

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO “SUPREMO INTÉRPRETE” DE LA LEY DE AGUAS. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA POSICIÓN DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y UN COMENTARIO A LA STC 30/2011

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

SUMARIO: Introducción y cuestiones preliminares. – 1. La sentencia 30/2011 en el contexto de la última jurisprudencia sobre el Estado Autonómico. – 2. Una crítica preliminar a la metodología seguida por el TC en el juicio de constitucionalidad y a su transformación en un juicio de legalidad. – 3. Cuestiones de legitimación. – 4. Sobre la pretendida inconstitucionalidad “material” del art. 51 EA. – 5. Sobre la denominada inconstitucionalidad “formal” del art. 51 EA. – 6. El rechazo a posibles fórmulas de interpretación conforme. – 7. La incidencia de la sentencia sobre la cuestión de fondo. – *Resumen-Resum-Abstract.*

Introducción y cuestiones preliminares

Un apartado de cuestiones preliminares no sería necesario en un contexto diferente al que se mueve desde hace algún tiempo el debate constitucional en nuestro país. Sin embargo, me parece que antes de abordar un estudio cuyo título es ya descriptivo de su orientación, resulta conveniente hacer alguna aclaración previa.

La primera de ellas: en un tiempo en el que hay tantos sectores empeñados en desacreditar al TC con descalificaciones inaceptables en un sistema democrático y con una simplificación permanente del debate, sirva este trabajo como muestra de respeto a nuestro alto Tribunal. Un respeto que se ofrece desde la discrepancia radical no sólo con el Fallo (lo que tiene menos trascendencia desde el punto de vista jurídico) sino, sobre todo, con la fundamentación de la STC 30/2011.

La segunda tiene relación con la cuestión de fondo. Quien escribe este trabajo ha sido siempre partidario de una descentralización amplia de funciones a favor de la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Guadalquivir y ha considerado que el art. 51 EA era una buena solución en ese sentido, acorde con la Constitución y respetuosa de los intereses en juego. Lo mismo se puede decir acerca del Real Decreto que hizo efectivo el traspaso,¹ recientemente anulado por el TS.² Atendiendo a la doctrina del TC objeto de este comentario, entiendo igualmente que la situación futura podrá ser muy similar a la que se había conseguido con el ya inexistente art. 51 EA.

La crítica que se va a realizar a la STC 30/2011 no tiene nada que ver, por tanto, con el resultado final de la contienda política acerca del Guadalquivir ni se dirige tanto al Fallo de la sentencia cuanto a la argumentación en la que se basa el Fallo. No creo que ningún jurista pueda descartar un Fallo similar con una argumentación diferente, como tampoco creo que se hubiera podido descartar una argumentación distinta que podía haber conducido a un Fallo confirmatorio de la constitucionalidad del art. 51 EA.

La preocupación de este trabajo se sitúa, por tanto, en la argumentación del TC y en lo que esa argumentación supone de continuidad con una doctrina ya criticada previamente por muchos autores, entre los que me encuentro,³ establecida por la STC 31/2010 y tenden-

1. Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenta del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.

2. Sentencias de 13 y 14 de junio de 2011.

3. Cfr. al respecto los diversos trabajos que he publicado sobre la STC 31/2010 y la bibliografía allí referida: “Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010 de 28 de junio”, en

te a devaluar la posición constitucional del Estatuto de Autonomía en nuestro ordenamiento jurídico.

A mi modo de ver la STC 30/2011 ha confirmado esa doctrina, agravándola (si se me permite la expresión) al anteponer en el juicio de constitucionalidad una ley ordinaria sobre el Estatuto de Autonomía. La preferencia dada a lo que el TC denomina “el legislador estatal de aguas”, es inconsistente con nuestro sistema constitucional, con la metodología que el TC ha utilizado hasta ahora y con la estructura constitucional de nuestro Estado Autonómico.⁴

Se podría argumentar, en sentido contrario, que lo que pretende el autor de este trabajo es convertir al TC en el “supremo intérprete” del Estatuto de Autonomía. Pero es que, en realidad, el TC lo es, de acuerdo con lo que establece el art. 28.1 LOTC.⁵ Lo es hasta el punto de

El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n. 15, octubre de 2010, pp. 50 y ss., “La incidencia de la STC 31/2010 en la formulación estatutaria de las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y el Estado”, *REAF*, n.º. 12, març 2011 y “El Estado Autonómico en el contexto de la integración europea. Un comentario a la STC 31/2010, de 28 de junio”, en E. Alvarez Conde y Cecilia Rosado Villaverde, directores, *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pp. 27-72. En la bibliografía posterior a la mencionada en esos trabajos, cfr. M. A. Aparicio Pérez, “Posición y funciones de los Estatutos de Autonomía en la STC 31/2010” y C. Viver Pi-Sunyer, “El Tribunal Constitucional, ¿“sempre, només... i indiscutible”? La funció constitucional dels Estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010”, publicados en ambos casos en esta misma revista (*REAF*, n.º. 12, març 2011).

4. Para el TC, en el FJ9 de la sentencia 30/2011: “carece de relevancia a los efectos de nuestro análisis la cuestión de si, como sostiene el Parlamento de Andalucía, los principios constitucionales que conciernen a la ordenación y gestión de los recursos hídricos, condensados en el mandato de utilización racional de los recursos naturales (art. 45.2 CE), pueden satisfacerse igualmente mediante diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias. Independientemente de lo que ya hemos dicho, ahora importa precisar que, aun cuando ello fuera cierto, cualquier otra eventual concreción del criterio territorial contenido en el art. 149.1.22 CE –que nunca podría comportar un entendimiento fragmentador del concepto de cuenca hidrográfica, con ésta u otra denominación que pueda utilizarse– sólo podría venir de un solo y único legislador, que será siempre el legislador estatal de aguas, pues únicamente desde la posición supracomunitaria privativa de ese legislador puede proveerse un criterio capaz de ordenar en Derecho la disciplina normativa de una realidad física también supracomunitaria”.

5. “Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas”.

que el propio Tribunal, con toda razón, cuestionó en la STC 31/2010 la idea, tan extendida en los últimos tiempos, de un control de estatutividad de las normas.⁶ La condición de norma interpuesta que tiene el Estatuto de Autonomía no justifica su conversión en parámetro estatutario de la constitucionalidad. Antes al contrario, las normas contrarias al Estatuto, en la interpretación que del propio Estatuto realice el TC, son inconstitucionales por ser contrarias a la Constitución.⁷

Pero el Estatuto es la principal norma interpuesta que el TC tiene que utilizar para valorar la constitucionalidad en las cuestiones competenciales: en el juego Constitución-Estatuto está el núcleo de valoración constitucional de nuestro Estado Autonómico. Lo que ha hecho el TC, por el contrario es alterar ese núcleo respecto del propio control del Estatuto y convertir una ley ordinaria en instrumento de control del propio Estatuto de Autonomía que, no lo olvidemos, es también una manifestación de voluntad de las Cortes Generales. Una manifestación especialmente importante por tratarse de una Ley Orgánica sometida a requerimientos específicos.

La cuestión habría sido ya discutible incluso si esa ley ordinaria no hubiera tenido margen de interpretación de la Constitución en relación con su contenido. En efecto, en ese caso, el Tribunal no tendría que tener en cuenta ninguna ley ordinaria sino tan sólo el precepto constitucional aplicable, del que se derivaría, eventualmente, un sentido unívoco. Pero resulta todavía más incomprensible que, cuando el propio Tribunal reconoce que el contenido material de esa ley ordinaria podía haber sido diferente dentro del marco constitucional⁸ avale, sin embargo, a este legislador “perezoso” e incoherente que es el llamado “legislador estatal de aguas”⁹ y declare la incons-

6. FJ2: “la inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución, única norma capaz de atribuir (por sí o por remisión a lo que otra disponga) la competencia necesaria para la producción de normas válidas”.

7. Cfr. mi trabajo “Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010 de 28 de junio”, anteriormente citado, pp. 50 y ss.

8. Citando a la STC 227/1988. Cfr. STC 30/2010, FJ5.

9. Cfr. J.F. Sánchez Barrilao, “El Tribunal Constitucional y las aguas del Guadalquivir y del Duero”, en prensa, p. 32, para quien “Mientras el Estado ha participado junto con las Comunidades Autónomas en sus respectivas reformas estatutarias, impulsando así el progreso del Estado autonómico, parecería luego, si no desconocer, sí que desde luego no asumir dicha actuación a la hora de llevar a cabo, paralelamente, las reformas legales necesarias y adecuadas”.

titucionalidad de un Estatuto de Autonomía por motivos de legalidad, que no de constitucionalidad.

Llegamos así a una situación insólita: el TC ha declarado, en realidad, la “ilegalidad” del Estatuto de Autonomía, no su inconstitucionalidad, y ha dejado a disposición del legislador estatal (de aguas o de cualquier otro sector en el futuro) nada menos que al Estatuto de Autonomía que era considerado hasta ahora una Ley Orgánica de dimensión constitucional y no susceptible de ser valorada desde el punto de vista de su conformidad con la legislación ordinaria del Estado sino tan sólo desde el punto de vista de su conformidad con la propia Constitución.¹⁰

La confusión entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad supone un paso más en la pretensión de reducir –de eliminar se podría decir ya– la densidad constitucional de los Estatutos de Autonomía, convirtiéndolos ahora no sólo en normas que se sitúan en el estricto plano de la legalidad (como pretende la STC 31/2010)¹¹ sino, además, subordinadas a la legislación ordinaria del Estado. Esto conduciría a una transformación radical de nuestro Estado Autonómico si esta doctrina (reiterada ya en la STC 32/2011) se consolida en el futuro.

Desde esa perspectiva, este trabajo no tiene la vocación de “recuperar” el Guadalquivir para la Comunidad Autónoma de Andalucía. Eso es algo que se hará seguramente en el plano político dentro del margen que la STC 30/2011 deja que, en mi opinión, es bastante amplio (incluso si tenemos en cuenta los límites adicionales establecidos en la STC 32/2011 respecto del contenido del art. 75.1 ECyL). Su pretensión es otra: contribuir a la recuperación del valor que el Estatuto de Autonomía ha tenido siempre como fuente del Derecho de dimensión constitucional en nuestro sistema jurídico. No se trata de que esté

10. A este respecto, en su formulación más reciente, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ6, citando doctrina anterior, indica que “la invalidez de un precepto estatutario sólo puede derivarse de la Constitución misma –incluidas, claro está, sus normas de remisión a determinadas leyes orgánicas–, pues, dado que sólo la Constitución establece la función y contenido de los Estatutos, sólo a ella se infraordenan; lo que se acentúa como consecuencia del peculiar procedimiento de elaboración y reforma de los estatutos, que los dota de una singular rigidez respecto de las demás leyes orgánicas”.

