



LA SITUACIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: DEFERENCIA HACIA LOS ESTADOS; SUPREMACÍA FEDERAL

David H. Getches

*Decano y Profesor Raphael J. Moses de Derecho de Recursos Naturales
Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado Boulder. EE.UU.*

RESUMEN

Hace más de dos siglos, el sistema federal en Estados Unidos estaba fundamentado constitucionalmente en el principio de que los estados poseen todas las facultades no delegadas por ellos al gobierno nacional. Sin embargo, la Constitución confiere al Congreso poderes como la promulgación de leyes para regular el comercio y la autoridad para que el Presidente negocie tratados. El Tribunal Supremo ha interpretado estos poderes ampliamente, y en general respeta las leyes federales reguladoras que afectan al agua. Si las leyes estatales entran en conflicto con la capacidad del gobierno federal para ejecutar las leyes y políticas promulgadas en el ejercicio de estos poderes, las leyes estatales son sustituidas. En consecuencia, las leyes estatales de asignación de aguas se subordinan generalmente a leyes federales de gran alcance sobre navegación, pesca, fauna y flora, protección medioambiental así como defensa nacional.

PALABRAS CLAVE

Federalismo; Prioridad; Supremacía; Derechos de aguas; Apropiación anterior; Derechos ribereños

RELACIÓN DE ACRÓNIMOS

FERC	Federal Energy Regulatory Comisión,
LNPMA	Ley Nacional de Políticas Medioambientales
LAL	Ley de Aguas Limpias
ESA	Ley de Especies Amenazadas
PIA	acres prácticamente irrigable
MAP	acre-pies
CWA	Clean Water Act

I. INTRODUCCIÓN

1. FEDERALISMO EN ESTADOS UNIDOS

El sistema federal en Estados Unidos comenzó hace 230 años con una confederación de 13 antiguas colonias situadas en la costa este de Norteamérica. Las colonias, ocupadas por inmigrantes de varios países europeos, llevaban mucho tiempo bajo el control de Inglaterra. Durante la Guerra Revolucionaria, éstas declararon su independencia y adoptaron los Artículos de la Confederación. Pronto se demostró que la asociación poco firme entre los miembros de la Confederación era inadecuada, por lo que los estados celebraron una convención constitucional y aprobaron la actual Constitución de los Estados Unidos, que fue ratificada por el último de los 13 estados en 1790. Los estados confirieron poderes limitados al gobierno nacional, y retuvieron para sí todos los poderes de gobierno restantes.

Tras la fundación de los Estados Unidos, su territorio se extendió rápidamente hacia el oeste como resultado de las adquisiciones y cesiones de tierras sobre todo por parte de Francia y México. Todo el continente norteamericano al sur de Canadá y al norte de México estaba incluido en los estados de Estados Unidos en 1912. Alaska y Hawai eran territorios no contiguos que adquirieron más tarde la categoría de estado.

Debido a las condiciones geográficas y climáticas altamente variables del continente, los estados tenían necesidades de agua distintas y desarrollaron diversos tipos de leyes hídricas. La función del gobierno federal en materia de aguas fue insignificante durante muchos años. Al principio, el Congreso trataba los ríos como avenidas para el comercio. Más adelante, el gobierno federal ejerció control sobre el agua en terrenos públicos. Se aprobaron estatutos que parecían encomendar a la autoridad del estado la asignación del agua en función de sus leyes individuales, incluso las aguas en terrenos públicos. No obstante, el Tribunal

Supremo decidió más tarde que el gobierno federal reservaba implícitamente suficiente agua para satisfacer las necesidades de las reservas indias y otras reservas federales de tierra y que esta agua no estaba sometida a las leyes estatales. La construcción de embalses con financiación o autorización federal también se llevaba a cabo en gran medida sin necesidad de respetar la legislación estatal. Y en la década de 1970 se promulgaron leyes medioambientales que, en algunos casos, tuvieron un impacto significativo sobre la capacidad de desarrollar y hacer valer derechos sobre aguas reconocidos en la legislación estatal. Todos estos conflictos federoestatales generaron litigios que pusieron a prueba la legitimidad del control federal del agua que no respeta las leyes estatales. Sin embargo, los tribunales rara vez han estimado que la actuación federal fuera ilícita de acuerdo con los principios del federalismo expresados en la Constitución.

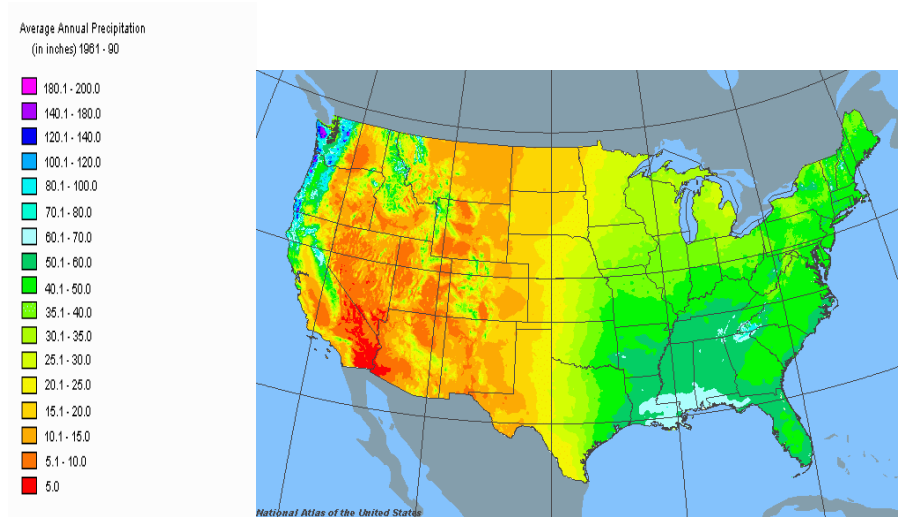
2. EL AGUA EN ESTADOS UNIDOS

A) Principales cuencas

Estados Unidos ocupa un territorio vasto entre el Océano Atlántico y el Océano Pacífico. Los 50 estados incluyen 48 estados contiguos en Norteamérica central más Hawaii en el Pacífico central y Alaska muy al norte, entre Canadá y Rusia. Los diecisiete estados de la mitad occidental de la nación son en gran parte semiáridos; la mayoría registran precipitaciones medias anuales inferiores a las 20 pulgadas al año. Dos estados del Noroeste (Washington y Oregón) son excepciones y reciben abundantes precipitaciones. Los estados orientales reciben de media más de 40 pulgadas de lluvia al año. Véase mapa con patrones de precipitaciones, Figura 1.

Figura 1 Patrones de precipitaciones

Fuente: Atlas Nacional de EE.UU. [Natural Resources Conservation Service](#)



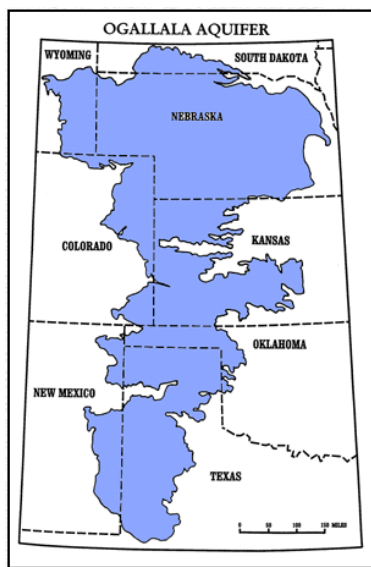
Estados Unidos posee alrededor de 3,5 millones de millas de ríos; 25 ríos tienen más de 600 millas de longitud. Las principales cuencas fluviales del área continental de Estados Unidos que desembocan en un océano son: Columbia, Sacramento-San Joaquin, Río Grande, Pecos, Colorado, Mississippi, Brazos, Susquehanna, Chatahoochee y Connecticut.

B) Aguas subterráneas

Los acuíferos proporcionan casi un cuarto del abastecimiento total de agua en Estados Unidos, más de 90 millones de acre-pies (MAP) al año. Los 17 estados occidentales bombearon 58 MAP de esta cantidad y utilizaron el 79% para agricultura de regadío. En el resto del país, cerca del 67% se aprovecha para fines agrícolas. La dependencia del agua subterránea varía considerablemente entre estados; todas las zonas utilizan cierta cantidad de agua subterránea, pero dos tercios de toda el agua subterránea bombeada se concentra en sólo ocho estados. Un solo acuífero, el Ogallala, ubicado en las llanuras centrales de EE.UU., ocupa porciones de seis estados y suministra agua para el 20% de la agricultura de

regadío y el 30% de toda el agua bombeada en la nación. El acuífero de Ogallala ha sufrido un proceso de agotamiento considerable en los últimos años. Véase Figura 2)¹

Figura 2: Mapa con el Acuífero de Ogallala



C) Abastecimiento de agua

Considerado en conjunto, Estados Unidos tiene suministros de agua abundantes. Existe un promedio anual de 4.800 MAP de agua renovable disponible. Se estima que otros 68.000 MAP se encuentran almacenados en lagos y acuíferos. Alrededor de 380 MAP se retiran anualmente, y solamente 100 MAP se consumen efectivamente (esto es, no disponibles para reutilización). El problema fundamental del abastecimiento de agua en Estados Unidos, al igual que en casi todo el mundo, es que la distribución natural geográfica y temporal no se ajusta a los patrones de la demanda. El consumo ocupa una proporción del suministro mucho mayor en las zonas más secas del país. La Oficina Estadounidense de Reclamación ha identificado 25 “puntos calientes” en el oeste de Estados Unidos donde los suministros de agua existentes no son adecuados para las personas, la

¹ GURU; HORN (2000).

agricultura o el medio ambiente, y donde se predice que habrá condiciones de crisis de abastecimiento de agua en 2025.

En el pasado, el gobierno estadounidense financió la construcción de embalses y otras instalaciones para abordar los problemas de suministro de agua. Se llevaron a cabo grandes proyectos hidráulicos, a menudo a petición de los estados, para transportar agua desde orígenes alejados hasta las zonas de demanda, y se construyeron embalses donde almacenar agua y aliviar el impacto de las fluctuaciones estacionales en la disponibilidad natural de suministros de agua. En la actualidad hay casi 860 MAP de agua almacenados en las 800 principales presas. Ya no es posible construir grandes presas en muchas zonas porque las mejores ubicaciones para embalses se están utilizando, los valores ecológicos entran en conflicto con proyectos de obras que destruyen el medio ambiente y la financiación pública es más difícil en una era marcada por las limitaciones fiscales.

Históricamente, las inversiones federales en instalaciones de abastecimiento de agua han subvencionado en la práctica usos agrícolas en primer lugar y usos municipales en segundo lugar. Más adelante fueron proyectos “polivalentes”, diseñados para satisfacer necesidades recreativas, de pesca y de fauna y flora, facilitar el control de las inundaciones, y demás fines. En la actualidad, considerando que el mayor crecimiento de la demanda se centra en los usos municipales e industriales, la inversión federal ha desaparecido prácticamente y las instalaciones federales existentes están siendo examinadas para determinar cómo pueden gestionarse para optimizar estos usos. Cada vez más, los problemas de abastecimiento de agua son abordados por gobiernos locales y distritos especiales, que recurren necesariamente a métodos tales como la reasignación de suministros existentes, el consumo más eficiente y el mejor manejo de las infraestructuras disponibles.

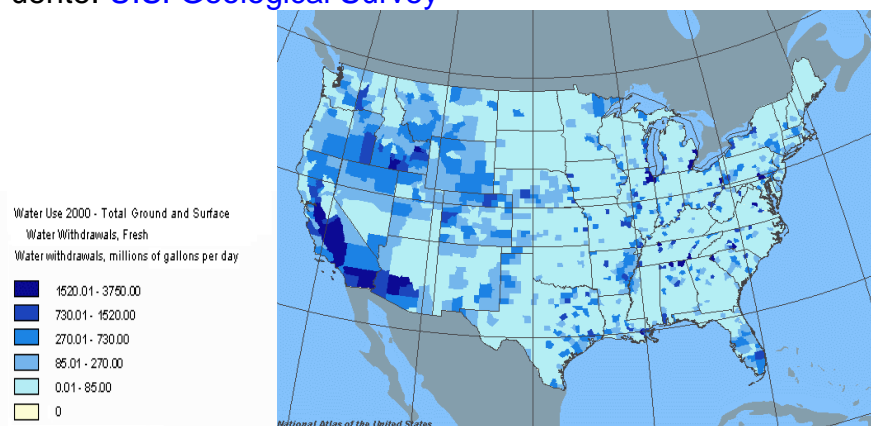
D) Consumo de agua

En general, el consumo de agua en Estados Unidos alcanzó el máximo en 1980, descendió en las décadas siguientes y desde entonces ha repuntado ligeramente. El descenso y el incremento moderado en comparación con el crecimiento de la población se atribuyen a las mejores tecnologías de riego, los costes energéticos más elevados para bombear el agua subterránea y el uso más eficiente del agua por la mayor educación pública y las técnicas industriales mejoradas. El consumo de agua que requiere bombeo descenderá probablemente como respuesta al fuerte incremento de los costes energéticos en 2008.

