

Notas comparativas sobre el régimen jurídico de la gestión de las aguas en Brasil y España (1)

VIVIANE PASSOS GOMES (*)

1. INTRODUCCIÓN

Estas líneas tienen el objetivo principal de resumir algunos aspectos jurídicos de la gestión de las aguas en los dos países, partiendo de la premisa de que la crisis hídrica se deriva, sobre todo, de una crisis de gestión y cuya solución pasa, a mi entender, porque esta sea integrada y participativa.

Aunque es sabido que Brasil y España son países muy diferentes, por lo cual poseen instituciones jurídicas también en muchos aspectos distinta, este estudio parte de la premisa que los derechos de aguas de países con realidades distintas son susceptibles de un cierto direccionamiento normativo que garantice un mínimo ambiental en sus resultados, basada en aportaciones de conocimientos e intercambios de experiencias.

Este proceso homogeneizador del derecho ambiental es bastante común entre diversos países y uno de los mejores ejemplos que tenemos en la

(*) Doctora en Derecho y Becaria de Investigación. Universidad Castilla-La Mancha.

(1) Este artículo anticipa de modo resumido algunas de las reflexiones incluidas en la obra incluida en el Programa Editorial de 2016 del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y que, con el título "La Gestión Integrada y Participativa de las Aguas en Brasil y España: un análisis de derecho comparado", constituyó mi tesis doctoral; revisada y editada en el marco del proyecto de investigación "Derecho, economía y gestión del agua" (referencia GI20143038) de la Universidad Castilla-La Mancha - España y del proyecto "El reto del uso eficiente de los recursos naturales frente al cambio climático, con especial referencia al agua y las energías renovables" (DER2013-44588-R) del MEC - España.

- Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros, n.º 245, 2016 (99-108).

Recibido diciembre 2015. Revisión final aceptada julio 2016.

actualidad es el caso de los 27 países pertenecientes a la Unión Europea, cuyos derechos internos están fuertemente influenciados por las normas de la Unión, elaboradas fundamentalmente desde las competencias sobre política ambiental, lo que, en términos de protección de las aguas, está notablemente acentuado desde la entrada en vigor de la Directiva Marco de Aguas en 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, que entró en vigor el 22 de diciembre del 2000.

Pese a ser las realidades geográficas, históricas y políticas tan distintas, conviene tener presente que el derecho de aguas español posee una larga trayectoria de regulación, organización, gestión, etc. con la consiguiente acumulación de base dogmática y doctrinal; por lo que, sin caer en la mitificación ni en la traslación acrítica de las soluciones implementadas, considero que puede ser una valiosa referencia para la superación de los desafíos de gestión de las aguas que afrontan las políticas brasileñas.

2. EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS HIDRÁULICAS

En Brasil, aunque haya una enorme disponibilidad de agua, existe también una gran disparidad en la ubicación de estos recursos hídricos, lo que caracteriza la gran diversidad de problemas de gestión en las diferentes regiones del país. El preocupante escenario que vive Brasil está enmarcado además por problemas de gestión tales como: la explotación de las aguas subterráneas sin control; la falta de informaciones hidrológicas estratégicas necesarias para la planificación y gestión de los recursos hídricos; la lenta regulación normativa y la falta de planificación; la falta de inversión en obras hidráulicas que no estuvieron acordes al ritmo de crecimiento de la población del país, en los grandes centros urbanos, principalmente en sur y sureste del Brasil, lo que se se refleja en los bajos índices de recogida y tratamiento de aguas residuales, y la consecuente contaminación descontrolada de sus aguas. Este contexto es consecuencia de años de falta de inversiones del poder público y de un marco regulatorio que presionase estas inversiones. España, al igual que Brasil, también sufre con las diversidades climáticas (sequías e inundaciones) en su territorio, lo que genera una notable desigualdad de los volúmenes de aguas

disponibles en las diferentes zonas. Se trata de un país especialmente afectado por el fenómeno de la sequía, pero que sufre graves inundaciones en determinados periodos del año; lo que justificó su tradicional política hidráulica de obras de regulación a lo largo del siglo XX.

En un trazado histórico-cronológico se destaca brevemente algunas regulaciones dictadas en materia de aguas durante el último siglo. Asegurar la disponibilidad de agua desde del inicio del siglo tuvo gran importancia en España, tanto que se realizó un extraordinario esfuerzo inversor por diferentes gobiernos y regímenes en la política de obras hidráulicas. Por otro lado, en Brasil, la crisis de agua actual se debe a la falta de una gestión apropiada de sus recursos hídricos, que se ha caracterizado tradicionalmente por un enfoque esencialmente sectorial, donde cada sector usuario del agua (energía eléctrica, navegación, agricultura y abastecimiento/saneamiento) ha actuado de manera desarticulada. La gestión ecosistémica del uso de las aguas (gestión integrada) y la participación de la sociedad civil en el proceso decisorio de políticas públicas hídricas (gestión participativa), solo comenzó a avanzar en Brasil a partir del final de la década del 90, con la modernización de su política nacional de recursos hídricos.

3. ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO: TITULARIDAD Y COMPETENCIAS

En relación a los principios generales de la vigente legislación de aguas, tanto en Brasil como en España, se destaca la aproximación entre las directrices de estas leyes y los imperativos de la gestión integrada y participativa. Así se observa que la Ley de Aguas de Brasil de 1997, que estableció un nuevo marco legal para el agua dulce, es consecuencia de un largo recorrido de modificaciones hacia un modelo más ambientalista. La ley española de 1985 además trae como novedoso, el diseño de un completo sistema de planificación hidrológica y el modelo de gestión integrada del ciclo hidrológico que respeta a la vez los aspectos de calidad y cantidad en el marco del principio de la unidad de cuenca.

Haciendo un recorrido de los principales desarrollos normativos que se dieron posteriormente, merece la pena resaltar una serie de leyes que rodean a la regulación de aguas y muestran el avance de la legislación am-

biental brasileña. Al contrario de Brasil, la Ley de Aguas de España ha sido objeto de un importante desarrollo reglamentario. Existen numerosas normas que podrían ser citadas en materia de regulación de las aguas. La Ley de Aguas 1985 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, resuelto por una sentencia hasta hoy fundamental en el derecho de aguas español - la STC 227/1988.

En relación al régimen dominical, actualmente en Brasil el agua y todos los bienes ambientales tienen la naturaleza jurídica de bienes públicos, pero no siempre ha sido así. El Código de Aguas de 1934 (Decreto Ley 24.643/1934) mantuvo la propiedad privada de las aguas hasta que la tendencia internacional, acelerada en razón del mal uso del agua y la conciencia de la crisis ambiental, generó el cambio del dominio de las aguas de Brasil en la CF de 1988, que distribuyó el dominio de las aguas en dos niveles de gobierno: de la Unión y de los Estados Federados. A diferencia de Brasil, en España la norma constitucional en el Art. 132.2 apenas declara que son de dominio público el mar territorial, las playas, la zona marítimo-terrestre y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, dejando para la ley ordinaria (la LAg de 1985) la “demanialización” de las aguas continentales. Actualmente, en razón de la transposición de la DMA, una parte de las aguas marítimas también obedece al tratamiento unitario, de manera que las aguas costeras y las aguas de transición ahora aparecen parcialmente sometidas al mismo régimen jurídico que las aguas continentales. En relación a las aguas privadas, al contrario de Brasil, donde ya no hay derecho adquirido en relación a las aguas privadas, el legislador español de 1985 mantuvo ciertos derechos adquiridos, aunque incentivando la adopción del modelo de transición, teniendo como fin último, la demanialización de las aguas.

La distribución de competencias en materia de aguas está descentralizada en ambos países. En Brasil, la CF establece en su Art. 22 que la Unión legisle privativamente sobre aguas, mientras los Estados Federados tienen la competencia para aprobar las normas administrativas sobre las aguas de su dominio, incentivando así el federalismo cooperativo. En relación a la competencia administrativa, estas son competencias comunes, de manera que están distribuidas y compartidas constitucionalmente por su Art. 23 entre todos los entes federados. Al contrario que el sistema federativo

brasileño, la Constitución Española no posee una lista de competencias preestablecidas para las distintas administraciones. Las funciones legislativas y ejecutivas de las instituciones nacionales y regionales en materia de aguas están dispuestas en los arts. 148.1.10 y 149.1.22. de la CE, pero no se agota en ellos, sino que es preciso tener en cuenta el tratamiento que, al respecto, efectúan los distintos Estatutos de Autonomía.

4. PLANIFICACIÓN Y OTROS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN INTEGRAL

La gestión integrada del agua, en su sentido más amplio, implica una gestión de los ecosistemas, especialmente teniendo en cuenta la calidad y cantidad de agua, a partir de acciones que promuevan los múltiples usos de los recursos hídricos, lo que también incluye: a) la gestión del ciclo hidrológico; b) la integración de la gestión de los recursos hídricos con la gestión ambiental y otros problemas subyacentes y, c) la cuenca hidrográfica como unidad de gestión. En el Art.5º de la Ley de Aguas de Brasil (Lei nº 9.433/1997) se contemplan distintos instrumentos para articular la gestión de aguas. En primer lugar, los planes de cuenca, que podrán ser: Planes de Cuencas Interestatales, cuando se refieran a ríos que sobrepasan las fronteras de uno o más Estados Federados, siendo por lo tanto cuencas compartidas de dominio de la Unión; y Planes de Cuenca de ríos de dominio del Estado Federado. A diferencia de Brasil, que posee cuatro niveles de planificación, en España además del Plan Nacional, la planificación hidrológica debe hacerse en el ámbito de la unidad de cuenca definida por la Ley de Aguas y actualmente adaptada al concepto de demarcación hidrográfica, que es más extenso, conforme dispone la DMA. Es decir, en España los planes hidrológicos se hacen en el ámbito de las 25 unidades básicas de gestión y planificación existentes.

