

PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa *La incorporación de la variable ambiental al derecho de aguas argentino*, Atelier, Barcelona, 2016. 297 pp.

Elisa PÉREZ DE LOS COBOS, abogada de prestigio especializada en Derecho público y ahora miembro destacada de la escuela murciana de derecho ambiental, grupo liderado por Blanca SORO MATEO y Santiago ÁLVAREZ CARREÑO, es la autora este libro que trae causa de su tesis doctoral en la tuvo el honor de formar parte de su tribunal. La autora ya había anticipado algunos resultados de esta importante línea de investigación: *Leading case ambiental: la causa “Mendoza” y el reconocimiento de los derechos de tercera generación*, “Revista Aranzadi de derecho ambiental”, ISSN 1695-2588, N.º. 30, 2015 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a D. Ramón Martín Mateo (I)), pp. 383-437; *La defensa del derecho al agua como derecho colectivo desde su perspectiva ambiental. La causa “Kersich, Juan Gabriel y otros C. Aguas Bonaerenses S/ Amparo”* “Revista Catalana de Dret Ambiental”, ISSN-e 2014-038X, Vol. 6, Núm 2, 2015; *La cuenca Matanza-Riachuelo, una deuda ambiental histórica*. En Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho, ISSN-e 2386-6594, N.º. 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: Derecho, Salud y Medio ambiente (II Jornadas Internacionales de Bioderecho), y *El fortalecimiento del federalismo argentino y el nacimiento del estado de derecho ecológico en la reforma constitucional de 1994*,”Revista Aranzadi de derecho ambiental”, ISSN 1695-2588, N.º. 27, 2014, pp. 215-24.

La obra que recensionamos realiza un análisis de los efectos que la incorporación de la variable ambiental ha tenido en los conflictos competenciales, en materia de agua, entre las Provincias y la Nación en Argentina. Se parte de la siguiente premisa: las posibles invasiones competenciales derivadas de la *vis* expansiva del medio ambiente. En el ordenamiento jurídico argentino, el agua se reconoce como un sector material autónomo, sujeto a su específico diseño constitucional de distribución de competencias, sin perjuicio de que, en su condición de recurso natural, quede integrada dentro del *supra* concepto medio ambiente, sujeto, igualmente, a su propio sistema competencial.

La obra, con excepcional prólogo de Santiago ÁLVAREZ CARREÑO y Blanca SORO MATEO se estructura en cuatro capítulos: El Capítulo I sintetiza las etapas en la evolución del derecho de aguas en Argentina; el Capítulo II se destina al análisis de la distribución competencial en materia de aguas ; el Capítulo III, se centra en la distribución competencial en materia de medio ambiente Argentina y analiza los conflictos competenciales agua-medio ambiente en el ordenamiento jurídico argentino. La obra cuenta con cuatro valiosos anexos (Tratamiento constitucional, Jurisprudencia citada, Normas y documentos, Bibliografía).

El Capítulo I que sintetiza las etapas en la evolución del derecho de aguas en Argentina se centra en lo ocurrido tras la reforma constitucional de 1994 y la preva-

lencia de la concepción dominical del recurso. PÉREZ DE LOS COBOS da cuenta del reconocimiento expreso a favor de las provincias del dominio originario sobre los recursos naturales –entre ellos el agua- que ha puesto fin a la tradicional controversia (Nación-Provincia). Cree PÉREZ DE LOS COBOS que debe armonizarse y hacerse compatible el contenido del artículo 124 CN por el que se reconoce a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales y el art. 41 CN que atribuye a la Nación la competencia para establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental. Para ello debe tenerse en cuenta que si la norma tiene como cometido la regulación de los recursos naturales en cuanto son uso y aprovechamiento -se tratará a todas luces de una competencia provincial exclusiva-. Pero si el fin por la norma es de protección, entonces resultará de aplicación el art. 41. 3 CN –criterio finalista invocado por nuestro Tribunal Constitucional-. Por eso, los presupuestos mínimos de protección ambiental deberán, dentro del marco dado por el art. 41.3 CN fijar un mínimo común denominador para toda la Nación, una legislación de bases por la que se garantice una protección ambiental elemental e irrenunciable, que garantizando la igualdad, deberá ser integrada como propia en el derecho provincial. La combinación de los artículos 124 CN y el art. 41 CN induce a pensar que la delegación a favor de la Nación en materia ambiental se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no conllevara el vaciamiento del dominio que ostentan las Provincias sobre esos mismos recursos.