El único sector en que la demanda ha crecido constantemente es el abastecimiento público de agua. Con todo, la demanda per capita no ha repuntado tan rápido como la población. El número de acres regados en el árido Oeste ha descendido y la cantidad de agua utilizada por acre también es menor. En el Este más húmedo, la superficie dedicada a regadío va en alza. (Véase Figura 3)²

Figura 3: Uso del Agua en 2000

Fuente: [U.S. Geological Survey](#)



² ATLAS NACIONAL DE EE.UU.

A medida que la parte occidental de Estados Unidos se urbanice, la demanda de municipal de abastecimiento de agua continuará ampliándose. Esto presagia un agravamiento de las tensiones con los usos agrícolas establecidos y, como consecuencia de las transferencias de aguas de las explotaciones agrícolas a las ciudades, una reducción mayor en el uso de agua para riego.

Hay un ámbito de demanda no cuantificada para usos de corrientes. Históricamente, las instalaciones hidroeléctricas han demandado caudales suficientes de agua. En la actualidad, el mayor crecimiento de la demanda de flujos de corrientes es para servicios a ecosistemas, estética y usos recreativos. Las leyes estatales se han ampliado para proteger estos usos y las leyes federales favorecen también la protección medioambiental.

E) Población

Las poblaciones de los estados difieren notablemente, desde California con 36,5 millones a Wyoming con 523.000 habitantes. El hecho más destacable en torno a la demanda de agua es que la región de Estados Unidos con un crecimiento más rápido es el Oeste semiárido. La población aumenta más deprisa en varias ciudades del Suroeste y el Oeste montañoso, donde más escasea el agua. Los patrones de crecimiento poblacional de los últimos treinta años se mantendrán probablemente al menos otros treinta años. Sin embargo, la demanda de agua no aumentará al mismo ritmo. Está previsto que en 2040 los desembalses crecerán un 7-9%, con un pronóstico de crecimiento poblacional del 41%.

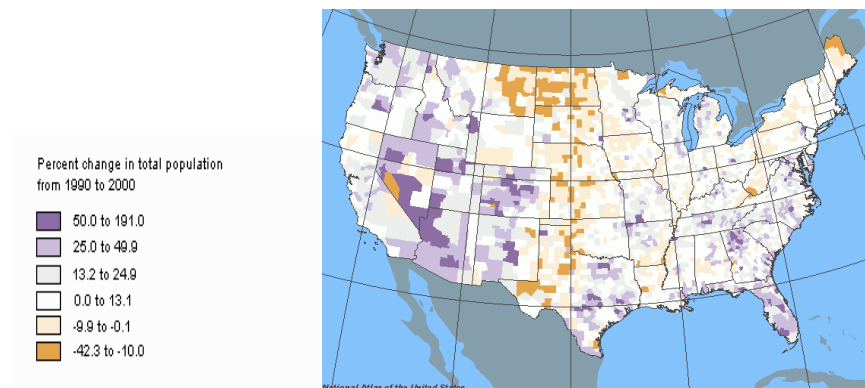
2. TENDENCIAS E INCERTIDUMBRES

Varias dudas inciden en la situación futura de la demanda y la oferta en Estados Unidos, en gran parte debido a las tendencias continuadas. Cada una de estas incertidumbres tiene probabilidades de provocar y exacerbar las tensiones existentes entre los gobiernos estatal y federal en sus respectivos intentos por proporcionar, distribuir y gestionar el agua.

A) Crecimiento

La tendencia más inexorable es el crecimiento sostenido económico y poblacional. El mayor impacto en cuanto a consumo de agua procede de los usos urbanos, y en muchas partes de Estados Unidos el crecimiento de la población se concentra en los núcleos urbanos. Recientemente, el consumo más eficiente del agua ha permitido que la actividad económica y la población crezcan sin un incremento acorde en la demanda de agua. Aún así, el mayor valor económico del agua para consumo humano e industrial en áreas urbanas implica que el agua se está tomando de los usos agrícolas para desplazarla a las ciudades. (Véase mapa con crecimiento de la población, Figura 4.)³

Figura 4: Crecimiento de la población entre 1990 y 2000



B) Demandas de corrientes

Cabe suponer que el respaldo político y público en favor de la protección medioambiental mantendrá o incrementará las exigencias de que el agua permanezca en los cursos de agua y beneficie la pesca, la flora y la fauna y garantice otros “servicios”, tales como la calidad del agua y las actividades recreativas que dependen del caudal de agua.

³ Ebda.

C) Cambio climático

El calentamiento global conlleva cambios drásticos en el abastecimiento de agua y también cambios en la demanda. Se exacerban los efectos de las sequías cíclicas y los periodos secos se producen con más frecuencia y son más acusados. Los patrones de precipitaciones están cambiando y cuestionan la efectividad de las infraestructuras actuales. Por ejemplo, las instalaciones de almacenamiento de agua existentes, diseñadas para capturar las escorrentías del deshielo, no son válidas para las precipitaciones estacionales rápidas tardías.

D) Generación de energía

La generación de energía continúa aumentando y crea nuevas demandas de agua. Las demandas tradicionales asociadas con la energía incluyen el agua necesaria para la producción de carbón, petróleo y gas, y para la refrigeración de las centrales eléctricas. Ahora, con la demanda floreciente de biocombustibles, las predicciones de demandas de agua para riego constantes o en descenso se cuestionan de algún modo debido a la producción creciente de maíz y otros cultivos para transformación en etanol.

E) Derechos de aguas de los indios

Las tribus indias han reclamado legalmente grandes cantidades de agua en el oeste de Estados Unidos. Muchas de estas reclamaciones no se han resuelto, poniendo en tela de juicio la seguridad de los derechos de aguas no indios reclamados en virtud de la ley estatal. Si las tribus tienen éxito en sus reivindicaciones de derechos en el futuro, esto afectará a los usos del agua existentes así como los usos futuros por la población no india.

F) Inversión pública en retroceso

La oposición política a la tributación y el gasto público ha provocado recortes importantes de las inversiones en proyectos hidráulicos durante los últimos treinta años. Como señalábamos antes, la financiación federal de proyectos hidráulicos ha desaparecido casi por completo. También falta financiación para mantenimiento

y reparación de instalaciones existentes. Los sistemas municipales de tratamiento y suministro de aguas están en mal estado. Miles de presas son inseguras y muchos embalses no son apropiados para el almacenamiento de agua con patrones climáticos cambiantes. Todas estas condiciones dificultarán la cobertura de la demanda de agua en el futuro y agravarán las incertidumbres.

II. ESTRUCTURA DEL SISTEMA FEDERAL RESPECTO AL CONTROL DEL AGUA EN ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos, el gobierno federal encomienda en general a los estados la asignación del agua y la regulación de sus usos. No obstante, si las asignaciones o los usos estatales del agua permitidos en virtud de los derechos de aguas del Estado entran en conflicto con las leyes federales, éstos son sustituidos porque la legislación federal prevalece. Existe una tensión constante entre leyes estatales de aguas y leyes federales que amenazan con interferir en la autonomía estatal. Los estados se resisten en ocasiones a la superioridad de la legislación federal, pero más frecuentemente, estas disputas implican a proveedores de agua, que se resisten a una norma que impediría o limitaría el aprovechamiento del agua. En la práctica, los cuestionamientos de la existencia de un poder federal o la intención del Congreso de prevalecer sobre la legislación estatal rara vez se imponen en los tribunales.

1. Supremacía federal

La Constitución de Estados Unidos establece que “las Leyes de Estados Unidos. constituirán la Ley suprema del país...” Esta “Cláusula de supremacía” tiene como objetivo permitir que cualquier ley federal cuyo propósito se viera frustrado por la aplicación de una ley estatal sustituya o impida la aplicación de la ley estatal.

2. Variaciones en las leyes estatales

Las leyes de aguas varían considerablemente entre los 50 estados, aunque básicamente se agrupan en dos categorías. En los estados orientales, donde los cursos de agua son más abundantes y el clima es más húmedo, los principios “ribereños” han guiado el desarrollo de las leyes estatales. Estos principios reconocían que, en virtud de su ubicación, los terratenientes situados junto a un curso de agua poseían el derecho a utilizar el agua y la tierra contigua al curso de agua, y las demás personas que no poseían tierras que bordeaban con un arroyo o un lago carecían de derechos sobre el agua. En el Oeste más árido, los derechos se otorgaban atendiendo a la doctrina de “apropiación anterior” (*Prior appropriation*). Este sistema otorgaba derechos de uso del agua basándose en el momento y la intensidad de usos de agua por una persona, independientemente de dónde se hacía uso del agua o de quién poseía los terrenos por donde discurría el curso de agua.

Actualmente, los estados han adoptado sistemas de permisos que autorizan a los organismos estatales la asignación de derechos de aguas y el control de su utilización. La relevancia de las tradiciones de riberaneidad o apropiación anterior alude a las asignaciones iniciales que se efectuaron antes de crearse los sistemas de permisos y a algunas normas que regulan los procesos de concesión de permisos.

III. REGÍMENES JURÍDICOS ESTATALES PARA EL AGUA

1. Resumen del sistema ribereño

A) Historia

Los académicos discrepan sobre el origen de la doctrina ribereña. Algunos piensan que es producto de la ley civil; otros sostienen que radica en el derecho consuetudinario inglés. Los elementos de la doctrina tienen precedentes

constatados en Francia e Inglaterra, pero en esencia se trata de una doctrina americana.

Hasta principios del siglo XVIII, la mayoría de causas sobre aguas implicaban derechos de navegación y pesca. La llegada de la Revolución Industrial y el consiguiente aumento del número de molinos de agua generaron la necesidad de contar con principios jurídicos uniformes que pudieran aplicarse en las cada vez más numerosas disputas sobre el agua relacionadas con el acceso al caudal del curso de agua. La respuesta legal fue el desarrollo de la doctrina ribereña.

El principio fundamental de la doctrina ribereña es que el propietario de un terreno situado junto a un río o lago adquiere determinados derechos de uso del agua. Los otros propietarios (los “no ribereños”) no tenían derechos de aguas. Al principio, el derecho se extendía a todo el curso natural del río, pero esta situación otorgaba potencialmente a los terratenientes el derecho a monopolizar todo el sistema. Desde las primeras causas, los tribunales afirmaron que cada terrateniente contiguo al curso de agua podía hacer solamente un “uso razonable” del agua situada en sus propiedades y que ese uso no debía interferir con los usos razonables de otros ribereños.

Veintinueve estados cuentan con sistemas arraigados en la doctrina ribereña. Otros diez tienen sistemas basados en alguna combinación de doctrina ribereña y apropiación anterior. Hoy en día, los sistemas estatutarios han sustituido en gran medida la pura riberaneidad en casi todas las jurisdicciones, aunque los tribunales y organismos aplican elementos de la doctrina para conceder y hacer valer algunos derechos.

B) Derechos de aguas modernos en estados ribereños

Si bien algunos tribunales continúan empleando el lenguaje de "caudal natural", todos los estados ribereños han adoptado alguna modalidad de la doctrina del uso razonable. Casi todos ellos poseen regímenes de permisos estatutarios.

a) Funcionamiento de los sistemas de permisos

El crecimiento de la población y el desarrollo del país han provocado que la mayoría de los estados ribereños adoptaran sistemas de permisos estatutarios para parte o para la totalidad de los usos del agua. Muchos de los estados que no poseen sistemas de permisos están revisando actualmente sus leyes y probablemente acabarán aprobando algún tipo de reglamento. El primer derecho estatutario y consuetudinario que definía el uso razonable se reflejaba en los sistemas de permisos. Además, las disputas pertenecientes al derecho consuetudinario entre individuos pueden resolverse por referencia a los principios ribereños, por lo que estos principios aún conservan su relevancia.

Los estatutos de permisos requieren habitualmente que cualquier persona que quiera desviar o apropiarse de agua consiga primero permiso de un organismo administrativo del estado. Este organismo puede ser responsable de la asignación y de la calidad de las aguas. Sólo unos cuantos estados ribereños requieren permisos a los pequeños usuarios domésticos. Muchos estados eximen a arroyos, estanques en granjas y otros usos con una menor influencia sobre los flujos de corrientes y los suministros que otros necesitan. Otros estados eximen a los usuarios a gran escala, p.ej. las centrales eléctricas de vapor. Incluso el riego agrícola está exento del requisito de solicitar permisos en dos estados.

Los funcionarios administrativos encargados de conceder los permisos deben escoger entre usuarios en competencia; deciden la cantidad que se puede desviar y fijan las condiciones y estipulaciones. Además, pueden determinar cuánta agua debe permanecer en un curso en un determinado momento, a fin de proporcionar los flujos de corrientes mínimos necesarios para preservar la pesca, flora y fauna y otros fines públicos. En los sistemas de permisos estatutarios, los organismos administrativos y no los tribunales resuelven generalmente los conflictos que surgen.

La legislación sobre permisos establece criterios básicos que la entidad emisora de los permisos debe considerar. Estos criterios aluden al tipo de curso de agua, los impactos probables de la desviación y del uso (tanto negativos como beneficiosos) y los efectos sobre el público. Algunos estados fijan factores detallados que han de tenerse en cuenta. Arkansas, Iowa, Maryland y Minnesota tienen estatutos que establecen prioridades para la asignación de los recursos hídricos cuando no hay suficiente agua para todos los solicitantes; los usos domésticos tienen preponderancia. Ningún estado concede prioridad a un solicitante basándose únicamente en la antigüedad de uso del solicitante sino que la mayoría considera determinante el uso establecido.

