



DERECHO DE AGUAS EN LA FEDERACIÓN AUSTRALIANA: EL PASO HACIA EL CENTRALISMO

Jennifer McKay¹

*Directora del Centro de Políticas y Leyes de Aguas Comparativas.
Profesora de Derecho Mercantil. Escuela de Comercio. Universidad Sur Australia.*

RESUMEN

La historia de la gestión del agua australiana se divide en cinco fases diferenciadas desde 1788 hasta 2008. La primera fase se caracterizó por el poder colonial sobre el agua centrado en el desarrollo y por una escasa demanda social de sostenibilidad en las decisiones sobre uso del agua. La segunda fase comenzó con la federación en 1901, pero hizo poco para alterar el poder sobre el agua de las colonias (ahora los Estados). No obstante, la interpretación de la *Constitución* por los tribunales y las concesiones condicionales federales a los Estados por la Commonwealth (el Gobierno Federal) de conformidad con el artículo 96 de la *Constitución* confirieron a la Commonwealth cierta influencia sobre la política de aguas estatal durante este periodo. Desde la década 1970, la sociedad ha planteado una serie de exigencias en torno a la sostenibilidad en las decisiones de uso del agua y de la tierra. La tercera fase, que comenzó a principios de la década de 1980, se caracterizó básicamente por una interpretación extendida del poder legislativo de la Commonwealth por los tribunales, que permitía a la Commonwealth legislar en algunos ámbitos de la gestión de aguas, así como un mayor activismo de la sociedad. La cuarta fase se inició con dos oleadas de

¹ Directora del Centro de Políticas y Leyes de Aguas Comparativas, Universidad de Australia del Sur.

reformas federales en 1994 y 2004. Las primeras reformas introdujeron requisitos de “Desarrollo Ecológicamente Sostenible” (DES); además, incorporaron la competencia en el abastecimiento de aguas y la separación entre tierra y agua para crear mercados hídricos. La siguiente oleada estuvo marcada por modelos de ejecución regional y la Commonwealth planteó pautas más estrictas a los Estados para reforzar las primeras reformas. Ha habido varias sentencias de tribunales a nivel estatal que ejecutan planes hídricos y reducen las asignaciones de aguas a los agricultores en favor del medio ambiente. La última fase, que empezó en 2007, refleja un balance distinto. El uso de los pactos políticos (por los cuales los Estados deben transferir las competencias sobre agua a la Commonwealth) y la ampliación de las potestades federales constitucionales mediante una interpretación judicial generosa han permitido al Gobierno Federal generar una agenda sobre el agua en los Estados de la Cuenca Murray Darling. La arquitectura jurídica de la última fase es la Ley de Aguas de 2007 (*Water Act 2007*). Esta Ley requiere la acreditación o adopción de “Planes Hídricos” de los Estados. Además, los 56 organismos regionales en todos los Estados han recibido fondos directos de la Commonwealth y acordado la ejecución regional de iniciativas federales. Estas reformas recientes parecen manifestar la evolución general hacia el centralismo en la normativa sobre aguas en Australia. Hasta ahora, la legislación no se ha puesto a prueba, pero en los próximos años se confirmará si ha creado efectivamente una nueva arquitectura jurídica federal que modifique toda la noción de federalismo australiano.

PALABRAS CLAVE

Australia, gestión del agua, asignación de poder, poder legislativo, poder ejecutivo, acuerdos intergubernamentales, relaciones financieras federales, convenciones constitucionales, artículo 96

RELACIÓN DE ACRÓNIMOS.

TAA Tribunal de Apelaciones Administrativas
CD Consejero Delegado (en inglés, CEO)
CoGA Consejo de Gobiernos Australianos
AGC Autoridad de Gestión de Cuenca
DES Desarrollo Ecológicamente Sostenible
GL Gigalitros
PNA Plan Nacional de Actuación para Salinidad y Drenaje
NHT National Heritage Trust
GRN Gestión de Recursos Naturales
INA Iniciativa Nacional de Aguas
CMD Cuenca Murray Darling
ACMD Acuerdo de la Cuenca Murray Darling
ML Megalitros, un millón de metros cúbicos
EAA Empresa Abastecedora de Agua

I. INTRODUCCIÓN

1. INFORME TRANSVERSAL NACIONAL SOBRE DATOS HIDROLÓGICOS EN AUSTRALIA

Australia es una enorme isla que forma un continente de 7,79 millones de km² con sólo 23 millones de personas concentradas en los márgenes costeros del sureste en grandes núcleos urbanos. Los habitantes de las grandes ciudades de Sydney, Melbourne, Brisbane, Perth y Adelaide utilizan actualmente cerca del 12% del agua disponible. Los usos industriales consumen más o menos la misma cantidad y el resto corresponde a usos agrícolas y mantenimiento de ecosistemas en ríos y acuíferos. La mayoría del agua necesaria procede de las aguas superficiales, mientras que las aguas subterráneas solamente aportan el 14% (cantidad concentrada básicamente en Perth). Muchos núcleos rurales más pequeños dependen del agua subterránea para el abastecimiento doméstico, y se estima que 600 comunidades utilizan aguas subterráneas como principal fuente de agua potable.² Los ríos Darling (2.740 km), Murray (2.530 km) y Murrumbidgee (1.690 km) son los tres cursos de agua más largos de Australia. La región de la Cuenca Murray Darling (Figura 1) abarca más de 1.000.000 km² (14%) de Australia, distribuidos de manera desigual entre las cinco jurisdicciones de Queensland (Qld), Nueva Gales del Sur (NGS), el Territorio de la Capital Australiana (TCA), Victoria (Vic) y Australia del Sur (AS). El número estimado de personas que residen en la Cuenca ascendía a 1.956.765 según el último censo, que corresponde al 10% aproximadamente del total de la población australiana.

Australia tiene una considerable variabilidad en las precipitaciones y las escorrentías,³ con ciclos de sequías e inundaciones influenciados por fenómenos de vientos de altura conocidos como El Niño y La Niña. La evaporación potencial supera las precipitaciones en gran parte del país cada año. El área norte del país

² ARMCANZ y ANZECC (1995)

³ MCMAHON et al, (1992)

(al norte del Trópico de Capricornio) tiene veranos húmedos e inviernos secos, y al sur de esta línea (AO, AS, Vic y Tasmania) se dan precipitaciones acumuladas en dos meses en invierno o bien precipitaciones más uniformes (NGS)⁴. El centro de Australia es árido, con poca lluvia; recibe un promedio de 200 mm anuales. Los márgenes costeros en el litoral oriental reciben hasta 2.400 mm por año. El caudal de esorrentía varía en toda la nación y es relativamente bajo en la Cuenca Murray Darling, pero extremadamente alto en los trópicos del norte, Tasmania y la costa este.

Utilizando un método de índice para evaluar la variabilidad en las precipitaciones, la cifra correspondiente a Australia es el 17%; la cifra comparable de Sudáfrica, Alemania y Francia era del 10%.⁵

Estas cifras de precipitaciones y evaporación elevada implican que el agua superficial se evapora con mucha rapidez (de los embalses, etc.) allí donde el caudal de esorrentía es bajo. Como consecuencia, hace falta almacenar un mayor volumen de agua para garantizar la seguridad del suministro para ciudades y agricultura de regadío.

Tabla 1: Recursos hídricos y consumo por jurisdicciones en Australia durante 2000–01 y 2004–05

	Australia		2004–05							
	2000–01	2004–05	TCA	NGS	TN	Qld	AS	Tas	Vic	AO
Precipitaciones (gigalitros)	4.747.475	2.789.424	1.767	406.562	505.623	865.973	147.773	75.189	146.928	639.609
Recursos hídricos totales (gigalitros) *	415.096	336.117	256	45.369	55.784	112.905	4.321	47.056	21.332	49.094

⁴ LETCHER y POWELL, (2008)

⁵ Ebda.

Capacidad de embalses grandes (gigalitros)	83.312	83.853	120	24.629	280	10.657	258	23.652	12.109	12.148
Volumen en grandes embalses a 30 junio 2005 (gigalitros)	n/a	39.959	82	8.200	196	5.309	116	11.191	4.729	10.135
Agua extraída del entorno (gigalitros)	76.668	79.784	84	16.528	145	7.964	1.352	39.081	11.213	3.417
Consumo de agua (gigalitros)	21.703	18.767	56	5.922	141	4.361	1.365	434	4.993	1.495
Agua consumida como % del agua extraída	28%	24%	67%	36%	97%	55%	101%	1%	45%	44%

Fuente: TREWIN, Dennis (2006) "Water Account, Australia 2004-05"; "Water Account, Australia 2000-01" Oficina de Estadística de Australia

* Recursos hídricos totales durante 2000-01 = escorrentía anual media + caudal de agua subterránea sostenible (< 1500 mg/L TDS) según se publicó en Water Account, Australia, 2000-01.

Comparando el consumo de agua con la cantidad de agua suministrada es posible analizar detalladamente el modo en que los abastecedores de aguas captan, utilizan y restituyen agua al entorno. La Tabla 1 muestra que, en 2004-05, el 76%

del agua suministrada para usos económicos se devolvió al medio ambiente de una forma u otra. En la Figura 2 se indica cómo se utiliza el agua suministrada en toda la nación.

El consumo total de agua en Australia durante 2004–05 fue de 18,767 gigalitros, lo que representa el 24% de los recursos hídricos suministrados en realidad a los usuarios. En 2000-2001, los usuarios consumieron el 28% de los recursos hídricos, es decir, 21.703 gigalitros. Aunque se registró un incremento del 4% en el agua abastecida a los usuarios entre 2000 y 2001 y entre 2004 2005, el uso consuntivo disminuyó un 14% en el mismo periodo de tiempo.

En Australia, la cantidad total de agua extraída del entorno ascendió a 79.784 gigalitros, de los cuales 62.455 se restituyeron al entorno como vertidos regulados (caudal de retorno). La mayoría de vertidos regulados al entorno incluían usos no consuntivos (60.436 gigalitros), que casi su totalidad se asociaron a la utilización de agua para suministro de electricidad y gas.

En 1998, el total de terrenos de regadío en Australia rondaba los 2,4 millones de hectáreas, y casi el 80% se hallaba en la Cuenca Murray Darling. Aproximadamente el 70% de toda el agua abstraída en Australia se utiliza para riego en la Cuenca Murray Darling, procedente ante todo de aguas superficiales (Figura 2).

Tabla 2: Aportaciones interestatales de agua de los Ríos Murray y Darling

Caudales y proporciones	
Caudal anual medio	13.200 mill. m ³
Derivación anual media	10.800 mill. m ³
Caudal mínimo a AS	1.800 mill.

	m ³
Proporción para NGS	57,4%
Proporción para Vic	34,3%
Proporción para AS	5,4%
Proporción para Qld	2,3%
Proporción para TCA	0,6%

Las aportaciones se basan en un análisis de caudales realizado para los Ríos Murray y Darling a principios de siglo, mientras que las abstracciones que se señalan en la Tabla 1 corresponden a caudales extraídos de todos los ríos y las aguas subterráneas ubicados en la Cuenca Murray Darling.

2. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE AUSTRALIA EN RELACIÓN CON EL AGUA

La estructura federal australiana surgió en 1901 tras 120 años de gobierno colonial. La separación federal de poderes en la Constitución se efectúa en los artículos 51 y 52. El artículo 51 enumera 39 poderes (más tarde modificados a 40) otorgados al Parlamento de la Commonwealth (que en general son concurrentes con el poder legislativo del Estado). Los poderes legislativos exclusivos se conceden en el artículo 52 (en combinación con otros artículos). La Constitución fue promulgada por el Parlamento Británico para las colonias de Australia (que posteriormente se convirtieron en Estados). La cuestión federal ha sido siempre: ¿cómo relacionar estos poderes concurrentes con los poderes preexistentes de los gobiernos coloniales? Los gobiernos coloniales disponían de una concesión plenaria de poderes para *la paz, el orden y el buen gobierno* de la colonia. Cuando las colonias se convirtieron en Estados, ellas retuvieron este poder plenario, en virtud de lo establecido en la Constitución. El artículo 109 disponía que cuando una ley del Estado fuera incoherente con una ley federal, la ley federal prevalecería por el alcance de dicha incoherencia.

