

USOS DEL AGUA E IMPACTO AMBIENTAL: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y CAUDAL ECOLÓGICO (*)

Por

ANTONIO EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA: 1. *Justificación de la delimitación del objeto de reflexión.* 2. *La relevancia del tratamiento de la calidad en el marco jurídico de las aguas continentales.*—II. USOS DEL AGUA E IMPACTO AMBIENTAL. EXPOSICIÓN DE ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS: 1. *La anticipación de los problemas del impacto ambiental en la moderna legislación de aguas respecto a su tratamiento general en el Derecho español.* 2. *Los usos del agua en la legislación general de evaluación del impacto ambiental. Problemática:* A) Planteamientos generales. Los supuestos sometidos a evaluación de impacto ambiental en la Directiva Europea 85/337, de 27 de junio. B) Referencia a los proyectos vinculados con los aprovechamientos hidráulicos en los anexos de la Directiva 85/337. C) La legislación española y el problema de su relación con la Directiva Europea: a) La ampliación de supuestos necesitados de evaluación de impacto ambiental. b) La relación entre la normativa española y la europea. En particular, la consideración del Anexo II de la Directiva 85/337: a') La opinión de la Comisión Europea. b') Las opiniones doctrinales sobre la cuestión. c') Alguna referencia jurisprudencial. La interpretación estricta de los supuestos sometidos a evaluación de impacto ambiental. d') Algunas conclusiones. Las exigencias del principio de seguridad jurídica y la necesidad de tipificar, con el máximo grado de concreción posible, la lista de las actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental. La posible necesidad de ampliar los supuestos de utilización de las aguas continentales sometidos a evaluación de impacto ambiental. 3. *La evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas aprobadas por ley.* 4. *La evaluación de impacto ambiental sobre los usos del agua en la normativa de las Comunidades Autónomas:* A) La cuestión de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la materia. B) Examen de la legislación de las Comunidades Autónomas que establece supuestos de evaluación de impacto ambiental en relación a los usos del agua: a) Legislación navarra. b) Legislación valenciana. c) Legislación canaria. d) Legislación gallega. e) Legislación de Castilla-León.—III. EL CONCEPTO DE CAUDAL ECOLÓGICO Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA: 1. *Caudal ecológico, caudal mínimo, caudal natural. Precisiones conceptuales:* A) Los conceptos utilizados: a) Referencias a los caudales mínimos en normativa tradicional. Los caudales mínimos o ecológicos son, fundamentalmente, caudales artificiales. b) Alguna referencia indirecta a caudales naturales en normativa anticontaminante. c) Las referencias en la moderna legislación estatal de aguas. B) Funcionalidad del caudal ecológico y complementariedad con otras técnicas de protección de la calidad de las aguas. 2. *El papel predominante de la legislación de las Comunidades Autónomas en la determinación del régimen jurídico de los caudales mínimos o ecológicos:* A) Referencias a normas de distintas Comunidades Autónomas en las que están presentes los conceptos de caudal ecológico o caudal mínimo: a) Navarra. b) Castilla-La Mancha. c) Castilla-León. d) Galicia. B) Un problema básico: las competencias de las Comunidades Autónomas para fijar los caudales ecológicos. Discusión inicial. C) Una salida a los problemas planteados desde la perspectiva de la planificación hidrológica. Los caudales ecológicos como presupuestos de gestión del dominio público hidráulico. 3. *Otros problemas jurídicos planteados en torno a los caudales mínimos o ecológicos.*

(*) El presente estudio corresponde a la Conferencia que pronuncié en el marco de las IV Jornadas de Derecho de las Aguas, dedicadas al tema genérico de «La calidad de las aguas» (Zaragoza, 10 y 11 de marzo de 1994).

I. INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

· Cuando el título de un trabajo no es suficientemente preciso porque abarca temas matizadamente distintos entre sí, hay que comenzar necesariamente dicho trabajo indicando las razones que pueden mover al autor a agrupar bajo un mismo título y un, se supone, idéntico propósito sistemático, a esa variedad temática. Lo que puede presumirse debe ser una directiva general metodológica, va a ser también observada en este caso. A esa cuestión dedicaré, entonces, el primer punto (1), que irá inmediatamente seguido de una brevísima referencia a la relevancia que los temas de calidad tienen en el moderno derecho de las aguas continentales (2).

1. *Justificación de la delimitación del objeto de reflexión*

Evaluación de impacto ambiental y caudales mínimos o ecológicos, son cuestiones evidentemente separables desde planteamientos teóricos, pero presentan aspectos o facetas complementarios que tenemos que destacar en cuanto en ellos reside la justificación sistemática a que me refería. Serían, al menos, éstos:

a) Cuando de utilización de las aguas se trata, la evaluación de impacto ambiental (1) permite observar la interrelación existente entre el uso de un recurso natural y el impacto o efecto sobre el medio ambiente en general y no sólo, obviamente, sobre el dominio público hidráulico (2). Con ese presupuesto y desde estas perspectivas, se trataría en este trabajo de observar y comentar el marco jurídico que sirve de fundamento a un principio que podríamos llamar de «orden medioambiental externo al recurso».

Sin embargo, los caudales ecológicos o mínimos en cuanto concepto regulado por el ordenamiento jurídico, presentan el otro aspecto de la situación, para mí complementario y aproximador: la utilización del recurso con la finalidad que fuere —abastecimientos, re-

(1) Simplifico la expresión en el texto pero, evidentemente, me estoy refiriendo al procedimiento administrativo implícito en esta técnica.

(2) Conforme al título del trabajo estoy partiendo de *usos del agua*, que causan un impacto externo y que deben ser evaluados. Otra perspectiva perfectamente posible de la evaluación de impacto ambiental sería la realización de obras de infraestructura o actividades industriales, que pudieran causar daños al dominio público hidráulico y que, por ello, debieran ser objeto de evaluación de impacto ambiental. Lo que me preocupa, insisto, es lo primero: la previsión de usos del agua (embalses, canalizaciones, etc.) y su impacto ambiental externo.

gadíos, producción de electricidad— debe hacerse en el marco y respeto a unas normas en las que podremos observar un principio de «orden medioambiental interno al recurso». Ello significa que no se trata sólo de prever que la utilización de las aguas no cause impactos desechables o desfavorables en el ambiente circundante, sino que la utilización tiene para el ordenamiento que observamos, unas limitaciones connaturales que se dirigen a la misma preservación del recurso.

La evaluación del impacto ambiental es la técnica jurídica de que nos servimos para respetar ese principio de orden medioambiental externo al recurso. Por su parte, el derecho recurre a la imaginación y determinación de caudales ecológicos, para posibilitar la aplicación de ese orden medioambiental interno al recurso.

b) Con lo que por medio de estas dos técnicas nos aproximamos a la contemplación global y completa del recurso agua desde una perspectiva exclusivamente ambiental. La conjugación de estas dos técnicas nos permite, así, intentar la labor de comprensión de unos valores significativos, con unas características muy semejantes a las que es posible aproximarse por medio de las expresiones —y sus consecuencias jurídicas— de «recurso unitario», unidad del «ciclo hidrológico», «unidad de cuenca hidrográfica» (3), etc., con las que se contempla al recurso desde su naturaleza jurídica o desde su utilización sin más.

c) Pero, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, evaluación de impacto ambiental y caudales ecológicos, presentan también aproximaciones significativas: pueden servir tanto para justificar como para desechar usos de las aguas. La negativa se fundamentará, respectivamente, en su impacto dañino sobre el ambiente circundante y en la degradación del mismo recurso que dichos usos llevarían consigo.

d) Es obvio también que nos encontramos ante dos técnicas de importancia y efectos sociales y económicos evidentes. Muy difícilmente puede hablarse del ordenamiento jurídico de estas instituciones con olvido de la trascendencia social y económica que las decisiones que se adopten en los procedimientos administrativos vincu-

(3) Son expresiones de los artículos 1 y 13 de la LAg., obviamente de sentido muy distinto que las técnicas que describo en el trabajo y en el que ahora no debo profundizar pero, como digo en el texto, demostrativas de unos valores significativos muy próximos a ellos: inescindibilidad de la contemplación del medio ambiente, aproximación de la finalidad de técnicas protectoras, etc.

lados a ellas pueden tener. La autorización de usos, en sí misma, la tiene. Pero igualmente lo contrario. Y también el otorgamiento de la autorización, pero condicionada a la realización de actividades correctoras o al mantenimiento de ciertos caudales mínimos.

En general, esta última perspectiva nos sitúa ante lo que me parece que hoy en día es elemento sustancial y cada vez más representativo, verdadero nudo gordiano de cualquier consideración ambiental y no sólo, desde luego, de aquellas de las que hablamos: su aspecto económico y social, sus consecuencias que inequívocamente adoptan aspectos sociales y económicos.

e) Igualmente en alguna normativa de CC.AA. (4) las dos técnicas pueden aparecer muy próximas, hasta físicamente, en su regulación, como demostrando de esa manera la aproximación teórica y conceptual de la que estoy hablando y de la que este trabajo pretende ser prueba significativa (5).

f) Por último, el ordenamiento de la evaluación de impacto ambiental en lo referente a la utilización de las aguas y, mucho más el de los caudales ecológicos, presenta algunas insuficiencias y, sobre todo, está necesitado de tratamientos dogmáticos sistemáticos que incardinan esta problemática dentro del ordenamiento general de las aguas y del medio ambiente que, aunque sólo sea desde este punto de la insuficiencia, aproxima instituciones y justifica esfuerzos interpretativos paralelos. Esta insuficiencia puede responder, en buena medida, a la novedad de muchas regulaciones y a las mismas dudas que sobre la constitucionalidad de algunas decisiones pueden sostenerse.

(4) La referencia a la normativa de las CC.AA. no es inocente en este punto, en cuanto que es en ella donde se encuentra hoy en día regulada con más profusión —y conflictividad inmanente— la cuestión de los caudales ecológicos y donde, también, hay referencias —muy dispersas y poco sistematizadas, bien es verdad— a la evaluación de impacto ambiental.

(5) Vid., así, por ejemplo, los artículos 42 y 43 de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats. El primero de ellos obliga a los proyectos de centrales hidroeléctricas a presentar un estudio de afecciones ambientales producidas por sus obras, instalaciones y actividad con el mismo contenido que la evaluación de impacto ambiental a que se refiere el RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio. El segundo artículo, indica que reglamentariamente se establecerán los caudales mínimos a respetar por las centrales hidroeléctricas en los cauces fluviales afectados. En la Ley 6/1992, de 18 de diciembre, de Protección de los Ecosistemas Acuáticos y de Regulación de la Pesca en Castilla y León, su artículo 5 se dedica a determinar el régimen de caudales ecológicos, mientras que el 6 trata de la disminución de impactos y, un poco más adelante, el artículo 13.5 contiene un supuesto de evaluación de impacto ambiental. Todo lo que se indica en esta nota se refiere, por supuesto, con independencia del juicio que merezca la constitucionalidad de su regulación que, como se indica más adelante en el texto, se encuentra ahora sometida a decisión del TC.

2. *La relevancia del tratamiento de la calidad en el marco jurídico de las aguas continentales*

En realidad las dos técnicas sobre las que discurrimos quedarían aproximadas por otra nota que quiero, sin embargo, engarzar sistemáticamente a una nueva consideración: son evaluación y caudales ecológicos muestras de la relevancia que en el moderno derecho de las aguas continentales tienen las consideraciones ambientales, de calidad de las aguas y de preservación del medio ambiente. No es posible hoy en día, describir el ordenamiento jurídico de las aguas continentales sin esa referencia a la calidad. En otros tiempos se podía perfectamente prescindir de esa consideración y atender para la comprensión y exposición de ese derecho, sólo y sustancialmente, a la construcción de la obra hidráulica y a la consiguiente difusión del regadío. Costa y el costismo, los regeneracionistas en general —y sus epígonos que llegan, sin duda, hasta nuestros días—, serían la demostración más clara de la idea que intento transmitir. La política hidráulica de Joaquín Costa no tiene consideraciones ambientales ni de calidad. Se conocen en su época, obviamente, los problemas del «enturbiamiento» de las aguas o en el ámbito, sobre todo, de los abastecimientos urbanos, son antiguas las prescripciones de contenido sanitario, pero todo ello con unos niveles de preocupación social y de contenido consecuente jurídico mínimos, correspondiéndose éstos con la misma trascendencia —bastante escasa— social y económica del problema.

Hoy, sin embargo, las referencias de calidad son constantes y hasta obsesivas en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales (6) con clara contradicción con lo que sucedía en la normativa anterior (7). No se trata, aquí, de acumular referencias que deberían partir del mismo Preámbulo (8) de la LAg. de 1985 (9), sino de cons-

(6) Dirá el Presidente del Gobierno Español en su discurso pronunciado en Río de Janeiro el 13 de junio de 1992 dentro de la cumbre de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo que: «Los desafíos medioambientales que más preocupan a mi país son la erosión del suelo y la disponibilidad del agua en la cantidad y calidad adecuadas a nuestro nivel de desarrollo y a las normas de la Comunidad Europea.»

