

ESTADOS UNIDOS

En las leyes federales estadounidenses en materia de agua, la flora y la fauna tienen precedencia sobre los intereses económicos

Los conflictos entre dependencias federales y estados individuales son una constante en la gestión del agua

Federaciones

18

ENERO | FEBRERO 2009



REUTERS/PHO NEW

Un oso polar y sus crías en el mar de Beaufort. Sarah Palin, gobernadora de Alaska y ex candidata a la vicepresidencia estadounidense, se ha opuesto a que el oso polar sea catalogado como especie amenazada de acuerdo con la Ley de Especies en Peligro de Extinción. Los tribunales de los Estados Unidos han dictaminado que las especies cuya sobrevivencia se vea amenazada tengan precedencia sobre actividades de índole económica.

POR GEORGE WILLIAM SHERK

HACE ALGUNOS MESES, EL GOBERNADOR DE CALIFORNIA, Arnold Schwarzenegger, emitió una orden ejecutiva para declarar al estado en situación de sequía.

Esta orden, con fecha del 24 de junio de 2008, también dispuso que se proveyera ayuda financiera para la conservación del agua, se facilitaran las transferencias de agua, se acelerara la investigación

GEORGE WILLIAM SHERK, abogado y experto en medio ambiente, es profesor e investigador asociado de la Escuela de Minas de Colorado. También es catedrático adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Denver y miembro del Instituto de Derecho Internacional en Materia de Aguas de la Universidad de Dundee en Escocia.

climática en relación con la sequía y se aumentara la asistencia técnica a las subdivisiones políticas de California. El gobernador Schwarzenegger comprometió a cuatro dependencias del estado para atender y, en la medida de lo posible, disminuir, los efectos de la actual sequía.

Estas dependencias californianas —el Departamento de Recursos Hídricos, el Departamento de Salud Pública, el Departamento de Alimentación y Agricultura, y la Oficina de Servicios de Emergencia— tienen mucho trabajo por delante.

En Georgia, la reacción ante la sequía fue distinta: el gobernador Sonny Perdue recurrió a una autoridad de mayor rango. El 13 de noviembre de 2007 el gobernador Perdue reunió a un grupo de electores frente al capitolio estatal y rezó por que hubiera lluvia. La oración del gobernador fue categórica: “Nos hemos congregado aquí por un solo motivo y sólo por él: para respetuosa y reverentemente, orar por una tormenta”.

En Alabama, según ABC News, el gobernador Bob Riley pidió a sus gobernados que oraran por lluvia durante una semana completa.

Este tipo de acciones por parte de gobernadores estadounidenses se deben a que sus estados han sido azotados por sequías de varios años. Estas sequías son cada vez más comunes. Por ejemplo, la sequía en la cuenca del río Colorado se ha prolongado por más de ocho años. Tanto el lago Mead como el lago Powell —en el río Colorado— han tenido niveles de agua históricamente bajos. De hecho, investigaciones del Instituto Scripps de Oceanografía indican que ambos lagos podrían llegar a su nivel mínimo operacional en los próximos 15 años.

Las investigaciones también sugieren que el cambio climático podría ocasionar que los niveles de los Grandes Lagos bajaran de manera significativa. Disminuciones de esta naturaleza también han afectado al acuífero de Ogallala, un depósito natural de agua subterránea que se extiende a lo largo de ocho estados; desde Texas hasta Dakota del Sur. Sin embargo, se piensa que el descenso del nivel de este acuífero, que en algunas áreas ha llegado a ser de hasta 1.5 metros al año aproximadamente, guarda mayor relación con la sobreexplotación (a que se saca más agua de la que fluye hacia él) que con el cambio climático. De cualquier modo, se ha argumentado que uno de los motivos por los que el bombeo de agua del acuífero de Ogallala ha sido excesivo es precisamente el cambio climático. Un estudio pronostica que en 25 años se habrá agotado este acuífero.