Ninguno de los poderes federales en los artículos 51 o 52 versa específicamente sobre agua. El poder interestatal de comercio (artículo 51(i)) se amplía específicamente a la navegación y el transporte fluvial o marítimo (artículo 98). No obstante, la situación general es que los Estados gozan de poder legislativo plenario sobre la gestión de los recursos hídricos, a reserva de las restricciones que hubiera en la Constitución, incluyendo cualquier legislación federal contradictoria en esta materia.

En los últimos 107 años, el Tribunal Superior ha desempeñado una función preponderante en la legitimación de los poderes ampliados de la Commonwealth.⁶ La primera causa que inició este movimiento fue la *Engineers' Case* de 1920 (*Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd (Engineers' Case)* (1920) 28 CLR 129). La “causa de los Ingenieros” rechazó la vieja doctrina de las inmunidades mutuas implícitas de las agencias de la Commonwealth y los Estados, junto con la interpretación anterior de los “poderes reservados” de los Estados. Esto desacreditó la doctrina de que había determinados ámbitos de competencia legislativa que estaban “reservados” a los Estados, donde la Commonwealth no podía inmiscuirse sin un mandato constitucional específico.

El siguiente avance significativo en la interpretación del poder federal por el Tribunal Superior (particularmente en lo referente a la regulación del agua) se produjo en 1983 en forma de la implantación de los tratados del poder de relaciones exteriores (artículo 51(xxix)). La Commonwealth utilizó una combinación de poder interestatal de comercio y poder de relaciones exteriores para impedir que el Gobierno de Tasmania construyera una presa (*Commonwealth v Tasmania* (1983) 158 CLR 1 (“*Causa de la Presa de Tasmania*”)).

Otras dos disposiciones de la Constitución han perfilado la gestión federal de las aguas en Australia. El artículo 96 de la Constitución estipula que “el Parlamento [federal] puede conceder asistencia financiera a cualquier Estado según las condiciones y

⁶ GALLIGAN y WRIGHT, (2002)

estipulaciones que el Parlamento considere apropiadas”. Esta disposición ha sido interpretada ampliamente para permitir la concesión de fondos en ámbitos que sobrepasan la competencia legislativa de la Commonwealth y que no están sujetos a determinadas restricciones constitucionales, tales como la prohibición de la discriminación entre Estados.

El artículo 100 de la Constitución es la única disposición que trata concretamente sobre aguas. En ella se establece lo siguiente: La Commonwealth no reducirá, por medio de ninguna ley o reglamento sobre comercio, los derechos del Estado o de los residentes del mismo en cuanto al uso razonable de las aguas de los ríos para conservación o riego.

Esta disposición se explica con detalle más adelante.

3. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA COMMONWEALTH

En Australia, los tribunales de revisión de méritos procesales federales realizan una revisión administrativa de las decisiones principales tomadas por un departamento u organismo ejecutivo. En general, los tribunales de revisión cuentan con todas las competencias y discreciones de quien tomó la decisión originariamente y pueden confirmar la resolución original, variarla, devolverla al organismo original o reemplazarla por una nueva resolución.⁷ El Tribunal de Apelaciones Administrativas (TAA) es el tribunal de revisión de méritos procesales generalista de la Commonwealth. El TAA dispone de autoridad reglamentaria en función de unas 303 leyes para revisar resoluciones administrativas concretas. Se han otorgado competencias al TAA para efectuar una revisión judicial de las resoluciones tomadas de conformidad con la nueva Commonwealth *Water Act* de 2007, que analizamos en este documento.

⁷ COMISIÓN PARA LA REFORMA LEGAL AUSTRALIANA, (1999)

III. LEYES SOBRE GESTIÓN DE AGUAS ENTRE 1788 Y 2007

1. CINCO PERIODOS

Existen cinco épocas en la legislación hídrica de Australia, que se describen brevemente en la Tabla 3.

Tabla 3: Cinco periodos en la normativa australiana sobre derecho de aguas

Periodo	Breve descripción
1788-1901 “Leyes coloniales”	Antes de la federación, la doctrina de los “derechos ribereños” y la legislación colonial regían la gestión del agua. Las leyes coloniales eran altamente introspectivas de la colonia en particular. Orientación hacia el desarrollo gracias al agua sin prestar atención a la gestión sostenible o la protección medioambiental (MCKAY, 2002).
1901-1982 “Federalismo fiscal”	Postfederación, la gestión del agua sigue estando básicamente bajo poder legislativo del Estado. Influencia de la Commonwealth en la reglamentación estatal mediante concesiones federales condicionales según el artículo 96 de la <i>Constitución</i> . Se firmó el Acuerdo sobre Aguas del Río Murray (RMWA), que disponía la asignación de aguas y la construcción de infraestructuras.
1983-1993 “Poder de Tratados”	Tras la causa de la presa de Tasmania (<i>Tasmanian Dam Case</i>) en 1983, la Commonwealth pudo aumentar su intervención en la gestión de los recursos hídricos gracias a la ayuda del poder de relaciones exteriores.

<p>1994-2007 "CoGA"</p>	<p>El CoGA asegura reformas hídricas impulsadas a nivel federal mediante principios de DES, reformas de derecho de competencia y creación de mercados hídricos en cada Estado. El Acuerdo de la Cuenca Murray Darling (1992) sustituyó al RMWA, que creaba diversas instituciones para gestionar la Cuenca. Los litigios comenzaron en referencia a los Planes Hídricos estatales. Introducción de la ejecución regional gestionada por el Estado de los planes federales a través de Regiones encargadas de la gestión de recursos naturales (GRN).</p>
<p>2007- "Ley de Aguas"</p>	<p>La Commonwealth (bajo múltiples poderes en el artículo 51, incluyendo la transferencia de poderes desde los Estados) promulga la Ley de Aguas (<i>Water Act</i>), que requiere acreditación por la Commonwealth de todos los Planes Hídricos estatales que se planteen el cumplimiento del DES, confiere potestad a la Comisión Australiana sobre Competencia y Consumo para regular el proceso y amplía el poder de la Commonwealth como titular del agua para usos medioambientales. Comienzan las recompras de tierra y agua.</p>

2. PRIMER PERIODO: LEYES COLONIALES

A). Precolonización

Antes del asentamiento en 1788, los habitantes indígenas de Australia tenían un vínculo espiritual y dependían de los sistemas de agua dulce para alimentarse y cobijarse. Estos vínculos prevalecen en los idiomas y en las fronteras de captación de agua reflejadas en las fronteras tribales (aunque la única prueba de ello

procede de Victoria). Tras el asentamiento, Australia fue declarada *terra nullius*, y los derechos indígenas sobre la tierra y el agua no fueron reconocidos por el sistema de derecho consuetudinario británico (que fue incorporado directamente a la legislación australiana). Después de la colonización se produjo una usurpación no regulada de los recursos de la población indígena.⁸

B) Derecho consuetudinario: Derechos ribereños

Como resultado de la aplicación del derecho consuetudinario como incidente del asentamiento, la doctrina ribereña del derecho consuetudinario se aplicó en las colonias australianas (lo cual no fue reafirmado hasta 1962 en *Gartner v Kidman* (1962) 108 CLR 12, págs. 21-23). En esta causa se concedían derechos de aguas a quienes poseían aguas superficiales que transcurrieran por sus tierras en un canal superficial definido.⁹

La doctrina ribereña no concedía la titularidad sino un derecho usufructuario, siendo la Corona la propietaria del bien. La doctrina ribereña creaba el derecho a utilizar el agua y el deber de hacer un *uso razonable* de ella. La obligación del *uso razonable* se enmarcó en 1893 como “un derecho sin aumento o disminución apreciables y sin una alteración apreciable de la calidad o naturaleza del agua” (*Young v Bankier Distillery Co* [1893] AC 691).

Sin embargo, el derecho consuetudinario trataba el agua superficial y el agua subterránea de manera distinta. Todas las aguas subterráneas (ya transcurran por canales definidos o no) no estaban sujetas a la doctrina ribereña. Si el agua subterránea estaba conectada a un canal de un sistema hídrico superficial, entonces se permitía un uso ilimitado. *Dickenson v Grand Junction Canal Company* (7 Exch 282) decidió que si una persona poseía el derecho a un arroyo *jure naturae*, él o ella tenían derecho a su curso de agua subterráneo. Así pues, la prueba de validez de una reclamación para utilizar el agua de un canal subterráneo consistía en si la parte

⁸ LANGDON, (2002)

⁹ CLARK y RENARD, (1970); ROCHFORD, (2004).

reclamante poseía un derecho legal a utilizar el curso de agua en la superficie alimentada por el canal de agua subterránea (*Dunn v Collins* (1867) SALR 126 en 141, Wearing J). Además, si se había accedido a las aguas subterráneas por medio de una estructura artificial (p.ej. un pozo o una perforación realizados por el hombre), los derechos absolutos recaerían en el propietario que sacó el agua a la superficie ya que la doctrina ribereña únicamente se aplicaba al agua que fluía de forma natural

Consecuentemente, el derecho consuetudinario no imponía ningún límite de uso del agua subterránea. El derecho consuetudinario reconocía específicamente que aunque el propietario de las tierras suprayacentes no era el propietario del agua, él o ella tenía derecho ilimitado al aprovechamiento de las aguas subterráneas (*Ballard v Tomlinson* [1885] LR 29 Ch D 115) y a su uso para el propósito que deseara, ya sea dentro o fuera de las tierras suprayacentes (*Chasemore v Richards* (1859) 7 HLC 349).

C) Intervención colonial amparada por la ley

Las legislaturas coloniales vieron pronto que la riberaneidad no encajaba con el desarrollo de Australia, porque el agua debía desplazarse más allá de donde se captaba. El interés social y comunitario era bastante uniforme en el sentido de fomentar el desarrollo a través del regadío y de empresas rurales financiadas por los contribuyentes. Por ello, Vic, AS y NGS trataron de abolir los derechos ribereños y crearon permisos de aguas amparados por la ley vinculados a las tierras (algunos en sistemas de distribución por canales a gran escala). La financiación provenía del gobierno del Estado. Esta fase se caracterizó por una extraordinaria ignorancia sobre las precipitaciones y escorrentías en Australia, unida a las presiones sociales por desarrollar el interior de Australia. Los permisos asignaban en general demasiada agua y generaban una demanda insostenible en los sistemas de aguas superficiales; el agua subterránea estaba a menudo sobreexplotada.

3. SEGUNDO PERIODO: FEDERALISMO FISCAL

A) Reglamentación

Este periodo se caracterizó en principio por la creencia de que los avances tecnológicos resolverían los problemas relativos a la gestión del agua y la gestión del agua se reservaba básicamente a los expertos técnicos. El medio ambiente no era una preocupación en esta época. Se había heredado de la era colonial la idea de que el desarrollo del agua y de la tierra debía ser financiado por el contribuyente. Las leyes estatales concedían los lechos y las orillas de los cursos de agua y los pantanos a la Corona del Estado para intentar negar derechos ribereños. La sustitución de diversos sistemas de permisos y la falta de reglamentación de las aguas subterráneas se mantuvieron.¹⁰

En 1915 se firmó un acuerdo histórico para la gestión del Río Murray. El RMWA, que estableció la Comisión del Río Murray (*River Murray Commission*, RMC) fue suscrito por la Commonwealth, NGS, Vic y AS en 1915. La RMC se creó dos años más tarde. El Acuerdo gestionaba principalmente la construcción de infraestructuras (almacenamiento, aliviaderos y esclusas) en el río.