En Brasil la tutela de calidad de las aguas es efectuada a partir de la clasificación de sus masas de aguas, la cual es el segundo instrumento de gestión adoptado por su ley. Esta clasificación tiene como objetivo garantizar la calidad del agua de forma que sea compatible con los usos más exigentes para los que están destinados y reducir los costos para combatir la contaminación del agua, a través de acciones preventivas permanentes. En España también existen instrumentos que tutelan la calidad de los re-

cursos hídricos. Pero ocurre que, además de poseer algunas normas nacionales específicas, está sometida al cumplimiento de la DMA que busca la protección de las aguas superficiales y subterráneas tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa. Nótese que, así como en Brasil, los indicadores de calidad de España son instrumentos de gestión que tienen conexión directa con la autorización de vertidos, que es la pieza clave del sistema de preservación ambiental hídrica, al fijar los niveles máximos de concentración y cantidad de las sustancias, como límite de obligado cumplimiento.

El régimen de concesión de derechos de uso de los recursos hídricos es previsto en la Ley de Aguas de Brasil como su tercer instrumento, semejante a la figura de las concesiones y las autorizaciones de vertidos en España. La concesión es una pieza clave de gestión del agua, pues permite al titular del dominio decidir sobre el uso del recurso, en sus respectivos ámbitos de competencia definidos por la propiedad de estos cuerpos de agua, sean los Estados Federados o de la Unión. Además es el título jurídico que habilita a los particulares para hacer uso del recurso, sin que ello signifique la venta parcial del bien. La ley española regula el uso de las aguas a través de concesiones y autorizaciones desde dos perspectivas distintas. En España, al contrario de Brasil, no hay una figura jurídica única como la “otorga” para caracterizar el permiso de todas las formas de uso. Lo que hay son diferentes títulos habilitantes para los usos privativos y especiales del dominio público hidráulico que se traducen básicamente en formas generales y específicas de concesión o autorización.

Otro instrumento de gestión fundamental es el sistema económico financiero, que este actúa en dos frentes: el cobro por el uso del agua otorgada por las concesiones y el cobro por las prestaciones del servicio de aguas. La ley de Brasil se refiere básicamente al cobro por el uso del agua otorgado por las concesiones (el cual se llama cobranza), mientras en España el sistema de recuperación de costes abarca tanto el cobro por el uso del dominio público hidráulico, como el cobro por la prestación de los servicios del agua.

El quinto instrumento de gestión es el Sistema de Información de los Recursos Hídricos existentes en los dos países. En Brasil, es la Ley de Aguas de 1997 la que establece este Sistema, que tiene como objetivos la reco-

pilación y la difusión de datos consistentes sobre la situación cualitativa y cuantitativa de los recursos hídricos en el país, a través de la actualización de forma continuada con el fin de dar los subsidios adecuados y necesarios para el desarrollo de planes de gestión de las aguas. En España, el art. 105 b de la Constitución reconoce el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, mientras la Ley de Aguas de 1985 regula los mecanismos de registro de los derechos de agua y el acceso a la información hídrica.

Más allá de la regulación en sentido estricto, la gestión hídrica integrada de Brasil y España se enfrenta a importantes desafíos de implementación. En Brasil, la base del problema es la débil descentralización, que se traduce en falta de inversión, de articulación política y de integración entre los distintos instrumentos. Por su lado, el principal reto de la gestión hídrica para el Estado español es el cumplimiento de las metas de la DMA dentro de sus plazos, que se vieron ralentizados por las coyunturas políticas. También la falta de una mayoría política sólida para, en su defecto, imponer soluciones unilaterales. Especialmente con el advenimiento de la crisis económica, existe pues, la dificultad de armonizar estos dos objetivos: mantener el buen estado de las aguas para cumplir con la meta de calidad medioambiental y a la vez garantizar la continuidad de la política hidráulica de regulación, invirtiendo y manteniendo las infraestructuras actuales y futuras.