11. Cfr. mis trabajos mencionados *supra*, nota 3 y bibliografía allí referida.

perdiendo ese valor con carácter general, ya que el TC ha sido y sigue siendo el principal garante de la norma estatutaria, cumpliendo con toda pulcritud sus funciones como supremo intérprete de la Constitución. Pero hay ya tres señales claras (SSTC 31/2010, 30/2011 y 32/2011) de una orientación sumamente problemática que degrada al Estatuto de Autonomía, degrada también a la Constitución al nivel de la ley estatal y al propio TC a la condición de “supremo intérprete” de la ley estatal (en nuestro caso, de la legislación sobre aguas).

1. La sentencia 30/2011 en el contexto de la última jurisprudencia sobre el Estado Autonómico

La sentencia 30/2011, de 16 de marzo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra los arts. 43, 50.1 a), 50.2 y 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. El Tribunal estima parcialmente el recurso, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 EA¹² y desestimando el recurso en lo demás.

Así pues, el Estatuto de Autonomía de Andalucía se une al de Cataluña en lo que se refiere a la anulación de parte de su contenido, en este caso a un solo artículo, como también le ha ocurrido posteriormente al Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en relación con el apartado 1 de su artículo 75, declarado inconstitucional y nulo por el Tribunal en su sentencia 32/2011 de 17 de marzo.¹³ La cuestión

12. Recordemos lo que establecía el artículo 51 EA, relativo a la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir: “La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22.ª de la Constitución”.

13. La sentencia estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura en relación con el artículo 75.1 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, y resuelve declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 75.1, cuyo tenor literal era el siguiente: “Dada la relevancia que la Cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la Cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma”.

genérica del agua, que ha dado lugar al recurso contra el Estatuto de Andalucía y contra el de Castilla y León, ha estado presente en todos los demás recursos planteados contra los nuevos Estatutos de Autonomía. De hecho, el único Estatuto que no ha sido impugnado ha sido el de Illes Balears por la obvia razón de que las Islas no comparten cuencas fluviales con otras Comunidades Autónomas.¹⁴

Más suerte ha tenido el Estatuto de Aragón –como también la tuvo previamente el Estatuto de la Comunidad Valenciana–,¹⁵ respecto del cual, el TC, en sentencia 110/2011, de 22 de junio, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Rioja contra los arts. 19, 72 y disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. El Tribunal declara que no es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón siempre que se interprete que no establece una reserva sobre el caudal hídrico del Ebro que obligue al Estado, en los términos indicados en el fundamento jurídico 17, desestimando el recurso en todo lo demás.¹⁶

14. Posiblemente algunas de las cláusulas estatutarias sobre el agua han incurrido en lo que el Prof. Garrorena denomina la “perversión funcional del Estatuto de Autonomía”. Para este autor: “el Estatuto de Autonomía forma parte del bloque de la constitucionalidad y que, en cuanto esto es así, integra a la Constitución y participa de su naturaleza. Me parece, asimismo, que no es función de las normas constitucionales ni, por lo tanto, de las normas estatutarias, certificar los enfrentamientos que en toda sociedad se producen sino, muy al contrario, ayudar a solucionarlos. Por eso estimo que llevar “la guerra del agua” a los Estatutos de Autonomía es una perversión de su función más primaria, amén de un manifiesto contrasentido, en el que jamás se debería de incurrir”, A. Garrorena Morales, “El Derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, p. 102. Cfr. igualmente, A. Garrorena Morales y A. Fanlo Loras, *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materia de aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2008, pp. 45 y ss.

15. Respecto del cual, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se daba nueva redacción a su art. 17.1. Posteriormente, la STC 249/2007, de 13 de diciembre, desestimó el recurso presentado por Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

16. La Disposición Adicional Quinta del Estatuto de Aragón establece lo siguiente: “La planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos recogidos en el artículo 19 del presente Estatuto, considerando que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una

Con posterioridad a la STC 30/2011, de 16 de marzo, el Tribunal Supremo, en sentencias de 13 y 14 de junio de 2011, ha anulado el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma

reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hm³.” Por su parte, el art. 19 contiene los “derechos en relación con el agua”: “1. Los aragoneses, en el marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso, tienen derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón.

2. Los poderes públicos aragoneses velarán por la conservación y mejora de los recursos hidrológicos, ríos, humedales y ecosistemas y paisajes vinculados, mediante la promoción de un uso racional del agua, la fijación de caudales ambientales apropiados y la adopción de sistemas de saneamiento y depuración de aguas adecuados.

3. Corresponde a los poderes públicos aragoneses, en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con el principio de unidad de cuenca, la Constitución, la legislación estatal y la normativa comunitaria aplicables, velar especialmente para evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras”. Por último, el art. 72 contiene la competencia sobre Aguas, en los siguientes términos: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en materia de aguas que discurran íntegramente por su territorio, comprendiendo dicha competencia:

a) La ordenación, la planificación y la gestión de las aguas, superficiales y subterráneas, de los usos y de los aprovechamientos hidráulicos, incluida su concesión, así como de las obras hidráulicas que no estén calificadas de interés general. b) La planificación y el establecimiento de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua. c) Las medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua. d) La organización de la administración hidráulica de Aragón, incluida la participación de los usuarios. e) La regulación y la ejecución de las actuaciones relativas a las obras de regadío.

También corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de aguas minerales y termales, así como de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma.

2. La Comunidad Autónoma de Aragón, en el marco de lo dispuesto en el artículo 149.1.22.a de la Constitución española y las leyes que lo desarrollan, participará y colaborará en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatal de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenecen a cuencas hidrográficas intercomunitarias que afecten a Aragón. Asimismo, le corresponde la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos; la ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal, si se establece mediante convenio, y las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal, participando en la fijación del caudal ecológico.

3. En este sentido, y para la defensa de los derechos relacionados con el agua contemplados en el artículo 19, la Comunidad Autónoma emitirá un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio. El Gobierno de España deberá propiciar de forma efectiva el acuerdo entre todas las Comunidades Autónomas que puedan resultar afectadas”.

de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenta del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.¹⁷

2. Una crítica preliminar a la metodología seguida por el TC en el juicio de constitucionalidad y a su transformación en un juicio de legalidad

Como veremos, la sentencia no contiene ninguna aportación doctrinal original sobre la cuestión de fondo, ya que se asienta –más bien, pretende asentarse– en la doctrina previa del Tribunal y específicamente en la STC 227/1988. Todo lo más, podría decirse que el Tribunal avanza en una lectura restrictiva de la propia sentencia 227/1988, minimizando las posibilidades de modulación e interpretación alternativas a las disposiciones de la legislación estatal de aguas vigente, por lo que a las cuestiones “materiales” se refiere y estableciendo una formulación sobre las cuestiones definidas como “formales” que sigue la estela de la minusvaloración de la posición constitucional del Estatuto de Autonomía ya marcada en la STC 31/2010.

En realidad, toda la argumentación del Tribunal parte de una confusión entre el control formal y el control material de constitucionalidad por la que el control material se convierte en formal y el control formal se convierte en material. En última instancia, sin embargo, ninguno de los dos opera desde el plano de la constitucionalidad sino desde el plano de la legalidad, motivo por el que toda la fundamentación de la sentencia cae por su base.

En efecto, el TC realiza previamente el control material sobre la base de un criterio formal que se establece posteriormente: la consideración de que el llamado “legislador de aguas” es un legislador

17. En el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 14 de junio de 2011, el TS entiende que toda vez que el TC ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 del Estatuto de Andalucía, “la misma declaración de nulidad debe afirmarse respecto del Real Decreto impugnado que no hace sino utilizar la base competencial inadecuada –desde la perspectiva constitucional– que proporcionaba el artículo 51 citado para instrumentar el traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Andalucía. En consecuencia, la disposición administrativa objeto de litigio no sólo es que haya dejado de producir efectos “al ser privada de la base material sobre la que operaba que no era otra que el referido título de atribución competencial”, sino que debe ser declarada nula”.

diferenciado del legislador que aprobó el Estatuto de Autonomía (como sabemos, un legislador orgánico, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución) y además, es el único legislador habilitado para interpretar el art. 149.1.22ª de la Constitución y precisar su contenido. Esa consideración pretende basarse en la STC 227/1998 pero, en realidad, no tiene ningún fundamento en esa sentencia (cosa que, obviamente, no necesita, pero que el TC ha pretendido, para avalar una continuidad doctrinal inexistente) ya que en ella no se estaba resolviendo acerca de la constitucionalidad de un Estatuto de Autonomía, sino sobre la constitucionalidad de la legislación estatal de aguas, pues se trataba de resolver diversos recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la ley de aguas.¹⁸

La STC 227/1988 no dijo que lo que ahora el TC denomina “el legislador estatal de aguas”, fuera el único habilitado para realizar una única interpretación del art. 149.1.22ª. Por el contrario, afirmó claramente que esa interpretación, siendo además plural, se debía extraer del bloque de constitucionalidad. En el FJ13 de esa sentencia, se formulan por el Tribunal “algunas consideraciones generales sobre el esquema de distribución competencial que en materia hídrica se infiere de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”. Tras señalar los distintos criterios que se establecen en el art. 148.1.10 y en el 149.1.22,¹⁹ y la dificultad que esa diversidad supone, dice el Tribunal: “A esta inicial dificultad viene a sumarse la que comporta desentrañar el significado preciso de la expresión “legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos”, que se contiene en el citado art. 149.1.22ª de la Constitución. En cualquier caso, son los Estatutos de Autonomía los que, de acuerdo con aquellas previsiones constitucionales, determinan las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma. Será preciso, por tanto, acudir a las normas estatutarias para conocer el concreto sistema de delimitación competencial que se ha producido en cada caso, pues no todos los

18. En concreto, los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, por la Junta de Galicia, por 58 Senadores, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por el Gobierno Vasco y por el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria.

19. “Ambos preceptos no son coincidentes, ni desde el punto de vista de la materia que definen, ni en atención al criterio que utilizan para deslindar las competencias estatales y autonómicas sobre la misma, que, en el primer caso, es el interés de la Comunidad Autónoma, y en el segundo, el territorio por el que las aguas discurren”.