Sandford Clark, un experto australiano en derecho de aguas, ha expresado que hay pruebas de que el RMWA y la RMC se concibieron en un principio como parte de una estructura institucional más amplia de lo que acabó siendo. Clark defiende que hay pruebas claras a favor de que el RMWA y la RMC fueron diseñados para funcionar en combinación con la “Comisión Interestatal”, un organismo que según la voluntad de los padres de la Constitución sería una parte central del sistema federal de toma de decisiones.¹¹ La legislación que establece la Comisión Interestatal incluía cláusulas amplias que describían el alcance de sus competencias en cuestiones fluviales. Sin embargo, estos planes se vieron frustrados por la resolución de 1915 en la causa *Wheat Case (New South Wales v*

¹⁰ CLARK y MEYERS, (1969).

¹¹ CLARK, (1983)

Commonwealth (1915) 20 CLR 54), que en la práctica privó a la Comisión Interestatal de la mayoría de sus poderes.

B) Artículo 100

Durante el periodo de los debates de la federación, los Estados (NGS, Vic y AS) fueron rivales en la asignación de aguas del Río Murray. El acceso al Murray ha sido descrito en un periódico contemporáneo como el “el debate más obstinado y largo de la Convención [1898]”.¹² Los delegados de Victoria y de Australia del Sur dieron al menos 57 discursos sobre el tema. El flujo de la oratoria de hecho, “¡excedió en volumen y, según declaran los cínicos, en acuosidad a los flujos disputados de los propios ríos!” Ineludiblemente AS se presentó como víctima (la colonia aguas abajo), a merced de las colonias mayores y despiadadas de Victoria y NGS.

Los debates parlamentarios revelan que el artículo 100 se insertó porque NGS, Vic y AS temían que las leyes de la Commonwealth promulgadas en el artículo 51 pudieran afectar a su interés común por la cantidad de agua destinada para riego debido a la aplicación del poder superior de navegación.¹³ La contienda estaba realmente entre el poder de la Commonwealth sobre el agua para navegación y el deseo del Estado de utilizar el agua para riego.

C) Artículo 96

A pesar del artículo 100, la Commonwealth sí intervino durante este periodo en la gestión del agua estatal mediante el artículo 96 de la Constitución. El Gobierno Federal pudo utilizar el artículo 96 y el “federalismo fiscal” para llevar a cabo una serie de reformas federales. La práctica del Tribunal Superior ha consistido en interpretar ampliamente el poder del artículo 96, que permite a la Commonwealth regular actividades que dentro de la competencia legislativa de los Estados no son

¹² ANDERSON, (2003)

¹³ LANE, (1986)

justiciables.¹⁴ En la década de 1970 se produjo un reconocimiento creciente de las cuestiones medioambientales relacionadas con el agua.¹⁵

4. TERCER PERIODO: “PODER DE TRATADOS”

A) Poder de tratados

Como decíamos más arriba, en la causa *Tasmanian Dam Case* de 1983, el Tribunal Superior aprobó el uso de los poderes interestatales de comercio y asuntos externos de la Commonwealth para intervenir en la reglamentación del agua y el medio ambiente. Más recientemente se ha recurrido al poder de asuntos externos para aprobar la ley federal de protección ambiental y biodiversidad (*Environmental Protection and Biodiversity Act 1999*). Esta Ley ejecuta las disposiciones de la *Convención de Ramsar sobre los Humedales*. Al igual que en la causa *Tasmanian Dam Case*, esta Ley regula las actuaciones estatales. En respuesta a la angustia del Estado por la potencial invasión acrecentada de su jurisdicción legislativa, el CoAG instituyó en junio de 1996 un proceso consultivo sobre la adopción de tratados y su implantación entre la Commonwealth y los Estados. Parte del proceso requiere que los tratados se presenten ante el Parlamento 15 días antes de acometerse cualquier actuación vinculante.¹⁶

B) Título nativo

También se experimentaron progresos significativos en el ámbito de los títulos nativos durante este periodo. *Mabo v Qld (Nº 2)* (1992) 175 CLR 1 eliminó la noción de que Australia era *terra nullius* en el asentamiento, lo que abrió el camino para las reclamaciones de títulos nativos por los pueblos indígenas. Más adelante, la Commonwealth promulgó la *Native Title Act 1993* para regular y gestionar estas reclamaciones. La *Native Title Act* permitía reivindicaciones de los indígenas sobre el agua dulce.

¹⁴ MCHUGH, (2007)

¹⁵ SENADO DE AUSTRALIA, (1970)

¹⁶ COMITÉ MIXTO PERMANENTE SOBRE TRATADOS, (1996)

C) Gran Cuenca Artesiana

Poco antes de 1989, se firmó otro acuerdo de colaboración entre los Estados y la Commonwealth sobre la gestión compartida de la Gran Cuenca Artesiana. Ésta es la mayor cuenca artesiana del mundo y subyace a cerca de un quinto de la superficie árida y semiárida de Australia. Abarca un superficie superior a 1,7 millones de km² y posee una capacidad de 8.700 tetralitros. El área fue objeto de más de 4000 perforaciones para obtener agua para el ganado. En 1990 ya no brotaba agua de más de 1.000 de ellas.¹⁷ El Programa de Rehabilitación de la Gran Cuenca Artesiana comenzó en 1989 y tiene como finalidad fomentar el cierre de estas perforaciones y tuberías de agua. Está financiado por la Commonwealth y los Estados. El plan del reparto de costes para cubrir estas perforaciones y el trabajo de canalización está financiado al 80% por el Estado y la Commonwealth y al 20% por agricultores de NGS y Qld. La implantación fue lenta (de las 1.380 perforaciones no controladas en 1989 solamente se habían reparado 250 en 1997), dado que para los terratenientes el coste de las obras para recuperar el agua resultaba demasiado elevado.

4. CUARTO PERIODO: CONSEJO DE GOBIERNOS AUSTRALIANOS (COGA)

A) Reformas del CoGA

a). CoGA 1: Primeras reformas

En 1994/5 el CoGA, que depende enormemente del artículo 96 como mecanismo, implantó una serie de reformas ulteriores, incluyendo un “marco estratégico para la reforma hídrica”, que incorporaba a los proveedores del sector privado en la industria del agua y otras industrias. Para cuestiones hídricas, el marco incluía además requisitos para alcanzar el DES. Ya en 1990, la Commonwealth había utilizado un mecanismo de nueve grupos de trabajo de sectores industriales específicos para crear un conjunto de principios DES. El Cuadro 1 muestra la definición nacional de DES, que incluye una definición del “Principio de Precaución”, que explicaremos más adelante.

¹⁷ CONSEJO ASESOR SOBRE EL ESTADO DEL MEDIO AMBIENTE, (1996)

Cuadro 1: Objetivos y principios rectores de la Estrategia Nacional Australiana para el Desarrollo Ecológicamente Sostenible 1992

Objetivos básicos:

- *mejorar el bienestar individual y comunitario siguiendo la senda del desarrollo económico que salvaguarde el bienestar de las futuras generaciones*
- *garantizar la igualdad dentro de cada generación y entre generaciones*
- *proteger la diversidad biológica y mantener los procesos ecológicos esenciales y los sistemas que preservan la vida*

Principios rectores:

- *los procesos decisorios deben integrar en efecto consideraciones económicas, ambientales, sociales y de equidad tanto a corto como a largo plazo*
- *cuando existan amenazas de daños medioambientales graves o irreversibles, la falta de certeza científica absoluta no se utilizará como razón para posponer medidas que eviten la degradación ambiental (PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN)*
- *la dimensión global de los impactos ambientales de las acciones y políticas debe reconocerse y tenerse en cuenta*
- *la necesidad de desarrollar un economía fuerte, creciente y diversificada que aumente la capacidad de la protección ambiental debe reconocerse*
- *la necesidad de mantener y mejorar la competitividad internacional de una manera ecológicamente racional debe reconocerse*
- *es necesario adoptar instrumentos políticos rentables y flexibles, tales como mecanismos mejores de valoración, fijación de precios e incentivación*
- *las decisiones y actuaciones deben contemplar una amplia implicación de la comunidad en cuestiones que le afecten*

No eran legalmente vinculantes pero sí persuasivos, y muchos Estados adoptaron cláusulas de expresión de fines dentro de su legislación que reflejaban la mayoría de estos ideales. Tristemente, ningún Estado los adoptó con estas palabras, por lo que las resoluciones judiciales sobre estos temas continúan siendo difíciles de conciliar. En 1992, estos principios fueron respaldados por la Commonwealth y los Gobiernos de los Estados (así como la Asociación de Gobiernos Locales) en el Acuerdo Intergubernamental para el Medio Ambiente.

En 1994, el CoGA aplicó reformas de competencia en asignación de aguas para mejorar la eficiencia. Estas reformas incluían:

- consumo basado en tarifas de dos partes, una urbana (1998) y otra rural (2001);
- plena recuperación de costes por el suministro de agua;

- identificación y financiación separadas de las obligaciones de servicios comunitarios;
- comercio de derechos de aguas rurales que separan la tierra del agua;
- asignación de agua para el medio ambiente;
- asunción de valores sociales más amplios, y
- principio de subsidiariedad, es decir, gestión de los recursos en el nivel más próximos a los usuarios.

Cada Estado aprobó legislación para lograr estas metas; por ejemplo, la *Sydney Water Act* de 2004 en NGS incluía el objetivo de “proteger el medio ambiente”. Los objetivos vagos y escasamente fundados en la legislación relevante que incorporaba las reformas hicieron difícil la implantación. Según un estudio de los consejeros delegados de las empresas abastecedoras de aguas más grandes, todos ellos habían oído hablar del concepto DES pero solo un tercio opinaron que creían poder cumplir el DES y pocos pensaban que tenían un acuerdo en beneficio mutuo con el gobierno estatal o que podían entender la política DES a nivel del Estado.¹⁸

Las reformas precisaban que cada Estado garantizara que los proyectos hídricos futuros se basaran en los principios DES junto con una implicación mucho mayor del sector privado y de la sociedad en la planificación del agua a escala regional. Cada Estado debía tener un regulador independiente para el medio ambiente y tenía la obligación de crear mercados hídricos separados. En relación con el comercio de agua el objetivo consistía en promover el comercio de agua interregional e interjurisdiccional, puesto que se consideraba como “facilitador del uso eficaz del agua, haciendo más transparente el coste de oportunidad de utilizar el agua y proporcionando un incentivo para que el agua se destinara a usos de mayor valor”¹⁹. El derecho al suministro de agua se ha desligado aún más de cualquier otro derecho sobre el agua, y es reconocido por una autorización separada que especifica tasas de extracción/suministro permisibles, horarios, ubicaciones, circunstancias y niveles de

¹⁸ MCKAY, (2006)

¹⁹ COMISIÓN AUSTRALIANA DE COMPETENCIA Y CONSUMO, (2006)

servicio. También se puede comerciar con los derechos de aprovisionamiento (y consiguientemente las obligaciones asociadas con la posesión del derecho de aprovisionamiento).