En el Capítulo II “La complejidad competencial en materia de aguas en el Estado federal argentino”, la autora comienza desarrollando un apartado sobre precisiones sobre la complejidad competencial del estado federal argentino (se examina de modo previo el concepto de estado federal y el origen histórico del federalismo argentino, el origen unitario o descentralizado del modelo de estado argentino, el trasfondo económico de la adopción del federalismo como forma de Estado). A continuación se realiza un extenso análisis sobre la reforma de la Constitución argentina de 1994 con el fortalecimiento del federalismo en la Constitución argentina y el «Constitucionalismo verde argentino» a partir de 1994 (la cláusula ambiental (art. 41 CN), los derechos de incidencia colectiva y el amparo colectivo y el dominio originario provincial de los recursos naturales). El siguiente objeto de estudio en este Capítulo II es la integración del modelo federal argentino, sujetos de la estructura federal argentina y su ámbito de autonomía, las relaciones internas en la estructura federal argentina induciendo la teoría general del sistema: el principio de supremacía federal: suprasubordinación, el principio de participación, el principio de coordinación, distribución constitucional de competencias (competencias exclusivas o privativas, concurrentes, compartidas). El capítulo culmina con el estudio de la distribución de competencias en materia de agua en derecho argentino estudiando de modo específico la incorporación de la variable ambiental al derecho de aguas argentino. El

capítulo contiene un estudio de caso: el Derecho de los tratados interprovinciales con especial referencia a la Cuenca Matanza Riachuelo.

Concluye PÉREZ DE LOS COBOS que las Provincias ostentan respecto del agua el total de las potestades propias de su regulación con la salvedad de aquellas competencias que ha sido delegadas al Estado Nacional (la Nación detenta competencias como la navegación, comercio interprovincial por vía fluvial el comercio interprovincial por vía fluvial art. 75 inc. 13 CN; las causas de almirantazgo o jurisdicción marítima y fluvial art. 116 CN, y otras como la competencia para el dictado de la legislación de fondo ex art. 71 inc. 12 CN, la jurisdicción sobre los territorios y lugares adquiridos por la Nación mediante compra o cesión ex art. 75 inc. 30, y los denominados establecimientos de utilidad nacional; competencia judicial federal para conocer de los casos de contaminación o degradación de las aguas interjurisdiccionales y en especial la regulación de los presupuestos mínimos de protección ambiental ex art. 41CN. Por tanto, salvando las anteriores, las Provincias ostentan competencia exclusiva en materia de aguas.

De esta forma la autora considera que este régimen de exclusividad competencial debe ser puesto en relación con el hecho fundamental de que en Argentina el 90% de los recursos hídricos resultan interprovinciales. De acuerdo con este sistema competencial las tareas de planificación y gestión de los recursos interprovinciales deben ser compartidas por las Provincias involucradas a través de acuerdos de voluntades entre iguales. Surge así, en palabras de PÉREZ DE LOS COBOS, el Derecho de los tratados sobre ríos provinciales entendido como los acuerdos celebrados entre dos o más Provincias por los que se regulan intereses comunes, —en este caso el agua, con conocimiento, que no aprobación, del Congreso federal.

La importancia fundamental de estos tratados, en muchos de los cuales participa la Nación, es incuestionable de cara a la simplificación de las disputas competenciales sobre el agua. Comparados ambos sistemas de distribución de competencias en materia de agua, y advertida la tendencia rupturista de los nuevos EEAA en España, se pregunta la autora si podrían tener acogida en nuestro sistema los tratados interprovinciales argentinos. En este sentido, observa una incipiente acogida. Sirva de ejemplo el Estatuto de Autonomía de Aragón que, en materia de aguas deja expresamente previsto que el Gobierno de España deberá propiciar de forma efectiva el acuerdo entre todas las CCAA que puedan resultar afectadas por obras hidráulicas o de transferencia de aguas que afecte a su territorio (art. 72. 3). La referencia a estos acuerdos entre las CCAA no deja de ser genérica, si bien puede ser interpretada como una aproximación a un modelo basado en acuerdos autonómicos.

Respecto del sistema competencial en España, PÉREZ DE LOS COBOS cree que nos hallamos ante un concreto sector material cuya principal singularidad pasa

por el hecho de que tanto el Estado como las CCAA tienen reconocidas similares competencias cuya atribución depende de criterios poco claros de muy distinta naturaleza. Esto origina una gran cantidad de situaciones de extralimitación de funciones que ha derivado en lo que actualmente se conoce como «la guerra del agua», que se materializa en constantes recursos de inconstitucionalidad. No han sido pocos los EEAA que se han visto envueltos en procesos de inconstitucionalidad. Muchos de ellos introducen preceptos que han obligado al TC a llevar a cabo interpretaciones ciertamente forzadas a fin de reconocer su constitucionalidad. Ha sido necesario que el Alto Tribunal reinterprete de nuevo elementos esenciales de nuestro modelo de Estado a la vista de la tendencia rupturista de ciertas CCAA. Vista la situación actual, afirma PÉREZ DE LOS COBOS “hubiera sido mucho más lógico llevar a cabo una reforma consensuada de nuestro Texto Constitucional que permitiera, sobre nuevos pilares, reformar los EEAA. Se habría evitado con ello una lucha abierta entre las CCAA que bien parecen avanzar hacia una, cada vez mayor, tendencia federalista”.