Estatutos utilizan las mismas fórmulas conceptuales para definir las competencias de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de aguas”.

Y sigue diciendo el Tribunal, en el mismo FJ de esa sentencia: “En todo caso, parece claro que del conjunto de las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación, sin forzar los conceptos empleados por tales normas y dentro siempre de los límites constitucionales. La misión de este Tribunal no consiste en señalar en abstracto cuál de entre las constitucionalmente posibles resulta la más oportuna, adecuada o conveniente, sino que debe ceñirse a enjuiciar en concreto si las normas legales ahora cuestionadas infringen o no la Constitución o los Estatutos de Autonomía. A tal efecto, sin que ello suponga una descalificación de otras opciones desde la perspectiva estricta de su legitimidad constitucional, debemos determinar si dichas normas son o no ajustadas a una interpretación de las reglas constitucionales y estatutarias que pueda considerarse lícita”.

Así pues, desde el punto de vista formal, parece claro que es la interacción Constitución-Estatuto la que debe utilizarse para determinar el régimen competencial en materia de aguas, sin que sea procedente –si el TC pretende basarse en su propia doctrina como dice– la apelación que hace la STC 30/2011 al “legislador estatal de aguas” como el único habilitado para establecer una interpretación constitucionalmente viable. Igualmente, parece que tampoco es posible establecer un solo criterio constitucionalmente válido para interpretar el art. 149.1.22ª sino que se puede atender a una pluralidad de ellos, respecto de los cuales, el TC, partiendo de la pluralidad de competencias que sobre esta materia están en juego²⁰ sigue un criterio finalista para determinar su licitud, atendiendo a su incidencia sobre el man-

20. STC 227/1988, FJ13: “los recursos hídricos no sólo son un bien respecto del que es preciso establecer el régimen jurídico de dominio, gestión y aprovechamiento en sentido estricto, sino que constituyen además el soporte físico de una pluralidad de actividades, públicas o privadas, en relación con las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas: Concesiones administrativas, protección del medio ambiente, vertidos industriales o contaminantes, ordenación del territorio, obras públicas, régimen energético, pesca fluvial, entre otros. Como admiten las partes, la incidencia de estos y otros artículos competenciales debe ser tenida asimismo en cuenta para la resolución de los presentes recursos de inconstitucionalidad”.

dato constitucional de utilización racional de todos los recursos naturales establecido en el art. 45.2 CE.²¹

En realidad, la STC 227/1988 el TC resolvió una duda de constitucionalidad acerca de la Ley de Aguas y lo hizo correctamente aplicando la presunción de su legitimidad constitucionalidad en relación con el art. 149.1.22^a que no fue desvirtuada por los recurrentes y que permitía avalar la solución ofrecida por la Ley de Aguas dentro de una diversidad de opciones constitucionalmente posibles. Pero el legislador de aguas de 1985 no es el mismo que el de 2011 por la sencilla razón de que otras disposiciones estatales de rango legal, contenidas en Estatutos de Autonomía, se han incorporado al ordenamiento en materia de aguas modificando el bloque de constitucionalidad. Esto hace que el legislador estatal no sólo sea un legislador “perezoso”, que no ha adaptado la legislación sectorial de aguas a las disposiciones de superior valor constitucional –por tratarse de Estatutos de Autonomía– sino, además, incoherente, en la medida en que esa legislación sectorial requiriera reformas para adaptarla al nuevo bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía reformados y teniendo en cuenta que ese mismo legislador es el que ha aprobado también los nuevos Estatutos de Autonomía.²²

21. STC 227/1988, FJ13: “Tal interpretación no puede desconocer la necesidad de analizar el sentido de aquellas reglas de manera sistemática y armónica, a la luz de los principios de unidad, autonomía y solidaridad que se establecen en el art. 2 de la Constitución, de manera que ninguno de ellos padezca. Pero además, en el desempeño de la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la Constitución, que exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos, este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hidráulicos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la “utilización racional de todos los recursos naturales” (art. 45.2 de la Constitución). Por ello, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado”.

22. Nuevamente me remito a las observaciones de J.F. Sánchez Barrilao, *op. cit.*, p. 32 acerca de que “no se comprenda bien que el Estado, participe de las reformas de los Estatutos de Autonomía de Andalucía y de Castilla y León (arts. 147.3 y 152.2 CE), sin embargo no haya procedido, paralelamente, a la reforma de la Ley de Aguas”. Cfr. también, del mismo autor, “Aguas y obras hidráulicas”, en F. Balaguer Callejón (Dir.) *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, p. 365.

Pero el TC no sólo no ha aplicado en esta ocasión la presunción de legitimidad constitucional que reside en el Estatuto de Autonomía como en cualquier otra norma de nuestro sistema jurídico, sino que ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos estatutarios (arts. 51 EA y 75.1 ECyL) no por sí mismos en relación con la Constitución, sino porque el legislador estatal de aguas no ha establecido las modificaciones a que venía obligado por sus propias decisiones anteriores de rango orgánico y estatutario.

No estamos, por tanto, ante un supuesto de inconstitucionalidad del Estatuto sino de "ilegalidad" del Estatuto, que es una categoría que nuestro ordenamiento desconocía hasta ahora (y esperemos que vuelva a desconocer en el futuro) y que es la que sirve para el llamado juicio de "inconstitucionalidad material" del art. 51 EA.

Por su parte, la inconstitucionalidad denominada "formal" resulta igual de inconsistente, a mi juicio. No sólo porque, en realidad, se basa exclusivamente en criterios materiales y no formales, con lo que incurre en una petición de principio, sino porque carece de cualquier justificación desde el punto de vista de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico.

La quiebra lógica de la sentencia se produce porque el TC recurre a la legislación estatal para validar unos criterios de interpretación del art. 149.1.22ª cuya idoneidad no depende en absoluto de que estén o no incorporados a la Ley de Aguas. El TC no necesita la autoridad de la Ley de Aguas para realizar su juicio de constitucionalidad. En realidad, lo que hace el TC es rebajar su autoridad del nivel constitucional al legal como si necesitara el aval de la legislación estatal para realizar su propia interpretación del art. 149.1.22ª. A partir de esa quiebra lógica la sentencia cae por su base porque introduce una distinción artificial entre inconstitucionalidad material y formal que no se sostiene en este caso, pretendiendo asentar su juicio sobre la validez del Estatuto en la constitucionalidad de la Ley de Aguas resuelta por la STC 227/1988, como si la constitucionalidad de esa ley, declarada en relación con el bloque de constitucionalidad de entonces, determinara necesariamente la inconstitucionalidad del precepto estatutario de ahora.

Pero la STC 227/1988 se limitó a declarar la constitucionalidad de la Ley de Aguas en el contexto del bloque de constitucionalidad

existente en ese momento, afirmando expresamente la compatibilidad de esa Ley con las normas estatutarias entonces vigentes como criterio que avalaba su legitimidad constitucional.²³ La STC 30/2011, por el contrario convierte a la Ley de Aguas no sólo en una norma constitucionalmente legítima sino en parámetro de constitucionalidad de las normas estatutarias vigentes ahora. Como se puede entender, esto no es una aplicación de la doctrina establecida en la STC 227/1988 sino una transformación radical de esa doctrina y del método que el TC ha seguido hasta ahora para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Una transformación que conduce, además, a validar el criterio establecido entonces por la Ley de Aguas como el único aceptable en la práctica para interpretar el art. 149.1.22^a (en contra de lo expresamente afirmado por la STC 227/1988) hasta el punto de declarar la inconstitucionalidad del precepto estatutario por contradecir lo establecido por la Ley de Aguas.

El salto lógico es evidente: una cosa es decir que la Ley de Aguas no es contraria a la Constitución porque el criterio de interpretación del art. 149.1.22^a que utiliza esa ley es constitucionalmente aceptable, aunque sean posibles otros, como hizo el TC en 1988, y otra cosa muy diferente es llegar a la conclusión de que sólo la Ley de Aguas puede interpretar el art. 149.1.22^a y que, en consecuencia, como la Ley de Aguas no ha modificado la interpretación realizada en 1985, el art. 51 EA es contrario a la Constitución.²⁴ El TC transforma así la natura-

23. Además de lo señalado anteriormente, recordemos que respecto del criterio específico de cuenca hidrográfica, la STC 227/1988 (FJ15) antes de validarlo, lo contrasta con los Estatutos de Autonomía para determinar su viabilidad constitucional, en congruencia con lo que previamente había afirmado en sus consideraciones generales respecto de la distribución competencial en materia hídrica: “A ello no se opone el hecho de que la Constitución y los Estatutos de Autonomía no hayan sancionado explícitamente el concepto estructural de la cuenca hidrográfica, pues en ningún caso podría atribuirse a esta omisión el sentido de que sus redactores lo han querido excluir implícitamente, lo que no se desprende, antes al contrario, de los antecedentes parlamentarios. Aún más, la virtual totalidad de los Estatutos de Autonomía, y entre ellos el del País Vasco (art. 10.11), atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias sobre las aguas que discurran “íntegramente” por su territorio, lo que indica que se ha adoptado también una concepción integral de la gestión del recurso como la que proporciona el criterio de la cuenca hidrográfica, pues en otro caso el adverbio resultaría superfluo”.

24. Como muy bien dice J.F. Sánchez Barrilao (*op. cit.*, p. 23): “una cosa es decir que un precepto legal en desarrollo de la Constitución sea constitucional, y en particular ante otras interpretaciones alternativas puestas de manifiesto en tal sentido (que es lo que se enjuicia, precisamente, en un recurso de inconstitucionalidad, y lo que así se expresaba en la STC 227/1988), y otra, muy distinta, que únicamente el desarrollo que de la Constitución

leza del propio juicio de constitucionalidad: el enjuiciamiento material pasa a ser formal, con la consecuencia inevitable de que en ese tránsito se cierra la pluralidad de criterios, previamente establecida y avallada por el propio TC, para definir un único criterio aceptable.