Casi la mitad de los estados conceden permisos perpetuos. En los otros, el permiso se concede por un plazo fijo que oscila entre los tres y los 50 años. La renovación de permisos fijos no es automática.

Un permiso es específico respecto a ubicación, volumen y proporción de la desviación y localización y naturaleza del uso permitido. Algunos estatutos de permisos permiten utilizar el agua de terrenos no ribereños y de la cuenca que generalmente quedaría restringida por la doctrina ribereña pura. Algunos estados cobran a los usuarios del agua un precio fijo por obtener un permiso o cobran un precio por la cantidad de agua utilizada, pagadero a un determinado organismo.

b) Reglamentos de aguas subterráneas en estados ribereños

Un terrateniente ribereño que cree que los pozos de un vecino están influyendo en el uso de la masa de agua superficial debe demostrar que las aguas están interconectadas para establecer una responsabilidad civil. Puede ser necesario el testimonio de ingenieros. En muchos estados, existe la presunción de que el agua situada bajo la tierra es agua subterránea y por tanto no está sujeta a los principios de aguas superficiales (ribereños). A veces los tribunales no aplican la presunción si los pozos están muy próximos a cursos de agua superficiales.

2. RESUMEN DEL SISTEMA DE APROPIACIÓN ANTERIOR

A) Historia

La apropiación anterior comenzó como un sistema sencillo mediante el cual los usuarios privados obtenían un derecho de agua reconocido por el estado simplemente desviándola del arroyo y destinándola a un “uso beneficioso”. Al principio, no era necesario pedir permiso sin sólo “apropiarse” del agua. El derecho sobre el agua conseguido de este modo autorizaba a los usuarios a continuar tomando la cantidad total de agua que desviaron en un principio. Perdían el derecho si no la seguían utilizando (“*use it or lose it*”, “utilízala o la pierdes”). Cuando no había suficiente agua en el arroyo, no se pedía a los usuarios que la compartieran. Aquellos usuarios que poseían los derechos más antiguos estaban autorizados a ejercer todos sus derechos hasta que se agotara el agua y entonces se retiraba el agua a los titulares de derechos de menor antigüedad (“*first in time, first in right*”, “a mayor antigüedad, mayores derechos”) Cuando una persona conseguía un derecho de aguas, generalmente podía transferirlo a otros siempre y cuando la cesión no afectara al ejercicio de los derechos sobre el agua de otra persona. Los derechos de aguas se consideran una forma de propiedad y pueden ser transferidos aparte de las tierras a las que originariamente servían.

B) Derechos de aguas modernos en el Oeste

Algunas de las primeras causas en que los tribunales reconocieron la doctrina de apropiación anterior guardaban relación con transferencias a distancia, incluso a otras cuencas de drenaje. Véase *Coffin v Left Hand Ditch Co.*⁴ La doctrina ribereña que se aplicaba en muchos estados del Este que fueron creados antes de que el Oeste fuera poblado no habría permitido desviaciones entre cuencas de haberse aplicado estrictamente. Los tribunales del Oeste decidieron que no seguirían la tradición ribereña y emularon las costumbres de los primeros mineros, que rezaban: “*first in time, first in right*” (primero en llegar, primero en derecho)

⁴ Colorado, 1882

tanto para el agua como para los minerales, y no restringía el movimiento de agua desde una cuenca hacia donde se necesitara. En el Oeste árido había pocos cursos de agua y los caudales fluctuaban considerablemente, de manera que la ley se diseñó para dar cabida a las necesidades de quienes llegaban primero y daban usos económicos al agua. En consecuencia, los jueces de las causas más importantes rechazaron los principios ribereños y abrazaron la doctrina de apropiación anterior aludiendo que se adaptaba más a la geografía y el clima de la región.

En la actualidad, los derechos de aguas en la mayoría de estados occidentales todavía se rigen por los principios básicos de la doctrina de apropiación anterior, pero las normas han sido codificadas y ampliadas en estatutos. Además, los derechos son asignados y gestionados por organismos y funcionarios estatales que guardan registros, aplican derechos abriendo y cerrando compuertas de cabecera y presas, y toman decisiones en aplicación de los criterios estatutarios. Muchos estados requieren una conclusión de un organismo o un funcionario estatal en el sentido de que un nuevo derecho de agua o un cambio o transferencia de uso de un derecho de aguas se ajuste “al interés público” o “al bienestar público.” El requisito de que el agua no se derroche fue una extensión lógica de la doctrina del uso beneficioso. Como el agua se considera un recurso público, el requisito del interés público es también un medio para garantizar que un uso particular sea “beneficioso” para la sociedad.

a) Funcionamiento de los sistemas de permisos

La distribución del agua en el Oeste, al igual que en el Este, se rige por estatutos que autorizan a los funcionarios estatales a conceder permisos para que entidades privadas o públicas utilicen el agua si cumplen una serie de condiciones. Cada estado tiene su propio sistema para establecer derechos de aguas, aprobar cambios en el uso que se hace de los derechos de aguas y administrar los usos del agua autorizados para asegurarse de que esos usos son coherentes con las

condiciones de los permisos. No obstante, el derecho jurisprudencial anterior en ambas regiones continúa guiando la interpretación de estos estatutos.

Un usuario de agua o un letrado cuyo cliente quiere obtener un derecho de aguas para un uso determinado acude en primer lugar a un organismo administrativo que exige la cumplimentación y presentación de un formulario de solicitud. Este organismo estudia la solicitud, remite una notificación a los titulares actuales de los derechos de aguas y da la oportunidad a los otros para presentar objeciones. Para decidir si aprueba la solicitud, el organismo aplica las normas y reglamentos estipulados en los estatutos o promulgados administrativamente según los estatutos a fin de decidir cuánta agua podrá utilizar el solicitante. Las normas requieren habitualmente determinaciones de que haya suficiente agua disponible, de que los derechos existentes no se vulneren y de que el uso propuesto sea beneficioso y no contrario al interés público.

Voces críticas han empezado a cuestionar los principios de apropiación anterior, dado que las condiciones y los valores sociales están cambiando. Por ejemplo, según las leyes de apropiación anterior, no se pueden compartir las escaseces en años secos. Los titulares de los derechos más antiguos tienen autoridad para aprovechar sus derechos en todo su alcance independientemente de la importancia social comparativamente mayor, la productividad o la eficiencia de los nuevos usuarios. Así pues, los derechos antiguos sobrevivirán mientras los usos se mantengan; sólo se extinguirán si no se aprovechan. Algunos estados, pocos, han empezado a imponer criterios modernos de uso más eficiente de los antiguos derechos.

b) Consideraciones de interés público

La consideración más importante en los sistemas de permisos estatales modernos es que un uso del agua nuevo o modificado esté en línea con el interés público. La mayoría de estados reconoce legalmente un marcado interés público del agua. En general, el agua se considera un recurso de dominio común para todos los

ciudadanos hasta que se establecen derechos privados sobre ella. Por lo tanto, las leyes estatales estipulan a menudo que la distribución de agua debe ser coherente con el “interés público” o el “bienestar público”. En la práctica, los estados rara vez deniegan nuevos usos o cesiones de derechos existentes para proteger el interés público, sino que imponen condiciones adicionales para la apropiación o la cesión.

Pocas leyes estatales señalan claramente qué factores deben considerarse como propios del “interés público”. Por ejemplo, en Idaho, la legislación estatal exige que el director del Departamento de Recursos Hídricos de Idaho determine si un uso de agua propuesto entra en conflicto con el “interés público local” pero el estatuto no define esta norma.⁵ En consecuencia, el Tribunal Supremo de Idaho ha interpretado el estatuto con referencia a otras leyes de Idaho y leyes de otros estados que mencionan o definen el interés público)⁶. Desde esa resolución, el Director de Recursos Hídricos ha convocado audiencias para tomar decisiones que aseguren “el mayor beneficio posible de las aguas públicas] para el público”. Los ciudadanos afectados pueden presentar pruebas sobre asuntos tales como funciones estéticas, de ocio, pesca y ecosistemas que resultarán afectadas por la resolución sobre aguas propuesta. El organismo considera no sólo los beneficios para el solicitante sino además los efectos económicos, usos alternativos, caudales mínimos, aguas residuales y conservación.

Los estados aplican a veces requisitos de interés público al revisar cambios de uso o cesiones de derechos de aguas diferentes de los que imponen en las nuevas apropiaciones. El Tribunal Supremo de Utah, sin embargo, mantuvo la aplicación de los mismos criterios a los cambios de uso que se aplicaban a nuevas apropiaciones.⁷ En Nevada, un estatuto requiere que el estado deniegue una solicitud de transferencia de aguas que resultaría en un perjuicio del interés público.⁸ Wyoming, uno de los pocos estados con un proceso especial para

⁵ ESTATUTOS DE IDAHO, apartado 42-203A

⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE IDAHO (1985), *Shokal v Duna*.

⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE UTAH (1989), *Bonham v Morgan*.

⁸ ESTATUTOS REVISADOS DE NEVADA, artículo 533.370(3).

evaluar las transferencias, considera las pérdidas económicas potenciales para la comunidad frente a los beneficios de la transferencia y la disponibilidad de otras fuentes de agua.⁹ California, a través del Consejo Estatal para el Control de los Recursos Hídricos, revisa las transferencias propuestas para determinar si causarían un efecto poco razonable sobre la economía en la zona de origen y en la pesca, la flora y fauna u otros usos del agua.¹⁰

Aunque cada estado en el Oeste salvo Colorado aplica algún tipo de proceso para revisar el interés público en las resoluciones sobre aguas, todos ellos podrían mejorar la forma en que hacen valer estas leyes. La mayoría de los estados carecen de normas claras para definir el interés público que intentan proteger y muchos de los intereses sociales, económicos y ecológicos afectados por la distribución, transferencia y uso del agua no están incluidos en las consideraciones de los organismos estatales. Si los elementos que constituyen el interés público se articularan de manera exhaustiva, los funcionarios del gobierno podrían utilizarlos como orientación en las políticas estatales para así resolver conflictos entre intereses en competencia y entender mejor las soluciones de compromiso inherentes a cualquier decisión sobre aguas. Una planificación hídrica completa es otra forma de articular los elementos del interés público así como las políticas estatales relacionadas.

Los procedimientos utilizados por los estados para emitir permisos también se podrían mejorar. A menudo implican solamente al solicitante y a otros titulares de derechos de aguas y excluyen a ciudadanos que sufren los impactos económicos, medioambientales y sociales del uso y el desarrollo de las aguas. En algunos casos, los tribunales han sostenido que la decisión de un estado de permitir el uso privado de los recursos públicos puede declararse nula cuando los derechos de aguas se asignan o se transfieren sin una revisión pública suficiente del interés

⁹ ESTATUTOS DE WYOMING Anotados, artículo 41-4-503.

¹⁰ CÓDIGO HÍDRICO DE CALIFORNIA, artículo 109.

público.¹¹ La “doctrina del dominio público” (*public trust doctrine*) reconoce que el agua es fundamentalmente un recurso público y que el estado no debería permitir que derechos de aguas privados perjudicaran el interés público sobre el agua. Tal y como la aplican estos tribunales, la doctrina permite que un juzgado reexamine los derechos de aguas establecidos a fin de garantizar que los valores medioambientales no resulten destruidos sin considerar previamente los impactos. La doctrina tiene sus orígenes en los principios del derecho civil y consuetudinario, que reconocen los derechos continuados públicos a utilizar las aguas navegables y los derechos de propiedad estatales sobre los lechos de las aguas navegables.

Las cuestiones de interés público se abordan también de manera indirecta mediante leyes que crean planes estatales para proteger los flujos de corrientes. Muchas de estas leyes permiten que los organismos estatales adquieran derechos para que el agua continúe fluyendo en los cauces. Los estados se apropian de los derechos de aguas para mantener los niveles de caudal o bien se reservan de la apropiación la cantidad de agua necesaria para mantener los caudales deseados. En la actualidad, sólo Arizona y Alaska permiten a individuos y organizaciones privadas apropiarse de aguas para flujos de corrientes. En el resto de estados, únicamente un organismo estatal puede ser titular de ese derecho. En algunos estados, grupos privados han formado “consorcios de aguas” para financiar compras de derechos de aguas de mayor antigüedad; estos derechos deben ser transferidos al organismo estatal autorizado para mantener derechos de flujos de corrientes a menos que el estado permita que entidades privadas sean titulares de esos derechos.

c) Reglamentación de aguas subterráneas en los estados occidentales

Los sistemas estatales para distribución y regulación de usos de aguas subterráneas son similares en los estados ribereños orientales y en los estados occidentales con apropiación anterior. Excepto cuando un manantial de agua

¹¹ TRIBUNAL SUPREMO DE CALIFORNIA (1983), *National Audubon Society v Superior Court*; TRIBUNAL SUPREMO DE HAWAI (2000), *In re Water Use Permit Applications*.

subterránea está conectado hidrológicamente a un sistema de cursos de agua, el efecto práctico de la aplicación de principios de apropiación anterior no produce generalmente resultados socialmente deseables. El reconocimiento de la naturaleza especial de las aguas subterráneas ha llevado a muchos estados a la conclusión de que debería gestionarse como un recurso común y administrarse según normas que respeten una serie de consideraciones públicas y privadas. Los derechos pueden ser definidos por un organismo estatal para optimizar el uso de los recursos disponibles a lo largo del tiempo. Además, los gestores de aguas han empezado a incorporar principios de “gestión conjuntiva” integrando planes de desarrollo de aguas superficiales en los planes de gestión de aguas subterráneas.