Las reformas de 1994 dieron como resultado cambios extensos y la reestructuración de la gestión del agua en cada Estado. Existen 333 empresas abastecedoras de agua en Australia con 14 tipos diferentes de formas jurídicas en virtud de varias Leyes Estatales.²⁰ Los gobiernos locales son el proveedor de agua dominante en los municipios rurales y grandes ciudades como Brisbane. Algunas empresas abastecedoras de agua reciben agua no tratada de un organismo estatal y después la gestionan a través de un conjunto de tuberías y canales de propiedad y mantenimiento privados, con sofisticadas compuertas de descarga accionadas por energía solar, como por ejemplo en Coleambally (NGS), donde los activos fueron transferidos por el Gobierno. Hay otras empresas públicas cuyos activos son propiedad del Estado pero su gestión es privada, y con frecuencia son utilizadas como fuentes de ingresos abundantes por el respectivo Gobierno del Estado.²¹ Con todo, otras trabajan e informan de detalles financieros y de servicio en una gran diversidad de modalidades.

b). Acuerdo de la Cuenca Murray Darling

En 1992, el Acuerdo de la Cuenca Murray Darling (ACMD) fue firmado por NGS, Vic y AS. Este Acuerdo se basaba en un poder de la Constitución sobre acuerdos interestatales. Se trataba de un intento de crear un acuerdo que sustituyera al viejo pacto de 1915 (el RMWA) referente a dos sistemas fluviales predominantes en Australia. Qld y el TCA fueron signatarios en 1996 y 1998, respectivamente. El Acuerdo abarca la gestión de todos los recursos naturales y tiene como propósito reducir los efectos de la salinidad sobre el agua del río utilizada para riego. El ACMD dispone en la cláusula 93 que los Estados aguas arriba de NGS y Vic deben garantizar, en proporciones iguales, el derecho de AS según las cláusulas 86 o 88 al agua disponible de acuerdo con las cláusulas 91 y 92. Existen limitaciones específicas sobre el uso del

²⁰ MCKAY, (2006)

²¹ HOWARD, (2007)

agua en la zona alta del río Murray por parte de NGS y Vic de conformidad con la cláusula 94.

Sin embargo, ello no resolvió los problemas que subyacían a la facultad del Estado de asignar recursos hídricos y su asignación excesiva en algunos lugares. En respuesta a la preocupación de la comunidad sobre el impacto a largo plazo en la salud fluvial del uso del agua, la CCMD solicitó una auditoría en 1995. La auditoría demostró que si seguía aumentando el volumen de derivaciones de agua, se agravarían los problemas de salud del río, se reduciría la seguridad de suministro y la fiabilidad sería menor en periodos de sequías largas. Estas derivaciones de agua estaban contempladas por la legislación de los Estados y todos tendían a las asignaciones permisivas con escasa referencia a la noción de uso sostenible de la Cuenca.²²

A la luz del Informe de Auditoría de 1995, se impuso un límite provisional en junio de 1995 que restringía la cantidad de agua que podía ser derivada (por los Estados) para usos consuntivos a la cantidad que se había derivado el 30 de junio de 1994. Hubo una revisión independiente de asuntos de equidad y este límite se consideró permanente para NGS, Vic y AS desde el 1 de julio de 1997. El límite ha sido descrito como "...la decisión más monumental sobre gestión de recursos jamás tomada en Australia"²³. Sin embargo, el deterioro ambiental continuó amenazando la sostenibilidad de los recursos hídricos más importantes de la nación. Como resultado, se aprobó el Plan Murray Vivo para devolver 500 gigalitros de "agua nueva" permanente al río Murray como caudal medioambiental con una orientación inicial a la mejora de la salud de seis emplazamientos simbólicos (en todos los Estados) con importantes consecuencias para la biodiversidad. Hubo discrepancias en los círculos científicos; muchos afirmaron que esta cantidad de agua no era suficiente.²⁴

²² COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING, (1995)

²³ COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING, (2002)

²⁴ VAN DIJK et al, (2006)

En una reunión celebrada en 2000, el Consejo Ministerial Murray Darling acordó limitar las derivaciones a las “condiciones básicas” del desarrollo de recursos hídricos a fecha de 30 de junio de 1994. Con el límite se pretendía refrenar el aumento de derivaciones de agua sin restringir los nuevos desarrollos siempre que el agua necesaria se obtuviera aprovechando el recurso más eficazmente o utilizando los mercados hídricos. El límite fue el primer paso para alcanzar un equilibrio entre el riego y otros usos consuntivos y los usos no consuntivos. Cada Estado tenía que desarrollar un modelo hidrológico y asegurar que las derivaciones no superarían esa cifra. Se pidió a los Estados que supervisaran e informaran a la CCMD sobre las derivaciones realizadas, los derechos de aguas anunciados, las asignaciones, el comercio de aguas dentro de, hacia y desde el Estado y el cumplimiento del objetivo. La CCMD designó un Grupo de Auditoría Independiente (GAI), que audita e informa anualmente sobre la actuación de cada Gobierno estatal.²⁵ También existe la facultad de ordenar auditorías especiales cuando se han superado las asignaciones para derivaciones.

En 1998 se impuso un límite definitivo en la cuenca Murray Darling para derivaciones de agua, que las limitaba a los niveles de 1993/94. Esta decisión dio pie a un intenso debate social donde algunos sectores afirmaban que este nivel exigía todavía demasiado del río. Algunos comentaristas han informado anecdóticamente que el límite se está superando en muchos lugares y que los planes de inundaciones y la captación de aguas subterráneas han aumentado.²⁶

c). Plan Nacional de Actuación sobre Salinidad y Drenaje

En 2000, el Gobierno Federal insistió además en la ejecución regional de un Plan Nacional de Actuación sobre Salinidad y Drenaje (PNA) mediante concesiones condicionales en el artículo 96. Éstas son las características básicas del modelo de ejecución regional:

²⁵ COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING, (2004)

²⁶ RED DE RÍOS INTERIORES, (2007)

- el desarrollo de un marco que plantee las funciones respectivas de Gestión de Recursos Naturales (GRN) para la Commonwealth, el Gobierno del Estado/Territorio y los gobiernos locales y la comunidad;
- un cambio de la financiación de proyectos individuales a la financiación de resultados determinados por una planificación estratégica regional de GRN;
- descentralización de la toma de decisiones al nivel regional, esto es, un enfoque disperso en lugar de centralista que permita una toma de decisiones más flexible y adaptada a las condiciones y necesidades locales;
- introducción de estándares y objetivos nacionales para guiar y proporcionar orientación en la inversión para GRN;
- un marco exhaustivo de acreditación, supervisión y evaluación para conseguir normas coherentes y aceptables en la ejecución de programas, y
- fomento de la creación de capacidades en la comunidad mediante la implicación en la GRN local.

Se han creado de 56 regiones GRN en toda Australia. Las fronteras de cada región fueron acordadas entre la Commonwealth y los Gobiernos estatales y territoriales. No obstante, dentro de estas fronteras se aplican las leyes estatales y las diferencias entre ellas crean problemas. Por ejemplo, en relación con el comercio de agua en el Sistema Conectado del Sur del Río Murray (que abarca norte de Victoria, sur de NGS y parte de AS) había más de 180 categorías de derechos de aguas para riego.²⁷ Éstas tenían y todavía tienen diferentes niveles de fiabilidad, duraciones de mandato, protección del interés en el permiso de aguas, y el modo en que se expresan los derechos de aguas como volúmenes de agua o porcentajes de la reserva para consumo.

El Plan Nacional de Actuación expiró el 30 de junio de 2008. Fue sustituido por “*Caring for our Country*”, una nueva iniciativa del Gobierno que arrancó el 1 de julio de 2008 y que integra los anteriores programas de gestión de recursos naturales de la Commonwealth, el *Natural Heritage Trust*, el Plan Nacional de Actuación para Salinidad y Calidad de las Aguas, el Programa Nacional *Landcare*,

²⁷ SHI, (2005)

el Programa de Gestión Medioambiental y el Programa de Trabajo en las Tierras Indígenas y el Medio Ambiente del País. El Gobierno ha invertido 2.250 millones de dólares durante cinco años en el nuevo programa.²⁸

d). Implantación y coordinación de políticas dentro de los Gobiernos de los Estados

Las reformas de 1994 fueron impulsadas por la Commonwealth pero los Estados tuvieron la oportunidad de adoptarlas a su manera. Con respecto a la coordinación entre los organismos públicos estatales responsables de la implantación del DES, se realizaron entrevistas en 2005 a 183 Consejeros Delegados de las principales empresas abastecedoras de agua. La mayoría había hecho un gran esfuerzo por cumplir los principios DES tal y como establecía el Cuadro 1 (más arriba). Los Consejeros Delegados dieron respuestas neutras a la pregunta sobre la coordinación en su Estado. No se mostraban convencidos de que había procesos intergubernamentales bien establecidos para garantizar la coordinación de las políticas con el fin de alcanzar el DES. Tampoco pensaban que la adopción de políticas fuera transparente. Esto confirma las respuestas a las preguntas sobre la capacidad para alcanzar el DES, puesto que sólo un tercio pensaba que podían lograr este objetivo.²⁹ En consecuencia, atendiendo a estas pruebas parece que la naturaleza compleja del federalismo ha creado problemas a quienes están intentando aplicar las políticas y leyes del DES.

El principal motor del modelo de ejecución regional para la GRN es “aprovechar la capacidad de quienes están más cerca del problema sobre el terreno”, con la ayuda de los conocimientos, la experiencia y el saber hacer locales, para permitir soluciones flexibles y sensibles a los desafíos locales de la GRN.³⁰

²⁸ GARRETT y BURKE, (2008)

²⁹ MCKAY, (2006)

³⁰ SENADO DE AUSTRALIA, (1970)

Después de 1994, los Estados aprobaron leyes para satisfacer los requisitos de competencia del CoGA y diseñar planes regionales de gestión. Algunos Estados legislaron sobre el último asunto mucho antes.

Los Estados crearon sus propios planes legislativos. Un examen de los trámites jurídicos de los grupos (organismos de GRN establecidos para poner en práctica la legislación) ha llevado a la autora a preparar la siguiente clasificación:

- **Confederación de Grupos Emergentes** (los miembros de la Junta no tienen base de conocimientos) sin obligaciones reglamentarias;
- **Confederación de Grupos Emergentes** (los miembros de la Junta no tienen base de conocimientos) con obligaciones reglamentarias;
- **Junta Basada en Habilidades** sin obligaciones reglamentarias; y
- **Junta Basada en Habilidades** con obligaciones reglamentarias.

Utilizando este sistema de clasificación, la Tabla 4 analiza los organismos regionales de GRN en cada Estado australiano.