El Capítulo III “Distribución constitucional de competencias en materia de medio ambiente como título competencial concurrente en Derecho argentino” comienza con unas sugestivas consideraciones previas sobre la consagración constitucional del derecho a un medio ambiente sano y el rediseño competencial derivado de la reforma constitucional de 1994. Destaca en este análisis el federalismo de concertación: el Consejo Federal para el medio ambiente y la articulación constitucional de competencias en materia de medio ambiente. De este modo analiza la extensión material de la cláusula ambiental y las distintas posturas doctrinales. Pero el verdadero núcleo de este capítulo, y a nuestro juicio la parte que tiene mayor valor e interés, es la determinación del alcance material de los presupuestos mínimos de protección ambiental y el propio concepto de presupuesto mínimo de protección ambiental: (concepciones doctrinales, límites, vehículo formal. algunos ejemplos: el agua en las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental). Cierra este capítulo el examen de las competencias de las Provincias en materia ambiental -las normas provinciales complementarias- y el agua en las leyes generales del ambiente de las provincias. Cree PÉREZ DE LOS COBOS que los ordenamientos español y argentino han optado por un sistema de distribución constitucional de competencias en materia ambiental de características comunes, en los que el Estado español y la Nación argentina asumen las competencias sobre la legislación básica y los presupuestos mínimos de protección medio ambiental respectivamente. A través del ejercicio de sus competencias ambas instancias de poder establecen un mínimo común denominador ambiental que será aplicado en la totalidad de su territorio como expresión de los intereses generales que deberán regir en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, y en cuya defensa deben participar las CCAA y las Provincias a través de la legislación de desarrollo y complemento. Por este motivo, el establecimiento

del mínimo común denominador no puede agotar la materia ambiental, debiendo reservar un ámbito sustancial para que las CCAA y las Provincias puedan ejercer sus propias competencias normativas. En el caso de España, el propio TC ha reconocido la imposibilidad de facilitar en puridad un concepto claro de qué es lo básico. Se trata de un concepto jurídicamente indeterminado que fija el TC y que variará en relación a cada sector material concreto. Del estudio de la jurisprudencia constitucional se observa una evolución en la determinación de la extensión de lo básico, desde un posicionamiento amplio, —llegando incluso a eliminar la posibilidad de desarrollo de las CCAA—, hasta uno más restrictivo en el que el TC mantiene que el Estado no puede agotar la materia mediante las bases, debiendo reservar un ámbito sustancial para que las CCAA puedan ejercer sus propias competencias normativas, siendo inviable jurídicamente dejar vacías de contenido las competencias autonómicas.

Por tanto, desde un punto de vista material, afirma PEREZ DE LOS COBOS, sintetizado la jurisprudencia constitucional “ lo básico está impregnado por esos principios generales que constituyen un marco de unión para todo el territorio nacional que debe ser consagrado y respetado por todas las CCAA. La legislación básica establece el límite preciso a partir del cual las CCAA pueden ejercitar legítimamente sus competencias normativas, esto es, funciona como canon en el control de constitucionalidad de las leyes autonómicas. El límite mínimo vendría marcado por el denominador común que ha de estar vigente en todo el territorio nacional y el máximo lo representa el debido respeto a las competencias autonómicas, no pudiendo el Estado agotar la regulación de la materia”. En Argentina detecta la autora un problema similar en orden a determinar qué son exactamente desde el punto de vista material los presupuestos mínimos de protección ambiental. Esta cuestión debe ser resuelta por la CSJN, que deberá determinar la extensión material y los límites de los presupuestos mínimos de protección ambiental en cada caso concreto. A falta de un pronunciamiento decisivo del Alto Tribunal, la doctrina que se posiciona simultáneamente bajo dos concepciones, la amplia y la restrictiva.

Otro de los problemas comunes detectados en el ámbito de la distribución de competencias en materia ambiental es el relativo a la determinación del vehículo formal en el que puede establecerse ese mínimo común denominador ambiental. La amplitud de los instrumentos estatales y nacionales es directamente proporcional a la extensión de las funciones del Estado o de la Nación en orden a regular lo básico o lo mínimo. En ambos casos es posible dar prioridad a la concepción formal en atención al órgano del que emanan, o bien a la concepción material en razón de su contenido. Puede añadirse, no obstante, que la discusión apuntada se matiza en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de la incorporación del Derecho comunitario al Derecho interno, lo que provoca un nivel de detalle impropio de las normas básicas con rango legal, dejando en un segundo plano la discusión descrita.