En las situaciones en que la fuente de las aguas subterráneas es en realidad un flujo de corriente subsuperficial, algunos estados administran el bombeo junto con la desviación de aguas superficiales. En Colorado ha habido una completa integración de administración de derechos de aguas subterráneas y superficiales que están conectados. El estado ha señalado siempre que todas las aguas subterráneas son supuestamente tributarias de un curso de agua natural. Sin esa integración, los derechos de los usuarios de aguas de cursos superficiales no se pueden proteger.

Con todo, la doctrina de apropiación anterior no es tan apropiada para la asignación de aguas subterráneas cuando un acuífero está confinado o tiene solamente una conexión remota con el agua en un arroyo o río. En un acuífero “no tributario” como éste, aplicar la norma de apropiación anterior para proteger los derechos del usuario más antiguo de cualquier interferencia por un bombeador de agua subterránea posterior podría limitar el uso a un único bombeador – el primero. Esto se debe a que casi cualquier extracción de agua subterránea afecta potencialmente al nivel de agua en el acuífero y bien podría afectar a cualquier otro bombeador. En consecuencia, muchos estados permiten alguna interferencia de usuarios nuevos con bombeadores existentes. La norma aplicada para

determinar cuánta interferencia se permite es la limitación familiar de la "razonabilidad".

Existen sistemas de permisos elaborados en muchos estados que posibilitan una utilización óptima de los acuíferos. Éstas son las consideraciones típicas de los organismos que conceden los permisos: el uso que se hará del agua, los efectos sobre los usuarios actuales de aguas subterráneas en la zona, el efecto de la retirada de agua subterránea adicional sobre los suministros futuros de la zona, la reposición natural probable en el futuro, futuras demandas de aguas subterráneas, y los efectos para la salud y mejores intereses del público.

IV. LA FUNCIÓN FEDERAL EN LA ASIGNACIÓN Y EL USO DEL AGUA

1. LA POTESTAD DE DAR PRIORIDAD

Como se indica en la Parte II, las aguas situadas dentro de las fronteras del estado, incluso en terrenos públicos, son gestionadas y distribuidas de acuerdo con las leyes estatales y locales en ausencia del ejercicio de un derecho de prioridad del Congreso. El Congreso puede y de hecho aprueba leyes que tienen preferencia sobre las leyes estatales. Para ello, el Congreso debe tener alguna facultad expresa para legislar en una temática particular y debe haber una manifestación de intenciones del Congreso para impedir el funcionamiento de una ley estatal. Si se cuestiona la autoridad federal para dar prioridad sobre una ley estatal, la primera pregunta que debe hacer un tribunal es si la Constitución de Estados Unidos incluye una concesión de poder para legislar un asunto concreto. Esto es así porque la Constitución se pensó como una delegación de poderes limitados de los estados al gobierno federal. Además, la Décima Enmienda a la Constitución, aprobada poco después de la propia Constitución, afirmaba que los poderes no delegados en el gobierno nacional estaban reservados a los estados.

En la práctica, no ha sido difícil para los tribunales encontrar poderes legislativos federales. Han reconocido la autoridad federal para abordar cuestiones de recursos hídricos atendiendo a una serie de potestades: la facultad de regular el comercio (y su subsidiaria, el poder de navegación), la facultad del Congreso de disponer de los terrenos públicos, la facultad del gobierno federal para redactar tratados, e incluso la facultad del Congreso de tributar y gastar para fomentar el bienestar general. En un caso, se invocó el poder de defensa para defender la construcción por el gobierno federal de una presa hidroeléctrica que proporcionaría electricidad a las fábricas de munición.¹² Así pues, cuando se pregunta si la ley de aguas de un estado ha sido sustituida, la pregunta raramente es si existe potestad, sino si el Congreso tenía la intención de ejercer su poder para desplazar la ley estatal. Determinar la intención del Congreso requiere un examen del lenguaje estatutario y en ocasiones, cuando la legislación no es clara, los tribunales analizan la historia legislativa.

2. TIPOS DE CONFLICTOS CON LEYES ESTATALES

Estados Unidos puede regular el uso del agua para fines legislativos federales. En *United States v Rio Grande Dam & Irrigation Co.*,¹³ el Tribunal Supremo sostuvo el derecho del gobierno a impedir el ejercicio de los derechos de aguas creados por los estados con el fin de aplicar una legislación federal que proteja la capacidad de navegación de los cursos de agua, y afirmó que se trataba de un ejercicio de autoridad reguladora y no de una toma (o expropiación) que exigiera al gobierno el pago de una indemnización. El Congreso también puede autorizar a los funcionarios federales a distribuir agua de un proyecto federal sin tener en cuenta las prioridades de derechos de aguas establecidas en las leyes estatales.¹⁴ La única pregunta para un tribunal es si el Congreso tenía la intención de invalidar o dar prioridad sobre la ley estatal.

¹² TRIBUNAL SUPREMO (1936), *Ashwander v Tennessee Valley Authority*.

¹³ TRIBUNAL SUPREMO (1899), *United States v Rio Grande Dam & Irrigation Co.*

¹⁴ Véase TRIBUNAL SUPREMO (1963), *Arizona v California*.

A) Construcción de proyectos federales de aguas

El gobierno federal intentó alentar los asentamientos en el Oeste promulgando leyes como la *Homestead Act*, que daba tierras gratis o a bajo coste a los colonos. El objetivo del Congreso al permitir el asentamiento en terrenos públicos por parte de agricultores familiares autosuficientes fue frustrado por el fraude y los abusos. Los especuladores ricos (p.ej., intereses sobre ferrocarriles y madera de leña) lograron añadir grandes terrenos públicos a su propiedad y control, consiguiendo beneficios extravagantes. Gran parte de la tierra pública en el Oeste era demasiado árida para aprovecharse sin riego, y los colonos individuales rara vez disponían del capital necesario para construir presas y obras de desviación. Esto propició el apoyo político por una mayor preponderancia federal a la hora de financiar y construir proyectos de regadío.

En 1902, el Congreso aprobó la *Reclamation Act*, que creaba la Oficina de Reclamación en el Ministerio del Interior para administrar un programa de construcción de embalses y obras de regadío. La finalidad expresa de esta Ley era proporcionar agua para riego, pero se pensaba como parte de una política nacional para distribuir terrenos públicos sin impulsar la especulación sobre las tierras relacionada con anteriores programas públicos de tierras y sin permitir monopolios sobre la tierra. La intención clara del Congreso era promover el crecimiento y el bienestar de pequeñas explotaciones familiares en el Oeste. La legislación posterior complementó las finalidades de los proyectos de reclamación incluyendo usos hidroeléctricos, industriales y municipales. Se dispusieron beneficios de recreo, protección de la pesca, flora y fauna, control de inundaciones y navegación de acuerdo con las disposiciones que establecen determinados proyectos de reclamación. Algunas leyes autorizaban proyectos concretos. Por ejemplo, la Ley del Proyecto del Cañón Boulder,¹⁵ aprobada en 1929, disponía la construcción de presas (incluyendo la Presa de Hoover) en el Río Colorado como parte de un plan de desarrollo integral.

¹⁵ Boulder Canyon Project Act (43 U.S.C.A. artículo 617).

Un proyecto hidráulico federal de aguas puede suponer la destrucción de un derecho de aguas creado por el estado obstruyendo el flujo de un curso de agua y alterando por lo demás la asignación estatal de las aguas. El gobierno debe pagar una indemnización al titular de los derechos de aguas a menos que el propósito del proyecto sea la navegación, en cuyo caso los tribunales afirman que no existe derecho de indemnización. En *United States v Gerlach Live Stock Co.*,¹⁶ los granjeros del Valle Central de California regaban sus pastos con el rebose estacional del Río Sacramento. Como parte del enorme Proyecto del Valle Central, el gobierno construyó la Presa Friant, que eliminaba las avenidas estacionales, privando así del rebose a los terratenientes aguas abajo. El gobierno determinó que la pérdida no era indemnizable, porque el Congreso había autorizado el Proyecto del Valle Central para el control de la navegación. El Tribunal afirmó que el proyecto era un proyecto de reclamación creado bajo legislación promulgada en virtud del poder del Congreso para gastar dinero por el bienestar general, y no era un proyecto de navegación, a pesar de una declaración general del Congreso de que todo el proyecto estaba destinado a mejorar la navegación. Como la *Reclamation Act* de 1902 expresaba la intención de que el gobierno federal se ajustara a la ley estatal al adquirir propiedades para esos proyectos, se aceptó que los derechos de aguas tomados eran indemnizables.

Los proyectos de reclamación federales pueden entrar en conflicto con gran variedad de leyes de aguas estatales. La *Reclamation Act* de 1902 incluye disposiciones que parecen precisar el cumplimiento federal de las leyes estatales. El apartado 8 dispone que la Ley no deben interpretarse como una injerencia en las leyes estatales "relativas al control, apropiación, uso o distribución del agua destinada a riego ..., y el Secretario de Interior, al aplicar las disposiciones de esta Ley, procederá de conformidad con estas leyes...." Pese a su lenguaje poco claro, la disposición no permite que la ley estatal anule disposiciones específicas en conflicto de la ley de reclamación o de la legislación que autoriza un determinado proyecto.

¹⁶ TRIBUNAL SUPREMO (1950), *United States v Gerlach Live Stock Co.*

En *California v United States* el Tribunal anunció que el agua del proyecto federal debía ser distribuida por Estados Unidos de acuerdo con las leyes estatales salvo cuando las leyes estatales estuvieran en conflicto directo con una disposición de la ley de reclamación federal.¹⁷ El Tribunal desaprobó declaraciones en sus resoluciones anteriores que afirmaban que los estados no podían imponer condiciones sobre el suministro de aguas, pero no anuló una resolución referente a que el Artículo 8 no exigía al Secretario el cumplimiento de las leyes estatales cuando entraran en conflicto con el artículo 9(c) de la Ley de Reclamación que daba preferencia a los usos de riego.

B) Licencias federales de proyectos hidroeléctricos

Las instalaciones hidroeléctricas pueden alterar el hábitat de los peces y los patrones migratorios. Por ejemplo, las capturas de salmón en el Río Columbia son actualmente del 8% respecto a las cifras hace 100 años. La principal causa de la destrucción de la pesca anádroma ha sido la construcción de instalaciones hidroeléctricas en los principales ríos. Estas instalaciones obstruyen la migración aguas arriba para desove, alteran las temperaturas del agua y modifican la composición química del agua, poniendo en peligro las especies de peces que migran.

Según la Ley Federal de Electricidad (*Federal Power Act*) de 1920, la Comisión Federal de Regulación de la Energía (*Federal Energy Regulatory Comisión, FERC*) debe emitir licencias de instalaciones hidroeléctricas privadas que afectan a aguas navegables, terrenos públicos o reservas federales. La Ley Federal de Electricidad de 1920 estableció una política nacional exhaustiva para el desarrollo de la generación de electricidad (energía hidroeléctrica) y la FERC debe declarar que el proyecto propuesto es "el que más se ajusta a un plan exhaustivo" para desarrollo de aguas, navegación, energía hidroeléctrica, "y para otros usos públicos beneficiosos, incluyendo fines recreativos" (16 U.S.C.A. artículo 803(a)).

¹⁷ TRIBUNAL SUPREMO (1978), *California v United State.s*

Las enmiendas de 1986 a la Ley solicitaban expresamente a la FERC que considerara los efectos de los proyectos sobre la pesca, la flora y la fauna.

Aunque un proyecto aprobado cause un conflicto con un derecho estatal de aguas, el proyecto federal podría proceder tal y como estaba previsto. Si bien los conflictos aluden generalmente a leyes de uso de aguas, a veces otras leyes estatales para la protección del hábitat pesquero y el medio ambiente también pueden ser sustituidas por la licencia federal de un proyecto. Por ejemplo, las grandes presas federales obstruyen a menudo el desove de los peces anádromos (p.ej. salmón) y su migración en los ríos más importantes de los estados en el Noroeste (p.ej. Oregon y Washington).

La Ley Federal de Electricidad (*Federal Power Act*) tiene dos disposiciones que parecen proteger la ley estatal de los abusos federales. El apartado 9(b) requiere que los solicitantes de licencias presenten pruebas satisfactorias de cumplimiento de las leyes estatales relativas al desarrollo hidroeléctrico. El apartado 27 de la Ley señala:

Nada de lo incluido en este apartado debe ser interpretado como una influencia o intento de influencia ni como una injerencia en las leyes de los respectivos estados con referencia al control, apropiación, uso o distribución del agua para riego o para usos municipales y diversos, o en cualquier derecho otorgado en las mismas.