Tabla 4: La estructura organizativa del Estado creó organismos regionales de GRN que diseñan planes de asignación, uso y reparto de aguas y número de empresas abastecedoras de agua (EAA) en cada Estado de Australia (en mayo de 2007)

ESTADO	TIPO DE ORGANISMO REGIONAL DE GRN	TIPOS de EAA
NGS	<i>Junta Basada en Habilidades con obligaciones reglamentarias:</i> En 2003, 13 Autoridades de Gestión de Cuenca fueron creadas para elaborar Planes Hídricos. Localmente regidas, la Junta informa al Ministro, principales medios para conseguir financiación del Gobierno Federal y de NGS, ayudan al administrador de tierras a recuperar el medio ambiente del Estado.	Nueve tipos con 74 organismos

	Cada Junta cuenta con un Presidente y 6 miembros seleccionados por sus conocimientos técnicos con un pequeño equipo de profesionales.	
Vic	Confederación de Grupos Emergentes (los miembros de la Junta no tienen base de conocimientos) con obligaciones reglamentarias: En 1994 se establecieron 10 Consejos Victorianos de Gestión de Cuencas. El Tribunal Civil y Administrativo Victoriano (“TCAV”) es el máximo órgano consultivo y facilita un marco integrado. Posee su propia Ley y utiliza la <i>Water Act 1989</i> . El TCAV prepara pautas estratégicas regionales para el Ministro, que son aplicadas por las Juntas de Gestión de Cuencas (JGC). Las JGC deben relacionarse con la comunidad, la industria, las organizaciones medioambientales y las entidades estatales y federales.	Dos tipos con 23 organismos
Qld	Confederación de Grupos Emergentes (los miembros de la Junta no tienen base de conocimientos) sin obligaciones reglamentarias: 15 Grupos Regionales de GRN (GRGRN) no respaldados por la legislación. Difieren enormemente unos de otros en cuanto a estructura corporativa, intereses de los integrantes y evolución en la planificación e implantación de las actividades de GRN. Existe un colectivo de GRGRN que consta de los Presidentes y Consejeros Delegados de los 15 grupos, que coordina el enfoque estratégico en asuntos de GRN más allá de las fronteras regionales. El Colectivo queda fuera del ámbito del Gobierno y está financiado por los organismos	Siete tipos con 115 organismos

	regionales y en parte por fondos NHT/NHT de la Commonwealth.	
AS	<i>Junta Basada en Habilidades con obligaciones reglamentarias:</i> Se crearon once en 2004, denominadas Juntas de Gestión de Recursos Naturales, pero existen desde 1997 como Juntas de Gestión de Cuencas. Estas Juntas tienen potestad para recaudar un impuesto de GRN que se calcula por el valor de la tierra en zonas urbanas y la cantidad de agua utilizada para los agricultores. Las Juntas seleccionan a miembros con determinadas habilidades en una región; además hay un Consejo de GRN que asesora al Ministro sobre las actuaciones de las Juntas.	Un tipo con siete organismos
AO	<i>Junta Basada en Habilidades sin obligaciones reglamentarias:</i> Se establecieron seis Consejos de Cuenca Regionales no reglamentarios en 2001 así como el Consejo de GRN. El Consejo coordina la ejecución de acciones NAP y NHT y fomenta un enfoque consultivo para garantizar una amplia implicación de la comunidad en el desarrollo de políticas para GRN. Los grupos locales coordinan los esfuerzos de grupos comunitarios más pequeños y más localizados, por eso las normas de pertenencia varían, aunque en general incluyen a miembros de la comunidad, responsables de entidades públicas y gobiernos locales.	Cinco tipos con 22 organismos

Fuentes: McKay 2007 para columna 3. Las columnas 1 y 2 derivan de la interpretación original de la legislación y documentos de políticas analizados para este artículo.

http://www.unisa.edu.au/waterpolicylaw/projects/corporate_governance.asp

Por medio de los órganos arriba mencionados, los Estados iniciaron el diseño de planes hídricos en las cuencas y los recortes en las asignaciones de agua causaron muchas controversias. La implantación de los mercados hídricos y la separación del derecho de uso de aguas de la tierra también se han llevado a cabo de modos distintos en cada Estado pero todavía no se han visto aún sometidas a impugnaciones jurídicas. No obstante, una preferencia clara de los usuarios del agua ha sido acometer negociaciones temporales de aguas³¹ y las pruebas anecdóticas de las encuestas sugieren que a muchos miembros de las comunidades regionales no les gustan los mercados, porque el agua que se agota en un distrito reduce la cantidad disponible para la comunidad.

En AS, el Gobierno del Estado es único y ha impuesto un gravamen a los usuarios del agua, tanto urbanos como rurales, para financiar las obras de DES. Todos los sectores de la comunidad han expresado su enojo con la manera en que se impone el gravamen, puesto que se basa en el valor de la propiedad y no en el uso de agua. Una encuesta a habitantes de ciudades en la región de Adelaide Mount Lofty (AS) reveló que más del 57% preferiría ser gravado tomando como base el uso de agua efectuado.³²

No obstante, el artículo 90 de la Constitución confiere poder exclusivo para cobrar impuestos sobre el consumo a la Commonwealth. Los Estados no pueden recaudar un impuesto amplio sobre las ventas generales debido a la amplia interpretación de este poder realizada por el Tribunal Superior.³³

e). CoGA 2: La Iniciativa Nacional del Agua 2004

La última inyectiva de los poderes del artículo 96 para persuadir a los Estados a aplicar la política federal fue la Iniciativa Nacional del Agua (INA) de 2004. También es el resultado de las reformas del CoGA, cuya finalidad es conseguir la compatibilidad

³¹ TREWIN, (2006)

³² WU et al, (2008)

³³ GALLIGAN y WRIGHT, (2002)

nacional en los mercados, planes reguladores y de planificación para lograr una gestión sostenible de las aguas superficiales y subterráneas. El Acuerdo INA fue firmado por todos los gobiernos en la reunión del CoGA el 29 de junio de 2004 (a excepción de Tasmania, que firmó el Acuerdo el 3 de junio de 2005, y AO, que firmó a principios de 2006). La INA continúa incluida en la mayoría de reformas recientes (*Water Act 2007*).

El Acuerdo INA especifica que el uso consuntivo del agua requiere una autorización de acceso al agua que se describa en la legislación como una cuota perpetua de la reserva para consumo de aguas superficiales y subterráneas (párrafo 28). Los Estados han intentado ponerlo en práctica.

El Acuerdo INA es una reforma exhaustiva que contiene objetivos, resultados y acciones concertadas que serán emprendidas por los gobiernos en los ocho elementos interrelacionados de la gestión del agua:

- (a) autorizaciones de acceso al agua y planificación;
- (b) mercados hídricos y comercio de aguas;
- (c) mejores prácticas para tarificación del agua;
- (d) gestión integrada del agua para lograr resultados beneficiosos para el medio ambiente y el público en general;
- (e) contabilidad de recursos hídricos;
- (f) reforma del agua urbana;
- (g) conocimientos y capacitación; y
- (h) partenariados con la comunidad y adaptación de las políticas.

Este proceso vendrá regido por la nueva Comisión Nacional sobre el Agua y se invertirán 2.000 millones de dólares en seis años a través del Fondo Australiano para el Agua.

B) Resoluciones estatales sobre las reformas desde 1994 hasta la actualidad

Hay una serie de resoluciones de los tribunales estatales durante este periodo que influyeron en la gestión del agua, y aquí se presentan las más importantes. Hay tres factores de interés en estas resoluciones:

- (a) la interpretación judicial de la obligación de DES en la Ley Estatal relevante;
- (b) el tipo de órgano que diseña los planes también derivados de la Ley (ver Tabla 4, más arriba); y
- (c) el tipo de poder de revisión en la Ley relevante.

a). Leyes Estatales

Exponemos algunas disposiciones relevantes sobre el DES de las Leyes Estatales a modo de introducción de las causas analizadas más adelante.

En Victoria, los objetivos de la Ley de Aguas de Victoria se especifican en el artículo 1, que estipula los tres requisitos básicos pero que además tiene como objeto: “maximizar la implicación de la comunidad en la elaboración y ejecución de los acuerdos relativos al uso, la conservación o la gestión de los recursos hídricos”.

El Ministro debe garantizar que, en la medida de lo posible, todos los intereses relevantes estén justamente representados en el Comité que diseñe el Plan de Reparto de Aguas. Al menos la mitad han de ser propietarios u ocupantes en la zona en cuestión, nombrados tras un proceso de consulta por el Ministro con los órganos representativos de esas personas; las autoridades públicas directamente afectadas deben estar representadas y si la planificación implica una zona de cultivo, entonces como mínimo la mitad del comité habrá de estar integrado por agricultores nombrados por la Federación de Agricultores de Victoria.

Los objetivos de la Ley de Recursos Hídricos de Australia del Sur (*Water Resources Act 1997*), desde que fue revocada por la Ley de Gestión de Recursos Naturales (*Natural Resources Management Act 2004*) son amplios (artículo 6) y deben “asegurar el bienestar físico, económico y social del Estado y facilitar el desarrollo económico del

Estado al tiempo que se protegen los derechos de las generaciones futuras y los ecosistemas que dependen de esos recursos”. El Ministro nombra a los Comités y aprueba planes creados por las Juntas de Gestión de Aguas Represadas únicamente para las zonas prescritas. Los Planes de Aguas Represadas otorgan el poder de gravar con impuestos. Los Planes de Asignación de Aguas deben ser consecuentes con el conjunto del Plan Hídrico Estatal general, y han de contemplar la distribución de aguas de una manera equitativa y sostenible. Estos Planes son vinculantes para el Ministro. Recientemente se han presentado querellas ante el Tribunal de Medio Ambiente, Recursos y Desarrollo (“Tribunal MARD”) que sugieren que el Ministro no tiene potestad para revisar o corregir anomalías en los Planes.

La Ley de Queensland (*Queensland Act*) otorga poder al Ministro, que es asesorado por un Comité de representantes locales y terceros para el diseño de los Planes Hídricos.

En las comunidades rurales, las Leyes exigen un proceso de consulta a la comunidad para el desarrollo de Planes Hídricos, lo que representa un ejemplo activo de democracia participativa. Sin embargo, las mismas Leyes son deficientes a la hora de identificar los mecanismos apropiados y los marcos institucionales para implantar estos procesos.

En la actualidad, hay Planes Hídricos en distintas fases de ejecución en Australia. Una región de GRN podría tener numerosos planes. El proceso de planificación hídrica fue suspendido en NGS como consecuencia de la sequía y en todos los lugares sería justo afirmar que los planes han generado polémica y como resultado se han formado grupos de presión políticos. Ha habido litigios en algunos puntos. Cada Estado apoya la elaboración del Plan Hídrico de muchas formas, pero casualmente ésta ha sido una época de presupuestos recortados para los servicios públicos.

b). Resoluciones clave a escala estatal

Meares' Case (Murray Irrigation Ltd v ICW Pty Ltd and Meares Nominees Pty Ltd [2005] NGSLEC 304)

Esta causa concernía a la Ley de Gestión de Aguas de NGS (*Water Management Act 2000*). La empresa abastecedora de agua, Murray Irrigation Limited, respondió a una sequía pertinaz reduciendo en un 8% la cantidad de agua disponible para distribución a los accionistas. El objeto y el propósito de la Ley de Gestión de Aguas de 2000 consistían en conservar los recursos hídricos y ponerlos a disposición en un nivel que asegurara la sostenibilidad para generaciones futuras. Murrumbidgee Irrigation Limited (MIL, una empresa privatizada de abastecimiento de aguas) fue la acusación en esta querrela. El argumento de la causa fue la toma ilícita de agua. El segundo acusado, Meares Nominees Pty Ltd, intentó defenderse diciendo que no podían ser responsables de las acciones de su empleado, que había tomado agua en exceso de la cantidad autorizada manipulando el equipo de regulación de suministro de agua (una noria Dethridge). Los delitos en la Ley eran delitos penales de responsabilidad estricta. La responsabilidad estricta es una prueba dura, lo que significa que no hay necesidad de demostrar un elemento mental o de culpa en forma de intención dolosa, imprudencia temeraria o negligencia. Es importante destacar que la Ley de Gestión de Aguas aplica este enfoque. Se declaró responsable al acusado.

Murrumbidgee Groundwater Preservation Association v Minister for Natural Resources [2005] NGSCA 10 (Asociación para la Conservación de las Aguas Subterráneas Murrumbidge v. Ministro de Recursos Naturales)

Esta causa consideró la cuestión de la validez de un Plan de Aguas Estatal. La Asociación Murrumbidgee impugnó el Plan aduciendo numerosos argumentos en aplicación del derecho administrativo (revisión judicial). Los motivos alegados fueron:

- (a) propósito improcedente del Ministro al elaborar el Plan para evitar el plan diseñado por la comunidad;

- (b) la fórmula de reserva de aguas para el medio ambiente contenía una imposibilidad matemática;
- (c) incertidumbre respecto al calendario de ejecución del Plan; y
- (d) la imposición de reducciones uniformes en la asignación de aguas era irracional.