El Capítulo IV “La aplicación de la variable ambiental a los conflictos competenciales en materia de aguas en derecho argentino” analiza los conflictos competenciales derivados de la distribución competencial argentina (los casos de la ley 25.688 de régimen de gestión ambiental de aguas y la ley 26.639 de régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial –estudiando aspectos más controvertidos-).

Propugna PÉREZ DE LOS COBOS el federalismo de concertación como solución a los conflictos competenciales derivados de la comprensión del agua como elemento del medio ambiente situando en centro de las posibles soluciones al COFEMA⁵. Si bien, aunque de conformidad con los art. 124 y 125 CN, el mecanismo común para la creación de las autoridades de cuenca es el tratado interprovincial, no existe impedimento para que estos puedan constituirse mediante una ley nacional a la que se adhieran debidamente las Provincias, tal y como ocurrió por ejemplo con la ACUMAR. Las leyes convenio se evidencian así como un mecanismo útil al servicio del federalismo de concertación señalándose que no existe en este ámbito una relación de dependencia pese al origen central de la mayoría de este tipo de normas pues, en realidad, esta participación nacional responde a la búsqueda de equilibrio entre las Provincias. Fruto de uno de estos tratados interjurisdiccionales surge el COFEMA destinado a la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre los Estados miembros.

Con independencia de las actuales dudas sobre su eficacia práctica, o sobre el rol que el mismo desempeña en la adecuada vigencia y operatividad de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, cree PÉREZ DE LOS COBOS que cabría la posibilidad de entender que la referencia efectuada en el art. 24 LGA a la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos no sea tanto un condicionante a la operatividad de las normas de presupuestos mínimos —dictada por la Nación en el ejercicio de las competencias que la CN les reconoce vía 41.3 CN— sino un llamamiento a la resolución de conflictos a través de un órgano consultivo y de control. Si se concibiera el COFEMA como un organismo con participación paritaria de los integrantes, nacido del derecho intrafederal, afirma PÉREZ DE LOS COBOS éste podría desempeñar las funciones de coordinación señaladas. Así, desde un punto de vista teórico, el COREMA constituiría el foro adecuado para que Nación y Provincias, de forma previa al ejercicio de sus facultades normativas

⁵ El Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) constituido el 31 de agosto de 1990 en la ciudad de La Rioja. Sin embargo, a partir de 1993 el COFEMA fue reconocido por los gobiernos provinciales —en el Pacto Federal Ambiental— como un instrumento válido para la regulación y coordinación de la política ambiental. Para mayor información (<http://www.cofema.gob.ar/>). Última vez visitado 2 mayo 2017.

—presupuestos mínimos de protección ambiental y complemento— discutieran y concertaran sus contenidos con carácter previo al ejercicio competencial.

De este modo, se garantizaría el control a priori de posibles injerencias competenciales fortaleciendo el federalismo de cooperación al que aspira la reforma constitucional pero respetando la potestad normativa de cada esfera territorial. Pero además, el Consejo podría igualmente ser un organismo útil para la resolución de conflictos previos a la vía judicial ante la CSJN, cuyos pronunciamientos podrían dirimir controversias permitiendo ajustar a la práctica las normas mediante medidas de política ambiental concertada. Esta nueva reconfiguración del COFEMA permitiría una materialización del federalismo concertado a priori y a posteriori, para lo cual deviene imprescindible, entre otras muchas cuestiones, que el total de Provincias ratificaran el acuerdo, tal y como parece ser que en un futuro cercano tendrá lugar. Hasta que ello no ocurra el COFEMA seguirá siendo un organismo de eficacia limitada, cuyas resoluciones no cuentan con una eficacia plena por no vincular a todos los poderes territoriales con competencia normativa en materia ambiental.

La obra que recensionamos constituye un verdadero tratado de Derecho competencial de Aguas comparado hispano argentino, como fácilmente habrá deducido el lector a esta altura de la recensión-. Es una obra sobre problemas y aspectos que trascienden lo jurídico (pues se reflexiona sobre la propia dimensión del Estado Federal y la política y administración hidráulica) propugnando soluciones posibles y realizando propuestas sensatas. Para cualquier lector el libro introduce a las grandes ideas y conceptos del Derecho de Aguas de la mano de los hitos del proceso. Los años de experiencia profesional de PÉREZ DE LOS COBOS y su entusiasmo investigador rezuman por los poros de la obra. El discurso, *que es propio*, se construye, adorna y enriquece con la sólida base jurisprudencial y doctrinal. En este sentido, nos hallamos ante una obra de gran valía intelectual que, a nuestro juicio, se añade a la colección de las mejores monografías en Derecho de Aguas del panorama jurídico nacional.

Jesús JORDANO FRAGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla