

# «AGUAS SUBTERRANEAS» Y «AGUAS QUE DISCURRAN INTEGRAMENTE DENTRO DEL TERRITORIO» (Dictamen acerca de la posible incidencia de la nueva Ley de Aguas sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón)

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES.—II. CONSULTA.—III. DICTAMEN: A) *Planteamiento previo: la Constitución como norma superior y su incidencia sobre el sistema estatutario:* 1. Primacía de la Constitución. 2. El sistema regional y los Estatutos de Autonomía traen causa directamente de la Constitución. 3. La adecuada interpretación de las competencias «exclusivas». B) *Significado de la inclusión en la Constitución de la noción «recursos hidráulicos»:* 1. El sistema constitucional de referencia: artículos 149.22 y 148.10. 2. Significado también del artículo 132. 3. Amplitud del término «recursos hidráulicos». La concepción unitaria de todas las aguas. De los debates constitucionales se deduce inequívocamente que con la expresión «recursos hidráulicos» se quiere aludir tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas. C) *La competencia aragonesa «cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de Aragón»:* 1. Mimetismo para con el proceso estatutario: a) Lo que está permitido a los tres primeros Estatutos —como Estatutos de la vía del artículo 151 de la Constitución— no está permitido, en cambio, a los Estatutos de la vía del artículo 143. b) El carácter «marítimo» de las tres primeras Comunidades Autónomas. 2. El criterio de que «discurren íntegramente»: a) La unidad e interrelación de todas las aguas de un curso. b) La amplitud de interesados en relación con las concesiones de aguas. c) La reacción en 1974 ante el intento de trasvase del Ebro. d) Ni los afluentes ni el tramo final de un río pueden ser objeto de consideración separada. 3. Conclusión. D) *Competencia aragonesa en cuanto a las aguas subterráneas:* 1. De nuevo el mimetismo para con el proceso estatutario: a) El modelo de los tres primeros Estatutos de Autonomía. b) ¿Contempla la Constitución las aguas subterráneas? Desde luego, no están mencionadas en el artículo 148. El Estatuto de Aragón no ha podido, por tanto, asumir correctamente tal competencia. c) Las aguas subterráneas sí están incluidas en el artículo 149.22. d) El título que proporciona al Estado el artículo 132. 2. Conclusión.

## I. ANTECEDENTES

1. El Estatuto de Autonomía de Aragón, Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, contempla en el artículo 35, de entre las materias en que corresponde la competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma, de una parte, «las aguas subterráneas» (inciso final del párrafo primero del número once) y, de otra, «la ordenación de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, incluidos los hidroeléctricos, cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de Aragón».

2. El «Boletín Oficial del Estado» del pasado 8 de agosto publica el texto de la nueva Ley de Aguas, Ley 29/1985, de 2 de agosto, y que ha

de entrar en vigor, a salvo una pequeña disposición que se adelanta, el próximo día 1 de enero de 1986.

3. Dicha Ley, que viene a sustituir a la anterior de 13 de junio de 1879, contiene una amplia regulación del dominio público hidráulico, demanializa, en concreto, las aguas subterráneas dentro de una serie de matices, y sienta abundantes reglas en cuanto a la titularidad, régimen jurídico, protección y administración de las diversas masas hidráulicas.

## II. CONSULTA

X. X. X. solicita mi opinión acerca de si la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, incide indebidamente sobre los preceptos del Estatuto de Autonomía de Aragón mencionados en el antecedente primero, y si pudiera por ello ofrecer alguna irregularidad que la haga vulnerable.

## III. DICTAMEN

### A) *Planteamiento previo: la Constitución como norma superior y su incidencia sobre el sistema estatutario*

Debo advertir de entrada que soy muy consciente de que la Ley 29/1985, de 2 de agosto, es una ley polémica y muy compleja, que viene a innovar en un espacio sedimentado durante muchos años y que incide sobre una realidad social muy compleja. En este sentido, y al venir, además, a sustituir a una ley muy prestigiosa y muy arraigada, no es difícil vaticinar que, al menos en los primeros tiempos, y hasta que sedimenten los criterios, ha de ir acompañada de una amplia secuela de litigios jurídicos. A la vista de ello me interesa dejar sentado cuanto antes que las dos cuestiones que se me plantean —en medio del amplio y complejo universo de la Ley de Aguas, insisto— se me antojan como cuestiones artificiales, sin consistencia real, y que pueden quedar resueltas con nitidez si se aplica una correcta interpretación constitucional. De ahí que me interese apoyar mi razonamiento cuanto antes en algunas ideas previas, obvias y elementales, y en las que creo se podrá convenir sin dificultad, que han de facilitar enormemente el ulterior desarrollo del raciocinio.

#### 1. *Primacía de la Constitución.*

Hoy es ésta una regla decisiva a la hora de caracterizar el sistema jurídico español. El sistema de fuentes del derecho se construye sobre la idea inequívoca de que la Constitución —el gran pacto político— es, además de otras cosas, una norma; una norma de aplicación directa y que vincula inmediatamente, y, sobre todo, que es la norma superior de la que traen causa y apoyo las demás normas. Las anteriores palabras

no hacen sino exponer muy someramente lo que son hoy criterios elementales, teorizados tempranamente con una gran altura por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (sobre el tema puede verse su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, que ha alcanzado ya varias ediciones) y hoy reconocidos y admitidos con carácter general. El Tribunal Constitucional, así como los diversos órdenes de Tribunales, han entrado decididamente en esta idea —sin que faltaran algunos titubeos o resistencias iniciales por parte de algunos jueces o Tribunales—, y hoy una amplia doctrina respalda el principio, por lo que excusaré ahora de ofrecer citas o referencias. Pero lo que es un principio claro y admitido, a veces se olvida, a veces no se tiene en cuenta, por lo que bueno es recordarlo. Por eso me he permitido el insertarlo aquí. De modo que la Constitución es una norma que prima sobre cualquiera otra. Y las diversas normas traen causa de ella y se justifican en la medida en que con ella se cohonestan. Por ende, la modificabilidad de las normas va a ofrecerse como algo enraizado de lleno en el sistema constitucional.

2. *El sistema regional y los Estatutos de Autonomía traen causa directamente de la Constitución.*

Se trata ahora de detenerse, como segunda reflexión, en lo que es una consecuencia cualificada de lo anterior: el sistema de Comunidades Autónomas, la autonomía territorial y, desde luego su instrumento, los Estatutos de Autonomía, traen causa directamente de la propia Constitución. Valen, en cuanto se apoyan en la Constitución, del mismo modo que zozobran en cuanto les falte aquel apoyo. No hay Comunidades Autónomas, nada vale el sistema de autonomías, si no se arranca de un apoyo expreso en la Constitución. Ni hay nada previo a ella, ni los Estatutos de Autonomía valen al margen o aisladamente, ni, por supuesto, podrían alterar en lo más mínimo el sistema constitucional.

También los anteriores son principios claros, inexcusables, cuyas consecuencias es preciso asumir, aunque a veces resulten sorprendentes o aunque, de forma indirecta o solapada, pretendan difuminarse. Y debo decir que, también en este punto, si hay hoy una amplia coincidencia de pareceres, de modo que confluyen los puntos de vista del Tribunal Constitucional con los de los autores más cualificados, fue decisiva la toma de postura inicial del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Así, en un seminario celebrado precisamente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, en memorable sesión, afirmaba:

«Si en esta delimitación de las competencias autonómicas los Estatutos rozasen, y mucho más si contradijesen, las competencias exclusivas que, según el artículo 149.1, “tiene” el Estado, peor para los Estatutos, pues éstos carecen de fuerza para alterar la Constitución, por lo que el intento les haría nulos en este punto» (cito ahora por el reciente volumen que ha recogido tanto el aludido como

otros trabajos, *Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 124).

De modo que si los Estatutos rozan o contradicen la Constitución, «peor para ellos», pues no sólo no pueden hacerlo, sino que muestran así su debilidad, su incorrección. En este sentido, cualquier ley que se promulgue no debe ser contrastada directa y aisladamente con uno cualquiera de los Estatutos de Autonomía, sino que el punto de referencia inicial es siempre la Constitución, y continúa siéndolo por más que algunos Estatutos contribuyan a nublar su alcance y contenido.

He querido hacerme eco de esta interpretación, clara y afianzada, pues no siempre es asumida, y resulta, en cambio, central para iluminar las presentes reflexiones. El «peor para los Estatutos» acarrea unas consecuencias rigurosas para las extralimitaciones: en puridad, ya lo vimos en la cita transcrita, acarrea la nulidad de los excesos. Pero, como el propio autor citado advierte, se ha llegado a una posición que sin perder virtualidad resulta mucho más buscadora de concordia. En efecto, cuando el Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse con problema tal, y son ya varias las ocasiones en que se ha visto llamado para dilucidar conflictos de este tenor —no creo que tenga sentido deparar ahora una retahíla de sentencias del Tribunal Constitucional que pueden encontrarse con toda facilidad en el excelente libro de GARCÍA DE ENTERRÍA a que vengo refiriéndome—, con una táctica de prudencia que me parece muy encomiable, suele excluir el pronunciamiento tajante y condenatorio para buscar, en cambio, la que resulte ser «interpretación conforme a la Constitución». De modo que en lugar de afirmar frontalmente que un determinado precepto de un Estatuto de Autonomía es contradictorio con la Constitución —o carece de base constitucional— y reconocer así su nulidad, suele, aunque sea más costoso el trabajo, estudiar cómo hay que interpretar lo ahí consignado para que así resulte *conforme* a la Constitución. Criterio de la interpretación *conforme a la Constitución*, de una gran eficacia, y con amplia praxis ya, pero sobre el que ahora no puedo detenerme remitiéndome a las interesantes exposiciones de que se dispone (así, además del antes citado, y en ambos, se encontrará amplia bibliografía, a la obra tan destacada, en dos tomos, del profesor S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1983-1984).

### 3. *La adecuada interpretación de las competencias «exclusivas».*

Siguiendo con el argumento, y concretando algo más los dos pasos anteriores, conviene ahora una nueva remisión para dejar sentada cuál es la doctrina establecida en torno a una noción central, que deparaba a simple vista un panorama caótico, pero respecto al cual la colaboración entre el Tribunal Constitucional y la doctrina ha resultado fructífera, de modo que el campo puede considerarse aclarado, al menos en cuanto

a los puntos de vista dogmáticos, en cuanto a los principios (pues la por-menorización práctica requiere tiempo).

Se arrancaba así de un auténtico *baile de competencias exclusivas*. La lectura de los diversos Estatutos de Autonomía deparaba casi una situación de mareo, pues todo eran allí, al menos en apariencia, competencias exclusivas, aunque luego resultaba que, o bien los propios preceptos contenían a continuación matizaciones —del orden del «sin perjuicio», «en el marco de», etc.—, o había que casar tan tajantes afirmaciones, aun sin matizaciones expresas, con referencias indudables de signo contrario contenidas en la Constitución. La situación fue muy preocupante en determinados momentos, hasta que se encontraron las pautas que permitieron pisar roca firme en medio de panorama tan movedizo. Porque, en efecto, aparte de otras menciones dispersas de gran significado, logra un peso decisivo en el universo del Estado autonómico español, la previsión tajante del artículo 149.1 de la Constitución, con su concepción de que el Estado *tiene* —y la doctrina se ha cuidado de destacar la fuerza de este verbo, así formulado, frente al «podrán asumir» que la Constitución refiere a las Comunidades Autónomas— competencia exclusiva en una serie de materias que se enumeran en el precepto más largo de todo el texto constitucional. Precepto cuyo significado basilar ha sido resaltado en cuanto representa, además, «la concreción del núcleo común de la Nación Española».

También aquí la búsqueda de una solución operativa, eficaz y respetuosa ha dado resultado introduciendo un criterio de interpretación del término «exclusivas», en cuanto formulado por los Estatutos y en cuanto lo que ellos dicen pueda resultar en contradicción con lo que dice la Constitución. Así, terminaré el diseño de este punto recordando cómo se ha convenido que las Comunidades Autónomas, aun cuando los Estatutos proclamen competencias *exclusivas*,

«asumen la totalidad del ámbito competencial que resta tras el respeto íntegro de las competencias exclusivas (y, por tanto, inseparables y necesarias, a los que los Estatutos dejan intactas) que el texto constitucional reserva al Estado, sobre la misma materia; se trata, pues, de una *absorción íntegra de restos* y nada más» (GARCÍA DE ENTERRÍA, *Autonomías Territoriales*, cit., pág. 157).

Es decir, allí donde algo queda incluido en el artículo 149, ya sea de forma clara y patente, o aunque sea de forma implícita, resulta indudable la prevalencia del mandato constitucional, de modo que tal referencia desaloja cualquier mención coincidente incluida en los Estatutos de Autonomía. De nuevo entra aquí el criterio de «interpretación conforme a la Constitución» como pauta para resolver posibles contradicciones aparentes.

B) *Significado de la inclusión en la Constitución de la noción «recursos hidráulicos»*

Tras las anteriores puntualizaciones de carácter general, referidas al sistema autonómico y que conviene tener muy presentes —obviamente, hay muchos otros aspectos de la Constitución que deben ser considerados para encauzar nuestro tema debidamente, pero no es éste el momento de reiterarlos—, pasaremos a continuación a resaltar alguna de las características de la regulación de las aguas, tal y como se contienen en el texto de la Constitución. Si bien las referencias son escuetas, dan un gran juego a nuestro objeto, aparte de que convendrá refrescar algún precepto que no siempre se tiene en cuenta.

1. *El sistema constitucional de referencia: artículos 148.10 y 149.22.*

Las dos referencias claras que, no obstante, conviene repetir ahora son las ofrecidas en los artículos 148.10 y 149.22. Mejor será considerarlos alterando el orden. Ante todo el 149.22, de modo que en todo caso, en cualquier circunstancia y de forma irrenunciable —a salvo las previsiones del 150.2, que deben actuarse a través de la oportuna y específica Ley Orgánica— resulta que el Estado *tiene* competencia exclusiva sobre

«La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.»

Esto marca el criterio en cuyo ámbito no pueden disponer los Estatutos de Autonomía, y menos la legislación regional dictada en cumplimiento de aquéllos (y dejo ahora de lado el epígrafe 24 del propio párrafo con similar referencia a las obras públicas que, en un examen más minucioso, también podría ser objeto de consideración). En ningún caso, ninguna de las modalidades de Estatutos de Autonomía puede entrar en el espacio real diseñado por las palabras transcritas.

La otra mención es igualmente imprescindible, si bien tenga, en principio, una virtualidad menos consistente en cuanto se formula con un neto sentido de transitoriedad. En cuanto transcurra un determinado período de tiempo se da al Legislador la opción de prescindir de ella. Tal es su limitación. Pero mientras no transcurra tal período, y mientras no se actúe expresamente, tal regla es de valor inquebrantable para determinada modalidad de Estatutos de Autonomía; en concreto, para los denominados del artículo 143, que es el caso del Estatuto de Autonomía de Aragón. La regla la formula el 148.10 diciendo que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las materias siguientes:

«Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.»

El principio dispositivo que caracteriza al sistema autonómico español abre un abanico de fórmulas para que las regiones asuman competencias, siempre y cuando, tratándose como se trata de los Estatutos denominados del artículo 143, se respeten estrictamente los límites que marcan las palabras transcritas. Qué haya de suceder en el futuro es otra cosa. El dato inexcusable es que, por el momento, Estatutos de Autonomía como el de Aragón sólo han podido asumir válidamente —y reitero cuanto antes se dijo acerca de la primacía constitucional— dentro de los términos enmarcados por el epígrafe transcrito. Lo que no encaje allí ningún respaldo constitucional obtiene, y ya sabemos lo que esto significa en rigor.

## 2. *Significado, también, del artículo 132.*

Si ambos son los preceptos, por así decir, inequívocos, hay una nueva doble referencia que conviene hacer tratándose, como se trata, de las aguas. Pues las aguas públicas, de acuerdo con una arraigada tradición que pasa por la Ley de 1866, por la aún vigente de 1879, por el Código Civil y que llega a la recién promulgada de 1985, son consideradas como bienes «de dominio público». Y a tales bienes, genéricamente considerados, también dedica la Constitución varias referencias en el artículo 132. Destacaré ahora dos de ellas.

En el párrafo primero se previene que

«La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público...»

Genérica referencia que, al margen de los importantes «principios» que yo ni he reproducido —pero se puede recordar de pasada cómo la reciente Ley de Aguas da coherente aplicación al principio de «imprescriptibilidad» proclamado (adviértase, así, la prohibición expresa que sienta el artículo 50.2 de ganar por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico)—, no concreta demasiado: pueden ser varios los titulares de los bienes del dominio público —también, sin duda, las Comunidades Autónomas—, y una vez que se cumpla el requisito de que la regulación se haga mediante «ley» no se precisa, en este estadio, si ha de ser de las Cortes Generales o de los Parlamentos regionales.

La segunda referencia la extraigo del párrafo segundo del propio 132, cuando sostiene que

«Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley, y, en todo caso...»

Este precepto, que se enriqueció con una significativa enmienda del diputado Gómez de las Rocas, prevé, en el sentido de esta última, que sean de propiedad *estatal* determinados bienes de dominio público, y en concreto los que la ley considera como tales. Hay aquí una reserva para que la «ley», ley ordinaria, pueda alterar —es decir, tanto aumentar como disminuir— la lista de los que sean bienes de dominio público estatal. Reserva constitucional que es de enorme significado y que, por de pronto, marca un criterio constitucional que no puede ser alterado por ninguna norma de rango inferior, ni siquiera, por supuesto, por los Estatutos de Autonomía. Pero sobre esta referencia habrá ocasión de volver más adelante. Me interesaba, por el momento, que quedara fijado el cuadro de referencias constitucionales a considerar.

3. *Amplitud del término «recursos hidráulicos». La concepción unitaria de todas las aguas. De los debates constitucionales se deduce inequívocamente que con la expresión «recursos hidráulicos» se quiere aludir tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas.*

Debo glosar a continuación la incorporación que el texto constitucional ha hecho de una noción cuyo significado me parece central para orientar estas reflexiones, noción cuya incorporación no fue casual o fortuita, sino intencionada, tratando de incorporar determinados significados. Se trata de la noción de «recursos hidráulicos» acogida, como se vio, en el artículo 149.22. Se me van a tener que permitir algunas alusiones personales, pues algo de *culpa* tuve en el hecho de que la noción se incorporara a la Constitución, dado que, como representante del pueblo zaragozano en el Senado, en la Legislatura constituyente, tuve el honor de formar parte de la Comisión Constitucional del Senado y, en ella, de seguir con detenimiento —enmiendas incluidas— la elaboración constitucional, en la fase correspondiente. Se me ha de permitir, así, insisto, alguna referencia personal, dicho sea sin alarde, pero también sin falsa modestia, pues voy a recordar algo que figura en los correspondientes «Diarios de Sesiones», pero que no estará de más pormenorizar en alguno de sus aspectos. Y, desde luego, si lo recuerdo es porque me parece de interés para la fijación de conceptos que se trata de lograr. He de advertir que todas esas intervenciones las he sistematizado en un libro reciente al que me voy a remitir por su mayor facilidad de manejo. Se trata del libro *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Ed. Akal, Madrid, 1984, del que interesan los epígrafes: «La demanialidad de los recursos hidráulicos, de todos los recursos hidráulicos», así como «La competencia para las obras hidráulicas», ambos en el capítulo XXI, «De las propiedades públicas», págs. 318 y ss.

Yo enmendé, en efecto, los artículos 148 y 149 —y advierto que en todos los casos me refiero al número que ha resultado definitivo en la versión aprobada de la Constitución—, pero también había enmendado

—y antes— el artículo 132. En aquéllos tuve la fortuna de que mi esfuerzo resultara en parte fructífero para una fórmula bastante razonable. En este último, en cambio, la fortuna no fue tan generosa en aquel momento —y destaco lo de «en aquel momento»—, pero conviene insistir por razones interpretativas.

En efecto, yo había enmendado con interés —no será preciso recordar lo que en el citado libro queda descrito con amplitud, es decir, que yo actuaba como portavoz del Grupo PSI (Progresistas y Socialistas Independiente)—, tratando de que la lista del 132 se enriqueciera, de modo que quedaran demanializadas las llamadas aguas subterráneas. Parecía muy incongruente que fueran públicas las aguas marítimas, y, dentro de las continentales, las superficiales, y no lo fueran, en cambio, las subterráneas. Había que aprovechar la oportunidad para rectificar los criterios de la Ley de Aguas y del Código Civil, a punto de cumplir sus primeros cien años en aquel momento. La experiencia de los años anteriores nos había hecho sensibles a la viva problemática de las aguas subterráneas, y a su consideración conjunta y unitaria con el resto de las aguas. Ahí estaban, por ejemplo, problemas como el que en la terminología convencional de aquellos años se designaba como el del *manto subálveo*, o toda la serie de conflictos en torno a si las captaciones de agua subterránea no eran sino una manera de sacar agua, por ejemplo, del propio río Segura (véase, así, mi trabajo de 1975, *Suspensión de alumbramientos de aguas subterráneas y orden público*, recogido ahora en mi libro *Selección de comentarios sobre la Jurisprudencia de «Conflictos Jurisdiccionales»*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, págs. 90, 91, 105 y *passim*). De modo que se ofrecía ni pintiparada la ocasión para demanializar las aguas subterráneas incluyendo una amplia referencia a las aguas en medio de la lista del 132.2.

En este sentido enmendé, y por eso me veo ahora precisado de recordar palabras que pronuncié en la Comisión Constitucional del Senado el 6 de septiembre de 1978:

«Así, pues, si resulta importante la alusión que aquí se contiene, se puede observar, en cambio, que hay un bien que está abocado a ser bien de dominio público, y que, sin embargo, aquí no queda mencionado. Me refiero al importante tema de lo que tradicionalmente viene denominándose como aguas continentales, que en terminología moderna se menciona con la referencia de recursos hidráulicos.

.....

Retiro la enmienda personal y voy a sustituirla por una enmienda *in voce* que presentaré ahora, por la que se pretende que, a continuación de «dominio público estatal», se añada «los recursos hidráulicos. De manera que retiro mi enmienda escrita y la sustituyo por esta *in voce*, adhiriéndome a la enmienda del Partido Socialista.»

Y poco después indicaba:

«Las minas y los diversos recursos mineros son, sin ninguna duda, bienes de dominio público. Pues bien, en esta enumeración expresa falta una alusión clara a las aguas subterráneas; aguas subterráneas cuya conexión, cuya referencia con el sistema hidráulico superficial es absolutamente obvia y evidente. ¿Cómo van a ser de dominio público las aguas superficiales y no van a serlo las subterráneas?»

Hay una profunda unidad entre todo el sistema. No es posible distinguir entre las diversas modalidades. En todos los proyectos sobre nuevas leyes de aguas que se han ido elaborando a lo largo de los pasados años se ha insistido unánimemente en el criterio de la demanialidad de todas las aguas, tanto superficiales como subterráneas. Este planteamiento es compartido por numerosos tratadistas. Por ejemplo, entre los administrativistas la opinión es casi unánime, aparte de contar con el refrendo de numerosos países en cuanto al Derecho comparado.

Se postula por eso la demanialización de los recursos hidráulicos, lo que significa añadir a lo que ya está demanializado, es decir, los ríos, las aguas subterráneas» (*Materiales*, cit., págs. 330-331).

He insistido en la autocita porque creo que se explicaba con toda claridad, y aun con reiteración, en el Senado cómo se trataba de ampliar la lista de bienes de dominio público, de modo que a las aguas superficiales se añadieran también las subterráneas. Y con una intención omnicomprensiva que no deja lugar a dudas, se postulaba el término «recursos hidráulicos». Es decir, y perdón por la insistencia, que en la fórmula «recursos hidráulicos» se incluía, como es del todo lógico, tanto las que se venían denominando aguas superficiales como las que se designaban como aguas subterráneas. Y a los «recursos hidráulicos» se refirieron en aquella discusión, para tomar partido acerca de mi propuesta, tanto el portavoz del PSOE, senador Sainz de Varanda, como el portavoz de la UCD, senador Jiménez Blanco (véase *Materiales*, cit., pág. 333).

Ya es sabido cómo la enmienda no saldría adelante, cómo no se demanializarían entonces las aguas subterráneas, cómo no se incluiría en la lista del 132.2 a los «recursos hidráulicos». Pero no importa, porque lo que me interesa destacar ahora es la interpretación que se daba al término, ese afirmar la profunda unidad entre todo el sistema, el defender, en definitiva, una concepción unitaria de los diversos cursos de agua. La enmienda no prevaleció en la ocasión. Pero un par de días después se volvía a defender otra enmienda, en un contexto bastante diverso ya, y se iba a dar el paso, que quiero resaltar, de incorporar al texto constitucional la tantas veces citada noción de «recursos hidráulicos».

En efecto, fue el día 12 del propio mes de septiembre de 1978 cuando, al tratarse de lleno del problema regional, y, en concreto, de la distribución de competencias, tuve ocasión de volver a insistir sobre el tema de las aguas en la propia Comisión Constitucional del Senado, aunque ahora desde esta nueva perspectiva. Nueva perspectiva, sí, pero íntimamente trabada con la anterior. Además, aunque ahora la cosa se ofreciera *prima facie* desde el ángulo de quién iba a tener las competencias, late en la enmienda, y pasa a ser su justificación preferente, el sentido unitario de los diversos cursos de agua, la preocupación, en definitiva, porque, aunque una corriente se halle en un territorio determinado, no se olvide que forma parte de algo que debe ser considerado conjuntamente.

Frente a posibles cantonalismos, había que sostener la profunda unidad del recurso, como sucede, por otro lado, en los países que con sinceridad y con sentido de modernidad se han enfrentado con el tema. Precisamente porque la solución que había dado el Congreso no era la más adecuada, había presentado la enmienda, de cuya defensa se está tratando ahora. En realidad, como expliqué a lo largo de la propia defensa en el Senado, como pormenoriqué luego con más detalle en mi libro citado, yo sólo estaba haciendo de portavoz de uno de nuestros más cualificados especialistas en Derecho de aguas... mi hermano Sebastián, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Madrid. Y no sólo era el autor material de la enmienda, sino que, como también indiqué, eran suyos los argumentos que en la ocasión tuve el honor de exponer (en efecto, bien pocos días antes había defendido el planteamiento unitario de todos los cursos de agua, en el diario madrileño «El País», en colaboración que, bajo el título de *Política Hidráulica*, ha sido recogida después en su libro *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, págs. 238 y ss.).

En definitiva, lo que se proponía era que lo que dijera el que ha pasado a ser artículo 149, al fijar las competencias exclusivas del Estado, fuera «La legislación, ordenación y administración de los recursos hidráulicos». En cambio, en el 148 se aludiría a «la ejecución de obras hidráulicas, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma», así como a «las aguas minerales y termales».

Planteamiento que, por tanto, abría a las regiones actuaciones de ejecución de obras hidráulicas, aparte de lo referente a las «aguas minerales y termales», y que defendía una visión unitaria y conjunta de todos los cursos de agua. Aparece, en este sentido, la expresión «recursos hidráulicos», así como la amplia competencia del Estado.

Quiero recordar en este momento, porque aún desde mi modestia me siento vinculado a la corriente, cómo se ha destacado la preocupación por el Derecho de las aguas sentida por aragoneses, o desde Aragón —ahí está como ejemplo bien patente el de la primera confederación hidrográfica que se constituye—, y cómo, sin mengua del cariño a la tierra, se ha hecho siempre desde planteamientos de modernidad, sabiendo estar a la altura de las circunstancias, lo que suponía, en concreto, una visión unitaria de las corrientes de agua.

Permítaseme ahora de nuevo reproducir alguno de los argumentos que tuve oportunidad de exponer ante el Senado:

«Frente a la ordenación expuesta entiendo que los recursos hidráulicos —y ello sin excepción alguna— deben ser competencia exclusiva del Estado. Afirmación que no impide, sino, por el contrario, es muy de desear, que las correspondientes entidades descentralizadas, o incluso las Comunidades Autónomas, lleven a cabo la ejecución de las obras hidráulicas de todo tipo y de los correspondientes sistemas de su utilización. Insisto: siempre que el régimen y ordenación de la administración del recurso esté en manos del Estado.»

Poco más adelante señalaba:

«El criterio de la localización geográfica en base al cual se establece la distribución de competencias se presta a confusiones de todo tipo, porque si es evidente que la utilización que, por ejemplo, pueda hacerse del Júcar en la provincia de Cuenca incide en la utilización del mismo en Valencia, no es menos cierto que estos últimos aprovechamientos condicionan la utilización del recurso aguas arriba. Argumento que hay que llevar hasta sus últimas consecuencias frente a aquella otra posible interpretación, que resultaría irracional, de que el proyecto de Constitución pretendiera dar un trato de favor a las regiones costeras, como si los aprovechamientos de los recursos que en ellas puedan hacerse no condicionasen su utilización aguas arriba en otras Comunidades Autónomas. Hay, pues, interrelación de aprovechamientos no ya sólo dentro de los de una misma cuenca, sino como obligada posibilidad que impone la fórmula del aprovechamiento múltiple y exhaustivo» (véase, también, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Administración y Constitución*, cit., pág. 239).

Recalco la idea que expresan las anteriores palabras, de modo que la unidad del sistema implica la visión unitaria y conjunta de cualquiera de los afluentes y del curso principal. Se estaba expresando lo que es una idea primordial, pero obvia para los tratadistas del Derecho de aguas, pues se tiene por principio del todo claro el de que si los aprovechamientos en cabecera condicionan los de los cursos inferiores, también es cierto que la utilización aguas abajo predetermina lo que puede hacerse aguas arriba. Repito que estimo que se trata de una idea obvia y elemental. Luego habrá ocasión de volver sobre el argumento. Pero me interesaba que quedara claro cómo fue formulada ante el Senado y en qué contexto específico, además, se pronunciaban las palabras.

En cuanto a la suerte de la enmienda, no entraré ahora en detalles de lo que es una historia bien conocida. El Senado le deparó una acogida muy favorable: se introdujeron algunas matizaciones de entidad menor en lo que se proponía para el artículo 148, y se aceptaba de lleno lo propuesto para el 149. En cambio, al paso por la Comisión Mixta, iba a suceder al revés: el punto del 148 se mantenía tal y como había quedado, mientras se introduciría rectificación en el 149.22. Ya es conocido cómo ha quedado el texto definitivo y no voy a juzgar ahora el proceso. Pero lo importante en este momento es recordar cómo se mantiene, como concepto básico, el de «recursos hidráulicos». Del mismo modo que destacaré cómo se prima el valor relacional o unitario frente a un posible criterio de estrictos límites políticos: en cuanto el recurso afecte a «más de una Comunidad Autónoma» surge, inexcusable, la competencia exclusiva del Estado —para «la legislación, ordenación y concesión»—, con la amplitud de concepto que antes se razonaba.

No será preciso recordar, sin insistir más sobre el argumento, que éste es el punto de partida, inexcusable, aún hoy. Es decir, la respuesta constitucional, con su solución, prima y brilla más fuerte.

C) *La competencia aragonesa «cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de Aragón»*

Después ha venido, en efecto, el desarrollo estatutario: cada uno de los Estatutos de Autonomía fue dando, a su manera, respuesta a las distintas aspiraciones regionales dentro del criterio dispositivo establecido. Es así cómo surgen los datos de referencia más próximos. No entraré ahora en una exposición del proceso estatutario, sino que, sin perjuicio, de alguna otra referencia ocasional, me voy a centrar ya en el Estatuto de Autonomía de Aragón, en los dos aspectos que han hecho suscitar las dudas de que trae causa este dictamen. Creo que de lo que se ha expuesto anteriormente no es difícil deducir cuáles van a ser mis conclusiones. Pero conviene, con todo, seguir el curso de los razonamientos.

Preocupaba, en primer lugar, todo el párrafo segundo del artículo 35.11 del Estatuto, que, conviene recordarlo, expresa corresponder a la Comunidad Autónoma aragonesa la competencia exclusiva en

«La ordenación de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, incluidos los hidroeléctricos, cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de Aragón.»

Este precepto me sugiere un doble orden de consideraciones.

1. *Mimetismo para con el proceso estatutario.*

Es de advertir, en primer lugar, que el párrafo mencionado sigue muy de cerca la fórmula que fue introducida por los primeros Estatutos

de Autonomía que surgen inmediatamente tras la Constitución. Estos primeros Estatutos, buscando el contraste o fijándose en los huecos que deja el 149.22 —nótese bien—, es decir, el criterio de que «las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma», van a afirmar su competencia en relación con las aguas que «discurran íntegramente dentro de» la correspondiente región.

Tal es la fórmula, por estricto orden cronológico —y por dar una muestra sin pretensión exhaustiva—, del artículo 10.11 del Estatuto del País Vasco —que afirmará la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación a «aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurran íntegramente dentro del País Vasco», etc.—, del Estatuto de Cataluña —literalmente idéntica a la anterior: «aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurran íntegramente dentro de Cataluña» (art. 9.16)—, así como del Estatuto para Galicia —algo más matizado ya: «Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurran íntegramente dentro del territorio de la Comunidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22 de la Constitución» (art. 27.12).

Pues bien, lo que pueda estar más o menos claro en los citados Estatutos, ¿qué efectos experimenta al trasladarse al Estatuto aragonés? No he de razonar a fondo este interrogante, pues cualquiera podrá deducir consecuencias de los datos que antes he ido consignando. Pero no puedo por menos de dejar constancia de dos breves observaciones.

- a) Lo que está permitido a los tres primeros Estatutos —como Estatutos de la vía del artículo 151 de la Constitución— no está permitido, en cambio, a los Estatutos de la vía del artículo 143.

La primera, la de que los tres Estatutos citados, que, en efecto, fueron los primeros, no son Estatutos según vía del 143, sino que lo son según vía del 151, en relación con la disposición transitoria segunda. Lo que implica una consecuencia importante en el diseño constitucional: no estaban forzados a moverse sólo dentro del ámbito de lo dibujado por el artículo 148, sino que podían moverse con libertad, con amplitud, con tal que no entraran en el terreno vedado definido en el artículo 149. En estos casos sí valía la comparación con el 149, para aprovechar precisamente sus huecos —en la medida, por supuesto, en que se actúe con corrección—. Por lo mismo, hay que concluir —y tal fue, en efecto, el deseo del constituyente— que lo que podían hacer unos Estatutos —por de pronto los tres citados— no podrían, en cambio, hacerlo los Estatutos surgidos por la vía del 143, forzados de momento a no exceder los ámbitos diseñados en el artículo 148.

- b) El carácter «marítimo» de las tres primeras Comunidades Autónomas.

La segunda observación parece casual, pero es preciso, en todo caso, tenerla en cuenta: en los tres ejemplos citados, aparte la amplitud de

competencias que se deriva del específico camino constitucional, se ofrece una caracterización geográfica que no puede ser olvidada: tanto el País Vasco, como Cataluña, como Galicia son Comunidades Autónomas *marítimas*. ¿Qué representa este dato aquí? Pues algo muy sencillo: que, se piense lo que se piense de la unidad del ciclo hidráulico, la vecindad al mar, dadas las características orográficas de la geografía española, puede permitir que, de alguna manera —o, al menos, más fácilmente que en otros territorios—, haya aguas que *discurran íntegramente* dentro del territorio de la Comunidad Autónoma. Sin perjuicio de la normalidad de los ríos, por poner este ejemplo, que, aunque desemboquen en el mar, desde la Comunidad Autónoma se alimenten de aguas que provengan de otras regiones, cabe, con más facilidad, que haya ríos que discurran íntegramente dentro de la Comunidad Autónoma. Lo que, en cambio, dadas las peculiaridades orográficas, insisto, no va a suceder, a salvo posibles excepciones muy marcadas, en las Comunidades Autónomas *interiores*.

## 2. *El criterio de que «discurran íntegramente».*

A la hora de valorar el cuestionado párrafo del Estatuto de Aragón, que tan de cerca sigue la dicción de los primeros Estatutos, una vez que se ha sentado que hay algo que pueden hacer determinados Estatutos —ir más allá del 148 con tal de no chocar con el 149—, mientras otros no lo pueden hacer, una vez que se ha aclarado que es más fácil que haya ríos que discurran íntegramente dentro de la región, en el caso de las costeras, conviene discurrir algo más sobre la expresión «discurran íntegramente dentro del territorio de Aragón», que parece preocupar a algunos. En otros términos, si un determinado afluente o río nace, transcurre y desemboca en el río mayor —que no tiene por qué ser el último— dentro de los límites de una región, aunque luego el río mayor, con todas las aguas que ha recibido, siga su curso, que le puede conducir al mar atravesando una o más Comunidades Autónomas, ¿habrá que decir que aquél «discorre íntegramente» dentro de aquella región?

Ante dudas tales, yo preguntaría de entrada: ¿es posible plantear el interrogante en la cuna de las confederaciones hidrográficas? ¿Cabe seguir dudando, cuando hace ya tantos años que fue puesto en marcha el Plan Nacional de Obras Hidráulicas del que fue principal mentor el conocido ingeniero aragonés don Manuel Lorenzo Pardo? Pero puesto que las dudas han trascendido, y aunque algo se ha ido diciendo a lo largo del dictamen, no estará mal sistematizar la respuesta. Cuatro razones se me ocurren al respecto.

### a) La unidad e interrelación de todas las aguas de un curso.

Ante todo, conviene sacar consecuencias del planteamiento unitario de las aguas sobre el que se ha insistido antes. Planteamiento unitario que acarreará, sí, la consideración conjunta, tanto de las aguas superficiales como de las subterráneas. Pero que, en otro sentido, hace na-

tural la utilización de conceptos como el de cuenca, de modo que a la propia unidad se abocan tanto las aguas superiores, o de los afluentes más alejados, como las aguas finales, una vez que la corriente principal se ha enriquecido ya con todas las aportaciones previas. Hay un ciclo único porque el resultado en el cauce medio o final del río principal es absolutamente sensible —en cuanto a volumen, en cuanto a calidad, por ejemplo— a lo realizado en los tramos primeros. Para disponer aguas abajo hay que contar necesariamente con lo que sucede aguas arriba. De este modo, hay un orden recíproco de interferencias: lo que se hace en los caudales iniciales repercute en los inferiores, lo mismo que no se puede disponer de estos últimos sin vincular y comprometer también a las corrientes primeras. Yo creo que el argumento es obvio y de sentido común. Diré que mis alumnos lo entienden con facilidad cuando esto se explica en clase, pues es una de las reglas elementales del Derecho de aguas. No insisto en este punto, en el que podrían aducirse muchos razonamientos y ejemplos prácticos, y termino recordando el criterio de interrelación de aprovechamientos que tuve el honor de exponer ante el Senado, aduciendo el ejemplo del Júcar, y que algo más arriba destacué. Se partía de que éste era un dato elemental y asumido sin dificultad alguna.

*b)* La amplitud de interesados en relación con las concesiones de aguas.

Bien claro tienen, en la práctica, los concesionarios de aguas públicas que su aprovechamiento podría verse perturbado por nuevos aprovechamientos, tanto aguas arriba como aguas abajo. La amplitud del concepto de «interesados» es, así, algo pacíficamente admitido en el Derecho de aguas. Por ofrecer sólo una breve muestra, recordaré un par de ejemplos tomados del viejo Real Decreto-ley 33/1927, de 7 de enero, sobre tramitación y otorgamiento de concesiones de aprovechamiento de aguas públicas. Según su artículo 10:

«Para obtener una concesión de aguas públicas, los peticionarios presentarán en el Gobierno de la provincia en que se proyecte la toma de aguas, o en aquel en que radique la mayor extensión de terrenos, si se trata de desecación o saneamiento, una instancia, pidiendo la publicación en la "Gaceta de Madrid". A la instancia acompañarán tantos ejemplares más uno como provincias estén afectadas de la petición; de una nota que contenga los nombres del peticionario y de sus representantes; la clase de aprovechamiento que se proyecta; la cantidad de agua que se pida; la corriente de donde se ha de derivar; la extensión y límite del terreno que se trate de sanear, en su caso, y los términos municipales en que radicarán todas las obras.»

Por su parte, en el artículo siguiente, el 11, y en relación con el mismo planteamiento, puntualiza:

«... La instancia con las demás notas, dentro de ese mismo plazo de tres días, la enviará el Gobernador Civil en Ingeniero Jefe de la División Hidráulica correspondiente; éste, en otro plazo de tres días, a contar desde la fecha de su recibo, redactará y remitirá a cada uno de los Gobernadores de las provincias a que la petición afecte un ejemplar de la nota presentada por el peticionario y el anuncio, en que se hará constar que se abre un plazo de treinta días, a contar desde la publicación del mismo en la "Gaceta de Madrid", para los efectos consignados en el párrafo anterior, interesando de dichos señores Gobernadores la inmediata publicación en el «Boletín Oficial» de la respectiva provincia...»

Etcétera. Repito que no se trata de alargar más este pasaje. Los preceptos transcritos testimonian a favor de la amplitud con que se conciben los «afectados» o interesados: la regla de la publicación en la "Gaceta de Madrid", para conocimiento general, y demás modalidades de que se rodea cada concesión —y, por supuesto, hay una gran variedad de éstas— sabiendo la amplia gama de consecuencias que suscita.

*c) La reacción en 1974 ante el intento de trasvase del Ebro.*

En este sentido, y aunque sea un tanto anecdóticamente, quiero aludir a unos hechos cuyo impacto en la opinión pública aragonesa fue tremendo. Recuérdese, en efecto, la sensación que produjo la publicación, en el «Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona» del día 13 de febrero de 1974, de la *nota-anuncio* por qué se advertía de la información pública en relación con el «Anteproyecto de Acueducto Ebro-Pirineo Oriental y la reserva de un caudal de 1.400 Km<sup>3</sup>/año de aguas del río Ebro a favor de la Confederación Hidrográfica del Pirineo Oriental para su utilización en abastecimientos, riego y usos industriales»: el trasvase del Ebro, en una palabra. Pues bien, de entre el gran número de iniciativas que aquel suceso provocó quiero aludir a una muy concreta, en la que tuve algún grado de participación. En efecto, en el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza pusimos en marcha una publicación, de tono estrictamente jurídico, en la que colaboramos varios profesores del Departamento, que fue de hecho dirigida por el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO —a la sazón catedrático de la Universidad de Barcelona—, y que fue asumida con todo cuidado por la Caja de Ahorros de la Inmaculada (Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, José BERMEJO VERA, Luis MARTÍN REBOLLO, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro*, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1975). Pues bien, uno de los puntos centrales de la argu-

mentación —y me refiero ahora a los aspectos estrictamente jurídicos, pues no son del momento los argumentos políticos o económicos— lo constituiría el dato obvio y elemental de que la operación, por muy aguas abajo que se realizara, estaba, sin duda, condicionando los aprovechamientos, reales o posibles, que se hicieran en las aguas de cabecera o en los cursos superior o medio. Así, por ejemplo, en el *Planteamiento general del tema*, afirmaba Sebastián MARTÍN-RETORTILLO:

«En primer lugar, la [objección] de que en aquél no se garantiza que la explotación de las aguas trasvasadas no condicionará en ningún momento ni los aprovechamientos existentes aguas arriba, ni la explotación de los mismos. Premisa elemental, claro es, para que podamos hablar claramente de aguas sobrantes. En segundo lugar, que el Anteproyecto se formula sobre la base de una derivación constante, de modo que, en cierto modo, obliga a que en el punto en que aquélla haya de realizarse circule *necesariamente* el caudal que se reserva. Es el propio concepto de aguas sobrantes el que tampoco se compagina con un planteamiento de tal tipo. Más lógico sería —aunque, eso sí, más costoso para los ulteriores usuarios— que la regulación de las aguas se hicieran una vez realizada la derivación de forma que no hubiera necesidad de *mantener* de forma constante el caudal circulante necesario para llevar a cabo la derivación que se creara. Se trata de un aspecto básico que no se valora debidamente. Sería, en tal caso, de verdad cuando se utilizaban aguas que se perdían. No obligando a mantener unos caudales mínimos en el punto de derivación» (pág. 18).

Un poco más abajo, enlazando el tema con el de las centrales nucleares, se preguntaba nuestro autor:

«¿Se ha pensado en las necesidades hidráulicas que éstas requieren? ¿También en el condicionamiento que suponen para la utilización aguas abajo de los caudales utilizados en aquéllas? Estas centrales ¿no determinarán y condicionarán también la explotación de los aprovechamientos superiores? Estas y otras muchas preguntas que no están resueltas acreditan la inexistencia de las obligadas y necesarias valoraciones a llevar a cabo antes de hablar de caudales sobrantes» (pág. 21).