El Ministro tenía potestad para hacer él mismo un borrador de Plan de Aguas Subterráneas para el área afectada. El plan trataba de la gestión sostenible de las aguas subterráneas y determinaba límites de extracción; el propósito general del Plan era reducir el uso real durante 10 años a la recarga media anual menos una cantidad preservada para el medio ambiente. Los usuarios del agua subterránea estaban sometidos a reducciones prorrateadas de autorizaciones en un plazo de 10 años. Todos los usuarios debían tener derecho en el noveno año a sólo el 52% de sus autorizaciones originales. Había mecanismos de ajuste tales como la creación de permisos de acceso al mercado y permisos complementarios de acceso a agua.

Todos los argumentos de la apelación fueron desestimados. Ésta es la respuesta que se dio en cada caso:

- (a) *Propósito improcedente*: el Apelante alegó que el Ministro elaboró el Plan para evitar la notificación, exhibición y consideraciones públicas normalmente necesarias en un plan preparado por un comité de gestión. Se declaró que el poder para establecer un comité de gestión que elabore un plan era discrecional y que un plan formulado por el Ministro era válido.
- (b) *Imposibilidad*: la interpretación literal de la cláusula que disponía la fórmula para reserva de aguas arrojaba un resultado absurdo, por lo que el Tribunal aplicó una interpretación intencionada para identificar una fórmula correcta;
- (c) *Incertidumbre respecto al calendario*: se consideró que el calendario de ejecución podía ser acertado y en consecuencia era válido; y
- (d) *Irracionalidad*: esta causa estaba basada en el hecho de que era irracional tratar la fuente de agua subterránea como una única masa de agua, dado que la recarga de acuíferos era específica del lugar y una actividad en una zona resultaría en un cambio de las condiciones en otro lugar. Históricamente, el sistema de aguas subterráneas

estaba gestionado por zonas, porque el uso de derechos en algunas áreas resultaría insostenible. El argumento aplicó el principio de precaución para proteger el recurso en ausencia de datos científicos. Se declaró que el sistema único era irracional porque no se basaba en la disponibilidad de agua. No obstante, el Tribunal confirmó la reducción prorrateada aduciendo que el Tribunal tiene una función limitada y que está en manos del Ministro equilibrar el resultado medioambiental deseado y el método escogido para lograrlo con las consecuencias sociales y económicas beneficiosas y adversas.

Minister for Environment and Conservation v Wylie Group Pty Ltd [2005] SASC 127 (*Ministro de Medio Ambiente y Conservación v. Wylie Group Pty Ltd*); *Hedges v Minister for Environment and Conservation* [2006] SAERD 43 (*Hedges v Ministro de Medio Ambiente y Conservación*)

En Australia del Sur ha habido algunas causas sobre los Planes de Reparto de Aguas diseñados de acuerdo con la Ley de Recursos Hídricos (*Water Resources Act 1997*), que ahora forma parte de la nueva Ley de Gestión de Recursos Naturales (*Natural Resources Management Act 2004*) (*Ley GRN*). Ambas Leyes prescriben un área y a continuación las asignaciones a los usuarios se hacen mediante permisos. Los propósitos de ambas Leyes son crear un sistema para el aprovechamiento y la gestión sostenibles del agua. En el sistema conforme a la Ley de Recursos Hídricos, los usuarios tenían preferencia para seguir utilizando el agua aun cuando las restricciones hubieran entrado en vigor (este proceso se denomina exención por derechos adquiridos o *grandfathering*). El Ministro tenía además poder para reducir las asignaciones si el total excedía la capacidad del recurso.

Los Planes de Reparto de Aguas fueron redactados por las Juntas de Gestión de Cuencas de acuerdo con un proceso legal de listado y anuncio de una proscripción del recurso hídrico (ya fuera agua superficial o subterránea). Los Planes estaban dirigidos a proporcionar los fundamentos para una gestión y un uso de agua sostenibles a largo plazo y todas las asignaciones de agua debían cumplir lo establecido en los Planes. El

proceso conllevó un considerable esfuerzo de consulta a la comunidad para determinar todos los factores.

El Ministro no tenía más opción que rechazar la asignación de agua si no era posible aprobar la asignación de agua en el permiso de manera consecuente con la Ley de Asignación de Aguas, según el artículo 29 de la Ley de Recursos Hídricos (también presente en la Ley GRN). En el Tribunal Supremo de AS se determinó que la referencia al término “*may*” (puede) en el apartado 29(3) no identificaba una discreción. Más bien el Ministro estaba obligado a rechazar una solicitud si su concesión no fuera consecuente con lo establecido en el Plan relevante.

Baker v Minister for Environment and Conservation [2006] SAERD 24 (*Baker v. Ministro de Medio Ambiente y Conservación*)

En virtud de lo establecido en la Ley de Regadío de AS (*Irrigation Act 1994*), en los distritos gubernamentales de regadío hay asignaciones hídricas. El Ministro de Medio Ambiente y Conservación es la autoridad en materia de regadío y el encargado del abastecimiento de agua para regadío en el distrito. El Ministro realiza las asignaciones hídricas de acuerdo con la ley GRN y asigna diferentes secciones a cada regante. Los regantes pagan tasas al Ministro. El Ministro ha nombrado Comités de Asesoramiento, que colaboran en la asignación. Estos Comités se suman a los miembros de la comunidad que han elaborado el Plan de Asignación Regional de Aguas a mayor escala y todas las asignaciones a los regantes están sujetas al Plan Regional.

En épocas de sequía, normalmente el Ministro solía reducir la cantidad asignada a los Distritos de Regadío y en realidad todas las asignaciones. El proceso aplicado consistía en una cantidad prorrateada a cada regante basándose en la asignación por hectárea. En *Baker*, cada regante perdió 0,12 megalitros por hectárea. El Plan de Asignación de Aguas relevante incluía una cantidad tope que se podía asignar (era más baja que antes del Plan) y también una tasa máxima por hectárea. En *Baker* hubo pruebas de que un agricultor había regado una zona por encima de lo que se le había permitido. El

Comité de Asesoramiento decidió atendiendo a un proceso de estimación del área regada mediante fotografías aéreas en una determinada fecha y reduciendo la superficie en acres por el 10%. Se consideró que este proceso era justo y razonable.

Lymberopoulous v Minister for Environment and Conservation [2004] SAERD 44
(Lymberopoulous v. Ministro de Medio Ambiente y Conservación)

Los demandantes solicitaron por primera vez un permiso de aguas para regar 40 hectáreas en abril de 1997 de conformidad con la Ley de Recursos Hídricos (*Water Resources Act*) y presentaron muchas solicitudes, siendo todas ellas rechazadas en septiembre de 2003. El permiso era para una presa y un pozo de uva. Se rechazó la solicitud porque no satisfacía el Plan de Aguas relevante. Según el artículo 35 de la Ley (que tiene un paralelo en la Ley de GRN), la decisión del Ministro de conceder o variar una asignación de aguas debe ser coherente con el Plan de Asignación de Aguas relevante. En el periodo de tiempo entre las solicitudes, otro Plan de Aguas fue adoptado por el Ministro, concretamente el 22 de septiembre de 2002.

Se arguyó que la solicitud de derecho al agua daba lugar al derecho de que el proceso administrativo se llevaría a cabo *dentro de un marco temporal razonable* y que sería obligatorio por el mandato de *Mandamus* (revisión administrativa), por lo que se aplicó el primer Plan.

White v Minister for Environment and Conservation [2005] SAERD 98
(White v. Ministro de Medio Ambiente y Conservación)

Esta causa concernía al método administrativo utilizado en el Plan de Asignación de Aguas para distribuir agua subterránea. Los demandantes tenían una asignación para retención de agua de 5.700 kilolitros y querían transformarla en una asignación para toma según la Ley de Recursos Hídricos. La solicitud fue denegada por el Ministro cuando el delegado del Ministro la valoró según el Plan relevante. El procedimiento administrativo en el Plan era una prueba de 4 km² que requería que la concesión de una asignación para toma de agua no provocara que el volumen total de asignaciones

para toma de agua dentro de un cuadrado de agua con lados de 4 km excediera en 1,25 veces la cantidad de recarga vertical anual para el área de gestión.

El delegado del Ministro aplicó esta prueba compilando una lista de propiedades en un radio de 4 km² del punto propuesto para la toma. Todas las asignaciones para toma de agua se incluyeron en el cálculo, es decir, las no utilizadas y las utilizadas. Esto se hizo de conformidad con el Principio 21 del Plan, que especificaba claramente que la prueba de los 4 km² se centraba en las asignaciones para toma de agua y no en el agua utilizada realmente en un momento determinado.

Se decidió que el delegado del Ministro actuó conforme a la Ley de Recursos Hídricos, la Ley de GRN y el Principio 21 del Plan.

Michelmore v Minister for Environment and Conservation [2004] SASC 415
(Michelmore v. Ministro de Medio Ambiente y Conservación)

Los apelantes eran fabricantes de productos lácteos situados en el sureste de AS, que solicitaron tomar agua de un acuífero libre con el fin de refrigerar la leche y mantener limpia la lechería. El Plan Hídrico especificaba un plazo para formalizar tales solicitudes y los apelados llegaron un mes tarde. Se afirmó que la especificación de los plazos en el plan *no era una mera cuestión de maquinaria* y que el Ministro no la podía modificar.

Rowe v Lindner [2007] SASC 189

Esta causa aludía a la sostenibilidad de una propuesta para establecer una explotación ganadera de engorde para 1.500 reses y el impacto de la toma de 25 megalitros anuales de aguas subterráneas sobre las aguas superficiales y subterráneas. El recurso no estaba prescrito en la Ley de GRN y por ello no hacían falta permisos. La causa aprovechó la Ley de Desarrollo (*Development Act*) y un Plan relacionado con ella que tenía como objetivo proteger todos los recursos hídricos de la contaminación o del uso excesivo que pudieran amenazar la fiabilidad a largo plazo de los recursos existentes.

El pleito aportó además orientación judicial sobre la Ley de GRN y el Principio de Precaución. Finalmente, el resultado fue afirmar que si bien el desarrollo propuesto satisfacía muchas de las disposiciones de la Ley de Desarrollo, fallaba debido al uso insostenible de los recursos hídricos. La Ley de Desarrollo cabía allí donde la Ley de GRN no prescribía el área, de ahí que no fuera necesario un Plan Hídrico. En consecuencia, las Autoridades de Aprobación de Planificaciones deben buscar asesoramiento en las entidades públicas apropiadas o en expertos que les ayuden a determinar los cursos de agua afectados, aunque éste no sea un requisito específico de la Ley de GRN. El Tribunal de Medio Ambiente, Recursos y Desarrollo de AS también señaló que cuando los organismos de planificación se enfrenten a una escasez de datos, el “Principio de Precaución” deberá aplicarse. Las pruebas resultaron insuficientes para apoyar una conclusión de uso del agua *insostenible*, pero fueron suficientes para respaldar una conclusión de *riesgo significativo de daños graves* debidos al abuso de agua junto con la incertidumbre científica actual acerca del alcance de los daños ambientales que había invocado el Principio de Precaución.

Elandes Nominees Pty Ltd v Minister for Water Resources [2002] SAERD 130
(Elandes Nominees Pty Ltd v. Ministro de Recursos Hídricos)

En *Elandes*, de acuerdo con la Ley de Recursos Hídricos (*Water Resources Act*), un Plan de Asignación de Aguas redujo las extracciones de los acuíferos. La reducción se mantuvo y la industria almendrera desapareció de la zona. El argumento sobre la pérdida de una industria (argumento de sostenibilidad social) se consideró subsidiario al impacto ambiental. No había ninguna disposición en el Plan de Asignación de Aguas para continuar con las asignaciones hídricas insostenibles a empresas que no se adaptaran a las asignaciones de agua reducidas.

