico y holístico, desde la ordenación integral de los ecosistemas hídricos, permitiendo «*un mayor grado de racionalización y de coordinación de las diversas medidas que se adopten para mejorar la calidad del agua*» (69). La efectividad de la protección ambiental del recurso y la consecución de los objetivos medioambientales establecidos en la propia Directiva imponen la gestión integrada de las aguas, rompiendo la barrera jurídica interna diferenciadora de las aguas continentales y las aguas marítimas, aunque sin afectar, como señala el art. 1.2 TRLA a la calificación jurídica y a la legislación específica respectivas —ni tampoco al sistema interno de reparto de competencias sobre ambos tipos de bienes demaniales—.

Frente a estas pretensiones armonizadoras engastadas en la nueva Directiva marco, la situación actual de nuestro sistema jurídico-organizativo en materia de aguas viene marcada por una expresa conflictividad territorial, por una continuada indefinición de las cláusulas competenciales autonómicas y su inherente interpretación jurisprudencial y por una falta de integración de los títulos habilitantes implicados, entre ellos la protección ambiental del recurso, todo lo cual impide aseverar la predisposición interna para la recepción de los nuevos postulados ambientales comunitarios. La finalidad comunitaria de consecución de los objetivos medioambientales comunes impone, al contrario, una acción integrada y coherente en materia de gestión de usos y aprovechamientos y una vertebración —aparentemente material y competencial— entre las propias políticas hidráulicas y el resto de políticas, sectoriales o transversales, con incidencia sobre el uso y la disponibilidad del recurso (medio ambiente, urbanismo, agricultura, industria, etc.). Integración material de difícil compaginación con la distribución competencial formal en España y más en momentos

(69) CASADO CASADO, L., *Principales repercusiones de la Directiva marco de aguas en el ordenamiento jurídico español*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 163. Como bien esquematiza la autora a continuación, el principio de gestión integrada de las aguas se manifiesta no sólo en la extensión de su ámbito de aplicación a las aguas costeras y de transición, sino también por la incorporación de otros muchos elementos, tales como la integración de la gestión de aguas superficiales y subterráneas, de los aspectos cuantitativos y cualitativos, la combinación de valores límite de emisión y objetivos de calidad ambiental para afrontar la contaminación, y la existencia de una propia planificación integrada de la gestión de los recursos, así como por la integración de la protección del agua con otras políticas comunitarias.

de acentuación de las competencias exclusivas y de las funciones normativas en manos de las Comunidades Autónomas (70).

Las exigencias anteriores deben implantarse, además, en un marco reforzado de información y participación públicas. La Directiva impone la articulación interna de cauces de participación activa, en tanto garantía última de legitimidad del proceso de definición y gestión de la política del agua. Frente a las disputas políticas y territoriales, a los mecanismos institucionales, formalizados e inflexibles de información pública de los proyectos de actos o normas y la falta de transparencia en sede de cooperación interadministrativa y de procesos decisionales últimos, se impone una auténtica intensificación de la consulta y participación pública tanto desde el punto de vista orgánico (órganos consultivos) como procedimental [fundamentalmente en el proceso de elaboración, revisión y actualización de los planes hidrológicos (71)].

La realidad normativa tampoco es esperanzadora. Paralizado *de facto* el proyecto de reforma y refundición de la normativa básica estatal sobre aguas, sigue vigente el TRLA, con su parcheada, apresurada y asistemática reforma llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 diciembre (72), parámetro de racionalidad insuficiente para dotar de coherencia a las actuales reformas estatutarias —y los posteriores desarrollos legislativos regionales— y al proceso, también en marcha, de modificación de los Planes Hidrológicos de Cuenca (73).

(70) Como se ha vuelto a poner de manifiesto, por ejemplo, con la STJUE de 7 de mayo de 2009, corrigiendo el proceso previo y obligando a España a delimitar de forma adecuada las distintas Demarcaciones Hidrográficas y a designar posteriormente a las autoridades competentes. La asunción parcial de este pronunciamiento se ha llevado a cabo mediante el reciente RD 29/2011, de 14 de enero, por el que se modifican el RD 125/2007, de 2 de febrero y el RD 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos.

(71) Para una acertada revisión de la situación actual en materia de planificación hidrológica, puede verse el estudio de FANLO LORAS, A., «Planificación hidrológica en España: Estado actual de un modelo a fortalecer», *Revista de Administración Pública*, 169, (2006), pp. 265-299.

(72) Una revisión crítica del procedimiento de implantación puede verse, entre otros muchos estudios, en MELLADO RUIZ, L., *Gestión sostenible del agua y evaluación de impacto ambiental de obras hidráulicas*, Comares, Granada, 2004 y CARO-PATÓN CARMONA, I., «La Directiva marco de aguas y su trasposición al Derecho español: análisis jurídico general», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 9, (2006), especialmente p. 44 y ss.