Ambos apartados parecen conservar la legislación estatal, pero la interpretación judicial ha limitado su efectividad. En *First Iowa Hydro-Electric Coop. v Federal Power Commusion*¹⁸, el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que cuando parecía imposible el cumplimiento de los requisitos para permisos estatales y federales, someter el proyecto a las leyes estatales frustraría el propósito de la Ley de conseguir una panificación integral a escala nacional. El

¹⁸ TRIBUNAL SUPREMO (1946), *First Iowa Hydro-Electric Coop. v Federal Power Commusion*.

Tribunal señaló que el artículo 9(b) era meramente informativo; si la Comisión se mostraba satisfecha con el grado de cumplimiento con las leyes estatales, su resolución sería vinculante y no sería necesario conseguir un permiso estatal.

La norma *First Iowa* fue ampliada en *California v FERC*.¹⁹ California intentó imponer requisitos de caudal mínimo en un proyecto hidroeléctrico más altos que los índices marcados en la licencia de la FERC. A diferencia de *First Iowa*, donde la cuestión era si un estado podía efectivamente detener un proyecto, aquí la cuestión era si un estado podía determinar las condiciones en que el proyecto podía aprovechar el agua. El Tribunal Supremo resolvió que el artículo 27 no añadía nada al requisito del artículo 9(b) de cumplimiento con las leyes estatales tal y como se interpretaba en *First Iowa*. El Tribunal también planteó una distinción en su interpretación contraria de una disposición casi idéntica al artículo 27 en *California v United States*²⁰ citado más arriba, que permitía condiciones impuestas por el estado sobre un permiso de uso de agua para un proyecto federal de la Oficina de Reclamación. El Tribunal afirmó que la Ley Federal de Electricidad "preveía una función de supervisión federal considerablemente más amplia y más activa en el desarrollo [*privado*] de la energía hidroeléctrica que la Ley de Reclamación" al financiar y construir importantes proyectos hídricos *federales*. Así pues, el artículo 27 es una disposición general que no puede anular el principio de prioridad de las disposiciones específicas o el propósito global de la Ley Federal de Electricidad.

Sin embargo, cuando un estatuto del Congreso delega la responsabilidad de la protección medioambiental en un estado, la autoridad exclusiva de la FERC puede verse limitada. La Ley de Aguas Limpias (*Clean Water Act*, CWA), artículo 401, 33 U.S.C.A. artículo 1341, requiere que antes de conceder cualquier tipo de permiso o licencia federal, el organismo debe obtener una certificación de que las normas de calidad del agua estatales no se vulnerarán con la actividad permitida. El Tribunal Supremo ha defendido la imposición estatal de unos requisitos mínimos

¹⁹ TRIBUNAL SUPREMO (1990), *California v FERC*.

²⁰ TRIBUNAL SUPREMO (1978), *California v United States*.

de caudal que se consideraban necesarios para satisfacer las normas de calidad del agua estatales como condición para la certificación de una licencia de la FERC²¹.

C) Leyes medioambientales federales

Se dio paso a una nueva era de preocupaciones medioambientales en los últimos veinticinco años del siglo XX. Los estados respondieron con lentitud pero el Congreso de los Estados Unidos actuó en respuesta a los valores populares. Las leyes medioambientales federales protegen ahora la calidad de las aguas, los humedales y las especies amenazadas directa o indirectamente. Estas leyes pueden afectar a la asignación, desarrollo, uso y transferencia de los derechos de aguas. Por ejemplo, si se precisan permisos federales para construir instalaciones necesarias para implantar derechos de aguas estatales, la autoridad que emite los permisos puede insistir en que el proyecto se modifique para reducir los impactos ambientales o para que se apliquen medidas mitigadoras.

Las protecciones medioambientales más rigurosas son federales y por ello surgen preocupaciones sobre federalismo cuando entran en conflicto con o restringen los usos del agua conforme a los derechos estatales de aguas. Con todo, la Constitución convierte en suprema la ley federal y los precedentes jurídicos que permiten la prioridad sobre las leyes estatales en proyectos federales de desarrollo hidráulico que requieren invalidar leyes estatales se pueden aplicar a programas de protección medioambiental que chocan con las leyes estatales sobre aguas. El motivo principal por el que el Congreso aprobó estas leyes nacionales amplias fue que los estados no tenían voluntad de actuar, y a veces competían por ubicar empresas dentro de sus fronteras ofreciendo a cambio una regulación laxa. Así pues, el Congreso estaba ejerciendo su poder sobre el comercio interestatal cuando aprobó estas leyes.

²¹ TRIBUNAL SUPREMO (1994), *Public Utility District No. 1 of Jefferson County v Washington Department of Ecology*.

a) Leyes que raramente afectan a los derechos estatales sobre aguas

La Ley Nacional de Políticas Medioambientales (LNPMA) de 1969 (*National Environmental Policy Act*) (42 U.S.C.A. artículos 4321-4370, 4321(2)(a)(1)) requiere la evaluación de los posibles impactos ambientales de “actuaciones federales importantes” propuestas. Por ello, la LNPMA se aplica a las propuestas que requieren una aprobación o licencia federal o que utilizarán agua de un proyecto federal de aguas si se producirá un significativo impacto ambiental. Los organismos federales deben celebrar vistas para permitir el proceso de participación pública y preparar un documento conocido como la “declaración de impacto ambiental” antes de que esos proyectos consigan una aprobación o licencia (42 U.S.C.A. artículo 4332(2)(c)). Algunos estados occidentales, incluyendo California y Washington, han adoptado sus propias leyes con requisitos similares de evaluación medioambiental para proyectos permitidos o patrocinados por el estado. Las leyes estatales o federales que requieren una evaluación de los impactos ambientales son mecanismos importantes para evaluar los efectos del desarrollo y la transferencia de aguas. La LNPMA es básicamente un requisito procesal y no obliga a que la resolución definitiva sea medioambientalmente benigna. Sólo requiere que el organismo presente información completa y adecuada antes de tomar su decisión. En consecuencia, la LNPMA no interferirá directamente con el ejercicio de los derechos estatales de aguas.

La calidad del agua está protegida por la Ley de Aguas Limpias (LAL) (33 U.S.C.A. artículos 1271-1387). Aunque es una ley federal, la LAL es administrada por la mayoría de estados. Según la LAL, cualquier persona que desee efectuar un vertido “puntual” de contaminantes (p.ej., una descarga desde una canalización o acequia) en las aguas de Estados Unidos debe contar con un permiso que limite la cantidad de contaminantes particulares de acuerdo con las normas establecidas por el gobierno federal (33 U.S.C.A. artículo 1362(14)). El permiso debe requerir además suficientes limitaciones sobre vertidos para proteger la calidad global del curso de agua que recibe las aguas residuales. Las normas de calidad del agua son fijadas por los estados y son concretas para cursos de agua particulares. El

plan de permisos conforme con la LAL ha regulado efectivamente las industrias y las plantas municipales de tratamiento de aguas residuales que vierten residuos en ríos y lagos.

La LAL no aborda las mermas en la calidad del agua provocadas por vertidos que no eran descargas puntuales. No obstante, cuando un arroyo se agota, especialmente por un trasvase entre cuencas que no tiene caudal de retorno a la cuenca de origen, la calidad del agua desciende porque cualquier residuo añadido naturalmente o por los humanos al río está más concentrado. Sin embargo, no hay controles formales de agotamientos de agua atendiendo a la aplicación actual de la LAL y por ello no existen conflictos directos con el ejercicio de los derechos de aguas.

La Ley de Ríos Salvajes y Escénicos (*Wild and Scenic Rivers Act*) se promulgó para preservar en condiciones de caudal libre ciertos ríos que poseían valores "escénicos, recreativos, geológicos, de pesca y vida salvaje, históricos o culturales especiales". El Congreso puede designar ríos y los estados pueden recomendar la inclusión de ríos en el sistema de Ríos Salvajes y Escénicos pendiente de la aprobación del Ministro de Interior. La Ley dispone el estudio de los ríos por parte del Ministro de Interior (o el Ministro de Agricultura si afecta a bosques nacionales), quien remite recomendaciones estatales y federales al Congreso.

Cientos de ríos han sido incluidos en el sistema o están bajo estudio, pero las disposiciones de la ley no limitan directamente el uso del agua conforme a las leyes estatales de aguas. La Ley sí prohíbe a la Comisión Federal para la Regulación de la Energía dar licencias a proyectos de aguas "en o que afectan directamente a" los ríos incluidos en el sistema y dispone una protección provisional de los ríos en fase de estudio para su inclusión prohibiendo temporalmente las licencias de proyectos en esos ríos. Hasta este punto, el uso del agua según los derechos estatales de aguas podría inhibirse. b) Leyes que pueden afectar sustancialmente a los derechos estatales de aguas

Un programa especial según el artículo 404 de la LAL regula el “dragado y llenado” de “aguas navegables” y es administrado por el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de Estados Unidos. El programa tiene un antecedente en una ley anterior aprobada para garantizar que el uso de los ríos para el comercio no se impidiera mediante obstrucciones. Promulgada en la década de 1970, la LAL amplió la definición de aguas navegables para incluir todas las “aguas de Estados Unidos”. El Cuerpo de Ingenieros promulgó entonces reglamentos que requerían permisos de “dragado y llenado” incluso en humedales, que eran aguas de Estados Unidos y que por tanto eran aguas navegables dentro del alcance del poder del Congreso según este estatuto. El Tribunal Supremo defendió la autoridad del Congreso para ampliar el alcance de la legislación federal de este modo.²²

El Tribunal Supremo ha limitado la aplicación de esta ley para incluir solamente “los flujos de masas de agua relativamente permanentes o continuos” y solamente aquellos humedales con una conexión superficial continua con esas aguas.²³ Sin embargo, las actividades incluidas son algo más que las operaciones tradicionales de dragado y llenado realizadas para hacer más profundos los canales de navegación e incluir los proyectos necesarios para desarrollar y utilizar el agua sujeta a derechos estatales de aguas. Los depósitos de “material de relleno” incluyen cualquier construcción en un curso de agua o humedal. En consecuencia, el estatuto abarca proyectos de agua, presas y estructuras de desviación y puede afectar considerablemente (y limitar) el uso del agua según los derechos sobre aguas creados por el estado.

En cuanto una actividad se incluye dentro del artículo 404, el Cuerpo debe considerar "todos los factores relevantes" antes de dar permiso al proyecto. No parece haber otro estatuto medioambiental que posea una cobertura tan extensa y confiera facultades discrecionales de largo alcance a los funcionarios federales. Los reglamentos de las agencias incluyen como factores que debe considerar el

²² SUPREME COURT (1985), United States v Riverside Bayview Homes Inc.

²³ TRIBUNAL SUPREMO (2006), Rapanos v United status.

Cuerpo a la hora de denegar o conceder un permiso aspectos económicos y culturales, necesidades energéticas y de abastecimiento de agua, necesidades y bienestar de las personas y una serie de factores medioambientales, los tipos de consideraciones que cabría esperar en las competencias de una agencia estatal de aguas. Cuando el Cuerpo ha concedido un permiso, éste puede ser revisado y vetado por la LPA (*Environmental Policies Act*, Ley de Políticas Medioambientales). En realidad, la LPA puede vetar un permiso para la construcción de una nueva presa o embalse basándose únicamente en posibles efectos ambientales adversos, sin considerar la necesidad de la comunidad de agua adicional.²⁴

El apartado 404 incorpora además todo el abanico de leyes medioambientales federales exigiendo la imposición de condiciones para permisos con el fin de asegurar el cumplimiento de estas leyes. Los proyectos privados pueden "federalizarse" de este modo, porque dependen de un permiso según el artículo 404. Como el Cuerpo debe respetar la Ley de Coordinación de Pesca, Flora y Fauna, Ley de Especies Amenazadas, Ley de Ríos Salvajes y Escénicos, Ley de Gestión de Zonas Costeras, Ley Nacional de Políticas Medioambientales y otras normas que regulan las actividades federales, el alcance de estas leyes se extiende a todos los proyectos que precisan permisos según el artículo 404.

La Ley de Especies Amenazadas (*Endangered Species Act, ESA*) (16 U.S.C.A. Arts. 1531-1543) es otro estatuto federal que puede afectar a las propuestas de derivar, desarrollar o transferir agua. La ESA prohíbe absolutamente cualquier actuación del gobierno federal que pudiera poner en peligro la existencia continuada de una especie amenazada. Los organismos federales que valoran actividades que podrían tener este impacto deben respetar lo dispuesto en el artículo 7 de la ESA, a saber, consultar al Servicio Estadounidense de Pesca, Flora y Fauna. Si, en opinión de ese organismo, la actuación podría poner en

²⁴ James City County v E.P.A. (4^o Circuito, 1993).

peligro la especie amenazada, dicha actuación no podrá proseguir a menos que existe una alternativa razonable y prudente que no cause esa amenaza.

La ESA es extremadamente poderosa porque casi cualquier proyecto de aguas importante, no sólo aquellos que emprende directamente el gobierno federal, requiere algún tipo de aprobación federal (como indica p.ej. el artículo 404 de la LAL), o recibe financiación federal. Así pues, la ESA ha demostrado ser una barrera formidable al desarrollo hídrico que podría resultar destructivo para el hábitat de la pesca, la flora o la fauna donde se encuentran las especies amenazadas. A decir verdad, puede que ésta sea la Ley más significativa que afecta a los nuevos avances hídricos en Estados Unidos. Protege a cualquier especie afectada en su lugar de origen, la zona de importación y la zona donde hay canalizaciones u otras instalaciones.