5. SOBRE LA GESTIÓN PARTICIPATIVA DE LAS AGUAS

La participación de los usuarios en la gestión de las aguas públicas es una de las señas de identidad del Derecho español de aguas. Las Comunidades de Regantes, merced a las cuales han venido organizándose los aprovechamientos colectivos de aguas, son un ejemplo de lo que hoy llamaríamos participación ejecutiva o autorregulación, en términos jurídicos, y autogestión, en términos políticos. Notable es también la participación orgánica, es decir, en los órganos de la Administración hidráulica, pues la presencia de los usuarios en las Confederaciones Hidrográficas se remonta a su propia fundación allá por los principios del siglo XX. Las Comunidades Autónomas, que pueden gestionar las cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio, tienen potes-

tad auto organizativa para crear su propia estructura de administración hidráulica. En ambos casos, la Ley garantiza la presencia de los usuarios y otros representantes de la sociedad en el seno de estos organismos, con al menos un tercio de sus miembros. En Brasil, para la aplicación de las directrices y objetivos del modelo integrado y participativo establecido por su Ley de Aguas, se creó el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos (SINGREH), lo cual es ejecutado por la Agencia Nacional de Aguas- ANA. Pero todavía existen muchos obstáculos que impiden la participación del público requerida por la ley, ya que va en marcha lenta la creación de los espacios necesarios donde debería ocurrir la toma de decisiones públicas relacionadas con el uso del agua. Falta apoyo del gobierno federal para habilitar al gobierno local para que asuma sus funciones. Sin la base estructural financiera y técnica, los Estados Federados no consiguen crear los Comités de Cuenca y Agencias de Aguas, que son las instituciones donde esencialmente se debe iniciar todo el proceso participativo de la gestión del agua.

6. CONCLUSIONES

Es evidente que las realidades físicas han condicionado la forma de gestionar el agua en ambos los países. En España el régimen jurídico de las aguas ha corrido parejo con el de las obras hidráulicas, y en Brasil la gestión estuvo más focalizada en una lógica desarrollista sectorial (desarrollo de la agricultura, industria y energía).

Aunque la moderna Ley de Aguas de Brasil completó 18 años de existencia, su implementación todavía no es satisfactoria, y tampoco los instrumentos de gestión previstos en la ley han alcanzado la madurez esperada, ya que los planes hidrológicos que serían la base del sistema de gestión todavía son muy escasos. Las deficiencias en el proceso participativo de la gestión de las aguas en Brasil, se suelen aparcar antes mismo de empezar, por la falta de previsión financiera para la creación y manutención de los órganos colegiados donde debe ocurrir este proceso.

Por otro lado, aunque se reconozca que España hoy presenta algunos problemas de gestión, muchos de los que todavía enfrenta Brasil ya están superados, pues es un país que tiene la tradición en la gestión de las aguas,

con estructuras administrativas sólidas y experimentadas y un recorrido histórico de inversiones que le garantizó gestionar mejor sus aguas, siendo además pionera en el proceso de gestión participativa. En relación a sus instrumentos de gestión, España también lleva muchas ventajas frente a Brasil, ya que su planificación hidrológica fue completada dos veces, y pasa por un tercer ciclo. Otro punto de extrema ventaja de España es formar parte de la Comunidad Europea, lo que le garantiza apoyo económico financiero y mayor control en el cumplimiento de las normativas de gestión de las aguas.

RESUMEN

Notas comparativas sobre el régimen jurídico de la gestión de las aguas en Brasil y España

Este artículo anticipa de modo resumido algunas de las reflexiones incluidas en la obra que será publicada en 2016 con el título “La Gestión Integrada y Participativa de las Aguas en Brasil y España: un análisis de derecho comparado”. Esta Nota pretende resumir el contexto histórico de las políticas hidráulicas, así como algunos aspectos del vigente régimen jurídico de la gestión de las aguas y su desarrollo normativo, dando énfasis a los instrumentos de gestión integrada y participativa adoptados en ambos países. El modelo de análisis tiene como base el sistema jurídico de gestión hídrica brasileño, a partir de lo cual se indagará cómo el sistema español trata las cuestiones apuntadas. En definitiva, este estudio comparado resalta que el modelo de gestión hídrica española, al poseer mayor base dogmática y doctrinal, puede ser una buena referencia para la superación de los desafíos de gestión de las aguas de Brasil.

PALABRAS CLAVE: agua, política gubernamental, Ley Medioambiental.

CLASIFICACIÓN JEL: Q25, Q58, K32.

ABSTRACT

Comparative notes on the legal framework for water management in Brazil and Spain

This article summarized some of the reflections included in the book to be published in 2016 entitled “Integrated and Participatory Water Management in Brazil and Spain: an analysis of comparative law”. This note aims to summarize the historical context of water policy, as well as some aspects of the actual legal framework for water management and policy development, with emphasis on the integrated and participatory management instruments adopted in both countries. The analysis model is based on Brazilian legal system of water management, from which it will investigate how the Spanish system targeted the issues. In short, this comparative study notes that the Spanish water management model, possessing more dogmatic and doctrinal base, can be a good reference for overcoming the challenges of water management in Brazil.

KEY WORDS: water, government policy, Environmental Law.

JEL CODES: Q25, Q58, K32.