(7) Sobre la normativa anterior, un tratamiento sistemático en A. GALLEGU ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH y J. M. DIEZ LEMA, *El derecho de Aguas en España*, Madrid, ed. MOPU, 1986, vol. I, págs. 478 y ss., donde se destacan los escasos preceptos dedicados al tema en la Ley de Aguas de 1879 y la importancia de la legislación sanitaria, de actividades calificadas y la casi contemporánea del Reglamento de Policía de Aguas.

(8) Dirá este Preámbulo que «se trata de un recurso que debe estar disponible no sólo en la cantidad necesaria sino también con la calidad precisa, en función de las directrices de la planificación económica, de acuerdo con las previsiones de la ordenación territorial y en la forma que la propia dinámica social demanda».

(9) He hecho un tratamiento sistemático de la cuestión en mi trabajo «La protección de las aguas continentales», de próxima publicación en el libro colectivo *La calidad de las aguas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.

tatar una realidad con múltiples manifestaciones tanto en el texto de la Ley (arts. 69, 90, 92 y ss.), como en el RDPH (arts. 52, 236 y ss., 279.2 y 3, por poner algunos de entre tantos ejemplos posibles) y que alcanzará, cuando se realice efectivamente la planificación hidrológica, una culminación sistemáticamente muy interesante (10).

Esas preocupaciones alcanzan, incluso, a normativa muy distinta a la Ley de Aguas, como la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (11) o la regulación penal del delito ecológico con un campo de aplicación primordial en el agua como resulta de su propia configuración (12).

II. USOS DEL AGUA E IMPACTO AMBIENTAL. EXPOSICIÓN DE ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Cumplido el objetivo descriptivo, es hora de entrar ya en la consideración del primero de los temas que querría tratar: la regulación del impacto ambiental, bajo la forma de evaluación de impacto ambiental, de los usos del agua. Se trata de una cuestión de gran relevancia en el momento actual, por supuesto, pero presumiblemente de mucha mayor en el porvenir en función del *quantum* creciente de regulación nacional e internacional. Un ejemplo palmario de ello lo constituye uno de los Convenios recientemente suscritos en Río de Janeiro que acoge una técnica como ésta, bien que con una redacción

(10) Puede recordarse que entre el contenido necesario de los Planes Hidrológicos de cuenca según y como lo describe el artículo 40 LAg., hay muy diversas cuestiones que conectan directamente con las preocupaciones de calidad de las aguas: características básicas de calidad de las aguas y de la ordenación de los vertidos de aguas residuales (*e*), perímetros de protección y las medidas para la conservación y recuperación del recurso y entorno afectados (*g*), directrices para recarga y protección de acuíferos (*i*), etc.

(11) La LO 2/1986, de 14 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, atribuye a estas fuerzas el «velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente, de los recursos hidráulicos, así como de la riqueza cinegética, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza» (art. 12.1.e). Pero la preocupación normativa no se restringe a este caso, sino que para el supuesto de que las CC.AA. con competencias para ello quisieran establecer sus propios cuerpos de Policía autónoma, entre sus funciones de «prestación simultánea e indiferenciada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», se recoge y con la misma terminología idéntica preocupación medioambiental que la del artículo 12.1.e) aunque ahora en su artículo 38.3.c). En aplicación de lo anterior, la Orden de 21 de junio de 1988, crea el servicio de protección de la naturaleza de la Guardia Civil.

(12) Transcribo, solamente, el párrafo primero del artículo 347 bis del CP para que se advierta lo que quiero decir: «Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.»

que deja amplísima libertad a los Estados para su configuración jurídica definitiva (13). En el ámbito de las Directivas europeas medioambientales, la referencia a la técnica de evaluación es continua una vez que se aprobó de forma general su implantación como tal (14).

En todo caso y en el camino expositor de los problemas de la evaluación de impacto ambiental en el régimen jurídico de la utilización de las aguas continentales, debemos comenzar por realizar una primera precisión para distinguir lo que es, sustancialmente, un procedimiento administrativo (la evaluación de impacto ambiental), de las consideraciones ambientales en la autorización de los aprovechamientos de las aguas continentales.

1. *La anticipación de los problemas del impacto ambiental en la moderna legislación de aguas respecto a su tratamiento general en el Derecho español*

Desde esa perspectiva es claro que la legislación de aguas vigente (a partir de la LAg. de 1985), se anticipa en nuestro país a la construcción jurídica de la evaluación de impacto ambiental (que proviene, sustancialmente, de la recepción del derecho europeo), dando un lugar a la previsión de las consecuencias ambientales en la autorización de los usos de las aguas continentales. La prueba de este aserto principal se encuentra en algunos preceptos de la LAg. (15) o del RDPH (16) que obligan al órgano administrativo competente a tener

(13) Se trata del Convenio sobre Diversidad Biológica. El artículo 14 de dicho Convenio, aprobado por Instrumento de ratificación dado en Madrid a 16 de noviembre de 1993 y publicado en el «BOE» de 1 de febrero de 1994, compromete a las Partes contratantes a establecer procedimientos apropiados «por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica, con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos, y cuando proceda, [a permitir] la participación del público en esos procedimientos» (art. 14.1.a). La letra b) del mismo precepto ordena establecer «arreglos apropiados para asegurarse de que se tengan debidamente en cuenta las consecuencias ambientales de sus programas y políticas que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica».

(14) Aprobación que, como se dice inmediatamente en el texto, proviene de la Directiva 85/337 CEE, de 27 de junio. Un ejemplo en el artículo 6.3 de la Directiva 92/43/ CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. El precepto indica que «cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar...».

(15) El artículo 69.2 LAg. indica que en el otorgamiento de concesiones o autorizaciones para aprovechamientos de áridos, pastos y vegetación arbórea o arbustiva, establecimiento de puentes o pasarelas, embarcaderos e instalaciones para baños públicos, se considerará la posible exigencia ecológica desfavorable, debiendo exigirse las adecuadas garantías para la restitución del medio.

(16) Vid., por ejemplo, su artículo 52, que en la autorizaciones para usos comunes es-

en cuenta los impactos ambientales o ecológicos de una determinada utilización proyectada. El RDPH llega a regular el contenido de los estudios de evaluación de efectos medioambientales que deben presentar los solicitantes de concesiones o autorizaciones en relación con obras o actividades en el dominio público hidráulico (art. 237) o, desde otra perspectiva, obliga a la propia Administración que desee realizar programas, planes, anteproyectos y proyectos de obras que puedan afectar al medio ambiente (17) a realizar ella misma dichos estudios (art. 239) (18).

2. *Los usos del agua en la legislación general de evaluación del impacto ambiental. Problemática*

Lo que resulta claramente de la enumeración de preceptos y contenidos realizada en el anterior punto, es que la legislación de aguas ordena tener en cuenta las consecuencias ambientales (en o fuera del dominio público hidráulico, según los casos) de las utilidades del agua pero, a esos efectos, no constituye ningún tipo de procedimiento administrativo específico en donde aisladamente de la consideración global de la obra pueda juzgarse sobre ese tipo de consecuencias. Ese procedimiento administrativo específico, distinto y diverso del relativo a la aprobación del proyecto, con capacidad de influir sobre él y de determinar su viabilidad o, incluso, su inviabilidad, es la característica básica de la evaluación de impacto ambiental (y de su correspondiente declaración), que no se aplicará en nuestro derecho —y, por tanto también, al ámbito de la utilización de las aguas continentales— hasta el momento en el que, como consecuencia del acceso de España a la Comunidad Europea (entonces también Económica en su denominación), sea aplicable entre nosotros una Directiva (la 85/337, de 27 de junio) aprobada por la Comunidad muy poco tiempo antes que la LAg. (19) y recibida en nuestro derecho por la

peciales obliga al solicitante a «la presentación de un estudio, elaborado por técnico responsable, sobre la evaluación de los efectos que pudieran producirse sobre el medio ambiente, la salubridad y los recursos pesqueros, así como sobre las soluciones que, en su caso, se prevean».

(17) Obsérvese que mientras el artículo 237 y desde la perspectiva del solicitante sólo obliga a presentar estudios cuando las concesiones puedan afectar al dominio público hidráulico, desde la perspectiva de la Administración la obligación es mucho más extensa en cuanto que dichos estudios deben realizarse cuando las actuaciones puedan afectar al medio ambiente en general, lo que, obviamente, no se refiere sólo al dominio público hidráulico.

(18) Vid. también los artículos 278 y 279 RDPH, que contienen idéntica obligación de realizar un estudio de impacto ambiental cuando las actividades se refieran o puedan afectar a las zonas húmedas.

(19) La Ley de Aguas lleva fecha de 2 de agosto de 1985 aunque su entrada en vigor efectiva tiene lugar el 1 de enero de 1986. La Directiva referida es la 85/337, de 27 de junio,

acción del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental (20).

A) *Planteamientos generales. Los supuestos sometidos a evaluación de impacto ambiental en la Directiva Europea 85/337, de 27 de junio.*

El RD Legislativo constituye, como acabo de indicar, la transposición a nuestro país de la Directiva Europea 85/337, de 27 de junio, y es cabecera de un ordenamiento jurídico sectorial en el que es también parte fundamental el RD 1131/1988, de 30 de septiembre, que lo desarrolla, y en donde hay igualmente que considerar otro tipo de normas estatales sectoriales (la legislación de aguas ya citada y la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre) que constituirían en su conjunto ejercicio por el estado de su competencia de establecimiento de legislación básica en medio ambiente (*ex art. 149.1.23 CE*). Junto a las normas citadas, habrá que tener en cuenta variada normativa de las Comunidades Autónomas dictada en desarrollo de la legislación básica estatal (21).

El problema jurídico fundamental que se plantea en nuestro derecho en la relación RD Legislativo-Directiva 85/337, es el de la delimitación de los supuestos sometidos a evaluación de impacto ambiental. Dejo al margen, por tanto, otras consideraciones de mucha menor enjundia jurídica (22), y me dirijo directa y resueltamente a tratar este tema. Veamos el planteamiento de la cuestión en la Directiva 85/337:

La Directiva citada contiene un principio de orden general en el artículo 2.1, que transcribo a continuación, destacando tipográficamente lo más importante a nuestros efectos:

«Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autoriza-

aprobada muy poco antes, por tanto y como se dice en el texto, de la aprobación de la LAg. La Directiva conforme a sus propios términos entró en vigor el 3 de julio de 1988.

(20) El RD Legislativo se dicta conforme a la autorización contenida en la Ley 47/1985, de 27 de diciembre. Dispone su aplicación para las obras, instalaciones o actividades sometidas al mismo «que se inicien a partir de los dos años de su entrada en vigor» (disposición final primera).

(21) Las referencias podrían ser variadísimas, aunque las únicas normas que con rango legal versan sobre este procedimiento son la Ley valenciana 2/989, de 3 de marzo, de Impacto ambiental, y la Ley canaria 11/1990, de 13 de julio, de prevención del impacto ecológico.

(22) Cfr. el reciente libro sobre todos los temas administrativos de J. ROSA MORENO, *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Madrid, ed. Trivium, 1993.

ción, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones.

Estos proyectos se definen en el artículo 4.»

Parece, por tanto, que dada la remisión expresamente efectuada, es el artículo 4.º el que se va a constituir como fundamental a la hora de juzgar qué proyectos deben someterse a la evaluación. Transcribo, entonces, dicho artículo 4.º en sus términos literales y completos destacando, igualmente, las palabras o frases más significativas:

«1. Sin perjuicio del apartado 3 del artículo 2 (el precepto citado se refiere a proyectos que pueden exceptuar los Estados del trámite de evaluación), *los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo I se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10.*

2. Los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el *Anexo II* se someterán a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10, *cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen.*

A tal fin, *los Estados miembros podrán especificar, en particular, determinados tipos de proyectos que deban someterse a una evaluación o establecer criterios y/o umbrales necesarios para determinar cuáles, entre los proyectos pertenecientes a las clases enumeradas en el Anexo II deberán ser objeto de una evaluación de conformidad con los artículos 5 a 10.»*

De los términos de este último artículo transcrito podemos deducir en un puro ejercicio de interpretación jurídica:

— Que los Estados resultan vinculados, sin género de dudas, por la obligación de establecer una evaluación de impacto ambiental (con un *iter* procedimental de dicha evaluación que también se establece en los arts. 5-10 de la Directiva 85/337) respecto a una serie de proyectos que no pueden excepcionar: precisamente los que figuren en el Anexo I de la Directiva.

— Que, sin embargo, el Estado tiene una capacidad de juicio para decidir someter a evaluación de impacto ambiental los proyec-

tos contenidos en el Anexo II. La Directiva, por tanto y al contrario de lo que sucede en el Anexo I, no impone la evaluación de impacto ambiental de los proyectos incluidos en el Anexo II. Ello queda a la discrecionalidad de los Estados.

Tratando de investigar cuáles sean las razones que determinan esta disparidad de tratamiento, sería relativamente sencillo concluir en que para la Directiva:

— Existen proyectos —los del Anexo I— que al margen e independientemente de sus características concretas, llevan consigo siempre una importante afección ambiental, y de ahí la necesidad, sin disculpa o excepción posible, de someterlos al trámite de evaluación de impacto ambiental.

— Mientras que los del Anexo II no tienen por qué tener esa afección ambiental —por lo menos a juicio de los redactores de la Directiva—, y, por ello, existe una libertad de inclusión para los Estados.

Ahora bien, la Directiva ofrece a los Estados una posibilidad respecto a la posible aplicación a proyectos incluidos en el Anexo II de la evaluación de impacto ambiental. Los Estados pueden hacer dos cosas en relación a este problema:

- disponer respecto a determinados proyectos del Anexo II la misma obligación de evaluación de impacto ambiental, o
- regular, sin referencia específica e indiscriminada a proyectos concretos, criterios o umbrales a partir de los cuales sería obligatoria también la evaluación de impacto ambiental para proyectos incluidos en este Anexo II.

En suma, el precepto transcrito supone una conjugación de ámbitos de vinculatoriedad y de ámbitos de libertad para los Estados, conjunción que opera en este ámbito medioambiental del derecho europeo como en tantos otros de diferentes materias de responsabilidad de las instituciones europeas a los que podríamos referirnos. Esa conjunción de obligación y de libertad supone, en el fondo, configurar a determinadas normas (y, por ampliación, políticas) europeas como preferentes a las nacionales y a otras normas (y, otra vez por ampliación, políticas) europeas como subsidiarias a las de responsabilidad primaria de los Estados (23).

(23) En la doctrina específica sobre la cuestión, el valor subsidiario de las normas medioambientales comunitarias y el papel preferente de las normas nacionales, de tal for-

En otro orden de cosas, hoy ese papel subsidiario comunitario que acabamos de contemplar en lo medioambiental, alcanza el máximo reconocimiento jurídico posible con el contenido del artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, tal y como resulta de la redacción dada por el Tratado de la Unión, del que destaco lo más interesante:

«La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, *la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida, no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.*

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.»

No hay que extrañar o criticar, pues, la configuración de la Directiva europea sino entenderla perfectamente congruente con los parámetros generales que inspiran las normas y las políticas de la Comunidad.

B) *Referencia a los proyectos vinculados con los aprovechamientos hidráulicos en los anexos de la Directiva 85/337.*

En este punto conviene leer, simplemente leer, los proyectos relacionados con los aprovechamientos hidráulicos que figuran en los dos Anexos de la Directiva.

En el *Anexo I*, el indisponible para los Estados según el esquema que acabamos de sintetizar, es relativamente sencillo observar que no hay ningún proyecto incluido.

En el *Anexo II* podríamos observar los siguientes proyectos en re-

ma que la intervención comunitaria sólo opere cuando los objetivos no puedan ser alcanzados a plena satisfacción en el plano nacional, es aceptada sin reservas. Puede citarse como prueba de la anterior afirmación a J. ROSA MORENO, *Régimen jurídico*, op. cit., pág. 41.

lación a las grandes divisiones temáticas que utiliza el Anexo (y numeradas en cardinales sucesivos):

1. Agricultura: *c)* Proyectos de hidráulica agrícola.
3. Industria energética: *j)* Instalaciones para la producción de energía hidroeléctrica.
10. Proyectos de infraestructura: *e)* Obras de canalización y regularización de cursos de agua; *f)* Presas y otras instalaciones destinadas a contener las aguas o a almacenarlas de forma duradera.
11. Otros proyectos: *d)* Estaciones de depuración. (Cito este último, bien que la relación del mismo con el aprovechamiento hidráulico sea, más bien, indirecta.)

Es evidente, entonces, que no existe ningún proyecto relacionado con el agua o el aprovechamiento hidráulico en el Anexo I —aquel que no permite plantear de ninguna forma la discusión en relación a la obligatoriedad de realizar una evaluación de impacto ambiental— y que donde para la Directiva europea hay una posible conexión entre la obra hidráulica y la evaluación de impacto ambiental es en el Anexo II, en el que juega —y de la forma que he indicado— la libertad de los Estados, al menos de la manera en que en sus términos literales puede interpretarse la Directiva.

C) *La legislación española y el problema de su relación con la Directiva Europea.*

Pues bien, y volviendo al derecho español, como se ha indicado, el RD Legislativo 1302/1986 es el resultado de la transposición de la Directiva 85/337, aun cuando en lo relativo a los proyectos que están necesitados de evaluación de impacto ambiental, podremos observar en el mismo una evidente ampliación sobre el contenido obligatorio de la Directiva. Veamos esa ampliación en el contexto de la evolución sucesiva que nuestro derecho presenta en relación a la introducción de nuevos supuestos necesitados de evaluación de impacto ambiental.

a) *La ampliación de supuestos necesitados de evaluación de impacto ambiental.*

Si el Anexo I de la Directiva 85/337 no contenía ningún proyecto relacionado con la actividad hidráulica, el único Anexo del RD Legislativo 1302/1986 incluye a las grandes presas (punto 10 del Ane-

xo) (24), aun cuando el RD Legislativo no defina qué se entienda por grandes presas. Esa tarea normativa la realiza el Anexo del RD 1131/1988 mediante la referencia a la Instrucción para el Proyecto, Construcción y Explotación de Grandes Presas de la Dirección General de Obras Hidráulicas (25).

Una nueva ampliación normativa de supuestos sometidos a evaluación de impacto ambiental tendrá lugar cuando se apruebe la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, que en su disposición adicional segunda dispone la modificación de actividades sometidas del Anexo del RD Legislativo, «con la inclusión en la misma de las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas».

También existen nuevos supuestos sometidos a evaluación de impacto ambiental en alguna normativa de Comunidades Autónomas (26). Es, así, claramente advertible la actividad de ampliación existente en nuestro país de actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental respecto al contenido del Anexo I de la Directiva 85/337.

La anterior excursión normativa no se ha hecho a efectos eruditos sino con la intención de poder sistematizar, posteriormente, algún tipo de conclusiones provisionales que nos pudieran servir para continuar avanzando en la solución a los problemas planteados. Esa síntesis puede establecerse en torno a las siguientes afirmaciones:

1.^a La actividad de inclusión de nuevas actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental, la realiza en todos los casos el titular de la potestad legislativa: Cortes Generales (Ley 4/1989, por ejemplo) o Parlamentos territoriales (me remito a las Leyes autonómicas)... En función de esa actividad normadora, es obvio que se establecen las correspondientes obligaciones posteriores sobre la

(24) En general es relativamente sencillo advertir cómo el Anexo del RD Legislativo ha ampliado el Anexo I de la Directiva 85/337, trayendo al mismo diversas rúbricas del Anexo II de esta Directiva. Las grandes presas son, así, una muestra de esa voluntad ampliadora.

(25) Resulta, de ello, que se definen por el RD citado como grandes presas aquellas de más de 15 metros de altura, siendo ésta la diferencia de cota existente entre la coronación de la misma y la del punto más bajo de la superficie general de cimientos, o a las presas que, teniendo entre 10 y 15 metros de altura, respondan a una, al menos, de las indicaciones siguientes: capacidad del embalse superior a 100.000 metros cúbicos. Características excepcionales de cimientos o cualquier otra circunstancia que permita calificar la obra como importante para la seguridad o economía públicas.

(26) Me remito a los datos que se proporcionan en el punto 4.B) de este apartado.

Administración (o, en su caso, los particulares) que cuando persigan la realización de los proyectos previamente incluidos en la norma deberán atenerse al trámite de evaluación de impacto ambiental.

2.^a Dejando ahora al margen a los legisladores territoriales, es claro que el Legislador central español ha optado por una de las posibilidades que tenía de actuar en función de lo indicado en el artículo 4.º de la Directiva 85/337: ha incluido *genéricamente* proyectos del Anexo II de la Directiva entre los obligados a evaluación de impacto ambiental.

3.^a Lo que no ha hecho en modo alguno es proceder de la segunda forma de las que tenía a su disposición según el artículo 4.º de la Directiva: *fixar umbrales o criterios* a partir de los cuales debería tener lugar la evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos.

4.^a En ningún caso y hasta ahora según el derecho vigente, aparece entre los proyectos relacionados con la actividad hidráulica y necesitados de evaluación de impacto ambiental, algo distinto a la construcción de grandes presas.

b) *La relación entre la normativa española y la europea.
En particular, la consideración del Anexo II
de la Directiva 85/337.*

Visto todo lo anterior tenemos que establecer un juicio acerca de la corrección del legislador español en su forma de proceder. Es decir, si tiene efectivamente la libertad de configuración de la que parto para incluir proyectos del Anexo II de la Directiva, o si, por algún motivo de base jurídica suficiente, no existiría tal libertad sino que determinados proyectos de entre los enumerados en el Anexo II de la Directiva, deberían obligatoriamente ser incluidos entre los necesitados de evaluación de impacto ambiental. Si esto fuera así, es obvio que nuestra legislación ambiental sería ilegal por contravenir una norma europea.

a') *La opinión de la Comisión Europea.*

Sobre este problema la opinión de la Comisión Europea es la de la falta de libertad de los Estados para incluir —o no— los proyectos del Anexo II. No hay tal libertad, dice la Comisión. Los Estados deben prever en su legislación que todo proyecto incluido en el Anexo II que pueda tener efectos medioambientales perjudiciales, tiene que ser objeto de evaluación de impacto ambiental.

Esta opinión, como digo, es la repetidamente mantenida por la Comisión Europea, pero voy a utilizar aquí las expresiones contenidas en su último *Informe Anual al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario* (es el décimo Informe Anual), que cito por COM (93) 320, final, documento fechado en Bruselas el 28 de abril de 1993. En su página 100 se dice que:

«Como ya se dijo en años anteriores, la Comisión estima que los proyectos incluidos en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE cuya realización pueda tener repercusiones negativas sobre el medio ambiente por su ubicación, su naturaleza o sus dimensiones, deberán someterse a una evaluación de impacto medioambiental. De acuerdo con este criterio, las leyes que incorporen esta Directiva a la legislación de los Estados miembros, deberán prever esta posibilidad. Por consiguiente, la legislación de la mayor parte de los Estados miembros, es decir, de todos excepto el Reino Unido y Francia, que no prevé la evaluación de todos los tipos de proyectos del Anexo II, no podrá considerarse completa. La Comisión adopta medidas contra los Estados miembros que sólo han incorporado parcialmente la Directiva 85/337/CEE. Es importante saber que actualmente se aprueban numerosos proyectos sin evaluación previa de impacto, contraviniendo la directiva, lo que puede conllevar efectos negativos, e incluso irreversibles para el medio ambiente.»

De la parte destacada de la opinión de la Comisión deberían extraerse las siguientes conclusiones, que establezco sucesivamente con algún mínimo comentario marginal en el caso de que sea preciso:

— El Anexo II de la Directiva no tiene la naturaleza de enumeración de proyectos de inclusión voluntaria por parte de los Estados. La relación entre el Anexo I y el Anexo II no podría, por tanto, establecerse en torno al par de conceptos vinculatoriedad-libertad que, sin embargo, sí parecía desprenderse de la cita textual del artículo 4.º (vid. *supra*).

— Los proyectos del Anexo II deben ser objeto de evaluación de impacto ambiental, con independencia de que figuren en ese Anexo, si por sí mismos pueden tener ese grado de afección de que habla la Comisión.

— Por consiguiente, los Estados en sus legislaciones deben incorporar ese principio, y las leyes no serán perfectas (completas) en

cuanto a su adecuación al derecho europeo en tanto en cuanto no lo contengan.

— Quien debe, por tanto, disponer el cumplimiento de la Directiva en ese sentido es el Legislador nacional competente. No se trata de un mandato dirigido a las Administraciones ejecutoras o a los particulares.

— Para la Comisión sólo dos países, Reino Unido y Francia, incorporan dicho principio a sus legislaciones. El resto están, otra vez para la Comisión, al margen de la legalidad europea y, por tanto, la normativa española lo estaría también.

b') *Las opiniones doctrinales sobre la cuestión.*

Sin embargo, y paradójicamente, la opinión de la Comisión en esos términos tan taxativos y claros como arriba se ha expuesto, parece destinada a ser defendida en exclusiva solamente por el propio órgano de gobierno europeo. La contemplación de la doctrina (y, posteriormente, de la escasa jurisprudencia existente sobre la cuestión), sí que permite concluir en que existiría una diferencia de naturaleza entre el Anexo I y el Anexo II de la Directiva 85/337 en contradicción con la forma de contemplar las cosas por la Comisión. Para los autores que cito posteriormente, son los términos literales del artículo 4.º de la Directiva 85/337, y su propia estructura interna, los que les permiten llegar a esa conclusión.

Comencemos por una cita de sentido general, enmarcada en la reflexión sobre el efecto directo de las Directivas comunitarias en medio ambiente. Dice L. KRAMER, el primer autor que seguimos, que:

«En el artículo 3 de la Directiva 85/337, por ejemplo, se estipula que para determinados proyectos públicos o privados deberá hacerse una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. *Esta obligación no está sujeta a condición alguna, al menos por lo que respecta a los proyectos del Anexo I de la Directiva*» (27).