La Ley de Especies Amenazadas (ESA) es, desde luego, una de las leyes medioambientales de mayor alcance presentadas en el artículo 404. El Apartado 7 de la ESA, que en general prohíbe actuaciones federales que podrían poner en peligro la existencia continuada de cualquier especie amenazada, fue apelado para denegar un permiso según el artículo 404 para la Presa Tellico porque esta presa afectaría al hábitat crítico de un pequeño pez, el Percina tanasi.²⁵ La causa del Percina tanasi generó tanta polémica que la Ley fue enmendada por el Congreso para crear un proceso que eximiera a determinadas actuaciones de organismos de los requisitos de la Ley de Especies Amenazadas cuando un comité de alto nivel determine que: (1) no existen alternativas razonables y prudentes a la actuación del organismo, (2) los beneficios de la actuación superan claramente los beneficios de las actuaciones en línea con la conservación de la especie amenazada, y (3) la actuación tiene relevancia regional o nacional.

²⁵ TRIBUNAL SUPREMO (1978), Tennessee Valley Auth. v Hill.

No obstante, a menos que utilice el proceso de exención elaborado, el Cuerpo de Ingenieros debe garantizar la protección de la especie amenazada cuando conceda los permisos según el artículo 404. Por ejemplo, un tribunal ha defendido una condición de permiso que requiere desembalses de agua almacenada en una presa propuesta según los derechos sobre aguas de Colorado. Esto privará a los titulares de derechos de aguas del uso de sus derechos para proteger el hábitat esencial de la grulla americana aguas abajo en Nebraska. Las grullas se consideraban una especie amenazada según la ley federal. El tribunal determinó que a los titulares de derechos estatales de aguas se les puede prohibir el ejercicio de sus derechos si su uso interfiere con la Ley de Especies Amenazadas.²⁶ En *United States v Glenn-Colusa Irrigation District*,²⁷ el tribunal prohibió a un polígono de regadío el uso de una rejilla de peces en un canal de desviación porque la rejilla dañaba al salmón amenazado de extinción durante el punto álgido de la estación migratoria.

Como se indica más arriba, el artículo 404 forma parte de una gran ley de calidad de las aguas que, en otras circunstancias raramente es invocada de manera que interfiera con el uso de los derechos de aguas creados por el estado. La preocupación por el efecto potencial de la LAL sobre los usos de agua provocó la inclusión de términos que aseguraban que los derechos de aguas no se iban a pasar por alto. La Enmienda Wallop, artículo 101(g), es una declaración política del Congreso respecto a que la LAL no debe ser interpretada de forma que abrogue, anule o afecte negativamente a la autoridad del estado sobre la asignación del agua o los derechos de los estados al agua (p.ej., en pactos interestatales). Sin embargo, el principal propósito de la enmienda no era prohibir "medidas legítimas de calidad de las aguas" que afectaran a los derechos individuales de aguas sólo "incidentalmente",²⁸ el tribunal afirmó que, cuando fuera necesario, la aplicación del artículo 404 podría resultar en una restricción total de

²⁶ *Riverside Irrigation District v Andrews* (10^o Circuito, 1985).

²⁷ *United States v Glenn-Colusa Irrigation District* (E.D., California 1992),

²⁸ véase *National Wildlife Federation v Gorsuch* (D.C.Circuit, 1982). Con todo, en *Riverside Irrigation Dist. v Andrews* (10^o Circuito, 1985).

las disminuciones y de los usos consuntivos de agua permitidos por las leyes de aguas estatales. El Tribunal Supremo de Washington ha declarado que la Enmienda Wallop es únicamente una “declaración política” que no prohíbe a los reglamentos de calidad de aguas la obstaculización de los derechos de aguas existentes.²⁹

Otro apartado de la ESA, artículo 9, prohíbe actuaciones que “se apropien de” o “pongan en peligro” una especie amenazada. Estos términos se interpretan ampliamente para incluir incluso daños a los hábitats de las especies amenazadas. A diferencia del artículo 7, que es específico de las actuaciones de organismos federales, el artículo 9 se amplía a actuaciones privadas. El apartado raramente se ha aplicado al desarrollo o los usos de aguas privadas. Con todo, en un caso excepcional, un polígono de regadío mató varios salmones amenazados mientras manejaba una instalación de derivación con bombas. Un tribunal prohibió las actividades del polígono de regadío, impidiéndole “apropiarse de” la especie amenazada.³⁰

La Ley de Coordinación de Pesca, Flora y Fauna, 16 (*Fish and Wildlife Coordination Act*, U.S.C.A. artículos 661–666c) exige una “consideración equitativa” para la conservación de la vida salvaje en los programas de desarrollo de recursos hídricos. Resulta extremadamente difícil en la práctica conferir significado al requisito de paridad entre los valores de los múltiples propósitos de los proyectos hídricos, por un lado, y los valores de la pesca, la flora y la fauna por el otro lado. Para ayudar a garantizar la protección de los intereses estatales en la pesca, la flora y la fauna, la Ley también requiere coordinación entre el organismo que emprende o autoriza un proyecto, el Servicio Estadounidense de Pesca, Flora y Fauna, y entidades estatales relevantes de pesca, flora y fauna antes de realizar un proyecto.

²⁹ Public Utility District No. 1 of Pend Oreille County v Washington Department of Ecology (Washington, 2002).

³⁰ Apelaciones de California (1992), Department of Fish and Game v Anderson-Cottonwood Irrigation District.

Aunque no se trata específicamente de un estatuto medioambiental, la Ley de Planificación y Conservación de Energía Eléctrica en el Noroeste Pacífico (*Pacific Northwest Electric Power Planning and Conservation Act*, 16 U.S.C.A. artículo 839) es una ley exhaustiva para asignar suministros y mitigar los impactos de la energía hidroeléctrica producida federalmente. Esta Ley contiene requisitos significativos para conservar y restaurar recursos de peces anádromos en el noroeste del Pacífico, la región con la pesca más afectada por los impactos de las instalaciones hidroeléctricas. Atendiendo a esta Ley, un consejo regional elabora un plan de protección, mitigación y mejora de la pesca, flora y fauna. Además, los gestores de las instalaciones eléctricas federales deben procurar un "tratamiento equitativo" de la pesca, flora y fauna, garantizando que sus operaciones no subordinen la protección de la pesca, flora y fauna a otros objetivos del proyecto. Los planes del Consejo deben "tenerse en cuenta en cada fase relevante" de los trámites FERC.³¹

Cuando las tribus indias tienen derechos de pesca por tratado sobre un río con el gobierno federal, es posible apelar esos derechos para evitar proyectos de desarrollo hídrico que perjudiquen la pesca, flora y fauna. La interferencia en los caudales de los ríos por desviación, incautación o contaminación de las aguas que dañan el hábitat de los peces puede reducir la capacidad de las tribus para disfrutar de la parte de pesca que les corresponde en virtud de sus tratados. Si el gobierno federal es responsable de estas actuaciones (directamente o por licencias), se le podrían reclamar daños y perjuicios por vulnerar obligaciones de tratados federales. Asimismo, los estados están obligados a considerar los efectos de los proyectos controlados o autorizados por el estado sobre los derechos de tratados con los indios.

³¹ véase *National Wildlife Federation v Federal Energy Regulatory Commission* (9º Circuito, 1986)

V DERECHOS DE AGUAS RESERVADOS DE TRIBUS INDIAS Y GOBIERNO FEDERAL

1. Historia

El Tribunal Supremo de Estados Unidos elaboró principios especiales de derechos indios de aguas que reflejaban no sólo un intento por hacer justicia para los pueblos nativos o garantizar la supervivencia de sus culturas sino también por ampliar las políticas nacionales. En el siglo XIX, la política federal intentaba confinar a los indios en sus reservas, para que los colonos pudieran ocupar las tierras cedidas por las tribus. Abrir el Oeste al asentamiento seguro por no indios y darles títulos sobre las tierras que no estaban empañadas por las reclamaciones de los indios requería el confinamiento de los indios en reservas y la anulación de sus derechos de propiedad sobre otras tierras que habían disfrutado en el pasado. Esto se consiguió generalmente con tratados, luego con acuerdos aprobados por el Congreso y en algunos casos por la legislación unilateral del Congreso. Para evitar que los indios abandonaran las reservas, el Ejército tuvo que proteger las reservas de las invasiones por no indios y permitir que los indios encontraran un modo de subsistencia en las reservas. El plan sólo funcionaría si las personas que formaban la tribu y que dependían de la caza y la pesca en amplias zonas geográficas tuvieran un medio alternativo de subsistencia disponible dentro de las reservas. El plan “civilizador” en muchos casos era convertir a los indios, dedicados antes a la caza y la pesca, en granjeros, y el riego era una necesidad para conseguir el éxito de la agricultura en el Oeste semiárido.

Cuando el gobierno empezó a ayudar a los indios con el riego, gran parte del agua necesaria había sido reclamada por los colonos vecinos. Los colonos consiguieron tierras del gobierno federal que los indios habían ocupado antes de haber sido confinados a las reservas. Sus reclamaciones de agua para estas tierras se basaban en la doctrina de apropiación anterior que estaba legalmente consolidada en la legislación estatal. Como decíamos antes, el gobierno de Estados Unidos

fomentó la apropiación de aguas de tierras públicas según la ley estatal sobre aguas, pero esto generó conflictos entre los regantes indios y los regantes no indios por el uso del agua escasa.

Una resolución del Tribunal Supremo de Estados Unidos otorgó a los indios derechos de aguas superiores a los de los no indios. Esta resolución centenaria causó el resentimiento de los estados y de los no indios. La “doctrina de los derechos reservados” fue anunciada en la causa de *Winters v United States*³² y garantizaba a las tribus el derecho a utilizar toda el agua que necesitaran para satisfacer los requisitos por los que se habían establecido las reservas. El Tribunal reconoció la intención del gobierno de “civilizar” a los indios convirtiéndoles en granjeros y dividiendo las tierras tribales de propiedad comunal. El plan del gobierno implicaba la división de las tierras de las reservas en terrenos individuales, asignando las tierras a los jefes de las familias indias para su cultivo, y la apertura del resto de la tierra fuera de las reservas para los colonos no indios. Sin suficiente agua de riego para uso de los indios en la reserva, este plan fracasaría. Si la política de asignación de tierras no tenía éxito, los terrenos que deseaban los colonos, los denominados “excedentes de tierra”, no estarían disponibles para los colonos blancos.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS DERECHOS RESERVADOS DE LOS INDIOS

El derecho de aguas reservado reconocido en *Winters* podía ser ejercido en cualquier momento por los indios, incluso si los no indios hubieran utilizado el agua primero y la ley estatal les hubiera otorgado derechos. Esto sorprendió a algunos, porque la ley prevaleciente en el oeste de Estados Unidos era que la primera persona en utilizar el agua siempre tenía el máximo derecho a utilizarla en el futuro (un derecho mejor al de cualquier persona que empezara a utilizar el

³² TRIBUNAL SUPREMO (1908), *Winters v United States*.

agua más tarde), y que los derechos de aguas solamente se podían establecer por el uso real.

En teoría, las tribus indias tienen “mejores” derechos de aguas que sus vecinos no indios. Aunque en realidad podrían no haber utilizado el agua (un concepto clave en la ley estatal occidental sobre aguas), la lección de *Winters* es que poseen derechos superiores a los de los no indios y pueden utilizar el agua siempre que lo necesiten en el futuro. Como la mayoría de las reservas se crearon hace más de un siglo, los derechos de aguas acompañantes son en general bastante antiguos y valiosos. Si los indios necesitan agua, todos los usuarios no indios que empezaron a utilizar agua después de la fecha de creación de la reserva deben garantizar que la tribu obtenga toda el agua a la que tenga derecho, suficiente para satisfacer los objetivos de la reserva, antes de que los no indios con menos antigüedad puedan coger agua.

En la práctica, desde 1908 los no indios han podido aprovechar gran parte del agua de los arroyos y ríos compartidos con los indios porque tenían acceso a los recursos financieros necesarios para construir las obras de riego. No obstante, las tribus no disponían de capital para hacer valer sus derechos de aguas y tuvieron que competir con los no indios que construyeron sus economías quedándose con el agua que pertenecía legalmente a los indios de conformidad con la resolución *Winters*. Las tribus de muchas reservas se mantienen aún hoy en estado de pobreza y sus tierras están sin desarrollar en su mayoría.

La política nacional moderna favorece el uso del agua por las tribus. En los últimos 50 años, la política federal hacia las tribus indias ha fomentado la autodeterminación y la autosuficiencia económica. Cada vez más, las tribus han presionado para reivindicar sus derechos de aguas teóricamente amplios pero en la práctica bastante infrautilizados. Ni que decir tiene, la plena utilización de estos derechos podría desplazar los usos de los no indios establecidos en la legislación estatal sobre aguas. Sin embargo, los no indios saben que la incertidumbre

provocada por los derechos nacientes de las tribus amenaza su seguridad económica y ellos también favorecen a menudo la determinación jurídica de la cantidad de derechos de aguas indios sobre ríos particulares. Sin esa determinación, las inversiones y los valores inmobiliarios pueden ser socavados por la incertidumbre. En consecuencia, varios estados occidentales respaldan los esfuerzos por cuantificar los derechos de aguas de los indios.

3. DERECHOS DE AGUAS RESERVADOS PARA TERRENOS FEDERALES

La doctrina de los derechos reservados de *Winters* se convirtió en la norma esencial de los derechos de aguas de los indios y se aplicó posteriormente para proteger los propios derechos al agua del gobierno federal en tierras federales reservadas para parques, bosques, bases militares y otros usos públicos.³³ Al igual que con las tierras de los indios, la cantidad de agua reservada dependía de los fines para los que se había creado la “reserva” federal.

4. CUANTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE AGUAS RESERVADOS INDIOS Y FEDERALES

En muchos estados se están desarrollando procesos judiciales para decidir las cantidades de agua que pueden quedarse las tribus haciendo valer la doctrina de derechos reservados así como los derechos federales a las tierras propiedad del gobierno. Una ley federal otorga jurisdicción a los tribunales estatales para esas causas. Estos trámites son largos y caros, y en los últimos años los derechos de aguas de varias tribus se han resuelto en acuerdos negociados que se aplican a través de la legislación federal. Este método sigue siendo el procedimiento preferido para cuantificar los derechos de aguas tribales, principalmente porque aporta financiación federal a soluciones que permiten a las tribus ejercer sus derechos de aguas y protege los usos establecidos de los no indios.

³³ TRIBUNAL SUPREMO (1963), *Arizona v California*.

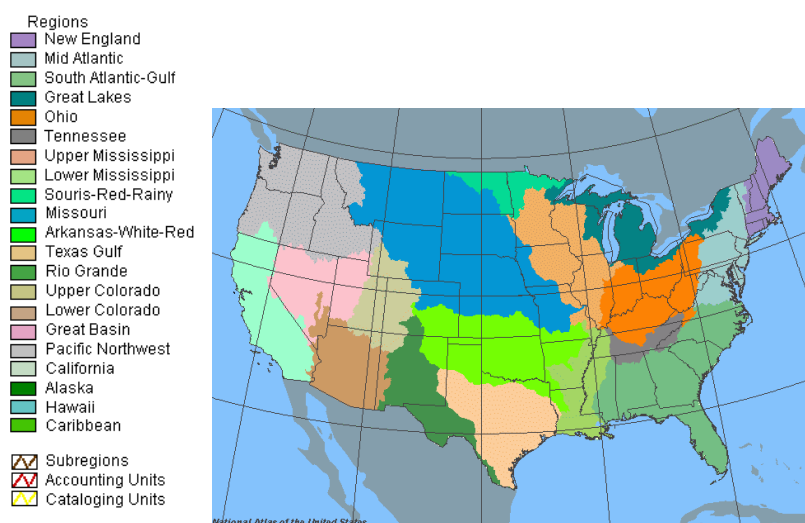
Cuando un tribunal cuantifica derechos reservados de los indios, analiza los fines por los que se creó una reserva. Cuando la finalidad de crear una reserva era permitir que los indios practicaran la agricultura, los tribunales siguen la formulación del Tribunal Supremo en *Arizona v California*, donde se afirma que la cantidad de agua necesaria para fines agrícolas puede calcularse en base a la superficie en acres prácticamente irrigable (PIA) de la reserva. En zonas áridas, la cantidad de agua necesaria para producir cultivos es enorme; al adoptar la fórmula PIA, el Tribunal Supremo abrió el camino para que las tribus reclamaran grandes cantidades de agua. La cantidad de agua necesaria para satisfacer los derechos de Estados Unidos para terrenos federal públicos depende del fin al que se destinarán determinadas tierras federales tales como parques, bases militares, etc.

Las enormes cantidades de derechos de aguas en manos de las tribus indias y del gobierno federal de acuerdo con la doctrina de los derechos reservados entran potencialmente en conflicto con usos del agua de los titulares de derechos de aguas según las leyes estatales. La existencia de derechos de aguas reservados federales e indios crea una excepción importante a la supuesta deferencia del gobierno federal a la legislación estatal sobre aguas.

VI. DERECHOS DE AGUAS INTERESTATALES

Las fronteras estatales no se corresponden generalmente con las fronteras de las cuencas fluviales o de los acuíferos. (Véase Figura 5)³⁴

Figura 5: Fronteras estatales y cuencas hidrográficas



En consecuencia, surgen disputas entre usuarios de aguas en diferentes estados y entre los propios estados en torno a cuánta agua de un río puede asignar cada estado a los usuarios dentro de sus fronteras. Estas disputas se han resuelto con litigios interestatales, pactos (acuerdos interestatales), y asignación legislativa. Los intentos de estados independientes por restringir las exportaciones de agua a otros estados se han declarado inconstitucionales.

³⁴ ATLAS NACIONAL DE EE.UU.

1. Litigios interestatales

Un estado puede demandar a otro estado para evitar perjudicar a sus ciudadanos con actuaciones privadas en otro estado. Estas causas se han elevado directamente al Tribunal Supremo de Estados Unidos, pero también pueden ser atendidas en tribunales federales de menor rango.

Aunque según la Constitución, el Tribunal Supremo posee la jurisdicción original en las causas donde un estado es una parte litigante, el Tribunal tiene la potestad de decidir no ejercer su jurisdicción. Habitualmente, rechaza atender causas donde no hay un "daño" a un estado aguas abajo reclamándose un uso excesivo aguas arriba. En términos prácticos, esto significa que el tribunal no adjudicará la asignación de derechos de aguas para el desarrollo futuro.

El Tribunal Supremo ha desarrollado la jurisprudencia para resolver disputas por la asignación y la contaminación de ríos interestatales mediante "prorratio equitativo". La doctrina fue presentada en 1907 en *Kansas v Colorado*³⁵. Al aplicar la doctrina, el Tribunal no está sometido a las leyes de los estados individuales. Los factores que dan cuenta del prorratio equitativo (y que pueden justificar una desviación de la prioridad estricta) son, entre otros, las condiciones físicas y climáticas, el consumo de agua en varias secciones del río, el carácter y la proporción de los flujos de retorno, el alcance de los usos establecidos y las economías que dependen de esos usos, la disponibilidad de agua almacenada, el efecto práctico del despilfarro de agua en zonas geográficas aguas abajo y el perjuicio a zonas aguas arriba comparado con los beneficios a las zonas aguas abajo si se reducen los usos aguas arriba.

³⁵ TRIBUNAL SUPREMO (1907), *Kansas v Colorado*.

2. PACTOS

Los pactos interestatales son acuerdos entre dos o más estados. Por lo general, la formación de pactos abarca tres fases. Primero, el Congreso autoriza la negociación del pacto, generalmente permitiendo un representante federal en las negociaciones. Segundo, el pacto es negociado por los estados. Tercero, el Congreso consiente el pacto.

Los pactos se han utilizado 25 veces para asignar aguas interestatales y alcanzar un acuerdo de "reparto equitativo" que de lo contrario hubiera precisado un fallo del Tribunal Supremo. Una gran virtud de los pactos frente a los fallos es que los pactos pueden tratar cuestiones futuras sobre ríos que no están plenamente utilizados; el Tribunal se ha mostrado reacio a aceptar estas causas. La capacidad de tomar estas determinaciones de antemano es crucial para una planificación hídrica de gran alcance. Los pactos relativos a aguas interestatales se firman por una serie de propósitos aparte de la asignación de aguas, entre ellos almacenamiento, control de inundaciones, control de la contaminación y planificación exhaustiva de cuencas (principalmente por medio de pactos conjuntos federales y estatales).

Algunos pactos, como el Pacto del Río Colorado, hacen poco más que asignar cantidades específicas o porcentajes del caudal de un río a intereses estatales.

Los pactos recientes exigen en general la creación de una entidad administrativa, generalmente denominada "comisión de pactos," que elabore normas de ejecución de los pactos y recabe información sobre las circunstancias físicas (p.ej. caudal del río) para aplicar después esas normas. Las comisiones de pactos están formadas por miembros designados por los gobernadores de los estados y un miembro federal sin derecho a voto o con sólo un voto de desempate. Los estados dudan en conceder potestades o prerrogativas importantes a una entidad de

pactos, pero sin esa comisión no existe ningún mecanismo sencillo para resolver conflictos y ambigüedades.

Los repartos de aguas en base a pactos son vinculantes para los ciudadanos de los estados que firman el pacto, independientemente de que ciudadanos individuales sean parte o no de las negociaciones. En *Hinderlider v La Plata River & Cherry Creek Ditch Co.*,³⁶ Nuevo México y Colorado acordaron dividir el caudal del Río La Plata equitativamente, de manera que cada estado consiguiera el caudal total del río en días alternativos. El demandante, un apropiador con bastante antigüedad, quería que se prohibiera el régimen de rotación porque vulneraba los derechos establecidos por la ley estatal, pero se denegó el amparo, ya que todos los usuarios de agua están sujetos a las resoluciones del estado sobre cómo cumplir los requisitos del pacto.

3. ASIGNACIÓN LEGISLATIVA

El ejemplo concreto de la asignación legislativa de las aguas interestatales afecta al Río Colorado. El Tribunal Supremo en la causa *Arizona v California*³⁷ declaró que el Congreso, al aprobar la Ley del Proyecto del Cañón Boulder de 1928, intentó dividir las aguas del río entre siete estados de la cuenca hidrográfica inferior del Colorado. Al afirmar esto, el Tribunal reconoció que el Congreso puede actuar cuando los otros mecanismos de reparto de los pactos y la asignación judicial han fracasado, no existen o no se utilizan.

Una comisión de pactos acordó en 1922 asignar el caudal anual del Colorado (que se aceptaba como muy superior a los 15 millones de acre-pies (MAP)) más o menos equitativamente entre los estados de la cuenca superior (Colorado, Nuevo México, Utah y Wyoming) y los estados de la cuenca inferior (Arizona, California y Nevada). La ratificación del pacto fue ralentizada por una larga disputa entre

³⁶ TRIBUNAL SUPREMO (1938), *Hinderlider v La Plata River & Cherry Creek Ditch Co.*

³⁷ TRIBUNAL SUPREMO (1963), *Arizona v California*.

Arizona y California por sus respectivas proporciones en los 7,5 MAP asignados a la cuenca inferior. Arizona temía que el pacto solidificaría la reclamación de California de la mayoría del agua y se negó a ratificarlo. Los estados de la cuenca inferior tampoco llegaron a un acuerdo sobre cómo dividir la proporción de río entre los miembros de la cuenca inferior.

El Congreso promulgó la Ley del Proyecto del Cañón Boulder en 1928, autorizando la construcción de la Presa Hoover, el primero de una serie de embalses de almacenamiento en el Río Colorado. La Ley estaba condicionada a la aceptación del pacto por un mínimo de seis de los siete estados. También afirmaba que California debía aceptar la limitación de su aportación a 4,4 MAP más la mitad de los excedentes de la cuenca inferior. La legislación autorizaba además un pacto separado de cuenca inferior que concedía a Arizona 2,8 MAP y a Nevada 300.000 acre-pies. No se negoció un pacto así.

Arizona denunció a los otros estados para un reparto hídrico equitativo aguas abajo del Colorado. Tras un juicio de tres años ante un asesor de los jueces especial, el Tribunal Supremo concluyó que al promulgar la Ley del Proyecto del Cañón Boulder, el Congreso pretendía ejercer su potestad sobre aguas interestatales "asignando" 4,4 MAP a California en la disposición sobre limitación y especificando las proporciones de Arizona y Nevada mediante la autorización de un pacto de cuenca inferior. Además, dijo que el Congreso delegó al Ministro de Interior el poder de contratar con los usuarios el almacenamiento y el suministro de aguas del proyecto. El Tribunal también afirmó que la ley federal controla la distribución tanto intra como interestatal de las aguas del proyecto, sustituyendo la ley estatal de aguas. El Tribunal tuvo que esforzarse por determinar que la potestad federal para asignar agua entre estados existía y se había ejercido. Esto refleja probablemente la preferencia del Tribunal por las asignaciones por el congreso de aguas interestatales frente a asignaciones judiciales que requieren litigios complejos.

4. RESTRICCIONES ESTATALES A LA EXPORTACIÓN DE AGUA

La Cláusula de Comercio de la Constitución de Estados Unidos, artículo I, apartado 8, cláusula 3, capacita al Congreso para regular el comercio entre los estados. El Tribunal Supremo ha señalado que al conceder poder de comerciar al Congreso, la Constitución prohibía implícitamente a los estados la aprobación de leyes que supondrían una discriminación contra o una carga irrazonable para el comercio interestatal. Esta doctrina intenta satisfacer el propósito constitucional de fomentar el libre comercio y evitar el proteccionismo.