Cuando el TC, en la sentencia 227/1988, determinó la legitimidad constitucional de un criterio de interpretación del art. 149.1.22ª entre otros posibles, actuó como intérprete supremo de la Constitución, estableciendo así una relación coherente entre el legislador estatal y el bloque de constitucionalidad. Por el contrario, la sentencia 30/2011 ha hecho algo completamente diferente: ha dejado en manos del legislador estatal la decisión sobre el único criterio aceptable de interpretación del art. 149.1.22ª (el que el legislador estatal considere en cada momento), convirtiendo así al propio Tribunal en el “intérprete supremo” de la Ley de Aguas que es, propiamente, el texto normativo que el Tribunal ha utilizado para declarar inconstitucional el art. 51 EA y no la propia Constitución, teniendo en cuenta la posibilidad material de otros criterios de interpretación, previamente aceptada por el propio TC.

En realidad, el juicio de constitucionalidad material era muy débil si se basaba solo, como ha ocurrido, en los criterios establecidos por la Ley de Aguas. No sólo porque de esos criterios no se deduce la exclusiva posibilidad de la unidad de cuenca sino porque, admitida la viabilidad de otros criterios diferentes en la STC 227/1988, la única manera de cerrar esa vía sin tener que explorarla siquiera, como ha hecho la STC 30/2011, era recurrir a un criterio formal inapelable. El problema es que el criterio formal utilizado por el TC no sólo no es inapelable sino que es todavía menos consistente que los materiales y tiene efectos muy dañinos no ya para la disciplina competencial de las aguas sino para el Estado Autonómico y para el propio *status* del TC en nuestro sistema constitucional.

El Tribunal tenía que haber realizado su propio juicio de constitucionalidad del art. 51 EA, atendiendo a los criterios materiales de la Ley de Aguas –no por estar contenidos en esa ley sino por ser constitucionalmente admisibles– y a otros extraídos de la Constitución y

basados en la lógica, la técnica y la experiencia a los que apeló la STC 227/1988, con una inspiración finalista y teniendo en cuenta la modificación operada en el bloque de constitucionalidad por el legislador estatutario, que es también legislador estatal. Esos criterios habrían permitido un juicio diferente fundamentado ya en la propia apreciación del TC y en la valoración de todos los elementos de naturaleza constitucional que habría que considerar.

Todas estas cuestiones las veremos seguidamente, tras analizar las relativas a la legitimación del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para promover el recurso, aspecto éste en el que –pese a lo peculiar que ha sido el recurso– no puede dejar de reconocerse, a mi juicio, que el TC tiene toda la razón.

3. Cuestiones de legitimación

En efecto, previamente a la decisión sobre la constitucionalidad de los preceptos impugnados, el Tribunal resuelve acerca de la legitimación del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Una cuestión ciertamente interesante si tenemos en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 no estaba orientada a la defensa de una competencia propia de Extremadura sino a la defensa de la competencia estatal.

El Tribunal resuelve adecuadamente esta objeción en el FJ 3 de la sentencia. Refiriéndose a las competencias afectadas dice que: “ciertamente, tampoco se pretende en la demanda que pueda ostentarlas Extremadura, sino sólo el Estado. Ello no significa, sin embargo, que el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura recurra en defensa de una competencia ajena, sino, más precisamente, que lo hace en defensa de un orden de distribución de competencias que, a su juicio, somete las aguas de la cuenca a la que pertenecen dieciocho municipios extremeños a la competencia exclusiva del Estado central, excluyendo, por tanto, la posibilidad de que cualquier Comunidad Autónoma, también la de Extremadura, se atribuya determinadas competencias sobre las mismas. No parece discutible el legítimo interés de la Comunidad Autónoma de Extremadura en que, de no poder ser ella misma la competente para la entera disciplina del régimen de aquellas aguas, no lo sea la Comunidad Autónoma de Andalucía, sino

únicamente el Estado central y, en la medida en que así resulte del criterio territorial adoptado por el legislador de aguas, la propia Comunidad Autónoma extremeña en el margen que para el ejercicio de competencias autonómicas permita el ejercicio de las que primeramente correspondan al Estado”.

4. Sobre la pretendida inconstitucionalidad “material” del art. 51 EA

Resuelto este enojoso problema de la legitimación, el Tribunal aborda en el FJ 4 de la sentencia la cuestión de fondo, respecto de la cual, como ya hemos adelantado, manifiesta su intención de analizar la vertiente material o sustantiva y la formal de manera independiente y sucesiva.²⁵ Por lo que se refiere a la vertiente material, el TC se remite a la STC 227/1988 y al principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica como criterio de delimitación territorial²⁶ que considera vulnerado por el art. 51 EA.²⁷

25. “el precepto impugnado debe enjuiciarse desde una doble perspectiva. Por un lado, hemos de comprobar si el art. 51 EAAnd vulnera el art. 149.1.22 CE por razones materiales o sustantivas, es decir, en atención al contenido de la regulación que incorpora. Por otro lado, ha de comprobarse igualmente si esa regulación resulta constitucionalmente viable a través del tipo de ley que la contiene, de tal manera que si la respuesta fuera negativa el precepto impugnado incurriría en una inconstitucionalidad de carácter formal, en la medida en que esta consideración traería causa de la invalidez del tipo normativo empleado en punto a la formalización jurídica de la decisión que se impugna”.

26. FJ5: “resulta obligado partir de la doctrina sentada en la STC 227/1988, de 29 de noviembre (reiterada en las SSTC 161/1996, de 27 de octubre, y 118/1998, de 4 de junio), en la que este Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de cuenca hidrográfica, como criterio de delimitación territorial utilizado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, para precisar el alcance del art. 149.1.22 CE, criterio que se mantiene en la vigente Ley de aguas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, reformado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), que define la “cuenca hidrográfica”, en coincidencia con lo establecido por el art. 2 de la Directiva 2000/60/CE de 23 de octubre de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (modificada por la Directiva 2008/32/CE de 11 de marzo de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo), como “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos, hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta”

27. FJ5: “Al atribuir a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre aguas de la cuenca del Guadalquivir, siendo como es ésta una cuenca hidrográfica intercomunitaria, el art. 51 EAAnd se separa de la previsión establecida en el art. 149.1.22 CE y del criterio que utiliza la Ley de aguas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, reformado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) para

El Tribunal no desconoce los distintos criterios de delimitación competencial de los artículos 148.1.10 (el interés de la CA) y 149.1.22 (el territorio por el que las aguas discurren) y reconoce expresamente que la STC 227/1988 admite otras posibles interpretaciones diferentes del artículo 149.1.22 que no se basen en el concepto de cuenca hidrográfica,²⁸ pero recuerda que, de acuerdo con la doctrina establecida en esa sentencia, la “expresión ‘aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma’ es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a “criterios lógicos, técnicos y de experiencia”, todos los cuales confluirían, de acuerdo nuevamente con la STC 227/1988, en la utilidad del concepto de cuenca hidrográfica como unidad de gestión.”²⁹

la concreción de la delimitación territorial de las competencias del Estado que figura en el citado precepto constitucional (“aguas [que] discurren por más de una Comunidad Autónoma”). Y lo hace el precepto estatutario con un criterio (“aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma”) que conduce a un entendimiento que acoge un modelo de gestión fragmentada de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica intercomunitaria, conforme al cual una parte de las aguas de la cuenca del Guadalquivir sería de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza y otra parte de las aguas de esa misma cuenca intercomunitaria sería de competencia exclusiva del Estado”.

28. FJ 5: “aunque es cierto que en la STC 227/1988 no deja de señalarse “que del conjunto de las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación, sin forzar los conceptos empleados por tales normas y dentro siempre de los límites constitucionales”, no lo es menos que asimismo se advierte inmediatamente que “en el desempeño de la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la Constitución, que exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos, este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hidráulicos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la ‘utilización racional de todos los recursos naturales’ (art. 45.2 de la Constitución). Por ello, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado” (FJ 13).

29. FJ 5: “Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios. Este condicionamiento, por lo demás, no sólo se produce aguas arriba en perjuicio de los territorios por los que una corriente des-

A partir de esa valoración, la sentencia da un paso más para llegar a la conclusión de que la diversidad de criterios de interpretación del precepto constitucional se reduce finalmente a uno solo. Es decir, que aunque el criterio de cuenca hidrográfica no es el único constitucionalmente viable, en realidad sí lo es: "Nuestro punto de partida ha de ser necesariamente el integrado por las consideraciones fundamentales de la STC 227/1988, ratificada por las SSTC 161/1996, de 17 de octubre, y 11/1998, de 13 de enero, que ahora nos llevan a concluir que aunque el criterio de la cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del art. 149.1.22 CE, sí ha de declararse que no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes".

Una valoración que se intenta reforzar en el FJ6 apelando al art. 45.2 CE, nuevamente desde la argumentación de la STC 227/1988: "En efecto, como señalábamos en la citada STC 227/1988, una interpretación sistemática del art. 149.1.22 CE, en su relación con el art. 45.2 CE que reclama una "utilización racional de los recursos naturales", nos llevó a sostener que "entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato", añadiendo que "no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan

emboca en el mar, sino también aguas abajo, en posible perjuicio de los territorios donde nace o por donde transcurre, ya que la concesión de caudales implica en todo caso el respeto a los derechos preexistentes, de manera que los aprovechamientos concedidos en el tramo inferior o final de un curso pueden impedir o menoscabar las facultades de utilización de las aguas en tramos superiores. Por el contrario, el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios. Desde un punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea... Así lo pone de manifiesto la experiencia internacional sobre la materia... La experiencia de gestión de estos recursos en nuestro país, articulada en torno a la unidad de cada cuenca, desde que se adoptó una concepción global de la política hidráulica, conduce a la misma conclusión" (FJ 15).

las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios”, en tanto que “por el contrario, el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios”, de modo que “es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea” (STC 227/1988, FJ 15).

La conclusión que se establece en este FJ6 es contundente: “En definitiva, hemos de concluir que el conjunto de esos intereses ‘manifiestamente supracomunitarios’, ‘debe ser gestionado de forma homogénea’, lo que excluye la viabilidad constitucional de la compartimentación del régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma” (STC 227/1988, de 29 de noviembre FJ 15). Así pues, el TC concluye en este FJ 6 que, desde el punto de vista sustantivo o material, “el art. 51 EAAnd debe reputarse inconstitucional y nulo porque, al compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, el citado precepto vulnera el art. 149.1.22 CE”.

Como se puede ver, el TC resuelve la cuestión de la inconstitucionalidad desnaturalizando la doctrina establecida por la STC 227/1988 y conduciendo a un resultado que no tiene nada que ver, ni en la vertiente metodológica –como hemos indicado anteriormente– ni en la sustantiva, con lo que en esa sentencia se había establecido. La consecuencia de la alteración en lo metodológico y simplificación en lo material de esa la doctrina es que los principios en los que se basaba la STC 227/1988 aparecen ahora desvaídos, inconsistentes con la realidad sobre la que el juicio de constitucionalidad se proyecta.