En la doctrina española es curioso constatar que algunos autores que dedican trabajos amplios a la problemática que tratamos no

(27) Cfr. L. KRAMER, *Sobre el efecto directo de las directivas comunitarias de medio ambiente*, en «Revista de Derecho Ambiental», 7, 1992, pág. 17. La opinión de este autor parece ser de la máxima relevancia en cuanto que, según indica el artículo que cito, se trata del «Jefe de la Unidad Legal de la Dirección General de Medio Ambiente, Seguridad Nuclear y Protección Civil, de la Dirección General XI de la Comisión de las Comunidades Europeas».

plantean, siquiera, la cuestión en torno a la que discurro sino que escriben, con completa naturalidad, sobre la distinción de naturaleza entre los dos Anexos desde el punto de vista de la vinculatoriedad estatal. En ese sentido podemos destacar a MARTÍN MATEO (28), FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (29) o ALONSO GARCÍA (30). Especialmente significativa es la cita de LÓPEZ GONZÁLEZ:

«En virtud del principio de exigencias comunitarias mínimas, se establece un ámbito de aplicación necesaria de la Directiva (art. 4.1) en relación con los proyectos enumerados en el Anexo I de la disposición, y un ámbito de aplicación potestativa (en la medida en que los Estados miembros consideren que sus características lo exigen) referido a los proyectos enumerados en el Anexo II de la Directiva (art. 4.2)» (31).

El tratamiento más reciente y completo es el de J. ROSA MORENO, que habla de la «controvertida interpretación del Anexo II» (32) calificando de «forzada» a la posición de la Comunidad Europea (33) puesto que si se sigue su opinión habría que concluir en que

«realizar esta afirmación es similar a aseverar que la Directiva, con respecto al segundo anexo, establece la obligatoriedad bien de implantar parámetros de sujeción o bien de adoptar el sistema de estudio previo sistemático para la concreta delimitación del ámbito de aplicabilidad, resultados éstos en ningún caso pretendidos» (34).

Para el autor citado últimamente, el único efecto del Anexo II sería el siguiente: que si el Estado incluye las actividades de dicho Anexo bajo el ámbito de aplicación de los estudios de impacto, «deberá respetar en su transposición el exacto perfil que en la Directiva recibe dicho instrumento, sin poder minimizar las exigencias comunita-

(28) Cfr. su *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid, ed. Trivium, 1991, vol. I, pág. 324.

(29) Cfr. su libro *La protección del medio ambiente en derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español*, Vitoria, ed. Gobierno Vasco, 1991, pág. 395.

(30) Cfr. *El derecho ambiental de la Comunidad Europea*, Madrid, ed. Civitas, 1993, vol. I, vid. especialmente la pág. 122 con apelación específica a la libertad del Estado respecto a los proyectos incluidos en el Anexo II.

(31) Cfr. *El régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, «Revista Andaluza de Administración Pública», 4, 1990, pág. 66.

(32) Cfr. *Régimen jurídico...*, op. cit., págs. 46 y ss.

(33) Cfr. *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 48.

(34) Cfr. *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 49.

rias al respecto en base a la discrecionalidad nacional arbitrada en este punto» (35).

c') Alguna referencia jurisprudencial. La interpretación estricta de los supuestos sometidos a evaluación de impacto ambiental.

Sobre la problemática tratada no existe todavía jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad. Eso lleva consigo que debamos ceñirnos, exclusivamente, a la jurisprudencia —muy escasa, por cierto— española. Jurisprudencia, además, que no ha considerado hasta ahora directamente el problema, sino indirectamente, con ocasión de otros planteamientos. Nadie parece que, al menos hasta el momento, haya planteado ante los Tribunales españoles —o éstos no han resuelto todavía ese planteamiento directo— la problemática que tratamos. No obstante, sí que de determinadas decisiones relacionadas con la cuestión puede deducirse inequívocamente una voluntad de interpretar restrictivamente los supuestos que deben ser sometidos a evaluación de impacto ambiental, considerando como tales exclusivamente a aquellos incluidos en el Anexo del RD Legislativo 1302/1986 y no operando, de ninguna manera, una interpretación extensiva al estilo de la postulada por la Comisión Europea.

Esa doctrina podemos advertirla en la Sentencia 319/1993, de la Audiencia Provincial de Lérida, de 30 de noviembre de 1993, cuando en su Fundamento de Derecho quinto se dice que:

«Esta última Ley (RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio exige la necesidad de que los proyectos consistentes en la realización de obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo de la misma se sometan a una evaluación de impacto ambiental. En el anexo se incluyen las grandes presas (no así, en sentido estricto, en la Directiva). Como la Ley no especifica lo contrario, la expresión "grandes presas" sólo puede referirse a su construcción o a obras directamente relacionadas con la misma, y no, por razones obvias, a cualquier actividad desarrollada como consecuencia de una gran presa.

La letra a) de la Disposición adicional del Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental, apro-

(35) Cfr. *Régimen jurídico...*, op. cit., pág. 49.

bado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, y el apartado 10 de su Anexo 2 responden a igual planteamiento. En particular, debemos destacar este último apartado, en el que se declara *qué se entiende por gran presa y se refiere al concepto "obra" y no al de actividad.*

No es aquí, por tanto, aplicable dicha normativa, al no encontrarnos ante la realización de una gran presa, sino ante una actividad derivada de una gran presa ya construida.»

Los párrafos destacados de esta Sentencia son bien representativos de esta interpretación estricta: sólo lo especificado en el Anexo del RD Legislativo 1302/1986 está sometido a evaluación de impacto ambiental. Nada más, ni siquiera las actividades relacionadas con los proyectos evaluables, pues la lista se refiere a eso, proyectos, y no a actividades.

Subamos ahora la categoría del Tribunal y acudamos al Tribunal Supremo. En un Auto emitido por el mismo en un supuesto en el que se demandaba del Tribunal la suspensión de una actividad administrativa por —en opinión del demandante— tener que haberse realizado una evaluación de impacto ambiental y ser, por tanto, nula en su opinión la autorización al haberse prescindido de dicho trámite, responde el Tribunal Supremo que

«... procede ahora sólo *prima facie* y a los exclusivos efectos antes apuntados, que nos pronunciemos sobre *si la omisión del indicado trámite de evaluación de impacto ambiental (...) se manifiesta tan patente que aconseja la suspensión del acuerdo recurrido.* Importa resaltar (...) que la exigencia del citado trámite está reservada, según el artículo 1.º (del RD Legislativo), a "los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo del presente Real Decreto Legislativo" y en el núm. 9 del mismo se comprenden "las instalaciones de eliminación de residuos tóxicos y peligrosos por incineración, tratamiento químico o almacenamiento en tierra", *es decir, que no todos los tratamientos de residuos se encuentran afectados por aquella disposición, sino tan sólo los "tóxicos y peligrosos"*, regulados precisamente por la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de dicha clase de residuos. En el supuesto litigioso, los residuos afectados por el Centro de trata-

miento objeto de impugnación, se refieren a los “sólidos urbanos”, regulados en la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, quedando expresamente excluidas, según consta en su ordenanza reguladora, aquellas materias o sustancias “tóxicas y peligrosas”, comprendidas en el Anexo de la referida Ley 20/1986, de 14 de mayo. Así las cosas, obligado resulta concluir, al menos a los solos efectos antes apuntados, que la nulidad denunciada aparece tan difusa y cuestionable que resulta insuficiente su sola invocación para provocar la suspensión interesada» (36).

- d') *Algunas conclusiones. Las exigencias del principio de seguridad jurídica y la necesidad de tipificar, con el máximo grado de concreción posible, la lista de las actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental. La posible necesidad de ampliar los supuestos de utilización de las aguas continentales sometidos a evaluación de impacto ambiental.*

De todo lo anteriormente expuesto creo que puede concluirse en la adecuación de un criterio estricto de lista a los efectos de la obligatoriedad de realización de una evaluación de impacto ambiental con carácter previo a la aprobación de determinados proyectos de utilización de las aguas continentales. Al margen de las razones jurídicas de peso más que suficiente que se han ido enumerando, pienso que un elemental respeto al principio de seguridad jurídica cooperaría, igualmente, a alcanzar tal conclusión. Seguridad jurídica en el sentido de confianza previsible en la legitimidad de determinadas actuaciones o proyectos que pretendan realizar los particulares, sobre todo, pero también las Administraciones Públicas. Resultará muy difícil, así, la realización en el ámbito económico de costosos proyectos o actuaciones, cuando pueda resultar que por aplicación de criterios que por su configuración bien podrían ser calificados como de discrecionales, una determinada iniciativa pueda verse paralizada, suspendida o anulada, por la inexistencia de un trámite administrativo no expresamente exigido en ningún lugar del ordenamiento y de costes económicos y temporales más que amplios (37).

(36) La cita pertenece al fundamento jurídico segundo del Auto del TS de 19 de mayo de 1992 y la toma de la revista «Actualidad Administrativa», 1, de 4 a 10 de enero de 1993, número de repertorio 9.

(37) No pretendo entrar en especificaciones de cifras o tiempos que chocarían con un

Todo lo anterior no quiere decir que no pueda ser necesario, muy probablemente, un nuevo esfuerzo ampliatorio de los supuestos sometidos a evaluación de impacto ambiental en el ámbito de las obras hidráulicas o de la utilización, en general, de las aguas continentales. Los redoblados afanes del ordenamiento jurídico y de las Administraciones de propiciar una protección medioambiental y el crecimiento paralelo de la conciencia proteccionista ciudadana, deberían llevar al legislador a la conciencia de la necesidad de modificar el Anexo del RD Legislativo 1302/1986, sometiendo nuevos grandes proyectos a dicha obligación. Pero, en todo caso, considero necesaria esa intervención legislativa para que pueda, realmente, postularse con fundamento jurídico la obligatoriedad de realización de la evaluación. Lo contrario es dejar en el ámbito de la nebulosa, de la justicia del cadí de cada día, una cuestión tan importante como la que tratamos y sobre la que es necesaria el esfuerzo autodospositivo de la propia sociedad, que es lo que, en el fondo y en la forma, significa la intervención del Legislador.

3. *La evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas aprobadas por Ley*

Otro problema jurídico importante que dentro de los usos de las aguas continentales presenta una faz singular, es el de la necesidad —o no— de realizar evaluación de impacto ambiental en relación a los proyectos aprobados mediante Ley. Recuerdo, simplemente, que la disposición adicional primera del RD Legislativo 1302/1986, dispone la exención del trámite de evaluación de impacto ambiental a los proyectos «aprobados específicamente por una Ley del Estado», disposición plenamente congruente con las previsiones de la Directiva 85/337 (38).

Pues bien, si se piensa que, según nuestro sistema jurídico, «las obras públicas de carácter hidráulico que sean de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma *habrán*

trabajo de corte sólo jurídico, pero es lo cierto que los costes y el tiempo que debe dedicarse a la realización de un estudio de impacto ambiental y a su tramitación administrativa posterior no son, ni mucho menos, despreciables en relación a los costes globales del proyecto concreto. La literatura específica —a la que remito en bloque— contiene indicaciones más que sorprendentes, por su cuantía, sobre la cuestión.

(38) El artículo 1.º.5 de la Directiva contiene esa misma exención pero ofrece, incluso, una justificación de los motivos de la exención. Dice así el precepto citado: «La presente Directiva no se aplicará a los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos perseguidos por la presente Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo.»

de ser aprobadas por Ley e incorporadas al Plan Hidrológico Nacional» (art. 44 LAg.), queda inmediatamente planteada la cuestión acerca de si, entonces, no se produce una automática exención del trámite de evaluación de impacto ambiental para esas obras hidráulicas de interés general, precisamente las más importantes.

Lo indicado en el apartado anterior exige, además, alguna otra acotación. Con el sistema del actual ordenamiento jurídico de la evaluación de impacto ambiental, sólo las grandes presas (definidas por el RD 1988) están sometidas a evaluación de impacto ambiental. La exención, entonces, sólo podría referirse a éstas, porque el resto de las obras hidráulicas podrán ser objeto de estudios de impacto ambiental en el sentido que observábamos en el RDPH, pero no de evaluación de impacto ambiental. Pero, ¿tiene sentido esta exención que se derivaría de una Ley aprobada en 1985 cuando unos años más tarde (textos normativos de 1986-1988) se indica que las grandes presas —con independencia de su instrumento de aprobación— están sometidas al trámite de evaluación de impacto ambiental?

No, lo cierto es que si por un lado se afirma ese sometimiento (ordenamiento jurídico de la evaluación de impacto ambiental), no hay ninguna congruencia en que con fundamento en un ordenamiento menos específico —la Ley de Aguas—, pueda postularse la exención. El artículo 44 LAg. no puede, en modo alguno, ser el pretexto que justifique la exención de la evaluación de impacto ambiental de las grandes presas que sean obras de interés general (puede pensarse, además, que muy probablemente la mayor parte de las grandes presas lo serán) y, como tales, aprobadas por Ley.