La prohibición contra la injerencia de los estados en el comercio interestatal tiene como fin limitar la autoridad de un estado para impedir las exportaciones de agua a otro estado. En *Sporhase v Nebraska ex rel. Douglas*³⁸, el Tribunal Supremo declaró que las aguas subterráneas de Nebraska era un artículo de comercio y que un estatuto de Nebraska que restringiera las exportaciones de agua legales a los estados y que permitiera un privilegio recíproco de exportación a Nebraska era inconstitucional. El hecho de que los estatutos de un estado vulneren la Cláusula de Comercio depende en parte de la naturaleza de los intereses que el estado intenta proteger. Los estados occidentales áridos, donde el agua es un recurso escaso, tienen un marcado interés de conservación. Con todo, el Tribunal defenderá solamente restricciones estatales ecuanímes sobre el comercio interestatal que sean equivalentes a los esfuerzos del estado por conservar los recursos hídricos en el estado. Para que el tribunal determine que no hay ninguna restricción alternativa menos onerosa sobre el comercio que un embargo, un estado tendría que demostrar la existencia de escasez de agua y realizar esfuerzos máximos por abordar el problema mediante medidas de conservación dentro del estado.

³⁸ TRIBUNAL SUPREMO (1982), *Sporhase v Nebraska ex rel. Douglas*.

VII. TRATADOS INTERNACIONALES

Estados Unidos ha intentado controlar las aguas de los ríos compartidos con Canadá en el norte y México en el sur. El mantenimiento de la vieja doctrina legal internacional, ahora desacreditada, de "soberanía territorial absoluta" en tales disputas ha generado la necesidad práctica de negociar amigablemente con las naciones vecinas. Actualmente, más doctrinas flexibles de soberanía territorial limitada y reparto equitativo regulan en general la resolución de disputas internacionales sobre agua, habitualmente por medio de tratados.

Estados Unidos es signatario de varios tratados de aguas con Canadá, incluyendo el Tratado de Aguas Fronterizas de 1909, el Tratado Lake of the Woods, el Tratado Saint Lawrence y el Tratado del Río Columbia. Los tratados con México incluyen la Convención sobre Riego de 1906 y el Tratado del Río Colorado de 1944. Cuando el gobierno federal firma un tratado con otra nación, se convierte en la "Ley Suprema del País" según la Constitución; y se anulan las leyes estatales que resultan incompatibles. Así pues, los tratados afectan el modo y el alcance con que se pueden ejercer los derechos definidos por el estado.

1. MÉXICO

El Tratado Mexicano de 1944 (Tratado del Río Colorado) fue un esfuerzo por poner fin a años de desacuerdos entre Estados Unidos y México sobre las aguas del Río Colorado. Estados Unidos, como nación aguas arriba, confió inicialmente en la "Doctrina Harmon", basada en una teoría de soberanía territorial absoluta. Las presiones de México por recibir una proporción de agua del río se acrecentaron, e intensificaron la presión internacional por negociar el tratado. El Pacto del Río Colorado de 1922 entre los siete estados que compartían el río parecía anticipar una futura asignación a México, porque requería que los estados superiores e inferiores de la cuenca contribuyeran igualmente a responder a las obligaciones futuras de aprovisionar agua a México.

El Tratado de México firmado en 1944 asignó a México un caudal anual garantizado de 1,5 millones de acre-pies de agua del Colorado, que se reduciría en caso de sequía grave en Estados Unidos. Se creó la Comisión Internacional de Aguas y Fronteras para administrar el tratado. Las partes concluyeron las negociaciones con prisa, pasando por alto varias ambigüedades complicadas. Sobre todo, el Tratado no mencionaba nada sobre la calidad del agua. Más tarde, el desarrollo aguas arriba en Estados Unidos provocó el incremento de la salinidad del río porque se consumía más agua y se construían más presas y embalses. La menor cantidad de agua en el río también implicaba una mayor evaporación de los embalses de almacenamiento y concentraciones de salinidad más altas. Los regantes agravaron el problema devolviendo aguas con altas concentraciones de sólidos disueltos.

El problema de la salinidad estuvo latente hasta 1961. En ese año, la Zona de Riego de Wellton–Mohawk en Arizona empezó a bombear aguas de drenaje de bajo sus tierras, liberando las aguas salinas al Río Colorado justo al norte de México. México respondió protestando a EE.UU. Estados Unidos y México firmaron una serie de acuerdos provisionales, en función de los cuales Estados Unidos aceptó aplicar medidas de reducción de la salinidad. El acuerdo final, Acta 242 de la Comisión Internacional de Aguas Fronterizas, marcó un umbral superior al incremento de la salinidad en el río por debajo de la Presa Imperial, que representa el último punto desde donde Estados Unidos desvía agua.

El gobierno federal asumió la responsabilidad de cumplir las obligaciones sobre salinidad del Acta 242. El Congreso aportó fondos para construir proyectos federales de reducción de la salinidad, tales como un canal que circunvalaba los flujos de retorno de Wellton–Mohawk, una enorme planta de desalinización y estructuras para interceptar diversas fuentes de sal naturales y provocadas por el hombre. Estos proyectos federales representan, en efecto, una “póliza de seguro” contra las limitaciones al desarrollo impuestas sobre los estados de la cuenca del Río Colorado por la obligación de controlar la salinidad.

Sin embargo, muchos problemas de aguas con México no se resolvieron. Por ejemplo, actualmente no existe ningún sistema para dividir las aguas subterráneas transfronterizas. Se mantiene el bombeo no regulado, las ciudades fronterizas como El Paso y Juárez compiten por suministros en descenso. En consecuencia, el Acta 261 se negoció para otorgar a la Comisión Internacional de Aguas Fronterizas más autoridad sobre la calidad de las aguas en la región fronteriza. Los dos países han desarrollado planes de cooperación para compartir información científica y estudios sobre acuíferos conjuntos.

2. CANADÁ

Canadá es una nación al mismo tiempo aguas arriba y aguas abajo de Estados Unidos, porque el sistema del Río Columbia tiene meandros dentro y fuera de ambos países. Se han negociado varias cuestiones.

Una cuestión hacía referencia a las responsabilidades de almacenamiento de las dos naciones y el derecho de Canadá de compartir los beneficios obtenidos por Estados Unidos del almacenamiento de agua en Canadá. El almacenamiento a gran escala era la opción más viable en Canadá, pero Canadá no tenía incentivo para construir esas instalaciones. En un principio, Estados Unidos ofreció a Canadá el pago de una indemnización por los daños causados por la inundación de las tierras canadienses detrás de las presas estadounidenses. Por el contrario, Canadá quería una parte de los beneficios económicos mucho más valiosos aguas abajo del almacenamiento, incluyendo el incremento de la energía hidroeléctrica y la protección frente a pérdidas por inundaciones. Tras mucho debate sobre cómo compartir los beneficios de aguas, ambas naciones acordaron un reparto equitativo de los beneficios económicos con el Tratado del Río Columbia. Este tratado especifica que Canadá proporcionará 15,5 millones de acre-pies para almacenamiento, y Estados Unidos explotará las presas para obtener los máximos beneficios del almacenamiento canadiense; Estados Unidos puede exigir (por un precio de 1,875 millones de dólares por petición más pérdidas de energía

hidroeléctrica) liberaciones de agua almacenada en caso de emergencia pese a las necesidades hidroeléctricas de Canadá, y Canadá no derivará el río Columbia de Estados Unidos hacia el río Fraser de conformidad con el Tratado de Aguas Fronterizas de 1909 con Canadá.

3. SUPREMACÍA DE LOS TRATADOS SOBRE LA LEY ESTATAL DE AGUAS

El Artículo I, Apartados 8 y 9 de la Constitución de Estados Unidos, confiere al Presidente potestad para firmar tratados con el asesoramiento y el consentimiento del Senado. Como decíamos antes, la Constitución convierte en suprema la ley federal, incluyendo los tratados firmados por Estados Unidos. Así pues, la ley estatal de aguas está supeditada a los tratados internacionales.

IX. CONCLUSIÓN

Históricamente, los estados han diseñado sus propios regímenes de leyes sobre aguas acordes con la autonomía de cada miembro de la unión federal para gestionar los recursos dentro de sus fronteras. Los sistemas de apropiación anterior adoptados en los estados occidentales se asemejaban mucho unos a otros, y los estados orientales denominados ribereños desarrollaron sistemas jurídicos bastante similares entre sí. En última instancia, muchos estados de ambas regiones adoptaron sistemas de permisos que eran comparables, con distinciones ocasionales relacionadas con los orígenes del derecho consuetudinario en el estado o región en particular. El principio general de la deferencia del gobierno federal a la legislación estatal de aguas solamente tiene significado en ausencia de legislación federal o de una política con base legislativa. El principio se cumplió en la primera época, cuando se crearon nuevos estados y se aprobaban leyes para abordar las condiciones climáticas y geográficas, particularmente en el Oeste donde la política federal favorecía la

expansión de los asentamientos. Con todo, la política nacional comenzó a responder a cuestiones políticas más amplias y se dio prioridad sobre las leyes estatales siempre que surgían conflictos.

Los primeros conflictos incluyeron proyectos nacionales en apoyo de la navegación. Para los tribunales fue sencillo concluir que esto competía a la autoridad del Congreso en virtud de la Cláusula de Comercio de la Constitución. Más tarde, los estados atrajeron de buen grado la inversión federal en proyectos hidráulicos para facilitar el regadío. El desarrollo de estos proyectos entraba a veces en conflicto con las leyes estatales sobre aguas. Aunque los beneficiarios locales de los proyectos y los propios estados estaban encantados de contar con la financiación federal, se planteaban retos respecto a la autoridad federal para ignorar o contradecir la legislación estatal. Casi invariablemente, el Tribunal Supremo estadounidense declaró que los proyectos federales de aguas entraban dentro del poder del Congreso sobre defensa, comercio o tributación y gasto. Asimismo, el Tribunal defendió las licencias federales para la construcción y el funcionamiento privado o municipal de instalaciones hidroeléctricas. Cuando la inversión federal en proyectos hidráulicos disminuyó en la última parte del siglo XX, la legislación medioambiental federal aumentó, lo que planteó conflictos con usos de aguas que de lo contrario hubieran sido permitidos por las leyes estatales sobre aguas, algunos de los cuales había sido validados con permisos estatales. A diferencia de los grandes proyectos hidráulicos federales, que aportaron subvenciones locales además de una colisión con las leyes estatales sobre aguas, los conflictos con la soberanía del estado provocados por leyes medioambientales federales no se vieron mitigados por ningún beneficio local percibido.

La ley era clara: en cuanto el Congreso nacional toma partido, se declara la prioridad sobre las leyes estatales de aguas, siempre y cuando el Congreso quiera este resultado y su acción esté basada en un poder especificado en la Constitución. Las políticas que requieren un nivel de uniformidad nacional, que versan sobre relaciones con las tribus indias, navegación, terrenos públicos,

pesca, flora y fauna, y protección medioambiental, han actuado para dar preferencia sobre el funcionamiento de las leyes estatales. Igualmente, las leyes estatales tuvieron que ceder al cumplimiento de las asignaciones interestatales de agua y tratados internacionales.

¿Se sorprenderían los fundadores de Estados Unidos de que el gobierno nacional ejerza actualmente este profundo control sobre el uso del agua otorgada a individuos y entidades privadas mediante complejos regímenes jurídicos estatales? Esta cuestión no se previó hace más de 200 años pero, en retrospectiva, la injerencia del poder federal era necesaria para llevar a cabo programas de relevancia nacional. En un principio, el poder federal sobre navegación fue invocado para unificar la nación para fines comerciales. Los estados solicitaron inversiones en proyectos hidráulicos aunque lamentaran los controles federales que conllevaban dichas inversiones. Más recientemente, los estados, por cuestiones prácticas o políticas, no han sido capaces o no han querido desarrollar controles medioambientales apropiados para un mercado nacional. Esto ha conllevado la promulgación de leyes federales con prioridad sobre las leyes estatales sobre aguas. Esta última intromisión del poder federal ha creado los conflictos más graves con las leyes estatales sobre aguas y los derechos por ellas contemplados. No obstante, en la práctica, los proveedores de agua (ciudades, distritos de aguas especiales y entidades privadas) han llegado a acuerdos razonables con los reguladores estatales y federales.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- **CASE, Pamela y ALWARD, Gregory** (1997) *Patterns of Demographics, Economic and Value Change in the Western United States, Informe a la Comisión Asesora para la Revisión de Políticas de Aguas en el Oeste.*
- **GETCHES, David H.** (2004) *Water Law in a Nutshell, 4ª edición*, Nueva York, West.
- **GURU, Manjula y HORN, James** (2000). *“The Ogallala Aquifer.”* The Kerr Center for Sustainable Agriculture, Inc.
- **TARLOCK, Dan A; CORBRIDGE, James N, Jr. y GETCHES, David H** (2002), *Water Resource Management*, 5. edición, Nueva York, Foundation Press.
- **TARLOCK, Dan A** (2001) *The Law of Water Rights and Resources*. New York: West Group
- **ENCUESTA GEOLÓGICA DE EE.UU.** (1998, 2000) *Estimated Use of Water in the United States.*
- **ATLAS NACIONAL DE EE.UU.** <<http://www-atlas.usgs.gov/natlas>>
- **COMISIÓN ASESORA PARA LA REVISIÓN DE POLÍTICAS DE AGUAS EN EL OESTE** (1998) *Water in the West: Change for the New Century.*