El tema está también presente de una manera muy amplia en la colaboración del profesor BERMEJO VERA dedicada precisamente a estudiar los *Aspectos jurídico-formales del trasvase del Ebro. La información pública aparecida en el «Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona»*. Una bue-

na síntesis de lo que es opinión reiterada y muy razonada la ofrecen las siguientes palabras:

«Desde esta perspectiva, pues, habría que concluir manifestando nuestra más absoluta convicción de que la publicación de la nota-anuncio en el “Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona” constituye un vicio sustancial de procedimiento, toda vez que, jurídicamente, se ha evitado conscientemente la comparecencia de quienes, aguas arriba de la desviación, pudieran ostentar algún interés jurídicamente protegible. Aparte, claro está, de quienes pudieran aportar esos “elementos de juicio aprovechables para lograr el acierto en la decisión administrativa” que —se supone— servirían de contrapeso respecto de los administrados a quienes el trasvase va a beneficiar» (pág. 96).

De modo que, sin insistir más ahora, la famosa reacción frente al intento de trasvase del Ebro, que tanta alarma nos produjo ahora hace diez años, es un buen testimonio para acreditar lo arraigado que está en el Derecho de aguas el criterio del planteamiento unitario, de modo que a nadie se le pudiera ocurrir que fuera objeto de tratamiento separado un determinado tramo, afluente o corriente por el hecho de discurrir por determinado territorio. Está claro que prima, insisto, la configuración unitaria.

d) Ni los afluentes ni el tramo final de un río pueden ser objeto de consideración separada.

Hay un cuarto argumento que querría exponer para terminar con este punto y que me viene deparado por las anteriores consideraciones, pero encajadas en la legalidad ahora vigentes.

Se vio antes cómo el Estatuto de Autonomía de Cataluña considera de competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña los «aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro de Cataluña» (art. 9.16). Me gustaría contrastar este criterio con el de quienes sostienen, por ejemplo, que, como el Cinca o el Gállego «discurren íntegramente por Aragón», debería corresponder a la Comunidad Autónoma aragonesa «la ordenación de recursos y aprovechamientos», etc. Pues bien, con esta lógica, una vez que el Ebro ha salido de Aragón «discurre íntegramente dentro de Cataluña». ¿Quiere así decirse que la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre el Ebro una vez que ha salido de Aragón? ¿Podrían, entonces, los competentes órganos catalanes proceder al trasvase de las aguas del Ebro a donde lo estimaran conveniente dentro del territorio de su Comunidad Autónoma?

No resulta razonable tal interpretación, pues se impone el concepto de unidad. Ni el tramo final del río puede considerarse aisladamente ni ninguno de los afluentes puede serlo tampoco.

### 3. Conclusión.

Lo dicho nos autoriza ya para concluir en relación con el punto examinado. Entiendo sin titubeo alguno que no *discurren íntegramente dentro del territorio de Aragón* aquellas aguas que van a parar a otros ríos que terminarán saliendo del territorio aragonés. He tratado de explicar de dónde venía un párrafo que en otros textos tenía justificación plena, pero que no mostraba su funcionalidad dentro del Estatuto de Autonomía de Aragón. No entraré en este momento en su calificación —en cuanto excede claramente del ámbito del 148—, ni en el examen de su efectividad —en cuanto, salvo en el caso de algún ibón aislado o algún ejemplo similar de muy escasa entidad, pocas son las aguas que circulan íntegramente por Aragón—. Los repertorios jurídicos están llenos de preceptos cuya funcionalidad, al margen de su buena intención, resulta irrelevante. Creo que lo que es determinante en este momento es considerar que una ley, como la Ley 29/1985, que proclama como uno de sus principios el de «respeto de la unidad de la cuenca hidrológica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico» (art. 13.2.º), encaja directamente, en el punto estudiado, dentro de las previsiones constitucionales y para nada afecta al orden de competencias realmente establecido por el Estatuto de Autonomía de Aragón. Cabría pensar, más concretamente, en algunas afirmaciones precisas de la nueva ley. Se me ocurren, así, estos dos apartados del artículo 15, en el sentido de que el Estado ejercerá especialmente las funciones siguientes:

«c) El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma.

d) El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las Comunidades Autónomas.»

Pues bien, yo creo que preceptos tales, u otros de similar alcance, traen causa directamente de la Constitución, que los avala y legitima, sin que vengan a *modificar* lo que realmente puede deducirse del precepto comentado del Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo valor —o disvalor— hay que buscarlo contrastándolo directamente con la Constitución. Nótese, incidentalmente, que la última referencia del segundo de los párrafos transcritos abre una vía fértil de colaboración que queda ampliamente reforzada por la dicción del artículo 23 de la nueva ley:

«Lor Organismos de cuenca y las Comunidades Autónomas podrán establecer una mutua colaboración en el ejer-

cicio de sus respectivas competencias, especialmente mediante la incorporación de aquéllas a la Junta de Gobierno de dichos Organismos, según lo determinado en esta ley.»

Yo creo que el precepto del Estatuto de Aragón que se está considerando, dadas sus características que antes han quedado debidamente razonadas, no tiene consistencia como para que pueda verse incidido por la nueva regulación. Desde este punto de vista no aprecio yo en la Ley 29/1985 ninguna irregularidad, ninguna invasión del ámbito estatutario.

#### D) *Competencia aragonesa en cuanto a las aguas subterráneas*

Hay un segundo precepto del Estatuto de Autonomía de Aragón que preocupa en cuanto puede haber sido incidido por la Ley 29/1985. Porque, en efecto, la Ley de Aguas de 1985 entra a regular en diversos lugares las «aguas subterráneas» —además de en lo que se refiere a la concesión, ya aludido, y que es común para todos los bienes del dominio público hidráulico—, cuando una lectura atenta del Estatuto de Autonomía nos depara la afirmación, en el artículo 35.11, *in fine*, de que entre las materias en que corresponde a la Comunidad Autónoma aragonesa la competencia exclusiva figuran las «aguas subterráneas». Sin matización ni referencia alguna figuran las aguas subterráneas, así genéricamente aludidas, lo que en apariencia abre muy variadas modalidades de actuación, figurando, más en concreto, dentro de la triple referencia «aguas minerales, termales y subterráneas». Diré, de entrada, que no deja de sorprender esta fórmula, tan sin matices. Pero enseguida hemos de abordar este problema.

##### 1. *De nuevo el mimetismo para con el proceso estatutario.*

Pero antes, y como punto de partida, querría señalar que de nuevo se observa aquí el mimetismo para con los primeros Estatutos de Autonomía. Si el panorama constitucional quedó fijado al respecto en los términos que más arriba expuse, los Estatutos se aprestaron a incluir referencias expresas y separadas a las aguas subterráneas, sin que sea éste el momento de entrar a juzgar acerca de la corrección de tal proceder.

##### a) El modelo de los tres primeros Estatutos de Autonomía.

En el Estatuto del País Vasco, en efecto, figura entre las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la triple referencia «aguas minerales, termales y subterráneas» (art. 10.11). Bien es verdad que a continuación figura una cierta matización: «todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.25 de la Constitución», aludiendo

al precepto constitucional referido a las bases del régimen minero y energético.

Del todo similar es la solución arbitrada por el Estatuto de Cataluña: triple referencia a las aguas minerales, termales y subterráneas, con la matización de un «sin perjuicio», que remite al precepto constitucional que reserva al Estado las bases del régimen minero y energético (artículo 9.16).

Parecida es también la fórmula del Estatuto Gallego, pero ahí la matización que se establece la juzgo ya mucho más seria, en una línea de razonamiento sobre la que enseguida vendré. En efecto, el precepto que enumera las materias de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, en el artículo 27, ofrece la siguiente fórmula en el número 14:

«Las aguas minerales y termales. Las aguas subterráneas sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22 de la Constitución, y en el número 7 del presente artículo.»