Ashworth v Victoria [2003] VSC 194 En la causa *Ashworth*, un agricultor cuestionó la validez de las nuevas leyes en Victoria, que por primera vez confería al Estado el derecho de controlar el agua captada como flujo superficial en presas de explotaciones agrícolas. La Ley de Aguas (*Water Act*) era en ese momento la más

extensa de la nación y pretendía crear un marco y un régimen de gestión para asegurar que los usuarios aguas arriba no perjudicaran a los usuarios aguas abajo en Victoria.³⁴ El Parlamento de Victoria aprobó en 2002 la Ley de Aguas (Presas Agrícolas para Riego). Esta Ley requería que el demandante obtuviera un permiso si pretendía continuar con esta práctica. Se falló que la ley parlamentaria sustituía a los derechos según el derecho consuetudinario.

Otras resoluciones:

Otras resoluciones relevantes de tribunales estatales:

- La resolución del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria en 2001 indicaba que había que ser precavidos si no hubiera suficientes datos fiables que avalaran la sostenibilidad a largo plazo del recurso (*Neibieski Zamek Pty Ltd v Southern Rural Water* [2001] VCAT 1005);
- En la causa del *Tasmanian Conservation Trust* de 2003 (*Tasmanian Conservation Trust v Director of Environmental Management and Rivers and Water Supply Commission* [2003] TASRMPAT 12), el Tribunal revisó la negación a conceder una licencia de obras para una presa. Éste declaró que la Ley de Gestión de Aguas de Tasmania de 1999 "...no aportaba orientación ... para valorar los beneficios relativos de una presa ... frente a los impactos adversos que tendría ..." El Tribunal falló que "el daño medioambiental seguro y probable derivado de la construcción de y la existencia de la presa superaba con creces los beneficios menos seguros". Así pues, se ratificó la negación a conceder la licencia.
- La resolución del Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de NGS de 2004 en *BGP Properties Pty Ltd v Lake Macquarie City Council* [2004] NGSLEC 399 reconoció la aplicación de los principios DES a unas 40 leyes de uso de terrenos/aguas a nivel estatal.

Existen numerosas resoluciones del TAA en relación con pleitos sobre pesca que también proporcionan pautas para la interpretación judicial del DES.

³⁴ PISANIELLO y MCKAY, (2005)

En resumen, la aspiración al DES está incorporada en muchas leyes estatales y posee las características definitorias explicadas en el Cuadro 1 (más arriba). Estas aspiraciones son cada vez menos insustanciales, frágiles y vagas gracias a la consideración y aplicación judiciales. Las resoluciones existentes demuestran lo estrictamente que se están aplicando los Planes Hídricos.

C) Otros avances

En 2006 se diseñó un plan para privatizar la empresa hidroeléctrica Hydro Electricity Corporation en el río Snowy. El plan fue saboteado por las reclamaciones de agricultores en contra de cualquier cambio en el régimen de caudales, porque sería perjudicial para sus operaciones.

También en 2006, El Consejo de Competencia de Australia emitió una resolución donde se exigía a Sydney Water que facilitara el acceso de terceros a las canalizaciones para suministro de agua de acuerdo con la legislación federal sobre competencia.

6. QUINTO PERIODO: LA LEY DE AGUAS O “WATER ACT”

En 2007, la Commonwealth promulgó la *Water Act*, gracias a una combinación de poderes en el artículo 51 de la Constitución (incluyendo la transferencia de poderes a la Commonwealth por los Estados en virtud del Art. 51 (xxxvii), que estaba en preparación en septiembre de 2008, y también el artículo 122, que confiere a la Commonwealth el poder legislativo sobre los Territorios). La *Water Act* se aplica exclusivamente en la zona de la Cuenca Murray Darling y depende de la adopción/acreditación de los Planes Hídricos estatales para elaborar un “Plan de Cuenca”.

Esta Ley deja los reglamentos sobre aguas a la competencia de los Estados pero dispone protocolos como el contenido de instrumentos tales como Planes Hídricos creados en base a leyes estatales (artículos 19, 20 y 22). Requiere que los Planes Hídricos estatales tengan un determinado contenido (artículos 22 y 55) y puedan

ser acreditados (artículo 56) o adoptados (artículo 57) por la Commonwealth. Esta Ley representa una nueva forma de conseguir más poder sobre las aguas para la Commonwealth (una tendencia ilustrada más arriba), pero además hace justiciables estas adiciones según fundamentos del derecho administrativo consuetudinario, es decir, por razonabilidad. Para describir este proceso en el artículo, la autora ha acuñado el término *protocolos justiciables*.

La ley de aguas de 2007 (*Water Act 2007*) tiene como objetivo que la nueva Autoridad de Cuenca Murray Darling elabore un Plan de Cuenca global (solamente para aguas de la Cuenca Murray Darling). Convierte al Plan de Cuenca en un instrumento legislativo (artículo 33) e implícitamente permite la revisión por los tribunales que tienen jurisdicción federal y además menciona específicamente al Tribunal de Magistrados Federales (artículo 139) y al TAA.

La *Water Act* prohíbe a la Comisión de la Cuenca Murray Darling, una entidad de un Estado de la Cuenca, una autoridad operativa, un operador de infraestructuras o un titular de un derecho de acceso a aguas cualquier actuación que vaya en contra del Plan de Cuenca (artículo 35). En virtud del apartado 8 del artículo 22, el Plan de Cuenca incluye asimismo otros asuntos prescritos por las reglamentaciones a los efectos de esta sección. Así se amplía su ámbito potencial. El artículo 25 dispone que la Commonwealth puede especificar el lugar donde medir un objetivo de salinidad y puede especificar un objetivo para un nivel particular de salinidad que deba cumplirse durante un determinado periodo de tiempo.

Los objetivos de la Ley también son amplios, y se establecen en una larga lista en el artículo 5, que empieza con el *interés nacional* y los *acuerdos internacionales relevantes* y, de acuerdo con lo dicho anteriormente, consisten en fomentar el uso y la gestión de los recursos hídricos de la cuenca para optimizar los beneficios económicos, sociales y medioambientales. Hay otros objetivos especificados en ocho subapartados que hacen la ley complicada (si no indeterminada) por su dificultad de interpretación. El término interés nacional no está bien definido.

Es de notar que la cláusula de expresión de fines utiliza la expresión “optimizar los beneficios económicos, sociales y medioambientales”, que a todas luces es más restringida que el DES (ver Cuadro 1 más arriba) puesto que no se menciona el largo plazo. La definición de beneficios medioambientales incluye:

- (a) función del ecosistema,
- (b) biodiversidad,
- (c) calidad de las agua,
- (d) salud del recurso agua y
- (e) mejora de la seguridad de las aguas para todos los usuarios de la Cuenca.

Estos beneficios son bastante amorfos y requerirán una interpretación judicial.

La Ley define el DES en el artículo 4(2) pero está limitado en su aplicación al Plan de Cuenca. El artículo relevante incorpora una lista de factores y esto podría entenderse como una limitación al DES, puesto que el DES está sujeto a los usos consuntivos en la Cuenca. La lista incluye además muchos factores revisables como p.ej. utilizar el mejor análisis socioeconómico disponible.

La *Water Act* se basa en ciertos poderes de la Commonwealth: artículo 51(i), poder interestatal de comercio, 51(ii), poder de tributación, 51(viii), observaciones astronómicas y meteorológicas, 51(xi), censos y estadísticas, 51(xv) pesos y medidas, 51(xx), poder de corporaciones, 51(xxix), poder de relaciones exteriores, 51(xxxvii) poderes transferidos por los Estados a la Commonwealth, 51(xxxix), poder incidental y el artículo 122, poder de los territorios. Cabe destacar sobre todo el uso del poder de transferencia según el artículo 51(xxxvii) y el proceso de transferencia de poder por los Estados todavía sigue en marcha a fecha de septiembre de 2008,³⁵ y podrían preparar diferentes tipos de estatutos de transferencia, complicando así el funcionamiento de la nueva Ley.

³⁵ The Australian, viernes 12 de septiembre de 2008, pág. 8

Existe una serie de acuerdos internacionales que pretenden ser ejecutados en esta Ley, supuestamente en función del poder de relaciones exteriores. “*Acuerdos internacionales relevantes*” se define en el artículo 4, e incluye la Convención de Ramsar, la Convención sobre Biodiversidad, la Convención sobre Desertificación, la Convención de Bonn, CAMBA, JAMBA, ROKAMBA y la Convención sobre Cambio Climático (ver Memorándum explicativo). Estos instrumentos internacionales son amplios y elevan el espectro de la importación de leyes internacionales a la legislación nacional con el término más amplio “desarrollo sostenible” incorporado a estos instrumentos.³⁶ Más recientemente se ha firmado el Protocolo de Kyoto.

La *Water Act* contiene intentos concretos en muchos artículos de hacer una lectura de las disposiciones para no vulnerar el artículo 100 (ver, por ejemplo, los artículos 11 y 14) y éstos, unidos, pueden dar probablemente validez a la Ley.

En virtud del artículo 21, el Plan de Cuenca debe:

- a) tener en cuenta los principios del desarrollo ecológicamente sostenible,
- (b) actuar en base a los mejores conocimientos científicos y análisis socioeconómicos disponibles, y
- (c) considerar lo siguiente:
 - (i) la Iniciativa Nacional del Agua
 - (ii) el uso consuntivo y otros usos económicos de los recursos hídricos de la Cuenca
 - (iii) la diversidad y la variabilidad de los recursos hídricos de la Cuenca y la necesidad de adaptar los enfoques de gestión a esa diversidad y variabilidad
 - (iv) los objetivos de gestión de los Estados de la Cuenca para recursos hídricos en particular
 - (v) asuntos sociales, culturales, indígenas y demás consideraciones en beneficio público

³⁶ CORDONIER-SEGGER y KHALFAN, (2004)

- (vi) procesos más amplios de planificación de la gestión de los recursos naturales en la región
- (vii) el efecto, o el efecto potencial, del Plan de Cuenca sobre el uso y la gestión de los recursos hídricos que no sean recursos hídricos de la Cuenca
- (viii) el efecto, o el efecto potencial, del uso y la gestión de los recursos hídricos que no son recursos hídricos de la Cuenca sobre el uso y la gestión de los recursos hídricos de la Cuenca
- (ix) los acuerdos de reparto de aguas del Estado (ver Tabla 2).

Una vez más, esta larga lista es indeterminada y precisará una racionalización judicial de las operaciones de la Ley y del Plan de Cuenca. En cualquier caso, hay muchas opciones para realizar revisiones conforme al derecho administrativo.

El artículo 22 incorpora una lista de elementos del Plan de Cuenca. El apartado 10 del artículo 22 estipula que una disposición del Plan de Cuenca no tiene validez hasta el punto de que la disposición regula *directamente* el aprovechamiento del suelo, la gestión de otros recursos naturales o la contaminación. Esto plantea una cuestión justiciable en torno a lo que es “directo o indirecto” (pese al intento de definir “directo” en el apartado siguiente).

La Commonwealth, a través de la Autoridad de la Cuenca Murray Darling, acredita o adopta Planes Hídricos estatales. Los “*planes de recursos hídricos*” para una zona dentro del plan de recursos hídricos se definen como parte de un plan que:

- (a) vela por la gestión de la zona dentro del plan de recursos hídricos, y
- (b) o bien:
 - (i) se acredita según el artículo 63, o bien
 - (ii) se adopta según el artículo artículo 69,

pero solamente hasta el punto de que el plan de recursos hídricos:

- (c) se relaciona con los recursos hídricos de la Cuenca y

(d) dispone en situaciones en las que el Plan de Cuenca requiere la inclusión de un plan de recursos hídricos.