¿Cómo conjugar, entonces, la disposición eximitoria del RD Legislativo 1302/1986 con el supuesto de las obras hidráulicas sometidas a evaluación? Creo que la respuesta a esta cuestión sólo podría establecerse en relación al caso concreto y teniendo en cuenta, además, los supuestos justificatorios de la exención de impacto ambiental que la misma Directiva 85/337 en su artículo 1.5, antes transcrito en nota, contiene. Es decir: la exención se justifica desde el momento en que el Legislativo ha discutido con profundidad, en público y con contradicción de argumentos sobre la realización de una obra hidráulica. Difícilmente se podría eximir a una gran presa declarada obra de interés general por una Ley del trámite de evaluación de impacto ambiental, si esa declaración, como tantas veces —normalmente— sucede, es una declaración sobre una finalidad, sobre una idea, sobre un objetivo, en suma: sobre un proyecto que no merece el nombre de tal desde el punto de vista técnico. Lo que muchas veces aprueban las Cortes mediante Ley no es un proyecto técnico, ya formulado, sino la necesidad de realizar unas obras cuyo proyecto sólo

se encargará con posterioridad a la determinación por Ley de que dicha obra es de interés general. En modo alguno, entonces, puede entenderse cumplido el trámite procedimental por tal aprobación del Legislativo.

Sólo en los supuestos en los que, realmente, hubiera un debate y juicio por el Legislativo sobre la realización de una obra cuyas implicaciones y consecuencias técnicas y ecológicas son perfectamente conocidas y, por tanto, valoradas expresa o implícitamente por el Legislativo en su aprobación (39), podría engarzarse tal hecho con las previsiones de la Directiva 85/337 (art. 1.5) y del RD Legislativo 1302/1986 (disposición adicional segunda) y, por tanto, entenderse cumplido el trámite de evaluación de impacto ambiental.

Lo indicado arriba es de singular importancia en el presente momento, cuando se encuentra a discusión el Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional que contiene —en la forma hasta ahora conocida (40)— una relación de obras que se declaran de interés general. Aplíquese, entonces, lo indicado en el texto a estas obras que aparecen en el citado Plan y téngase ya por emitido un juicio sobre las condiciones en las que, en el futuro, podría entenderse, o no, cumplido el trámite de evaluación de impacto ambiental.

4. *La evaluación de impacto ambiental sobre los usos del agua en la normativa de las Comunidades Autónomas*

Antes de concluir este apartado querría dedicar un último punto al comentario de aquella normativa de las Comunidades Autónomas en la que se contienen previsiones en relación a la necesidad de proceder a una evaluación de impacto ambiental antes de la autorización de usos de las aguas continentales. La cuestión presenta un interés teórico evidente en cuanto que, al margen de las referencias específicas al procedimiento de evaluación, puede existir una previa interrogación relativa a la competencia de las Comunidades Autónomas para ordenar la realización de tal evaluación.

En todo caso y como punto previo para abordar esta cuestión, debe tenerse en cuenta el carácter expreso de legislación básica que tiene la normativa estatal sobre la evaluación de impacto ambiental

(39) Para juzgar sobre el hecho de la valoración por el Legislativo sería un elemento de prueba insustituible la transcripción de los debates que realizan los correspondientes Diarios de Sesiones.

(40) Cfr. sobre el tema el libro dirigido por A. EMBID IRUJO, *El Plan Hidrológico Nacional*, ed. Civitas, Madrid, 1993.

por determinación del artículo 1.º del RD Legislativo 1302/1986 (41). Eso quiere decir, obviamente, que vincula a todas las Comunidades Autónomas que sólo pueden dictar normas adicionales de protección (art. 149.1.23 CE).

A) *La cuestión de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la materia.*

Para cumplimentar esa autoinvitación a la reflexión que acabo de realizar, debe tenerse en cuenta que en relación a las competencias de las Comunidades Autónomas sobre aguas continentales hay un presupuesto constitucional que restringe la posibilidad de intervención de las Comunidades Autónomas a los «proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma» (art. 148.1.10 CE). Sólo en el supuesto de que las Comunidades Autónomas tengan cuencas interiores, es posible que su competencia se amplíe a la legislación, ordenación y concesión de aprovechamientos hidráulicos respecto a las aguas de sus propias cuencas (*ex art. 149.1.22*) (42).

Parece obvio, entonces, que la Comunidad Autónoma correspondiente podrá disponer la realización de una evaluación de impacto ambiental respecto a los usos del agua que, en función de los anteriores presupuestos, le corresponda a ella autorizar, mientras que si la Comunidad Autónoma no tiene competencia sobre el uso, mal podrá disponer la realización de esa evaluación de impacto ambiental porque ello presupondría crear, sin título suficiente, una obligación que debería ser siempre cumplida por una Administración diferente, la del Estado, siendo ésta una forma de relación entre legislación autonómica y Administración estatal que no parece responder a los presupuestos constitucionales.

La Comunidad Autónoma podrá sumar supuestos de obligación de realizar evaluación de impacto ambiental para la aprobación de proyectos que sean de su responsabilidad. En ese caso la evaluación

(41) Dice así este artículo: «Los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo del presente Real Decreto Legislativo, deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental, en la forma prevista en esta disposición, *cuyos preceptos tienen el carácter de legislación básica.*»

(42) La cuestión necesita muchas más amplias consideraciones, pero en el texto resumo hasta lo inverosímil lo que es una polémica jurídica en la que hay una importante sentencia del TC, la 227/1988, que resuelve la cuestión. Me remito a A. EMBID IRUJO, *Las competencias constitucionales y estatutarias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica*, «REDC», 37, 1993, págs. 37 y ss.

deberá ajustarse al procedimiento establecido en la legislación estatal (RD Legislativo de 1986 y RD de 1988) por el carácter básico expresamente establecido al que acabo de referirme, pudiendo la Comunidad Autónoma dictar solamente normas de desarrollo.

Hay, por tanto, una correspondencia entre normativa de evaluación de impacto ambiental y competencia sobre el uso del agua. Si la competencia sobre el uso del agua es estatal, sólo desde la normativa de evaluación del impacto ambiental estatal se puede disponer la obligación de realizar dicha evaluación. En el caso de que la competencia sobre el uso del agua sea autonómica y en ausencia de determinación en la normativa básica estatal, la normativa de la Comunidad Autónoma sería la autorizada para disponer la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental previa a la autorización del uso.

Pero la misma correspondencia hay que establecer en relación al órgano ambiental que debe realizar la declaración de impacto: si la competencia sobre el uso del agua es del Estado y la normativa que regule la necesidad de evaluación es también estatal, estatal será, finalmente, el órgano ambiental que deba realizar la declaración de impacto.

Al margen de que a esta conclusión se podría llegar, simplemente, por aplicación de lo previsto en la propia legislación de aguas en relación al carácter básico de la normativa sobre evaluación de impacto ambiental, por si acaso, el artículo 5.º del RD Legislativo 1302/1986 establece una conclusión semejante. Transcribo el precepto:

«A los efectos del presente Real Decreto Legislativo se considera órgano ambiental el que ejerza estas funciones en la Administración Pública donde resida la competencia sustantiva para la realización o autorización del proyecto.»

B) *Examen de la legislación de las Comunidades Autónomas que establece supuestos de evaluación de impacto ambiental en relación a los usos del agua.*

Pues bien, una vez sentados los anteriores principios, paso a examinar someramente la normativa autonómica que existe sobre la materia, advirtiendo que metodológicamente voy a proceder con una ordenación cronológica de las legislaciones autonómicas que han ido creando los supuestos de evaluación de impacto ambiental.

a) *Legislación navarra.*

Creo que es la Ley Foral 12/1986, de 11 de noviembre, de Ordenación del Territorio, la primera norma autonómica que se ha referido a consecuencias ambientales de proyectos de utilización de las aguas continentales si bien sin configurar, especialmente, una obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental sino, simplemente, de tener en cuenta los impactos ambientales en el procedimiento de aprobación de determinadas actuaciones territoriales.

Eso es lo que dispone el artículo 24.5 de dicha Ley para un instrumento de ordenación territorial que en la legislación navarra recibe el nombre de Plan y Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal y que, entre otros objetivos, puede referirse a «la ejecución de la política hidráulica» (de la enumeración del art. 22). El artículo citado indica que:

«Los Planes y Proyectos Sectoriales de incidencia supramunicipal contendrán las siguientes determinaciones:

5. Incidencia sobre el territorio físico, *afecciones ambientales y medios de corrección o minimización de las mismas.*»

No es ésta la única referencia navarra que podríamos citar. Una muy reciente Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats, ley que por su título se comprenderá que adopta una perspectiva proteccionista de la pesca, dispone la obligación de que «los proyectos de centrales hidroeléctricas, públicas o privadas, al solicitar la licencia de actividad, incluirán un estudio de afecciones ambientales producidas por sus obras, instalaciones y actividad, con el mismo contenido que el exigido a una de Evaluación de Impacto Ambiental en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio» (art. 42.2). No se trata, por tanto, de la obligación de realizar una evaluación que merezca el nombre de tal sino, simplemente, de realizar un estudio con su mismo contenido (43).

(43) La determinación va acompañada en el apartado primero de este mismo artículo de la remisión al reglamento para que determine «los aspectos ambientales que han de contemplar las centrales hidroeléctricas instaladas o a instalar en tramos del cauce fluvial».

b) *Legislación valenciana.*

La Comunidad valenciana cuenta con una Ley específica dedicada a esta materia, que es la Ley 2/1989, de 3 de marzo, de la Generalitat Valenciana, de Impacto ambiental. Desde el punto de vista que nos interesa, cuenta con un Anexo en el que se contiene la obligación de sometimiento a evaluación de impacto ambiental de un número mucho mayor de supuestos que el que aparece en la normativa estatal de evaluación del impacto ambiental (44). La perspectiva en la que se sitúa la Ley es exclusivamente la territorial, pues no se plantea el tema de la Administración que deba autorizar los proyectos, sino, simplemente, que se vayan a realizar en el ámbito territorial de la Comunidad valenciana (art. 1.2 de la Ley). Eso hace que sea bastante dudosa la constitucionalidad de esta legislación (45).

c) *Legislación canaria.*

Canarias cuenta con una Ley propia, la 11/1990, de 13 de julio, de prevención del Impacto ecológico. Se caracteriza también por —al margen de su evidentísima complejidad— el incremento de los supuestos sometidos a evaluación, lo que afecta al supuesto de utilización de las aguas (46). Ahora bien, y en sentido contrario a lo que acabo de señalar para Valencia, el hecho de que las competencias en materia de aguas pertenezcan a la Comunidad Autónoma canaria (47), no permite plantear las dudas que acabo de indicar respecto a la legislación valenciana.

(44) Por ejemplo, en el ámbito de la agricultura, las piscifactorías; en el de la energía, la producción de energía hidroeléctrica; en el de las infraestructuras, las presas y embalses de riego y las obras de canalización y regularización de cursos de agua. En todos los casos y respecto a cada materia el Anexo contiene una referencia que deja en manos del Gobierno valenciano la determinación final de otros proyectos, al margen de los especificados, para los que también será obligatorio hacer esta evaluación. El texto es invariablemente el siguiente: «cualquier otro proyecto o actividad que mediante Decreto del Consell, se considere, con posterioridad a la aprobación de la presente Ley, que directa o indirectamente pueda tener efectos sobre la salud, el bienestar humano o el entorno».

(45) En ese sentido vid. R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, op. cit., vol. I, pág. 335.

(46) Cfr. los Anexos I, II y III de la Ley en relación a los supuestos respectivamente denominados de «evaluación detallada de impacto ecológico», «evaluación detallada de impacto ecológico... en área de sensibilidad ecológica» y «proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental», con las diversas referencias a usos del agua allí incluidas.

(47) Cfr. la disposición adicional tercera de la LAG y, en uso de lo allí indicado, la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas.

d) *Legislación gallega.*

Una referencia a evaluación de impacto ambiental se contiene en la Ley 7/1992, de 24 de julio, de Pesca Fluvial de Galicia, cuando en su artículo 23 se indica que «Las solicitudes y proyectos de todas las presas, diques o canales que se pretendan construir en las masas acuícolas al objeto de facilitar las migraciones periódicas de los peces a lo largo de los cursos fluviales deberán presentar: a) El estudio de evaluación del impacto ambiental, en su caso». La referencia al «en su caso» debe entenderse, pienso, a los supuestos en los que sea apropiado hacer dicha evaluación según lo dispuesto en la normativa básica estatal.

e) *Legislación de Castilla-León.*

Por fin refiero, simplemente, un supuesto en la legislación específica de esta Comunidad (art. 13.6 de la Ley 6/1992, de 18 de diciembre, de Protección de los Ecosistemas Acuáticos y de Regulación de la Pesca en Castilla y León) que deja en manos del Gobierno castellano-leonés la determinación del supuesto en el que hará falta tal evaluación de impacto ambiental. Dice así el texto del precepto:

«Para autorizar dragados, encauzamientos y certificado de cauces se requerirá un informe vinculante de la Junta en materia de su competencia.

Quando del examen del expediente se deduzca la existencia de posibles consecuencias negativas para el medio ambiente, la Junta lo someterá al procedimiento de evaluación de impacto ambiental» (48).

III. EL CONCEPTO DE CAUDAL ECOLÓGICO Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA

El caudal ecológico (o los conceptos relativamente semejantes utilizados en la legislación aplicable y a los que me referiré más adelante) nos sitúa ante una problemática relativamente antigua como

(48) El supuesto normativo es claro que entra dentro de las dudas de constitucionalidad que a estos efectos establecía al principio de este apartado. Téngase en cuenta que la autorización de los proyectos a que se refiere la norma será usualmente de la Confederación Hidrográfica del Duero. Organó estatal será también, entonces, quien deberá realizar la declaración de impacto ambiental. Sin embargo, esa actividad es determinada exclusivamente desde la legislación castellano-leonesa.

es la del mantenimiento en determinadas condiciones de los cursos y masas de agua para, fundamentalmente, facilitar el desarrollo de la pesca. Problemática, pues, antigua, pero paradójicamente, con una tremenda modernidad por la nueva funcionalidad que, con profusión, se hace jugar a estos conceptos en la actual normativa de aguas.

La modernidad (contemporaneidad, más bien para ser exactos) se notará en seguida mediante la cita y comentario de las normas correspondientes que definen o, simplemente, utilizan este concepto. Pero este hecho no es suficiente por sí mismo para justificar un estudio específico sino que la contemplación jurídica del fenómeno tiene que fijarse, necesariamente, en los múltiples problemas también jurídicos que lleva consigo el concepto, fundamentalmente su complejidad competencial, las múltiples finalidades que, en contradicción con la práctica sola protección de la pesca, hoy tienen que atenderse con el mismo y, coherentemente y por fin, las consecuencias de esa polivalente finalidad.

Subyaciendo a todo ello los juristas tendremos que confesar necesariamente alguna debilidad: el derecho no permite, ni mucho menos, agotar la problemática planteada ni, tampoco, contemplarla en su totalidad. Estamos ante una cuestión de índole fundamentalmente técnica, pero de una técnica distinta que la jurídica. El derecho sólo puede acercarse a la completa problemática planteada mediante rodeos y con conciencia de sus limitaciones. Nos dedicaremos, por tanto, a bordear la cuestión, a fijar condiciones del ejercicio de las definiciones de caudal ecológico, consecuencias de las mismas pero, obviamente, sin entrar ni sentirnos autorizados para entrar en el fundamento mismo de la determinación de las condiciones que sirven para entender un caudal como ecológico.

Comencemos entonces, con esta precautoria llamada de atención sobre la dificultad objetiva del tema a emprender, su tratamiento jurídico.

1. *Caudal ecológico, caudal mínimo, caudal natural.*
Precisiones conceptuales

A) *Los conceptos utilizados.*

Aun cuando en el tratamiento genérico de esta parte hablo de caudal ecológico, no podemos desconocer ni por un momento que no siempre las leyes utilizan ese concepto, sino otros diversos (mínimo, normalmente, o mínimo por razones ambientales...), y que ello

debe ser conocido e inserto en el mundo de conceptos dentro del que nos debemos mover.

Como decía en la introducción a este punto, nos encontramos ante una problemática tradicional en el derecho de aguas. Dentro de esta normativa que llamo tradicional podemos observar manifestaciones de la misma en la legislación estatal de pesca, todavía no derogada específicamente.

- a) *Referencias a los caudales mínimos en normativa tradicional. Los caudales mínimos o ecológicos son, fundamentalmente, caudales artificiales.*

La legislación estatal de pesca (Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el fomento y conservación de la Pesca Fluvial, fundamentalmente pero también la normativa reglamentaria de ella derivada), utiliza el concepto de caudal mínimo, que se define en atención a los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos y respecto a sus embalses. Estos titulares de derechos deben dejar correr determinados caudales a fin de facilitar el paso de los peces; el salmón tiene una consideración más favorable o especial o, dicho desde otro punto de vista, funda obligaciones mayores de los concesionarios (49).

La misma normativa apodera al órgano administrativo competente para fijar fechas concretas de adopción de la obligación en función de la época migratoria de los peces y hasta para elevar los caudales mínimos cuando ello sea necesario.

Caudal mínimo es entonces, ante todo, un caudal artificial. Es creado por la actuación específica del hombre —del concesionario de aprovechamientos hidráulicos en el supuesto contemplado en la norma—, siguiendo unas intimaciones normativas o del órgano administrativo competente.

Esa actuación humana no trata de «restablecer un caudal natural», sino siempre y en todo caso de crear unas condiciones artificiales. Es posible (¿quién podría determinarlo con seguridad?) que esas condiciones artificiales se correspondan con las que, de por sí, podría tener el río en ausencia de intervención humana pero, en cualquier caso, ello es aventurado asegurarlo. Se trata, simplemente, de

(49) Es el artículo 5 de esta Ley el que se refiere a estos caudales, que se fijan incluso: «no inferior a un litro por segundo en las escalas de artesa y de treinta litros en las de rampa, quintuplicándose estas cifras en los ríos que sean aptos para la cría del salmón y del solo o esturión». Las obligaciones van unidas a la de evitar colocar artefactos en las presas o diques que faciliten la captura de los seres acuáticos a su paso por aquéllas.

crear unas condiciones adecuadas para el desarrollo de la vida piscícola que superen los inconvenientes que han podido ocasionarse para esta fauna en virtud de la acción humana (construcción de embalses, presas, derivaciones, etc.).

b) *Alguna referencia indirecta a caudales naturales en normativa anticontaminante.*

En todo caso, la interrogación acerca de lo que sea o pueda ser el caudal natural, o las condiciones naturales de un curso de agua, crea en la legislación, relativamente antigua desde nuestras perspectivas, un cúmulo de problemas de difícil solución, en cuanto que hay normativa anticontaminación (contra los vertidos) que adopta como perspectiva un determinado porcentaje de vertido en relación con el caudal «natural» del río (50), al margen de lo que hayan podido ser otras intervenciones humanas (obras de regulación, concesiones, aprovechamientos de cualquier índole, etc.). Por supuesto que esto hace que estas legislaciones tengan obstáculos decisivos en su aplicación real y deban ser sustituidas por otras perspectivas. No parece, entonces, que cualquier apelación a lo «natural» del caudal pueda tener excesivas consecuencias jurídicas si nos queremos plantear las cosas en términos realistas, por lo que deberemos alejar definitivamente de nuestras consideraciones cualquier identificación entre caudales mínimos o ambientales o ecológicos con caudales naturales.

c) *Las referencias en la moderna legislación estatal de aguas.*

Esta perspectiva que acabamos de contemplar centrada casi exclusivamente en la protección de la pesca es superada en la moderna normativa estatal de aguas (51). Sin pretender llevar a cabo ahora un

(50) Vid., por ejemplo, el artículo 17 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, legislación histórica desde alguno de los planteamientos actuales de la LAg., y reflexiónese, simplemente, sobre las siguientes frases que tomo del último de sus párrafos: «Solamente será tolerado el vertimiento sin previa depuración en los cursos de agua de los líquidos sobrantes de industrias o los procedentes del lavado mineral cuando el volumen de éstos sea por lo menos veinte veces inferior al de los que en el estiaje lleva el curso de agua o cuando aguas abajo del punto de vertido no exista poblado alguno a una distancia inferior a la necesaria para que se verifique la autodepuración de la corriente...»

(51) Llamo aquí la atención acerca de que la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los Espacios naturales y de la Flora y Fauna silvestre, no contiene ninguna norma sobre el particular, por lo que siguen desde esta perspectiva vigentes los principios de la Ley de 1942 de pesca fluvial. En la nueva Ley de 1989 y con referencia a la pesca se dice, simplemente, en su artículo 33.2: «En todo caso, el ejercicio de la caza y la pesca

estudio exhaustivo (exhaustividad que con las limitaciones y errores de toda intervención humana pienso que podrá irse deduciendo del conjunto de las consideraciones que se realicen en este apartado del estudio), voy a referirme, con breves comentarios, a aquellas de las normas hoy vigentes más resaltables a nuestros efectos.

En primer lugar conviene citar el artículo 115 del RDPH, que tiene un planteamiento más que singular pero, sobre todo y desde luego, rompedor con la perspectiva anteriormente expuesta de protección exclusiva de la pesca.

Digo singular en cuanto que es un precepto que contiene el posible condicionado de las concesiones (actos, por tanto, singulares de disposición de los recursos hidráulicos), indicándose que dentro de esas condiciones podrán figurar

«caudales mínimos que respetar para usos comunes o por motivos sanitarios o ecológicos, si fueran precisos».

La norma afecta a concesiones futuras, las que se otorguen a partir de la entrada en vigor del RDPH. Lógicamente y por su finalidad no puede, en modo alguno, referirse a las concesiones ya existentes, lo que es un primer indicio significativo de las limitaciones presentes en esta técnica. Lo decisivo es reparar, no obstante, en que no hay forma de instaurar un sistema efectivo de caudales mínimos o ecológicos concesión por concesión en los cauces de una cierta entidad por su longitud y por el volumen de su caudal en relación al que pueda entenderse otorgado en una concesión concreta con tal condicionado. Se trata, entonces, de una técnica bastante rudimentaria de actuación pero, probablemente, la única que estaba a disposición del RDPH en función de su naturaleza reglamentaria y del momento mismo en el que aparece. Una instauración efectiva de un sistema de caudales mínimos exige siempre la intervención autorizatoria última legislativa y, además, teniendo en cuenta el tipo de configuración estructural de la LAg., una remisión a la planificación hidrológica para que sea ella quien adopte las decisiones, normativas definitivas (52).

Por eso un avance significativo en la cuestión —dentro, obviamente, de la legislación estatal de aguas, que es la que ahora estoy si-

continental se regulará de modo que queden garantizados la conservación y el fomento de las especies autorizadas para este ejercicio, a cuyos efectos la Administración competente determinará los terrenos y las aguas donde puedan realizarse tales actividades, así como las fechas hábiles para cada especie.»

(52) Sobre las múltiples virtualidades de la planificación hidrológica en la LAg. me remito a mi libro *La planificación hidrológica. Régimen jurídico*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, *in totum*.

guiendo— va a venir representada por la Orden de 24 de septiembre de 1992, por la que se aprueban las instrucciones y recomendaciones técnicas complementarias para la elaboración de los Planes Hidrológicos de cuencas intercomunitarias. En ella, su artículo 20 se refiere a la fijación de «caudales mínimos por razones medioambientales», conteniendo una serie de determinaciones que habrán de ser tenidas en cuenta por los redactores de los Planes Hidrológicos de cuenca (53).

Es notable en esta norma, como en el RDPH, la superación del ámbito estricto de protección pesquera, así como la conciencia de que el caudal mínimo no puede estar vinculado exclusivamente a los cursos de agua superficiales sino que tiene que afectar de igual manera a los acuíferos, sobre todo cuando cumplen funciones ambientales (54).

En todo caso, más adelante habremos de volver, de la mano de la consideración del texto más notable sobre la planificación hidrológica, el Anteproyecto del Plan Hidrológico nacional, sobre algunas consideraciones específicas en torno a la relación entre el caudal mínimo y la planificación hidrológica.

B) *Funcionalidad del caudal ecológico y complementariedad con otras técnicas de protección de la calidad de las aguas.*

De la contemplación de las escasas normas citadas hasta el momento se deduce, claramente, que el caudal mínimo o ecológico no tiene nada que ver con una reproducción de modelos hipotéticos naturales, con la restauración de un pasado hidráulico idílico. Siempre, y en todo caso, el caudal ecológico significa una respuesta intervencionista del hombre ante un estado de la naturaleza que se presenta de una forma determinada por los motivos que fuere y que, sobre todo y ésa es la clave, se quiere modificar. Naturalmente que el problema estriba, entonces, en la determinación de lo que se quiere conseguir, de los valores que deben ser realizados mediante la adopción de caudales mínimos (55). La forma de definir esos caudales vendrá

(53) Dice el artículo 20 que en los Planes hidrológicos, al determinar los caudales mínimos, se «fijarán aquellos tramos de los ríos o puntos que se consideren de interés (presas de embalse, derivaciones importantes, vertidos significativos y otros análogos), especificándose el caudal mínimo que debe circular en circunstancias normales».

(54) Por eso el precepto concluye diciendo que «asimismo se determinarán caudales mínimos de descarga de los acuíferos en los lugares o zonas de interés medioambiental».

(55) Un ejemplo será bien representativo de lo que en el texto se quiere decir: ¿los caudales mínimos o ecológicos deben establecerse para diluir vertidos contaminantes o, al contrario, debe prohibirse expresamente que se establezcan caudales para esa finalidad

vinculada, precisamente, por el objetivo que el legislador quiera perseguir.

Lo que importa resaltar ahora, al margen de que puedan producirse más precisiones en la dirección indicada por el anterior párrafo de la mano del estudio de otra normativa, es que el caudal mínimo o ecológico no es, ni mucho menos, la única técnica que conoce la legislación de aguas para la prosecución de finalidades ambientales o de calidad del recurso. Existen otras y el caudal mínimo o ecológico debe jugar de forma paralela a ellas, con conciencia de su complementariedad. Por ejemplo y si de protección de la pesca se trata, el Anexo 3.º del RAPA contiene unas indicaciones sobre «calidad exigible a las aguas continentales cuando requieran protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces», con diversas prescripciones en torno a la temperatura aguas abajo de un vertido, oxígeno disuelto, materiales diversos, etc., que obligan a adoptar determinadas decisiones a la Administración hidráulica competente al lado (o al margen) de la determinación de caudales mínimos (piénsese en el régimen de las autorizaciones de vertidos, por ejemplo). Cosa semejante podríamos decir del Anexo 4.º del mismo RAPA, referido a la «calidad exigible a las aguas cuando requieran protección o mejora para cría de moluscos» (56).

De la misma manera el caudal mínimo no es separable —o no debe ser teóricamente separable— de la práctica de la evaluación de impacto ambiental referida en la primera parte de este trabajo. El impacto de una gran presa sobre, por ejemplo, la fauna piscícola del río correspondiente, podrá ser medida en la práctica de la evaluación de impacto ambiental y ser objeto de las medidas correctoras correspondientes que aparezcan en la declaración de impacto. Una de esas medidas será muy probablemente la obligación de proveer un determinado caudal mínimo en forma de desagüe constante de la presa para mantener el nivel del caudal aguas abajo de la presa y, por tanto, la capacidad de vida piscícola en todo momento.

Otra vez debo indicar en este lugar que la técnica perfecta para construir un conjunto coherente y sistemático de todas las medidas proteccionistas de la calidad de las aguas en las que el caudal ecológico forme parte de un todo equilibrado, es (y pienso que no puede ser otra en las actuales circunstancias de dispersión competencial

dado que los vertidos contaminantes deben combatirse específicamente desde el ordenamiento jurídico suyo propio?

(56) Los anexos referidos son transcripción de algunas Directivas europeas. En general, llamo la atención acerca de la importancia de las Directivas europeas en materia de aguas en la transformación desde el punto de vista de la calidad de nuestro derecho de aguas, cuestión fácilmente demostrable pero sobre la que no voy a extenderme más aquí.

existente en virtud de nuestra organización territorial) la planificación hidrológica.

2. *El papel predominante de la legislación de las Comunidades Autónomas en la determinación del régimen jurídico de los caudales mínimos o ecológicos*

Ya he llamado en alguna ocasión la atención acerca del reverdecimiento (y de la profusión, añadido) que la determinación de los caudales ecológicos tienen en la normativa autonómica. Ahora va a ser la ocasión de profundizar un poco más ofreciendo una panorámica de aquellas normas que contienen definiciones o referencias al concepto que nos ocupa. En algunos casos la normativa autonómica es una simple adaptación o integración de las referencias de la Ley de Pesca Fluvial de 1942, pero en otros nos encontramos ante novedades auténticas en nuestro derecho de aguas que deben ser resaltadas.

A) *Referencias a normas de distintas Comunidades Autónomas en las que están presentes los conceptos de caudal ecológico o caudal mínimo.*

En este primer punto voy a realizar unas simples enumeraciones de normas por Comunidades Autónomas y con criterio cronológico, no llevando a cabo más comentarios que los que sean estrictamente necesarios para la comprensión del significado del precepto correspondiente.

a) *Navarra.*

Navarra es la primera Comunidad que, en lo que conozco, actúa en este ámbito. Lo hace con referencia exclusiva a los aprovechamientos hidroeléctricos de las pequeñas centrales y con finalidad de protección de la pesca afectando su normativa a las nuevas centrales autorizadas o a la ampliación de las existentes. Diferencia los caudales —como la legislación estatal tradicional— en relación a las zonas salmonícolas y a las ciprinícolas, con exigencias más notables para las primeras. La normativa navarra así configurada tiene que servir de fundamento para el informe que el órgano autonómico competente debe emitir y enviar a las Confederaciones Hidrográficas en el trá-

mite concesional y que también vincula a la licencia de actividad (57).

Con posterioridad, estas medidas establecidas inicialmente por Decreto, han sido incorporadas a la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats (58). El artículo 43 de esta Ley contiene la normativa fundamental sobre la cuestión con la que parece normal remisión al reglamento para el establecimiento de esos caudales mínimos, pero apunta dos novedades que quiero resaltar expresamente:

— Ahora no se dice en ningún lugar que los caudales mínimos valgan, exclusivamente, para las pequeñas centrales sino para las centrales hidroeléctricas en general, sin referencias al tamaño.

— Se inserta una referencia a la planificación hidrológica, algo indeterminada en su configuración pero, pienso, representativa de lo que debe ser una actuación correcta en este ámbito: el acuerdo, la correspondencia, entre los Planes Hidrológicos y las determinaciones que puedan adoptar las Comunidades Autónomas (59).

Por fin, hay que indicar que algunas prescripciones de la normativa navarra sobre caudales mínimos han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el TC (60).

(57) Lo que se resume en el texto aparece en los artículos 4 y 5 del Decreto Foral 344/1990, de 20 de diciembre, por el que se determinan los aspectos ambientales que deberán contemplar los proyectos de instalación de pequeñas centrales hidroeléctricas y se establecen, conjuntamente con otras medidas de protección del medio ambiente, los caudales mínimos a respetar en los cauces fluviales afectados. Con posterioridad, la Orden Foral de 23 de mayo de 1991, especifica los caudales de referencia para determinados tramos de ríos, en relación con los mínimos a respetar y los máximos de confesión en el funcionamiento de pequeñas centrales hidroeléctricas.

(58) La disposición transitoria décima de esta Ley de 1993 indica que en tanto no se reglamenten los caudales mínimos a que hace referencia el artículo 43.1, serán de aplicación en cualquier tipo de concesión los caudales ecológicos establecidos en la Orden Foral 400/1991, de 23 de mayo, a la que me he referido anteriormente en nota.

(59) Dice, así, el artículo 43.1: «Reglamentariamente y, en su caso, de acuerdo con las previsiones de los Planes Hidrológicos de Cuenca, se establecerán los caudales mínimos a respetar por las centrales hidroeléctricas en los cauces fluviales afectados.» El «en su caso» y desde la perspectiva de una norma autonómica pienso que sólo puede querer decir «en el caso de que existan», o cuando sean aprobados.

(60) Aunque no el artículo 43.1 citado. Ha sido recurrido el artículo 43.3, que defiere al reglamento (sin ningún tipo de correspondencia con la normativa estatal) el establecimiento de «las condiciones técnicas que habrán de adoptar los concesionarios para garantizar la adecuación del funcionamiento de las centrales hidroeléctricas a la protección de la fauna acuícola». Vid. la información sobre el recurso en el «BOE» de 3 de julio de 1993.

b) *Castilla-La Mancha.*

La Ley 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial de Castilla-La Mancha, indica con generalidad, y sin referencia a ningún tipo de aprovechamiento concreto (como eran los hidroeléctricos en el caso de la legislación navarra), que «los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos estarán obligados a dejar circular el caudal mínimo necesario para garantizar la evolución natural de las poblaciones de las especies objeto de esta Ley» (art. 20). Está claro, por el título de la Ley y las referencias del precepto, que nos encontramos ante una norma protectora de la pesca (61), que se propone desde la perspectiva exclusiva del caudal mínimo mantener una «evolución natural» de la población piscícola sin que la norma legal precise la definición de ese caudal o contenga una remisión reglamentaria específica para su cuantificación.

También el precepto, como en el caso navarro, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad (62).

c) *Castilla-León.*

Castilla-León aprueba una Ley de título y objeto más amplio aparentemente que el de la protección de la pesca. Se trata de la Ley 6/1992, de 18 de diciembre, de Protección de los Ecosistemas Acuáticos y de Regulación de la Pesca en Castilla y León. Probablemente se trata de la norma que más profundiza en la configuración de los caudales ecológicos en cuanto que:

— Utiliza decididamente este concepto de caudal ecológico y no el de mínimo, más vinculado, por tradición normativa, a la protección de la pesca.

— Sienta una compleja definición del caudal ecológico. Es ésta:

«El régimen de caudales ecológicos garantizará la capacidad biogénica potencial de un ecosistema acuático y se determinará en función de su biocenosis potencial y de la fijación de un biotopo disponible suficiente para ella» (art. 5.1).

(61) Que está acompañada de otras muchas disposiciones en los artículos 21 y ss. también típicas de la protección de la pesca: construcción de escalas o pasos, prohibiciones de vertidos, autorizaciones diversas administrativas, etc.

(62) El artículo 20 y otros muchos artículos de esta Ley entre ellos todos los sancionatorios concordantes con el artículo 20 citado. Vid. la información en el «BOE» de 4 de noviembre de 1992.

— Otorga a la Administración castellano-leonesa una intervención previa en prácticamente todo otorgamiento de concesiones o autorizaciones.

— Que va unida a una presunción de definición de caudal mínimo. Las dos últimas características citadas dan lugar a la siguiente construcción normativa:

«En todos aquellos usos del agua que suponga una modificación de los caudales circulantes en un curso fluvial o un tramo del mismo, será preceptiva la previa determinación por la Junta de un régimen de caudales ecológicos. En ningún caso el caudal circulante mínimo instantáneo será inferior al 20 por 100 del caudal medio interanual medido en el punto en cuestión» (art. 5.2).

— La intervención de la Administración autonómica tiene una funcionalidad específica en los ríos no regulados (63)

— Y va acompañada de prescripciones particulares protectoras de la pesca.

También en este caso los preceptos indicados han sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional (64).

d) *Galicia.*

Por fin, la última de las Comunidades Autónomas que ha intervenido en la materia es Galicia mediante su Ley 7/1992, de 24 de julio, de Pesca Fluvial. La norma utiliza el concepto de caudal ecológico pero lo vincula, exclusivamente, al mantenimiento de la vida piscícola. Veamos alguna parte de su contenido:

— La finalidad del caudal ecológico, como indico, es facilitar el «normal desarrollo de las poblaciones piscícolas» (artículo 22 en su apartado primero) (65) y debe ser observado por toda concesión de aprovechamientos hidráulicos (66).

(63) El artículo 5.3 indica que en estos ríos «la Junta determinará un caudal ecológico, por debajo del cual no se podrán producir detracciones de agua, salvo que las mismas atiendan al abastecimiento de poblaciones».

(64) Vid. la información en el «BOE» de 31 de marzo de 1993. El recurso produce, conforme al sistema previsto en la CE, la suspensión de los preceptos correspondientes, que es levantada por el TC unos meses más tarde (cfr. «BOE» de 22 de julio de 1993).

(65) No se usa el término «natural», como en otras legislaciones, sino «normal», lo que no es lo mismo, obviamente.

(66) El artículo 23 establece una obligación para los «organismos hidráulicos» (más

— A esos efectos se otorga una intervención previa al órgano autonómico competente en los procedimientos que deban ser resueltos por el organismo de cuenca.

— Se introduce una obligación que recae directamente sobre el concesionario, consistente en que toda variación del caudal del curso fluvial motivada por cualquier tipo de aprovechamiento hidráulico habrá de hacerse «paulatinamente».

— Transitoriamente y en tanto en cuanto no se determine por el «órgano competente» el caudal ecológico, éste se fija en el 10 por 100 del caudal medio anual (disposición transitoria cuarta).

— Todo el sistema va acompañado de la regulación de una serie de infracciones y sanciones para quienes lo violenten (67).

B) *Un problema básico: las competencias de las Comunidades Autónomas para fijar los caudales ecológicos.*
Discusión inicial.

Hasta aquí las enumeraciones de las normas que contienen previsiones respecto a los caudales mínimos o ecológicos que, aun con diferencias de textura y objetivos, presentan una serie de puntos comunes significativos que consisten —salvando todas las distancias y diferencias— en determinar normativamente un caudal (o en autorizar desde la norma a la Administración para su determinación) y en otorgar al órgano autonómico correspondiente una facultad de intervenir antes que el Organismo de cuenca (en las cuencas intercomunitarias) en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones, vinculando, además, la decisión de este órgano. Una característica también común (aunque, obviamente, posterior a la norma) es la del planteamiento ante el TC de la cuestión, realmente decisiva, de la competencia de las Comunidades Autónomas para adoptar este tipo de decisiones (68).

adelante plantearémos el tema competencial) consistente en no poder autorizar ninguna obra o trabajo que incumplan obligaciones de «presentar» (*sic*) «el mantenimiento en todo tiempo del caudal ecológico que habrá de verter por la escala o por el paso necesario para asegurar el movimiento natural de las especies».

(67) Cfr. artículo 36.3 y 7 de la Ley.

(68) No quiere decir que el tema de la competencia sea el único susceptible de «judicialización». Hay otro aspecto en la determinación de caudales mínimos que, inmediatamente, puede sugerir problemas de esta índole: los efectos sobre los titulares de concesiones y autorizaciones obligados por las normas sobre caudales a modificar o llevar a cabo de determinada forma sus aprovechamientos. Eso, en los sistemas normativos, puede incluso llevar consigo sanciones administrativas si no se cumplen las intimaciones de la norma o de la Administración autonómica. En todo caso apunto esta problemática pero la dejo momentáneamente de lado.

Pues bien, aun con conciencia de que nos encontramos ante una difícil cuestión que exigiría un planteamiento amplio, minucioso y muy pormenorizado, voy a llevar a cabo una serie de reflexiones generales sobre el tema que sirvan para centrar los problemas principales planteados y aventurar algún tipo de solución.

La dificultad inicial parte —como en tantas cuestiones del derecho de aguas— de la multiplicidad de títulos competenciales que sobre el tema pueden exhibir tanto Estado como Comunidades Autónomas (69). No es solamente cuestión de poner encima de la mesa las prescripciones constitucionales sobre ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos (art. 149.1.22 CE) que otorgarían al Estado la competencia exclusiva en las cuencas intercomunitarias, sino que, igualmente, los títulos de pesca, protección de ecosistemas, desarrollo de la legislación básica estatal en materia de medio ambiente, pueden entrar en funcionamiento y arrojar una pluralidad de perspectivas ciertamente complicada y sobre la que, prácticamente, todo juicio representa determinadas opciones previas sobre el entendimiento de nuestro sistema de distribución competencial (e, incluso, sobre las preferencias y opciones propias sobre el juego de distintos títulos), que nos llevaría muy lejos y hasta a la posibilidad de terminar los razonamientos con conclusiones diversas.

En cualquier caso, sí que parecen existir algunos puntos determinados sobre los que, pienso, es fácil ponerse rápidamente de acuerdo. Creo que serían éstos:

— Los principios generales de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, tal y como resultan de la LAg., de la STC 227/1988 y, por fin, de la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, llevarían a la conclusión de que las Comunidades Autónomas tienen libertad para la fijación de caudales mínimos en sus cuencas propias. Esto afectaría claramente a Cataluña, Galicia, Baleares —Canarias siempre queda al margen de nuestras preocupaciones por su sistema tan especial que facilita la disposición adicional tercera de la LAg.— y a algunas Comunidades Autónomas costeras para aquellos de sus pequeños ríos que discurran íntegramente por el territorio de la Comunidad y puedan considerarse por razones geográficas como propias cuencas.

(69) Creo que está más que justificado que no se relacionen específicamente por Estatutos de Autonomía, todos los títulos competenciales que pueda cada Comunidad Autónoma exhibir y que valgan, por tanto, con las referencias genéricas que se hacen en el texto.

— En segundo lugar y fuera de esas cuencas intracomunitarias, afectando ya a las cuencas intercomunitarias, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 41.2 y 3 de la LAg., que supone una vinculación de la planificación hidrológica por medidas de protección específicas ambientales, siendo ello juzgado conforme a la CE por la STC 227/1988 (70), cooperaría a poder decir que cuando una Comunidad Autónoma afecte específicamente determinadas masas de agua con figuras proteccionistas que se deriven de la legislación ambiental (parques, reservas, etc.), puede adoptar con la medida de protección ambiental determinaciones sobre caudales que vincularían a la planificación hidrológica cuando exista y, también y al margen de su existencia por pura lógica de la interpretación jurídica, a la Administración hidráulica estatal (Organismos de cuenca).

A partir de las anteriores premisas sobre las que, aventuro, podría haber unanimidad, comienzan las dificultades interpretativas y esas dificultades se derivan de que, en realidad, lo que supone la normativa autonómica examinada *supra* es que, desde la única perspectiva de la protección de la pesca (fundamentalmente es eso lo que protegen las normas citadas), se está predeterminando el régimen completo de aprovechamiento de las aguas completas y, por tanto, predeterminando también si van a poder existir aprovechamientos energéticos, regadíos, usos recreativos, acuicultura y hasta, si me apuran, posibilidad de conceder aprovechamientos de abastecimiento de poblaciones. Esa es, repito, la consecuencia a la que puede por lógica llegarse si se parte, como lo hace esa normativa, de una perspectiva unidimensional, la protección de la pesca, a partir de la que debe existir vinculatoriedad para la Administración hidráulica estatal.

En realidad, y como fundamento y justificación histórica de la normativa autonómica, podría decirse que también esa vinculatoriedad y predominio de la perspectiva de la pesca es la que se derivaba de la normativa estatal (Ley de Pesca Fluvial de 1942 y normativa reglamentaria de desarrollo) que suponía, en el fondo, un cierto predominio de los órganos del Ministerio de Agricultura (no precisemos definiciones en cuanto que estamos ante un problema histórico) sobre el sucesor del viejo Ministerio de Fomento (Obras Públicas). Lo único que habría sucedido es que las Comunidades Autónomas, por el «azar» de la distribución competencial, sucedían a la intervención de Agricultura, mientras que en las cuencas intercomunitarias las

(70) Al tema me he referido en A. EMBID IRUJO, *La planificación hidrológica...*, op. cit., pág. 175 y ss.

competencias continuaban «retenidas» por el Ministerio de Obras Públicas.

Todo lo anterior es cierto sustancialmente. En realidad, estamos ante una problemática tradicional en la que sólo han cambiado los sujetos protagonistas, que ya había sido objeto de debate y consideración jurídica mereciendo, por cierto, críticas acerbas de alguno de los más renombrados especialistas en materia de derecho de aguas (71). Ese conflicto tradicional podía, ciertamente, resolverse de una cierta forma implícita desde el presupuesto que las contradicciones se establecían en el seno de una única Administración central personalizada en la que funcionaba el principio de jerarquía. Es decir, algo enteramente contradictorio con nuestro sistema de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, en el que no hay jerarquía a hacer jugar y en donde la actividad de una Administración, si así lo reconoce el ordenamiento, puede vincular decisivamente a lo que otra Administración pueda decidir sin posibilidad de componenda interna alguna (72).

Visto todo lo anterior hay que seguir afirmando que la solución del problema no es nada fácil y mucho menos fácil, sobre todo, si alguien piensa o imagina que en algunos casos la determinación normativa y la aplicación práctica de los caudales mínimos por alguna Comunidad Autónoma pueda hacerse con una finalidad distinta de la estrictamente proteccionista o, desde otro punto de vista, con un exacerbado sentido del proteccionismo pesquero que vea en el recurso pesquero el único o primordial aprovechamiento de las aguas continentales. Que según nuestro sistema de distribución competencial de competencias las Comunidades Autónomas deben informar desde sus competencias las solicitudes de concesiones o autorizaciones que se presenten a la Administración Hidráulica estatal, no tiene

(71) Estoy refiriéndome al trabajo de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Problemas de organización en materia de aguas públicas», contenido en su libro *Aguas públicas y obras hidráulicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1966, pág. 289, donde critica la división competencial que atribuye a Agricultura competencias sobre pesca, postulando la unificación en Fomento y criticando, desde luego, la perspectiva unidimensional con que los órganos de Agricultura —en contradicción con los de Obras Públicas— contemplan el fenómeno de la división competencial que él achaca, además, a pugnas profesionales de determinados cuerpos de funcionarios —Ingenieros de Montes— que luchan, además, por mejoras económicas vinculadas al mundo de la tasa parafiscal (vid. sus referencias en las págs. 316 y ss.). El planteamiento, como se comprenderá, es interesantísimo y tremendamente actual —expurgadas las referencias coyunturales— en la aparente pugna competencial Estado-Comunidades Autónomas.

(72) Una crítica al sistema de la mayor parte de las leyes autonómicas sobre el particular, exceptuando a la gallega (y sin referencias a la norma navarra, no aparecida todavía en el momento de la redacción de su trabajo), en A. FANLO LORAS, «La Administración Hidráulica en el Plan Hidrológico Nacional», en las págs. 63 y ss. de *El Plan Hidrológico Nacional*, ed. Civitas, Madrid, 1993. Vid., especialmente, págs. 78 y ss.

ninguna duda (73). Cuestión diferente es que el ordenamiento jurídico que sirva de fundamento a la emisión de ese informe, sea adecuado a las exigencias completas del ordenamiento de las aguas continentales, responda efectivamente a las premisas de un aprovechamiento integral de las aguas en las que, salvo excepciones justificadas, la pesca es uno más de los aprovechamientos que pueden tener lugar y no, por cierto, el predominante o determinante de los demás según el ordenamiento jurídico vigente (74).

C) *Una salida a los problemas planteados desde la perspectiva de la planificación hidrológica. Los caudales ecológicos como presupuestos de gestión del dominio público hidráulico.*

Los argumentos utilizados llevan a una conclusión creo que bastante lógica dentro del sistema institucional del derecho de aguas en el que nos movemos y, además, utilizado ya por alguna normativa autonómica (75). Se trata de que esa determinación normativa de los caudales ecológicos o mínimos sólo puede ser adoptada legítimamente, con visos de solucionar problemas y de propiciar una protección integral de nuestras aguas que facilite, además, su aprovechamiento integral también, en el marco, como tantas otras cosas, de la planificación hidrológica.

Los Planes Hidrológicos de cuenca, en cuya formación participan las Comunidades Autónomas en cuanto parte de los Consejos del Agua de las cuencas, que son aprobados por el Gobierno de la Nación en el marco de un procedimiento calificado como de coordinación por el TC (STC 227/1988), son el instrumento ideal para recoger y sistematizar las previsiones sobre caudales ecológicos o mínimos que proporcionen las Comunidades Autónomas, para resolver también las contradicciones que, hipotéticamente, puedan crearse entre sus distintas determinaciones parciales que nunca pueden abocar a que los niveles de protección de los ríos que cruzan más de una Co-

(73) Un ejemplo de ello lo constituye la STC 243/1993, de 15 de julio, que reconoce la competencia de la Comunidad Autónoma asturiana para emitir dicho informe antes de que el órgano administrativo del Ministerio de Obras Públicas otorgue la correspondiente concesión.

(74) Puede repararse en que en el artículo 58 de la LAg., que ordena los aprovechamientos, la acuicultura aparece en el punto núm. 5, detrás de los abastecimientos, regadíos, usos industriales para producción de energía eléctrica y otros usos industriales. Es evidente que no puede identificarse acuicultura con pesca, pero desde el ámbito exclusivo económico, la importancia reside en la acuicultura y no en la pesca. El argumento indicado lo utiliza, con referencia obviamente al ordenamiento jurídico anterior, S. MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, págs. 324 y 325.

(75) Cfr. el artículo 43 de la Ley Foral navarra citada.

munidad puedan variar bruscamente en función de las divisiones administrativas.

Los caudales ecológicos así determinados se insertarían en el régimen completo de la utilización y de la protección del dominio público hidráulico. Serían coherentes con el resto de los usos a desarrollar en el río concreto. Mediante el procedimiento de su fijación se habría determinado, al tiempo, cuál de los restantes usos debía —hipotéticamente— ser sacrificado para posibilitar el completo, coherente y racional régimen de utilización. El caudal ecológico se configuraría así como un presupuesto de gestión del dominio público hidráulico y en modo alguno, como es el riesgo que hoy en día se corre, como un obstáculo —para algunos obstáculo a superar— de esa utilización. Tendríamos determinados de esta forma unos verdaderos caudales ecológicos, y no sólo unos caudales mínimos por razones de pesca, que es a donde llega la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. La Administración gestidora del dominio público hidráulico tendría en cuenta, por prescripción normativa, la completa panoplia de variables en la utilización del recurso y, entre ellas y predominantemente, la de los caudales ecológicos a mantener.

Creo que sólo de esta forma integrada, cooperadora y coherente será posible alcanzar una verdadera funcionalidad y eficacia de la técnica de los caudales mínimos que, de seguro, es lo que puede desear cualquier consciente y riguroso administrador de las aguas o del medio ambiente en general (76).

4. *Otros problemas jurídicos planteados en torno a los caudales mínimos o ecológicos. Enumeración*

Voy a concluir la exposición de la problemática jurídica inicial que plantean los caudales mínimos refiriéndome a otras cuestiones distintas de las hasta ahora planteadas y que, fundamentalmente, se mueven en el campo de las consecuencias derivadas del establecimiento de estos caudales. Lo voy a hacer muy someramente para llamar la atención acerca de determinados problemas que a veces pueden pasarse por alto cuando se opera desde perspectivas reduccio-

(76) El Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional, en la versión conocida en el momento que se redactan estas líneas, contiene algunos preceptos relativos a esta cuestión (arts. 20 y 45) que tienen sustancialmente el papel de normas coordinadoras de los futuros Planes Hidrológicos de cuenca. En sintonía con lo que se dice en el texto, vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente en el Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional», en las págs. 115 y ss. de *El Plan Hidrológico Nacional*, ed. Civitas, Madrid, 1993, especialmente págs. 140-141.

nistas, unidimensionales, pero que pueden tener unos efectos evidentes y, además, ser fuente de conflictividad insospechada.

Pues bien, como problemas jurídicos que pueden surgir como consecuencia de las determinaciones sobre caudal ecológico, señalo los dos siguientes:

- La cuestión de la aplicación de los caudales ecológicos a los aprovechamientos futuros o la posibilidad de su aplicación incluso sobre los ya existentes.

Es una cuestión de opciones del legislador, por supuesto, pero parece obvio que la segunda de las alternativas puede plantear problemas indemnizatorios cuando se afecte y se perjudiquen derechos legítimamente adquiridos. Problema jurídico inmediatamente vinculado a él será la cuestión de señalar quién es el obligado a pagar las indemnizaciones que, en su caso, pudieran establecerse.

- La cuestión de la afección al régimen económico-financiero de las obras hidráulicas por la determinación de un caudal mínimo.

El problema que aquí puede plantearse consiste en determinar quién es el que debe asumir el coste correspondiente a los caudales vinculados a la ecología cuando se trata del pago del canon de regulación o de las tarifas de agua (art. 106 LAg. y normativas concordantes) como consecuencia de la realización por la Administración de obras hidráulicas.