(Esta última referencia al Estatuto conduce a «obras públicas que no tengan la calificación legal de interés general del Estado o cuya ejecución o explotación no afecte a otra Comunidad Autónoma o provincia».) Quiero marcar este dato de que la Comunidad Autónoma gallega asume competencias, pero salvando en todo lo que para el Estado pueda haber establecido el tan citado punto 22 del artículo 149.1

- b) ¿Contempla la Constitución las aguas subterráneas? Desde luego no están mencionadas en el artículo 148. El Estatuto de Aragón no ha podido, por tanto, asumir correctamente tal competencia.

Ello me lleva a formular la siguiente pregunta: en realidad, ¿dónde contempla la Constitución a las aguas subterráneas? Recordemos que el inciso final del punto 10 del artículo 148 alude a «las minerales y termales». De la triple referencia antes aludida sólo aparecen aquí dos de los términos. Y, si seguimos buscando, las aguas subterráneas no son mencionadas a lo largo del artículo 148. De un análisis estrictamente literal deducimos que la expresión «aguas subterráneas» tampoco está en el 149. Sin profundizar más ahora, incluso olvidándonos de algo que antes quedó expuesto con detenimiento, esta constatación derivada de una lectura superficial de las palabras de la Constitución nos lleva a una conclusión inequívoca y rigurosa, similar a la que en el punto anterior se formuló: una cosa es lo que puedan hacer los Estatutos del 151 —amplitud de criterios, respetando los límites descritos en el artículo 149— y otra muy distinta lo que puedan hacer los Estatutos del 143, entre ellos el de Aragón. El que las aguas subterráneas estén aludidas en los primeros Estatutos podrá acaso justificarse dada la fórmula amplia prevista para los mismos (aunque enseguida se ha de decir algo en relación con el punto concreto ahora examinado). Pero lo que parece incuestionable es que no hay base constitucional para la mención de las aguas subte-

rráneas en el Estatuto de Autonomía de Aragón. El mimetismo para con las regulaciones, la pura transcripción de preceptos puede resultar un cómodo arbitrio, pero ante todo hay que asegurarse de su acierto y corrección. En consecuencia, de acuerdo con lo que se razonaba al comienzo, mi juicio tiene que ser severo: al no estar incluida la referencia en el artículo 148 no hay base para una asunción de esta competencia por parte de Aragón, como no fuera utilizando el procedimiento del artículo 150.2, que ya nos consta que no se ha utilizado. La mención a las aguas subterráneas en el Estatuto resulta así un mero *flatus vocis*, una palabra vacía y sin contenido. Ni siquiera cabe distinguirse aquí entre unas y otras modalidades de aguas subterráneas —sabido es cómo la geología proporciona una serie de distinciones muy útiles, y, en este sentido, la Ley de Aguas de 1985 usa la expresión «aguas subterráneas renovables» [art. 2.a)]—. No tiene base y consistencia, es un precepto meramente decorativo y sin contenido. Y ello desde el momento mismo de su promulgación. Insisto en recordar las consecuencias, rigurosas acaso, pero que están fijando las reglas de juego del sistema, del criterio de la primacía de la Constitución. Si los Estatutos van más allá, decíamos, «peor para los Estatutos». En definitiva, que la mención concreta que nos interesa no tiene fuerza.

c) Las aguas subterráneas sí están incluidas en el artículo 149.22.

Aunque no tenga incidencia directa sobre nuestro supuesto, no puedo continuar callando algo que yo considero elemental y que debe iluminar la normativa general. ¿Dónde contempla la Constitución las aguas subterráneas?, preguntaba. Pues bien, con las aguas subterráneas pasa como con... las aguas subterráneas: que pueden estar aunque a veces no se vean. Creo, en efecto, que la Constitución sí contempla las aguas subterráneas, como razoné más arriba con detenimiento. Precisamente la expresión del punto 22 del artículo 149, «recursos hidráulicos», está pensada para incluir tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas. Insisto que, de los términos de la discusión parlamentaria, el criterio se deduce con claridad. De modo que ni siquiera los Estatutos del 151 han podido entrar en lo que sea espacio delimitado por el artículo 149. De ahí que antes ponderara la fórmula del Estatuto gallego. De donde el criterio «peor para los Estatutos» pende también aquí sobre los Estatutos de la vía del 151, en cuanto no consideren los límites del 149. Disgresión ésta, sobre los Estatutos de la vía del 151, que acaso ayude a entender mejor el juicio crítico y severo que antes formulaba para con el paso que nos ocupa el Estatuto de Autonomía de Aragón.

d) El título que proporciona al Estado el artículo 132.

Aún hay un nuevo aspecto que, a mayor abundamiento, querría consignar aquí. Lo haré en forma breve, pues algo ya se dijo antes, pero creo que tiene su fuerza. Decía que para abordar nuestro tema hay una nueva referencia constitucional que debe ser tenida en cuenta, pues pro-

porciona al Estado un nuevo título de intervención incuestionable. Me refiero al artículo 132. Se contiene allí, como vimos, una reserva importante en relación con los bienes de dominio público estatal: *la ley* debe determinar qué bienes se incluyen dentro del dicho régimen jurídico. Se está aludiendo, en efecto, a *la ley*, por lo que hay ahí una previsión constitucional dejada al Legislador estatal. Y advierto que cuando se habla de «la ley» quiere aludirse simplemente a eso, es decir, a la ley, no, por ejemplo, a la Ley Orgánica, que no estaría habilitada para introducir aquí rigidez —me remito al criterio de que la Ley Orgánica debe ser estrictamente excepcional, desarrollado tempranamente por el Tribunal Constitucional ya desde su sentencia de 13 de febrero de 1981 sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, y que por fortuna goza hoy de amplio procedimiento—. Libre disponibilidad, así, del Legislador estatal para actuar a través de leyes ordinarias. Que se refiere a la «lista» de bienes (párrafo segundo del 132), pero que alcanza también al «régimen jurídico» (párrafo primero del propio precepto). Este espacio debe ser reservado de modo que no interfieran en él, por ejemplo, los Estatutos de Autonomía. Es decir, hay aquí un título más del que trae causa en este punto concreto la nueva Ley de Aguas que, insisto, se reconduce directamente a la Constitución.

## 2. Conclusión

Tras lo dicho, se puede llegar ya a la conclusión obtenida en relación con el segundo punto cuestionado. Mi opinión es tajante en el sentido de que, en el punto estudiado, la Ley de 2 de agosto es perfectamente coherente con la Constitución y trae causa directa de la misma. En este sentido nada hay en el Estatuto de Autonomía de Aragón que pueda oponérsele a la misma. Hay, sí, como antes, una aparente contradicción literal, pero estimo que el precepto estatutario carecía de fuerza para oponerse, y en este sentido se puede decir que la nueva Ley de Aguas no ha venido a modificarlo. Y diré de nuevo, como antes: los repertorios jurídicos están llenos de preceptos cuya adecuación y cuya funcionalidad es más que dudosa. No sé adónde puede llevar el intentar una *interpretación conforme a la Constitución* de la referencia, así indiscriminada, además, a las aguas subterráneas, en el inciso final del párrafo primero del artículo 35.11 del Estatuto de Aragón. No es éste el momento de emprender tarea tal. Lo único que interesaba constatar es que la Ley 29/1985 ninguna incorrección ha producido al pronunciarse como se pronuncia, y que no hay fuerza para oponerse desde el Estatuto de Aragón a la virtualidad de la misma en relación con el punto ahora examinado, al igual que sucedía con el punto antes estudiado. En puridad, la ley ni roza ni vacía el sistema de competencias estatutarias, tal y como realmente era.

Tal es mi dictamen, que someto gustoso a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Redes y Zaragoza, septiembre de 1985.

## **BIBLIOGRAFIA**