En lo que a la vertiente material se refiere, la sentencia 30/2011 pretende basarse, como hizo la STC 227/1988 en “criterios lógicos, técnicos y de experiencia”. Pero si esos principios hermenéuticos podían avalar la legitimidad constitucional del criterio de unidad de cuenca establecido en la Ley de Aguas, a lo que no conducen, en modo

alguno, es a considerarlo como el único constitucionalmente viable. Prueba de ello es que, como indica A. Embid Irujo, seríamos (somos ahora ya, de acuerdo con la doctrina de la STC 30/2011) el único caso en los ordenamientos de estructura descentralizada en todo el mundo en utilizar como único criterio posible de delimitación competencial en esta materia el criterio de cuenca hidrográfica.³⁰ Esa singularidad quizás debería haber hecho reflexionar al TC antes de dictar sentencia, salvo que pensemos que ningún otro ordenamiento constitucional en todo el mundo, excepto el nuestro, ha seguido criterios “lógicos, técnicos y de experiencia” en la ordenación del reparto competencial en materia de aguas.

En todo caso, incluso si partimos de la idea de unidad de gestión de la cuenca porque “permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados” o si aceptamos que “desde un punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea”, parece evidente que estos principios no son necesariamente aplicables del mismo modo a una cuenca en la que la participación de las CCAA esté muy repartida, con porcentajes minoritarios en todas ellas a una cuenca en la que, como es el caso de Andalucía respecto del Guadalquivir o de Castilla y León respecto del Duero, el porcentaje de una sola Comunidad Autónoma supere el 90% del total.³¹

30. A. Embid Irujo “Agua y territorio: nuevas reflexiones jurídicas”, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n. 71-72, 2008, p. 37, nota 33: “la hipotética decisión del TC sobre que el único entendimiento posible de la expresión constitucional de “aguas que discurren” del art. 149.1.22 CE fuera el de cuenca hidrográfica, representaría el único supuesto –en lo que yo conozco– del constitucionalismo mundial –en lo relativo a los Estados descentralizados políticamente, obviamente– en el que el criterio de la cuenca hidrográfica fuera la única forma posible de interpretar o entender la Constitución a los efectos del consiguiente reparto competencial que en todo Estado descentralizado políticamente debe existir entre la “Federación” o Estado central, y los entes o estados federados”. Cfr. igualmente, nota 9, p. 23 y pp. 44 y ss. Disponible en Internet en: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=56821>

31. La participación de Andalucía en la cuenca del Guadalquivir es del 90,22% y la de Castilla y León en la cuenca del Duero, del 98,32%. Cfr. F. López Menudo, “Agua y territorio”, en *Informe Comunidades Autónomas 2007*, p. 60. Disponible en Internet en: <http://www.idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2007/aguayterritorio.pdf>.

El problema es que, quizás el TC no ha sido consciente del alcance de la doctrina a la que apela, la establecida en la STC 227/1988, que no está basada en criterios formales por los cuales sea posible atribuir al Estado la competencia de manera indubitada, sino en criterios de apreciación que tienen, en última instancia, una orientación finalista a la “administración equilibrada de los recursos” en atención al conjunto de intereses afectados o a una “gestión homogénea” con la finalidad de hacer posible una “utilización racional de los recursos naturales”, como demanda el art. 45.2 CE.³² Esa finalidad no ha estado ni está reñida, como el propio Tribunal reconoce, con la participación de las CCAA en la gestión de la cuenca. Ahora bien, ¿debe ser la misma participación la de la CA que tiene un porcentaje de menos del 10% que la de la CA que tiene más del 90%?³³ ¿Es esa una ordenación racional y proporcionada? ¿Garantiza la competencia estatal en estos supuestos una administración equilibrada de los recursos en atención al conjunto de los intereses afectados, teniendo en cuenta que una sola CA representa prácticamente la totalidad del conjunto?³⁴

En realidad, de todos los problemas relativos a la materia de aguas que se han planteado con los nuevos Estatutos de Autonomía, sólo en el caso de dos Comunidades Autónomas la cuestión se ha centrado en torno a las aguas de cuencas “supracomunitarias”. No ha sido por un capricho político de sus gobernantes, avalado por el Estado, a través de las Cortes Generales, sino porque la realidad ma-

32. “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

33. Como certeramente indicara F. López Menudo en relación con el Guadalquivir, “Las posturas que se mantienen sobre la solución dada por el Estatuto a la cuenca del Guadalquivir son antagónicas precisamente porque parten de premisas opuestas: unas se atienen al hecho formal de que la cuenca es supracomunitaria con todas sus consecuencias y las otras se mueven en el plano de la “injusticia” que supone que el criterio general se aplique a ciegas y rompa esa especie de simbiosis física que forman el Guadalquivir y Andalucía”, *op. cit.*, p. 73.

34. En el caso del Guadalquivir hay que tener en cuenta también que el río nace y muere en Andalucía, que la cuenca se extiende sobre las ocho provincias de Andalucía y que se residen en Andalucía el 97,4% de la población de la Cuenca y el 99,2% del uso que se da a sus aguas. Cfr. sobre estos últimos datos, M. Carrasco Durán, en AAVV, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 220. Cfr. igualmente, Lorenzo Mellado Ruiz, *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares, Granada, 2010, pp. 300 y ss. que da unos porcentajes de participación muy relevantes.

terial de esas dos Comunidades Autónomas justificaba plenamente una solución diferenciada para ellas respecto de la que se ha dado a otras Comunidades Autónomas.

Si aceptamos –como hace el TC expresamente– que son posibles otros criterios constitucionales de interpretación del art. 149.1.22^a distintos a los establecidos inicialmente por la Ley de Aguas, si entendemos que esos criterios deberían sostenerse desde un punto de vista material –para un juicio material de inconstitucionalidad– con independencia de que estén contenidos en la Ley de Aguas (porque el TC no debe ser el “intérprete supremo” de la Ley de Aguas, sino de la Constitución) si, por último, analizamos esos criterios en sí mismos y atendiendo a su orientación finalista, debemos llegar a la conclusión de que el TC no ha fundamentado la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 EA. O lo que es lo mismo, en este caso, que el TC debería haber declarado la plena constitucionalidad de ese precepto.

5. Sobre la denominada inconstitucionalidad “formal” del art. 51 EA

Una vez resuelta, a mi modo de ver, de manera inadecuada, la cuestión de la inconstitucionalidad material, el Tribunal afronta la cuestión de la inconstitucionalidad formal. Si hubiera que aplicar la propia teoría que el Tribunal expresa en su FJ 11, cuando tras mencionar las cautelas que contiene el art. 51 EA³⁵ indica que estas cautelas “vienen a poner de relieve que el objeto regulado en el citado precepto estatutario se encuadra en una materia que es de la exclusiva competencia estatal por virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.22 CE” podríamos decir que esta aparente sobreabundancia argumentativa del Tribunal es expresiva de la inseguridad con la que parece moverse esta sentencia.

Para el Tribunal, en este punto (FJ7), “el objeto de debate se contrae estrictamente a dilucidar la legitimidad constitucional de que la concreción del concepto del art. 149.1.22 CE “aguas [que]

35. “-(a) que las aguas no afecten a otra Comunidad Autónoma, y “sin perjuicio” (b) de la planificación general del ciclo hidrológico, (c) de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, (d) de las obras públicas hidráulicas de interés general (e) y de lo previsto en el 149.1.22 CE-”.

discurran por más de una Comunidad Autónoma” se lleve a cabo en un Estatuto de Autonomía.” A esta cuestión, el TC le da una respuesta negativa (FJ8): “es evidente que con la definición estatutaria del criterio territorial determinante de la delimitación de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.22 CE no sólo se están asumiendo competencias fuera del ámbito que acabamos de señalar –arts. 148 y 149 CE a sensu contrario– sino que además se menoscaban gravemente “las funciones propias” de las competencias estatales, cuya razón de ser no es otra, en la lógica del sistema de descentralización característico del Estado autonómico, que la garantía de la unidad última del ordenamiento a partir de un mínimo denominador común normativo, imprescindible en tanto que presupuesto para que la diversificación inherente al principio autonómico no se resuelva en contradicciones de principio con el fundamento unitario del Estado. Tal función integradora padecería de manera irremisible si los Estatutos de Autonomía fueran constitucionalmente capaces de imponer un criterio de delimitación competencial respecto de potestades y funciones que, como es el caso con las aguas que discurren por varias Comunidades Autónomas, han de proyectarse sobre una realidad física supracomunitaria, cuya disciplina sería sencillamente imposible si los criterios adoptados en los Estatutos de las Comunidades Autónomas interesadas resultaran incompatibles o excluyentes”.

Para el TC, el art. 51 EA, “al atribuir a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir, por más que la atribución competencial pretenda limitarse a aquellas aguas “que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma” y se realice con las salvedades a las que a continuación aludimos, impide que las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1.22 CE y ejercidas por éste a través de la legislación estatal en materia de aguas desplieguen la función integradora y de reducción a la unidad que les es propia” (FJ8). La conclusión es que “el art. 51 EA no supera, en suma, el canon de constitucionalidad expuesto y vulnera el art. 149.1.22 CE por razón de la inadecuación formal del Estatuto de Autonomía para realizar una concreción del criterio territorial de delimitación de las competencias que el citado precepto constitucional reserva al Estado” (FJ 8).

En lo que tiene de control formal, esta argumentación es una mera petición de principio, cuyo carácter tautológico y circular re-

sulta evidente: como la interpretación que se hace del art. 149.1.22 es que se trata de una competencia estatal, el Estatuto no puede concretar el criterio para delimitar las competencias. La cuestión es, sin embargo, que para definir la competencia estatal previamente hay que concretar el criterio. De esa manera, vemos como el problema formal no existe porque la cuestión real es si el criterio territorial está o no está bien delimitado. Si el Estatuto lo hubiera hecho de acuerdo con lo que dispone la legislación estatal, estaría bien delimitado (como ha ocurrido con otros Estatutos y ocurre también con otros preceptos del Estatuto de Andalucía). Si lo hace de manera diferente y el Tribunal parte de la base de que la legislación estatal ha establecido, en realidad, el único criterio posible de delimitación (por más que reconozca formalmente la posibilidad de recurrir a otros criterios) es comprensible que el Tribunal considere que el precepto estatutario resulta contrario a la Constitución, pero no lo será por una confrontación formal con el texto constitucional sino por una contradicción material con la única interpretación válida del texto constitucional, que es la que ha realizado el legislador, según entiende el TC.³⁶

La confusión es, por tanto, notable –dicho sea con todo respeto a nuestro Alto Tribunal– porque pretende formular un juicio formal de inconstitucionalidad, a mayor abundamiento, que en realidad es el mismo juicio material previamente realizado en los fundamentos jurídicos anteriores y que presenta las mismas debilidades que ya evidenciaba ese juicio material.