(73) En el marco general del proceso (Estrategia de planificación 2007-2009), se está procediendo a la adaptación de los Planes de Cuenca a los requerimientos establecidos por la Directiva marco, sobre cuatro grandes ejes de actuación: elaboración del nuevo plan hidrológico, complemento con el programa de medidas de la Demarcación, realización de la evaluación ambiental estratégica y procedimientos de consulta y participación públicas. A comienzos del año 2011, y por tanto ya con un considerable retraso, había concluido en casi todas las Demarcaciones Hidrográficas la fase de consultas públicas (consultas previas de documentos iniciales de trabajo y consultas del Esquema Provisional de Temas Importantes), procediéndose a la elaboración final del Borrador de Plan Hidrológico respectivo y del Programa de Medidas, e igualmente en muchas se había procedido ya a

Igualmente, y como es sabido, se ha aprobado ya el nuevo Reglamento de la Planificación Hidrológica, a través del RD 907/2007, de 6 de julio, que sustituye, entre otras y fundamentalmente, a las disposiciones establecidas en el Título II del anterior Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (74), así como los Reales Decretos 125/2007 y 126/2007, de 2 de febrero, por los que se fijan los ámbitos territoriales de las demarcaciones hidrográficas —con cuencas intercomunitarias— y la composición, funcionamiento y atribuciones de los Comités de Autoridades Competentes de las Demarcaciones Hidrográficas con cuencas intercomunitarias —competencia del Estado—.

IV. PERSPECTIVAS DE ORDENACIÓN: PRINCIPIO DISPOSITIVO, SOLIDARIDAD Y GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA

De todo lo expuesto anteriormente puede llegarse a la conclusión de la delicada labor interna a la que se enfrenta España para la cohesión del proceso actual de reformas estatutarias y de fragmentación de la gestión del agua con los requerimientos fundamentalmente ambientales impuestos por las instituciones comunitarias. A la propia complejidad del reparto —no cerrado aún— de competencias, de la ambigüedad e indefinición de las cláusulas constitucionales y estatutarias y del propio anclaje del modelo organizativo (artificial) de gestión del agua con el modelo (institucional) de reparto del poder territorial, se unen ahora los procesos desaforados de fortalecimiento de las competencias hidráulicas de las Comunidades Autónomas (a través del desglose competencial, o de la pretendida creación de nuevos derechos, o de la modulación de las categorías generales de articulación ordinamental), desde una óptica autónoma, y la densificación conflictual política y del necesario esquema de relaciones interadministrativas, desde una óptica plural.

Además, se trata de una tensión recrudescida en un momento vital, en el que los plazos establecidos en la Directiva marco para la progresiva asunción

la tramitación de la necesaria evaluación ambiental estratégica del Plan. A título de ejemplo, por Resolución de 13 de diciembre de 2010 se ha sometido a consulta pública (por un período de seis meses) la Propuesta de Proyecto de Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir y el Informe de Sostenibilidad Ambiental. Para más detalles, puede consultarse NAVARRO CABALLERO, T. M. y FERNÁNDEZ CANO, M^o. A., «Informe sobre el estado de la planificación hidrológica en España», *Diario La Ley*, núm. 7366, de 22 de marzo de 2010.

(74) Entre los aspectos más destacados del nuevo Reglamento pueden citarse el desarrollo de las previsiones comunitarias sobre caracterización de las demarcaciones hidrográficas, el estado de las masas de agua, la definición de los objetivos medioambientales, las exenciones a las obligaciones y los programas de medidas, etc.

de sus previsiones empiezan a cumplirse, o han vencido ya (75). Las tensiones territoriales se entrecruzan ahora con el nuevo mapa hidrológico español, una vez delimitadas positivamente las Demarcaciones Hidrográficas integrantes de cuencas intercomunitarias. Y los enfrentamientos por el «poder» (político) sobre el agua oscurecen los imprescindibles —y también en marcha— mecanismos de participación pública dentro de los procedimientos de modificación de la planificación hidrológica- (76).

Un posible planteamiento de resolución teórico de estos conflictos debería pasar por la compaginación entre el principio dispositivo (autonómico), presente en la labor de reforma estatutaria, y los requerimientos superiores de garantía (partiendo del ineludible marco competencial) de la solidaridad interterritorial (como función primaria de los poderes públicos estatales) (77). Sólo una simbiosis de ambos elementos posibilitaría la auténtica implantación en España de los principios, elementos y líneas directrices del modelo de gestión integral y sostenible del agua (78). Y dado que en este modelo prevalece la visión ambiental

(75) Así por ejemplo, la Directiva marca la fecha del 22 de diciembre de 2008 como término para que los Estados miembros lleven a cabo la consulta pública de los borradores de los Planes Hidrológicos de Cuenca (art. 14), que en todo caso deberán estar aprobados para el año 2009, plazo, como se sabe, ampliamente superado hasta el momento.