Esta última cláusula y el hecho de que los Planes de Cuenca son documentos legislativos supone que la Commonwealth es capaz de fijar un protocolo al que los Estados deben adherirse y que todas las controversias serían justiciables. Esto implica un enorme cambio con respecto a los paradigmas arriba citados, cuando la Commonwealth sólo podía influir fiscalmente en los procesos de planificación hídrica de los gobiernos de los Estados.

A esto se añade que la Commonwealth puede regular las cargas de agua en todas las empresas abastecedoras de agua en los Estados (artículo 91).

La *Water Act* aplica un régimen jurídico a los Planes Hídricos estatales y requiere que sean revisados. En el ámbito federal, el TAA tiene capacidad para revisar la legalidad de las resoluciones federales de conformidad con la Ley.

Como algo suplementario y sin ser parte de la *Water Act* sino en atención a una antigua recomendación política de recomprar aguas y tierras,³⁷ se han recomprado aguas y tierras con el fin de recuperar agua para el medio ambiente. Se efectuó una compra en septiembre de 2008³⁸ pero el proceso de selección de este vendedor ha generado mucha angustia social con respecto a la imparcialidad procesal en la decisión sobre recompras.

³⁷ COMISIÓN SOBRE PRODUCTIVIDAD, (2006)

³⁸ NEWS.COM.AU, (2008)

IV. RESUMEN Y CONCLUSIONES

La historia de las leyes de asignación de aguas australianas presenta un mosaico de programas estatales permisivos dentro del derecho consuetudinario sustituidos por programas estatutarios basados en los Estados que han sido ahora reemplazados por la nueva legislación de aguas de la Commonwealth. Existen cinco épocas en las leyes sobre aguas desde 1788 hasta nuestros días, con una creciente influencia del Gobierno Federal en las asignaciones ya sea directamente o indirectamente mediante adiciones de poder, o más recientemente, a través de la idea innovadora de aportar *protocolos justiciables* sobre las leyes estatales. La Ley de Aguas de 2007 (*Water Act 2007*) se basa en una interpretación amplia del aspecto de ejecución de tratados dentro del poder de relaciones exteriores y de la transferencia de poderes desde los Estados para incrementar el poder legislativo federal que permite regular las asignaciones de agua y en particular las elecciones entre usos consuntivos y el medio ambiente. La prohibición del artículo 100 ha generado una mayor complicación en la arquitectura jurídica y aún está por ver si la Ley ha eludido esta prohibición. Persisten todavía numerosas debilidades en el marco constitucional, incluyendo el hecho de que el poder de recaudar impuestos sobre el consumo impide que los Estados impongan gravámenes directos sobre el agua para financiar el DES. Soluciones políticas paralelas tales como las recientes recompras también pueden poner en peligro el proceso de planificación y asignación de aguas por muchos motivos.

Las posibles opciones de realizar revisiones jurídicas y administrativas ya han sido aprovechadas por los litigantes de los Estados y estas causas demuestran la voluntad de una judicatura independiente para defender estrictamente los principios de DES y otras condiciones específicas en las Leyes con el propósito de conseguir el DES en los Planes Hídricos.

Por primera vez en la historia, Australia ha abandonado el ámbito de la planificación federal de aguas no justiciable según el artículo 96, y existe la oportunidad de que los jueces apliquen e interpreten un régimen nacional de gestión del agua y hagan más

cierto el significado del DES, mejorando así la confianza en los sistemas de planificación de aguas.

Agradecimientos: Este trabajo fue realizado durante una excedencia de UniSA y los datos recopilados en 2007 fueron proporcionados por CRC Irrigation Futures. Gracias a Adam Gray por el mapa, al Centre for Socio legal studies Oxford Elizabeth Fisher, al Foro de Federaciones y a los compañeros invitados a la Expo de Zaragoza por sus comentarios y sugerencias. Todas las interpretaciones son propias.

LISTA DE REFERENCIAS:

- **ANDERSON, Margaret** (2003) “*South Australia and the River Murray: Some Cartoons from the Federation Period*” *History Matters* vol. 13(2) págs. 4-7.
- **ARMCANZ/ANZECC** (1995) “*Council of Australian Governments’ Communiqué*”, disponible en www.CoGA.gov.au/CoGA_meeting_outcomes/1994-02-25/docs/attachment_a.cfm (consultado el 24 septiembre 2008).
- **COMISIÓN AUSTRALIANA DE COMPETENCIA Y CONSUMO** (2006) “*A Regime for the Calculation and Implementation of Exit, Access and Termination Fees Charged by Irrigation Water Delivery Businesses in the Southern Murray-Darling Basin*”, disponible en http://www.myong.net.au/water/policies/ACCC_Exit_Fees.pdf (consultado el 7 octubre 2008).
- **COMISIÓN PARA LA REFORMA LEGAL AUSTRALIANA** (1999) “*Discussion Paper 62: Review of the Federal Civil Justice System*”.

- **CLARK, Sandford D.**, (1983) “*The River Murray Waters Agreement: Peace in Our Time?*”, *Adelaide University Law Review* vol. 9, pág 108.

- **CLARK, Sandford D., RENARD, Ian A.** (1970) “*The Riparian Doctrine and Australian Legislation*”, *Melbourne University Law Review* vol. 7, pág. 475.

- **CLARK, Sandford D., MEYERS, A.J.** (1969) “*Vesting and Divesting: the Victorian Groundwater Act 1969*” *Melbourne University law Review* vol. 7, pág 238.

- **CORDONIER-SEGGER, Marie-Claire, KHALFAN, Ashfaq** (2004) *Sustainable Development law: Principles, Practices and Prospects*, Oxford págs 21-24.

- **GALLIGAN, Brian, WRIGHT, John S. F.** (2002) “*Australian Federalism a Prospective Assessment*” *Publius: The Journal of Federalism* vol 32(2), págs. 147-166.

- **GARRETT, Peter, MP y BURKE, Tony, MP** (2008) “*Caring for our Country – better land management, less red tape*” *Comunicado de prensa* disponible en <http://www.nrm.gov.au/> (consultado el 8 octubre 2008).

- **HOWARD, John, MP** (2007) “*My Bold Plan to save our Water*”, diario nacional *Weekly Times* 31 enero 2007, pág. 16. Cita del discurso del Primer Ministro incluida en www.pm.gov.au/docs/national_plan_water_security.pdf (consultado el 7 octubre 2008).

- **COMITÉ PERMANENTE CONJUNTO SOBRE TRATADOS** (1996) disponible en <http://www.aph.gov.au/house/committee/jsct/index.htm> (consultado el 7 octubre 2008).

- **RED DE RÍOS INTERNOS** (2007), “*Recommendations that will ensure the success of the National Plan for Water Security in the Murray Darling Basin produced by consortium of non governmental organisations such as Australian Conservation foundation*”, disponible en <http://www.irnNGS.org.au/pdf/WaterPlanMDB.pdf> (consultado el 7 octubre 2008).

- **LANE, P** (1986) *Lanes Commentary on the Australian Constitution*, Law Book Company, Ryde.

- **LANGDON, M** (2002) *Briefing papers: Indigenous rights to waters*, ATSIC y Lingiari Foundation, Melbourne, pág. 45.

- **LETCHER, R, POWELL, S** (2008) “*The Hydrological Setting*” en CRASE, Lin (ed) *Water Policy in Australia the Impact of Change and Uncertainty Issues in Water Resources Series*, Resources for the Future, Washington.

- **MCHUGH, Michael** (2007) “*The Impact of High Court Decisions on the Governance of Australia*”, conferencia impartida en la Universidad de Nueva Gales del Sur, disponible en http://www.law.uNGS.edu.au/news_and_events/doc/2007/Speech_Michael_McHugh.pdf (consultado el 7 octubre 2008).

- **MCKAY, Jennifer** (2006) “*Issues for CEOs of Water Utilities with the implementation of Australian Water Laws*” *Journal of Contemporary Water Research and Education*, vol. 135 págs.115-130.

- **MCKAY, Jennifer** (2005) “*Water Institutional Reform in Australia*” *Water Policy* vol. 7 págs. 35-52.

- **MCMAHON, T.A. FINLAYSON, B.L., HAINES, A.T., SRIKANTHAN, R.,** (1992) *Global runoff: continental comparisons of annual flows and peak discharges*, Catena Verlag, Cremlingen-Destedt.

- **COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING,** (2004) *IAG Reports on CAP Implementation*, disponible en <http://www.mdbc.gov.au/nrm> (consultado el 25 noviembre 2006).

- **COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING** (2002) “*The Living Murray Discussion Paper*”, disponible en http://xlivingmurray.mdbc.gov.au/implementing/community_consultation (consultado el 7 octubre 2008).

- **COMISIÓN DE LA CUENCA MURRAY DARLING,** (1995) *Informe de Auditoría Independiente sobre la Implantación del Límite*.

- **AUDITORÍA NACIONAL DE RECURSOS TERRESTRES E HÍDRICOS** (2001) “*Australian Water Resource Assessment 2000 – Surface and Groundwater Availability and Quality*” disponible en http://www.anra.gov.au/topics/water/pubs/national/water_contents.html (consultado el 7 octubre 2008).

- **NEWS.COM.AU** (2008) “*Toorale Water Buy Back Blog*”, disponible en http://blogs.news.com.au/news/blogocracy/index.php/news/comments/toorale_water_buy_back/ (consultado el 7 octubre 2008).

- **PISANIELLO, John, MCKAY, Jennifer** (2005) “*Australian Community Responses to upgraded Farm Dam Laws and Cost effective Spillway Modelling*” *Water Resources Research* vol. 12, págs. 325-340.

- **COMISIÓN SOBRE PRODUCTIVIDAD** (2006) *“Rural Water Use and the Environment: The Role of Market Mechanisms, Research Report”* Melbourne.
- **ROCHFORD, F** (2004) *“Private Rights to Water in Victoria: Farm Dams and the Murray Darling Basin Commission Cap on Diversions”* *The Australian Journal of Natural Resources Law and Policy* vol. 9(2), págs. 229-253.
- **SENADO DE AUSTRALIA** (Comité Seleccionado sobre Contaminación del Agua) (1970) *“Water Pollution in Australia: Report”*, Canberra, Imprenta del Gobierno.
- **SHI, Tian** (2005) *“Simplifying Complex Water Entitlements”* *Water* vol. 32(5), págs. 39-41.
- **CONSEJO ASESOR SOBRE EL ESTADO DEL MEDIO AMBIENTE** (1996) *“Australia State of Environment Report”*, disponible en <http://www.environment.gov.au/soe/1996/index.html> (consultado el 7 octubre 2008)
- **TREWIN, Dennis** (2006) *“Water Account, Australia, 2004–05”* y *“Water Account, Australia, 2000–02”* Instituto Australiano de Estadística
- **VAN DIJK, Albert, EVANS, Ray, HAIRSINE, Peter, SHAHBAZ, Khan, NATHAN, Rory, PAYDAR, Zahra, VINEY, Neil, ZHANG, Lu** (2006) *“Risks to the Shared Water Resources of the Murray Darling Basin”*, Comisión de la Cuenca Murray Darling /CSIRO Publicación disponible en <http://www.csiro.au/files/files/p7ga.pdf> (consultado el 7 octubre 2008).
- **WU, Z, MCKAY, J y HEMPHILL, E** (2008) *“Attitudes to the Natural Resources Management Levy”* *Adelaide Water* vol. 44, págs. 87- 92.