La confusión se consolida en la respuesta que da a las alegaciones del Parlamento de Andalucía, en las que entra de nuevo en criterios materiales para justificar la inconstitucionalidad por motivos formales (FJ9): “carece de relevancia a los efectos de nuestro análisis la cuestión de si, como sostiene el Parlamento de Andalucía, los principios constitucionales que conciernen a la ordenación y gestión de los recursos hídricos, condensados en el mandato de utilización

36. Como muy bien dice J.F. Sánchez Barrilao (*op. cit.*, p. 27): “Verdaderamente es aquí, en el juicio formal, cuando se expresa con toda rotundidad el juicio material de inconstitucionalidad, al venir el Tribunal a equiparar el concepto constitucional de “aguas que discurren por más de una Comunidad” con el de unidad de cuenca hidrográfica establecido legalmente, a modo de, parecería, única concreción y desarrollo normativo posible al respecto, y al margen de las singularidades que suponen las cuencas del Guadalquivir y del Duero”.

racional de los recursos naturales (art. 45.2 CE), pueden satisfacerse igualmente mediante diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias. Independientemente de lo que ya hemos dicho, ahora importa precisar que, aun cuando ello fuera cierto, cualquier otra eventual concreción del criterio territorial contenido en el art. 149.1.22 CE –que nunca podría comportar un entendimiento fragmentador del concepto de cuenca hidrográfica, con ésta u otra denominación que pueda utilizarse– sólo podría venir de un solo y único legislador, que será siempre el legislador estatal de aguas, pues únicamente desde la posición supracomunitaria privativa de ese legislador puede proveerse un criterio capaz de ordenar en Derecho la disciplina normativa de una realidad física también supracomunitaria”.

Así pues, el círculo se cierra: un solo criterio de interpretación (por más que formalmente se siga diciendo que son posibles otros) y adoptado por un solo legislador, al que el TC denomina “legislador estatal de aguas”. El cambio de estatuto metodológico para resolver los problemas competenciales respecto de la STC 227/1988 y, en general, de la doctrina anterior del TC, es radical. Mientras las cuestiones competenciales se resolvían anteriormente teniendo en cuenta el núcleo de la interacción Constitución-Estatutos dentro del bloque de constitucionalidad, como hemos tenido ocasión de ver en el apartado 2 de este trabajo, ahora se apela directamente al legislador estatal de aguas para imponer sus criterios.

En realidad, lo que tenía que enjuiciar el TC era la constitucionalidad de la disposición estatutaria, para lo cual los criterios establecidos por la Ley de Aguas podían servir al juicio de constitucionalidad, pero no por estar incorporados a la Ley de Aguas, no por ser obra del legislador estatal, sino porque el TC los considerara razonables para el juicio de constitucionalidad que tiene que realizar. ¿O es que el TC habría aceptado como válido cualquier criterio establecido por la Ley de Aguas? Evidentemente no, de manera que la distinción entre constitucionalidad formal y material en la que pretende basarse el TC para resolver carece de fundamento. Hay que descartar por tanto, por fortuna, que el TC sea el “intérprete supremo” de la Ley de Aguas como si en el juicio de constitucionalidad que realiza tuviera que apoyarse en las muletas que le ofrece la legislación estatal, en lugar de su propio criterio como supremo intérprete, en este caso sí, de la Constitución.

6. El rechazo a posibles fórmulas de interpretación conforme

Si alguna conclusión indubitada podemos extraer de la STC 30/2011 es que el Tribunal no se da por aludido en relación con las críticas doctrinales que le han realizado desde todos los frentes respecto de la STC 31/2010. En efecto, la reiterada consideración respecto de su pertenencia al tipo de las “sentencias manipulativas”,³⁷ el Tribunal no la ha asumido como propia, lo que le permite afirmar lo siguiente en el FJ11 de la STC 30/2011: “Conforme a nuestra reiterada doctrina, la admisibilidad de la interpretación conforme requiere que la interpretación compatible con la Constitución sea efectivamente deducible de la disposición impugnada, sin que corresponda a este Tribunal la reconstrucción de una norma contra su sentido evidente y, por ende, la creación de una norma nueva para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4; 45/1989, de 20 de febrero,

37. Así, S. Muñoz Machado, “Dentro de los términos de la presente Constitución”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, octubre de 2010, para quien, “la Sentencia del Tribunal Constitucional resuelve formulando hipótesis sobre la significación de los conceptos, que no es la que realmente tienen ni la que se les pretendió dar, sino inventándose otro más concorde con la Constitución, para evitar declarar incompatible el enunciado” (p. 7). En el mismo sentido, J. De Esteban, “Reflexiones en torno al voto particular de Javier Delgado”, en la misma revista y número, p. 16, afirma que “la Sentencia utiliza la técnica de las interpretaciones conforme, como forma de eludir la clara inconstitucionalidad de muchos artículos”. También R. Blanco Valdés, “El Estatuto Catalán y la sentencia de nunca acabar” en *Claves de la Razón Práctica*, n. 205, 2010, p. 10: “no hay que ser, desde luego, muy sagaz, para descubrir la fórmula magistral que ha encontrado la mayoría del TCE para sanar la inconstitucionalidad de lo que de otro modo lo sería: la consistente en hacer decir al Estatuto lo contrario de lo que manifiestamente afirma, para poder proclamar luego que tal interpretación es perfectamente constitucional”, de tal manera que el TC no sólo ha hecho lo posible para respetar la voluntad del estatuyente sino también lo imposible (p. 17) con lo que muchas de sus interpretaciones “son literalmente contradictorias con el indudable sentido del texto” (p. 18). Igualmente, Germán Fernández Farreres, “Las competencias de Cataluña tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., pp. 48-9: “Cuestión distinta es que para evitar en la medida de lo posible la declaración formal de inconstitucionalidad, la Sentencia recurra sistemáticamente a interpretaciones conforme a la Constitución, aunque ello suponga, sin duda alguna, un exceso manifiesto. En realidad, esas interpretaciones consisten en la mayoría de los casos en hacer decir a los preceptos estatutarios impugnados lo que evidentemente no dicen o, simplemente, en vaciarlos de contenido al privarles de todo efecto jurídico”.

FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7; y 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7, entre otras muchas). Al menos, el TC no ha citado la STC 31/2010 entre esas “otras muchas” a las que hace referencia porque, en realidad, lo que viene a decir el Tribunal es: esto no lo hemos hecho nunca y nunca lo volveremos a hacer.

De la argumentación que el abogado del Estado realiza con la finalidad de salvar la constitucionalidad del precepto, debemos destacar la relativa a la distinción entre la validez y eficacia.³⁸ El Tribunal, sin embargo, rechaza de plano esta posibilidad, en congruencia con el planteamiento reductivo enunciado previamente porque, en el fondo, rechaza cualquier posible interpretación futura del art. 149.1.22 que haga posible la compatibilidad del art. 51 EA con ese precepto constitucional (FJ11): “por lo que se refiere a la interpretación que también propone el Abogado del Estado, según la cual el art. 51 EA-And sería una suerte de cláusula de ampliación competencial condicionada a la eventualidad de que las Cortes Generales optaran en el futuro por otra concreción del concepto constitucional “aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma”, que hiciera posible que la Comunidad Autónoma de Andalucía asumiera entonces, sin necesidad de reforma previa del Estatuto, competencias hidráulicas exclusivas sobre algunas aguas de la cuenca del Guadalquivir, estamos ante una propuesta de interpretación conforme que ha de ser rechazada, al entrar en contradicción con el art. 149.1.22 CE, puesto que, como hemos señalado en el fundamento jurídico 7 de esta Sentencia, el legislador estatal no puede redefinir las competencias exclusivas del Estado en relación con una cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, mediante un entendimiento fragmentador de la cuenca que conduzca a “compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma” (STC 227/1988, FJ 15).

Pero, además, el TC introduce dudas sobre la viabilidad futura de la doctrina establecida por la STC 247/2007, cuando afirma en el FJ 11 que “Por otro lado, según la interpretación que propone el

38. Que trae causa de la propia doctrina del Tribunal establecida en la STC 247/2007, FJ6.

Abogado del Estado, el art. 51 EAAnd incorporaría contenidos constitucionalmente reservados a tipos normativos diferentes, pero lo haría condicionando su propia eficacia a la eventual adopción de la correspondiente disposición por parte de la autoridad competente mediante el procedimiento normativo adecuado. Dejando a un lado otras posibles objeciones derivadas del principio de seguridad jurídica, así como las consideraciones de principio que habría de merecer semejante técnica de asunción competencial al margen del procedimiento de revisión formal del Estatuto de Autonomía, la constitucionalidad de la disposición queda excluida en virtud del principio de competencia mismo, puesto que la necesidad de someter a condición la prescripción que contiene pone de manifiesto que la autoridad normativa que ha dictado esa disposición carecía de habilitación constitucional al efecto”.

Esta afirmación supone un paso más en el desmantelamiento de las formulaciones generales contenidas en la STC 247/2007 que eran mucho más consistentes con la lógica constitucional de nuestro Estado Autonómico que las que han seguido en las sentencias posteriores. La idea de limitar los contenidos posibles del Estatuto que se intentó inicialmente con la apelación a la “reserva de Estatuto” como una frontera insalvable que habría terminado desnaturalizando su función constitucional, encuentra ahora un segundo frente por medio de la crítica a la incorporación de contenidos que pretendan interactuar con la legislación estatal. Una doctrina respetable pero que llega con un retraso de más de 30 años porque este tipo de preceptos han sido una constante en los Estatutos de Autonomía desde que se aprobaron los primeros de ellos.

Por lo demás, esta afirmación del TC es inconsistente no sólo con otros pronunciamientos recientes sino con la propia sentencia, que en su FJ12 declara la plena constitucionalidad del art. 50.2 EA, que sigue esta misma técnica cuando establece la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre “la participación en la planificación y gestión hidrológica de aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios, en los términos previstos en la legislación del Estado” o sobre “ejecución y explotación de obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio, y facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal”.