(76) A través de la Resolución 48123/2008, de la Dirección General del Agua se procedió a la apertura efectiva del período de consulta pública del «Esquema Provisional de Temas Importantes» de cada una de las Demarcaciones Hidrográficas, con un plazo de 6 meses para la presentación de las alegaciones pertinentes. Este Documento técnico ha sido la etapa intermedia entre la delimitación de la Demarcación y el proyecto de Plan Hidrológico, debiendo proporcionar una visión general sobre las implicaciones probables de la Directiva marco sobre cada área hidrogeográfica.

(77) Sólo desde esta perspectiva podrá contrarrestarse el denunciado cambio de paradigma en el sistema constitucional de distribución del poder territorial contenido en la reseñada STC 247/2007, de 12 de diciembre. Porque el principio dispositivo y la, por lo demás evidente, desconstitucionalización de nuestro modelo competencial no pueden implicar una predeterminación refleja de los conceptos y técnicas constitucionales mediante la singularización competencial contenida en los nuevos Estatutos de Autonomía. Como se ha dicho, de la jurisprudencia constitucional parece extraerse la conclusión, o mejor la ratificación de un proceso ya vislumbrado, de que *«los Estatutos de Autonomía pasan a ser, nada más ni nada menos, que las normas determinantes del contenido y alcance de la totalidad de competencias del Estado, incluidas las que la Constitución le atribuye y reserva directa y expresamente, ya que ese contenido posible no tiene otro límite que el de no hacerlas irreconocibles»* (FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina ...*, op. cit., p. 72). Puede que estén confundiendo las construcciones de una visible «desconstitucionalización», como proceso abierto de integración y concreción plural del orden material constitucional, con la configuración formal, necesariamente abstracta, del propio sistema constitucional de cobertura. Pero en todo caso, y como se ha sostenido en el presente estudio, entiendo que la nueva STC 31/2010 ha venido a amortiguar o matizar estas críticas y consideraciones, no exentas de razón, hacia el proceso de «transformación» de nuestro sistema constitucional de reparto del poder político.

(78) Como ejemplo de fórmula integrada en este sentido, aunque de naturaleza meramente principal, puede verse el art. 10.7 del nuevo Estatuto andaluz, que recoge expresamente, dentro de los objetivos básicos de la Comunidad, la *«mejora de la calidad de vida de los andaluces y anda-*

del recurso, las perspectivas de ordenación jurídica de este grupo normativo habrán de orientarse claramente hacia el reforzamiento de los condicionantes y competencias de carácter medioambiental (79). Como se adelantaba al comienzo de este estudio, la obligatoria asunción del modelo de gestión sostenible de las aguas interiores puede contribuir a racionalizar el debate competencial en nuestro país desde la prevalencia de la dimensión ambiental de las aguas en casos de «*compatibilidad competencial*». Y no tanto por imperativos comunitarios (como se sabe, las Directivas han de respetar el principio de autonomía institucional y procesal interna, así como el respectivo sistema de reparto del poder público), sino por propias exigencias internas, normativas y jurisprudenciales, que poco a poco, empiezan a decantar el conflicto entre títulos competenciales concurrentes sobre el agua hacia posiciones y variables de corte netamente ambiental. Cabe recordar, así, y aún desde el reconocimiento de la imposibilidad de suplantación de competencias y de la garantía última de su reconocibilidad, la prevalencia de las competencias autonómicas sobre pesca fluvial frente a la competencia estatal sobre concesión de aprovechamientos hidroeléctricos supraautonómicos (STC 243/1993, de 15 de julio), o la obligación de coordinación entre las competencias estatales para la fijación de caudales ecológicos en cuencas intercomunitarias y las competencias autonómicas en materia de pesca fluvial y protección del ambiente natural (STC 123/2003, de 19 de junio), o, en fin, la importante compatibilidad entre las medidas autonómicas complementarias para la protección de los ecosistemas fluviales (traducidas tanto en funciones normativas como ejecutivas y de control previo de actividades) y las competencias estatales sobre policía demanial atribuidas a los Organismos de Cuenca —entendidas como producto de las atribuciones sobre legislación básica medioambiental— (STC 166/2000, de 15 de junio) (80).

luzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución, junto con el desarrollo de los equipamientos sociales, educativos, culturales y sanitarios, así como la dotación de infraestructuras modernas».

(79) En este sentido, al hilo del proceso de modificación de los planes hidrológicos en el seno de las nuevas Demarcaciones Hidrográficas, se han llevado también a cabo, por exigencias comunitarias, las acciones de evaluación ambiental estratégica de los instrumentos de planificación, como mecanismo de ponderación anticipada e integral de las posibles consecuencias ambientales de los mismos, así como de las posibles afecciones sobre otras planificaciones sectoriales.

(80) Este es el mecanismo, por lo demás, de articulación de las competencias estatales y autonómicas en materia de recursos piscícolas. Como se sabe, las Comunidades Autónomas pueden determinar los caudales ecológicos destinados a salvaguardar los recursos piscícolas objeto de pesca sin invadir las competencias estatales sobre el dominio público hidráulico en tanto complemento de las medidas básicas estatales, y fruto además del juego cruzado de títulos competenciales propios como es la competencia exclusiva sobre pesca fluvial (STC 15/1998, de 22 de enero). Para un mayor desarrollo de estos planteamientos, puede verse con provecho el estudio de CARBALLEIRA RIVERA, M^o. T., *El reparto competencial en materia de aguas*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 295 y ss.

La regulación y gestión sostenibles del agua pasan, pues, por la instauración de mecanismos eficaces —moduladores de la idea de exclusividad (81)— de cooperación y coordinación interadministrativa. No hay que olvidar que el propio TRLA, en su art. 128, se refiere expresamente al deber de articulación de mecanismos de colaboración cuando del ejercicio de competencias concurrentes sobre el mismo medio físico se trata (82). Debe insistirse, pues, en la viabilidad —y en la propia visibilidad— de las técnicas de cooperación funcional y orgánica, de los mecanismos de participación anticipada autonómica —vía informes previos preceptivos— en los procesos decisionales estatales, de la articulación de procedimientos complejos de ordenación de las actividades privadas, de los deberes de intercambio de información entre Administraciones Públicas antes de la adopción de decisiones en materia de ordenación hídrica (como sucede, por ejemplo, en los casos de declaración de zonas protegidas por las CC. AA. respecto de los tramos de cuenca o masas de agua situadas en su ámbito territorial, aunque formen parte de una cuenca intercomunitaria), etc.

La defensa ambiental del agua exige, en definitiva, una acción integrada. La compatibilidad de este fin material con el esquema formal de reparto de competencias en nuestro Estado pasa, como hemos señalado, por la sustitución de las pretensiones de exclusividad por mecanismos de colaboración, normativa y ejecutiva, superando la paradójica atribución de competencias ejecutivas de protección ambiental en las cuencas intercomunitarias atribuida por el TC a los Organismos de cuenca estatales (STC 227/1988).

Es posible que esta «ambientalización» del Derecho de aguas conduzca a cerrar definitivamente el período de transición e inestabilidad denunciado hace años ya por la doctrina. La coherencia y tradición de nuestro sistema jurídico, inspirador de hecho de muchas de las figuras armonizadas ahora a nivel comunitario, pero desagregado en la actualidad por una nueva oleada de fiebre competencial y rencillas territoriales (lo que se ha llamado «*perversión funcional de los Estatutos de Autonomía*»), exige superar determinadas fórmulas obsoletas mediante la integración de los presupuestos ambientales consagrados

(81) «Quizás es momento de olvidar la obsesión por la titularidad competencial (aunque luego no se ejerza), y de abordar definitivamente uno de los principales déficits que ha manifestado nuestro complejo Estado autonómico: la instrumentalización efectiva y eficaz de mecanismos de participación, colaboración, coordinación e integración entre los niveles estatal y autonómico y entre las propias autonomías», GARRIDO CUENCA, N., *La reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (coord.), *La reforma del Estado Autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 188.

(82) Así lo recuerda por ejemplo, CARBALLEIRA RIVERA, M^o. T., *El reparto competencial en materia de aguas*, op. cit., p. 296.

por la Directiva marco (83). Y desde este enfoque podrá contribuirse, por lo demás, a la consagración dentro de nuestro Derecho de aguas de los principios básicos de eficacia institucional, revalorización de la gestión (reconduciendo por ejemplo a los Organismos de Cuenca hacia funciones concretas de regulación o gestión de la calidad de las aguas) y potenciación de la participación efectiva de los usuarios y ciudadanos en la gestión de las aguas.

(83) Por ello, ya en el año 2001 señalaba el profesor EMBID IRUJO como ideas-fuerza del nuevo paradigma de ordenación de las aguas las siguientes: valor primordial del medio ambiente, de la conservación de los recursos, de la gestión de la demanda, de la utilización de medios económicos para la gestión de un recurso escaso, de la formación en nuevas tecnologías, de la necesidad de incrementar el gasto en investigación y desarrollo, en el ámbito del agua, etc., «Evolución del Derecho ...», *op. cit.*, p. 90.