La conclusión final del TC, después de manejar los criterios material y “formal” de control de la constitucionalidad y de rechazar las propuestas de interpretación conforme, es que el art. 51 EA “debe declararse contrario al art. 149.1.22 CE y, por tanto, inconstitucional y nulo, dado que establece un criterio fragmentador de la gestión de una cuenca hidrográfica intercomunitaria para asumir competencias que corresponden al Estado, a lo que se une la inadecuación formal del Estatuto de Autonomía para la concreción del criterio territorial de delimitación de las competencias reservadas al Estado por dicho precepto constitucional”.

Como ya hemos señalado, las consecuencias más negativas de esta sentencia no se plantean tanto por el resultado, la anulación del art. 51 EA, cuanto por la argumentación que contiene para llegar a ese resultado. Por lo que se refiere a la anulación del art. 51 EA, sin pretender negar su trascendencia, lo cierto es que, si tenemos en cuenta la sentencia en su conjunto, esa anulación no va a impedir que el Estado pueda descentralizar a la Comunidad Autónoma facultades similares a las que se contenían en el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, siempre dentro de los límites definidos por el Tribunal Constitucional.

7. La incidencia de la sentencia sobre la cuestión de fondo

La sentencia ha anulado el art. 51 EA, pero ha mantenido la plena constitucionalidad de los restantes artículos impugnados. El FJ 12, el último, se dedica de manera muy breve a resolver la impugnación de los otros preceptos del EA, que se desestima en su totalidad porque, para el Tribunal, esa impugnación se basaba en una interpretación conectada con el art. 51 que carece de sentido una vez que ese artículo se anula. De interés resulta, sin embargo, la referencia al art. 50.2 en relación con el cual el Tribunal afirma que “Todo ello sin perjuicio de que, como alega el Abogado del Estado, nada impide que la legislación estatal de aguas confiera a las Comunidades Autónomas funciones o facultades de “policía del dominio público hidráulico” en cuencas intercomunitarias (STC 161/1996, de 17 de octubre), o que, según el art. 17 d) de la Ley de aguas, entre las funciones del Estado en relación con el dominio público hidráulico se encuentre el otorgamiento de autorizaciones cuya tramitación puede encomendarse a las Comunidades Autónomas.”

Si tenemos en cuenta estas otras previsiones estatutarias, parece claro que la incidencia de la sentencia sobre la cuestión de fondo se verá reducida en el futuro en la medida en que el legislador estatal establezca –no sólo para Andalucía– fórmulas que hagan posible un tratamiento más racional y ajustado a las características del Estado Autonómico de las cuencas intercomunitarias.³⁹ La reforma es necesaria y debe plantearse, entre otras cuestiones, si tiene algún sentido que se traten del mismo modo realidades tan distintas como las que podemos ver en la actualidad en este tipo de cuencas.⁴⁰

39. Como muy bien indicara antes de la sentencia F. López Menudo: “En el caso de que el Tribunal anulase las iniciativas que estamos considerando, supondría una torpeza histórica que el Estado pretendiera retornar, sin más, al punto de partida, tal como el esquema del reparto competencial y la organización dispuesta para ello se encontraba hace quince años. Con un sentido rabiosamente realista –dado que la situación es la que es– habría que ir a la búsqueda de un *criterium* distinto al tradicional, precisamente para que el sistema no resulte ingobernable, ya que, como se ve, ha mostrado su tendencia a la dispersión y al conflicto.” (*op. cit.*, p. 81).

40. Comparto plenamente las propuestas que realiza el Prof. López Menudo en su trabajo anteriormente mencionado, respecto de los presupuestos de partida que podrían servir para una futura reforma, que se reproducen íntegramente a continuación: “El primero de ellos es asumir de entrada, con toda naturalidad, que el criterio de la competencia estatal *in totum*, dotado de razón cuando en abstracto queda referido al conjunto de las grandes cuencas del territorio nacional, puede tornarse desproporcionado e incluso “lesivo” en determinados supuestos extremos –llámese cuenca del Duero, o del Guadalquivir, o de cualquiera otra en su caso– para los cuales esa regla general debe tener previstas soluciones para darles salida razonable, y no someterlos a ultranza al corsé de una regla general que carece de gran parte de su razón de ser.

El segundo de ellos exige abandonar clichés formales y uniformistas (válidos quizás para un tiempo pasado y una situación que ya no existen), localizar los verdaderos puntos neurálgicos donde se concitan los intereses de las Comunidades Autónomas en cada cuenca (...) y darles a éstas una participación proporcionada de una manera realista y no del modo estereotipado con que están organizadas en la actualidad (...) Basta observar el juego de las participaciones autonómicas en los Organismos de cuenca y sobre todo en las Demarcaciones Hidrográficas para detectar cómo la participación de Comunidades Autónomas sumamente relevantes en relación con la cuenca se diluye en la del conjunto, generando así agravios comparativos irritantes tras la fachada de una organización diseñada en apariencia de forma exquisita para dar cabida a todos los intereses.

El tercer punto de partida consiste en admitir del modo más realista que lo importante a retener por el Estado son las grandes decisiones, entendiendo por tales la legislación, la planificación hidrológica con su séquito de medidas necesarias para hacer efectivo el principio de solidaridad interterritorial consagrado en el artículo 2 de la Constitución, ello con el complemento del acervo de medidas compensatorias para la justa distribución de la riqueza. Aunque seguramente la pérdida del monopolio estatal en la gestión de los “asuntos corrientes” de carácter administrativo pueda considerarse como la pérdida de un valor estimable, no parece que hubiera que lamentarse excesivamente por ello si los pilares fundamentales del sistema quedan debidamente controlados. No parece que el sistema deba quedar cerrado a la desconcentración de competencias ejecutivas, a las fórmulas de colaboración intercomunitarias, a la coordinación estatal, quedando el Estado

A lo anterior hay que unir un deber de cooperación que se recuerda, en la más matizada STC 110/2011, de 22 de junio, relativa al Estatuto de Aragón, en cuyo FJ7 se afirma que: “también hemos puesto de relieve que sobre las aguas intercomunitarias se proyectan diversas competencias de las Comunidades Autónomas (agricultura, ganadería, espacios naturales protegidos o pesca fluvial, entre otras), produciéndose así un fenómeno de concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que conlleva que el primero, titular de la competencia más específica ex art. 149.1.22 CE, deba instrumentar sistemas de cooperación con las segundas, cooperación que habrá de materializarse en múltiples facetas del régimen del agua”.

En cualquier caso, tal y como ocurriera con la STC 31/2010, aunque ahora en una dimensión mucho más reducida, el Tribunal ha devuelto al plano político el problema negando una solución jurídica que podía haberlo resuelto definitivamente. Sobre la convicción del Tribunal respecto de que esta era la decisión correcta nada hay que decir. Por otro lado, en ningún caso se podría afirmar que su argumentación sea arbitraria o irracional. Sin embargo, para ser una sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto estatutario (la segunda vez que se hace algo así en nuestra historia constitucional hasta la posterior sentencia 32/2011), lo cierto es que la argumentación no sólo contradice la doctrina establecida previamente en aspectos fundamentales (sin decirlo expresamente) sino que crea un problema mucho mayor al que pretende resolver al afectar a la metodología seguida hasta ahora por el TC en la solución de las cuestiones competenciales.

Respecto de la manera concreta en que se solucione el tema de fondo en el futuro, la cuestión es incierta. Por un lado, están las posibilidades que ofrece el Estatuto en relación con la participación de la CA en la planificación y la gestión de la cuenca, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 50.2, anteriormente mencionado:⁴¹ “Corresponde a la

en todo caso en un papel subsidiario para cuando esas fórmulas de gestión se revelasen insuficientes” (*op. cit.*, pp. 81-82).

41. Cuya constitucionalidad ha sido validada por la STC 30/2011, como previamente lo fue la del precepto similar del Estatuto de Cataluña, el art. 117.3 (por la STC 31/2010, FJ65) y como también lo ha sido la del art. 72.2 EAr., de similar tenor, por la STC 110/2011, de 22 de junio, relativa al Estatuto de Aragón, en cuyo FJ13 se dice que “En lo relativo a la par-

Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia sobre la participación en la planificación y gestión hidrológica de aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios, en los términos previstos en la legislación del Estado. Corresponde a la Comunidad Autónoma dentro de su ámbito territorial la competencia ejecutiva sobre adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos, ejecución y explotación de obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio, y facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal”.

Por otro lado, la sentencia elude expresamente un pronunciamiento sobre una posible atribución extraestatutaria de competencias a través del art. 150 CE en su FJ4: “al haberse atribuido la competencia controvertida a la Comunidad Autónoma andaluza a través de la reforma de su Estatuto de Autonomía, el problema de la constitucionalidad del art. 51 EAAnd remite a si dicha competencia se encuentra o no reservada al Estado por el art. 149.1.22 CE, puesto que sólo en caso de respuesta negativa podría ésta, en los términos del art. 149.3 CE, ‘corresponder a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos’, de tal manera que, en atención al objeto de la impugnación, queda, por tanto, excluida del ámbito de nuestro enjuiciamiento la cuestión de la licitud o ilicitud constitucional y de los límites de una eventual atribución extraestatutaria de las competencias a las que se refiere el art. 51 EAAnd”.

En realidad, tal y como está redactado este párrafo, podría decirse que el Tribunal considera aceptable este mecanismo pero con límites.⁴² Es decir, la cuestión queda abierta, el TC no dice que no sea

participación y colaboración de la Comunidad Autónoma de Aragón ‘en la planificación y en los órganos de gestión estatal de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenecen a cuencas hidrográficas intercomunitarias que afecten a Aragón’, hay que partir de que la cooperación entre las Comunidades Autónomas y el Estado constituye un principio ‘que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución’ (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9, con cita de otras precedentes). En lo atinente a la participación de las Comunidades Autónomas en las competencias y órganos del Estado, como ya hemos avanzado en el FJ 7 de esta Sentencia, tampoco resulta ilegítima siempre que se adecue a lo indicado en dicho Fundamento Jurídico”.

42. Como límite general, que no sólo afectaría a este mecanismo, hay que tener en cuenta que, para la sentencia, la Administración autonómica no puede configurarse como “como la Administración ordinaria en régimen de exclusividad” (STC 30/2011, FJ 11).

posible, aunque tampoco afirma que lo sea, lo cual parece lógico porque dependerá también de cómo se formule un posible texto legal orientado en esa dirección. Un ejemplo de esta dificultad para avanzar un criterio firme lo encontramos en la STC 32/2011 relativa al Estatuto de Castilla y León, en la que el TC expresamente afirma en su FJ6 que “La alegación del Abogado del Estado respecto de susceptibilidad de una interpretación del art. 75.1 EACL en el sentido de que sería posible una futura asunción por la Comunidad Autónoma de Castilla y León de las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas aquí consideradas debe rechazarse, en primer lugar, porque no es este el momento de entrar a considerar el alcance del art. 150.2 CE en términos generales; y, en segundo lugar, porque para ser coherentes con la apreciada inconstitucionalidad que acabamos de razonar, hemos de concluir en la imposibilidad de que la referida Comunidad Autónoma pudiera asumir, por cualquier vía (incluida la de dicho precepto constitucional) las competencias anteriormente mencionadas con el alcance y en los términos previstos en el art. 75.1 EACL”.

Esta afirmación debe ponerse en relación con el alcance del art. 75.1 ECL respecto del cual, el TC apreció en el FJ 6 de la Sentencia 32/2011 un motivo adicional de inconstitucionalidad material respecto del art. 51 EA derivada de la formulación literal del art. 75.1.⁴³ Es decir, poniendo en relación esta argumentación con la del FJ6, se

43. Para el TC: “Importa destacar que a la señalada fragmentación del criterio territorial ínsito en el art. 149.1.22 CE, fragmentación que determina la inconstitucionalidad por razones sustantivas del art. 75.1 EACL, se añaden otros motivos de inconstitucionalidad material derivadas del tenor literal de dicho precepto estatutario. En efecto, el art. 75.1 EACL atribuye a la Comunidad Autónoma de Castilla y León las potestades de desarrollo legislativo y ejecución sobre la cuenca hidrográfica supracomunitaria del Duero, delimitada territorialmente en los términos señalados, siendo así que la atribución de esas potestades de desarrollo legislativo y ejecución restringe indebidamente la competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.22 CE. Restricción que se produce, en primer lugar, porque mientras este precepto constitucional atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación en materia de “aguas [que] discurren por más de una Comunidad Autónoma”, esto es, la entera legislación en relación con las cuencas hidrográficas supracomunitarias, esta competencia resulta cercenada y convertida por el art. 75.1 EACL en una mera competencia para dictar la legislación básica. Otro tanto sucede, en segundo lugar, respecto a la competencias de gestión, que se atribuyen por el art. 75.1 EACL *in toto* a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contradiciendo abiertamente el alcance del art. 149.1.22 CE, que determina que el Estado, además de la competencia legislativa exclusiva en relación con las cuencas supracomunitarias, ejerce sobre estas mismas cuencas las potestades de gestión que se derivan del citado precepto constitucional”.

trata de que el TC no prejuzga tampoco en esta sentencia si el 150.2 es o no válido en términos generales, pero lo que sí excluye es que se pueda utilizar para la totalidad de las competencias estatales, lo que parece implicar que sí parece admitirlo respecto de facultades concretas. En suma, será la formulación específica de una posible ley orgánica aprobada en virtud de lo dispuesto en el art. 150.2 CE lo que permitirá concretar su viabilidad o inviabilidad constitucional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional.

RESUMEN

En la STC 30/2011 nada es lo que debería de ser, desde una perspectiva jurídica. El control de constitucionalidad del Estatuto de Autonomía se transforma en un control de legalidad, alterando la metodología seguida hasta ahora por el Tribunal Constitucional para delimitar las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Se produce igualmente una confusión entre el control material de constitucionalidad y el control formal de constitucionalidad. El control material no se justifica por sí mismo sino mediante el control formal que, a su vez, se remite en última instancia al material, en una argumentación circular y tautológica que carece de contenido real. Todo ello se mueve en una pretendida conexión con la doctrina anterior del Tribunal, especialmente con la STC 227/1988 que, sin embargo, se desvirtúa totalmente tanto en su vertiente metodológica como sustantiva. El resultado es una fundamentación que, frente a la apelación constante de la STC 227/1988 a los Estatutos de Autonomía como norma de referencia de la interpretación constitucional en la delimitación competencial se basa exclusivamente en la legislación estatal de aguas y que, frente a la diversidad de criterios constitucionalmente aceptables para la STC 227/1988 acepta únicamente el de cuenca hidrográfica establecido por la legislación estatal de aguas. La consecuencia es la degradación del valor constitucional del Estatuto de Autonomía no ya al plano de la legalidad –como hacía la STC 31/2010– sino a un plano incluso inferior, al someterlo a las determinaciones del “legislador estatal de aguas” y la correspondiente degradación del *status* del TC a “intérprete supremo” de la Ley de Aguas, para resolver un problema constitucional que –cualquiera que hubiera sido el resultado manifestado en el Fallo– debería haberse basado en parámetros radicalmente diferentes. El Tribunal tenía que haber realizado su propio juicio de constitucionalidad del art. 51 EA, atendiendo a los criterios materiales de la Ley de Aguas –no por estar contenidos en esa Ley sino por ser constitucionalmente admisibles– y a otros extraídos de la Constitución y basados en la lógica, la técnica y la experiencia a los que apeló la STC 227/1988, con una inspiración finalista y teniendo en cuenta la modificación operada en el bloque de constitucionalidad por el legislador estatutario, que es también legislador estatal. Esos criterios habrían permitido un juicio diferente fundamentado ya en la propia apreciación del TC y en la valoración de todos los elementos de naturaleza constitucional que habría que considerar.

Palabras clave: Estado autonómico; estatutos de autonomía; relaciones Estado-Comunidades Autónomas; derecho de aguas; derecho constitucional; Bloque de constitucionalidad; interpretación constitucional; jurisdicción constitucional.

RESUM

A la STC 30/2011 res no és el que hauria de ser, des d'una perspectiva jurídica. El control de constitucionalitat de l'Estatut d'autonomia es transforma en un control de legalitat, alterant la metodologia seguida fins ara pel Tribunal Constitucional per delimitar les competències entre Estat i comunitats autònomes. Es produeix igualment una confusió entre el control material de constitucionalitat i el control formal de constitucionalitat. El control material no es justifica per si mateix sinó mitjançant el control formal que, al seu torn, es remet en última instància al material, en una argumentació circular i tautològica que manca de contingut real. Tot això es mou en una pretesa connexió amb la doctrina anterior del Tribunal, especialment amb la STC 227/1988 que, tanmateix, es desvirtua totalment tant en el seu vessant metodològic com substantiu. El resultat és una fonamentació que, davant l'apel·lació constant de la STC 227/1988 als estatuts d'autonomia com a norma de referència de la interpretació constitucional en la delimitació competencial es basa exclusivament en la legislació estatal d'aigües i que, davant la diversitat de criteris constitucionalment acceptables per a la STC 227/1988 accepta únicament el de conca hidrogràfica establert per la legislació estatal d'aigües. La conseqüència és la degradació del valor constitucional de l'Estatut d'autonomia no ja al pla de la legalitat –com feia la STC 31/2010– sinó a un pla fins i tot inferior, en sotmetre'l a les determinacions del “legislador estatal d'aigües” i la corresponent degradació de l'*estatus* del TC a “intèrpret suprem” de la Llei d'aigües, per resoldre un problema constitucional que –qualsevol que hagués estat el resultat manifestat en la decisió– s'hauria d'haver basat en paràmetres radicalment diferents. El Tribunal havia d'haver realitzat el seu propi judici de constitucionalitat de l'art. 51 EA, atenent els criteris materials de la Llei d'aigües –no per estar continguts en aquesta Llei sinó per ser constitucionalment admissibles– i altres extrets de la Constitució i basats en la lògica, la tècnica i l'experiència als quals va apel·lar la STC 227/1988, amb una inspiració finalista i tenint en compte la modificació operada al bloc de constitucionalitat pel legislador estatutari, que és també legislador estatal. Aquests criteris haurien permès un judici diferent fonamentat ja en la pròpia apreciació del TC i en la valoració de tots els elements de naturalesa constitucional que caldria considerar.

Paraules clau: Estat autonòmic; estatuts d'autonomia; relacions Estat-comunitats autònomes; dret d'aigües; dret constitucional; bloc de constitucionalitat; interpretació constitucional; jurisdicció constitucional.

ABSTRACT

In the STC 30/2011 nothing is as it should be, if viewed from a legal standpoint. The control of constitutionality over the Statute of Autonomy becomes a matter of plain legal control, twisting the line followed to date by the Constitutional Court to demarcate powers between State and autonomous communities. It also blurs the borders between material and formal control of constitutionality. Material control is not justified by itself but by formal control, which in turn refers ultimately to material control in a circular and tautologous argument lacking all real content. All this revolves around its alleged connection with the Court's earlier doctrine, especially with the STC 227/1988, which becomes absolutely twisted both methodologically and substantively. The distortion results in a legal reasoning which, for all the continuous appeals of STC 227/1988 to the Statutes of Autonomy as reference standards for constitutional interpretation as regards the demarcation of powers, is based solely on State water law and which, compared to constitutionally acceptable range of criteria as in STC 227/1988, hinges only upon that of watershed as established by State water law. The result is that the constitutional status of the Autonomy Statute is downplayed, even further down than the status of plain law, as derived from STC 31/2010, given that it is subjected to the determinations of the “State water lawmaker” and given that the Constitutional Court is downplayed as well as “supreme interpreter” of Water Law, all this to settle a constitutional issue which, whichever the court decision may have been, should have been taken on parameters different from the ones it was built on. The Court should have conducted its own opinion on the constitutionality of art. 51 of the Statute of Autonomy according to the material criteria in Water Law -not because they were contained therein but because they were constitutionally permissible- and any others drawn from the Constitution and based on the logic, the technology and the experience to which the STC 227/1988 appealed, with a teleological inspiration and taking into account the change in the block of constitutionality effected by the lawmaker of the statute of autonomy, which is also State lawmaker. These criteria may have allowed for a different opinion based on the assessment of the Constitutional Court itself and the analysis of all the elements constitutionally liable and because of that, due to proper consideration.

Key words: Autonomic state; statutes of autonomy; State-autonomous government relationship; water law; constitutional law; block of constitutionality; constitutional interpretation; constitutional jurisdiction.