La ley del Estado se impuso

Aun cuando el agua se encuentre físicamente disponible, desde el punto de vista legal podría no ser así. El gobierno federal siempre ha defendido una política de “primacía del Estado” para la asignación y manejo de los recursos hídricos, del mismo modo ha aprobado de manera sistemática una legislación superior a la autoridad estatal. La norma resultante es que los estados pueden utilizar únicamente la cantidad de agua que no se requiere para propósitos federales, lo que desemboca en una pregunta crítica y sin respuesta: ¿qué cantidad de agua se requiere para los propósitos federales? La ley federal suele ser vaga en este aspecto.

Por consiguiente, existe fundamento para a una nueva pregunta: ¿cuánta agua se necesita para proteger especies de fauna y flora amenazadas o en peligro de extinción? Las necesidades hídricas de las especies protegidas por la Ley de Especies en Peligro de Extinción (ESA, por sus siglas en inglés) tienen precedencia sobre el uso de aguas que autoricen las leyes estatales, como quedó de manifiesto en el caso del Distrito de Irrigación de Riverside contra Stipo, un caso de Colorado sobre la propuesta para construir una presa. En este caso, el Cuerpo de Ingenieros de la Armada de los Estados Unidos se negó a emitir, con base en el Artículo 404 de la Ley de Aguas Limpias federal (CWA, por sus siglas en inglés), un permiso para que los constructores del embalse rellenaran parte de los ríos y pantanos existentes.

El Cuerpo de Ingenieros no dio el permiso porque la operación de la presa propuesta tendría un impacto negativo en el hábitat crítico de la grulla blanca (*Grus americana*) y, por lo tanto, violaría los requisitos de la Ley de Especies en Peligro de Extinción. Los tribunales que analizaron el caso confirmaron el dictamen y concluyeron que el Cuerpo acataba los requerimientos tanto de la Ley de Aguas Limpias como de la Ley de Especies en Peligro de Extinción.

En un caso de bombeo de agua subterránea —Sierra Club contra Lujan—, la conclusión de un juez federal en Texas fue similar. En esta ocasión el tema fue la relación entre bombear agua subterránea del acuífero Edwards al este de Texas (acción autorizada por la ley del estado) y la necesidad de destinar agua de los manantiales de Comal y San Marcos para las especies

Distribución de las aguas

CUANDO LAS LÍNEAS DIVISORIAS DE LOS ESTADOS NO coinciden con las de las cuencas fluviales, pueden surgir disputas entre los usuarios del agua en los distintos estados y entre los estados mismos. ¿Cuánta agua de un río en particular tiene derecho cada estado a distribuir entre los usuarios que se encuentran en su demarcación?

Algunas de estas disputas han sido atendidas por medio de litigios interestatales: un estado puede demandar a otro para evitar que los actos que partes privadas realicen en otro estado afecten a los ciudadanos del primero. Aun cuando estos casos pueden interponerse directamente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, también los pueden resolver tribunales federales menores.

Otra manera de resolver disputas en materia de agua es que dos o más estados celebren “pactos interestatales”. Generalmente, este tipo de pactos conlleva tres etapas. Primera, el Congreso autoriza que se negocie el pacto y, normalmente, prevé un representante federal en las conversaciones. Segunda, los estados negocian el pacto. Tercera, el Congreso consiente el pacto. A través de este sistema se puede evitar que sea la Corte Suprema quien resuelva. Hasta ahora se han firmado 25 pactos de distribución de aguas interestatales.

protegidas por la Ley de Especies en Peligro de Extinción. El dictamen del juez federal fue sucinto: “Se debe dar prioridad a especies cuya sobrevivencia entre en conflicto con actividades de índole económica, como en el caso de la extracción de agua del [acuífero] Edwards”.

Las autoridades federales obtienen el control

¿Cuánta agua se necesita para generar hidroelectricidad? La normatividad federal obliga a los desarrolladores de la mayoría de las instalaciones hidroeléctricas a obtener un permiso de la Comisión Federal de Regulación Energética. Para tal efecto, el solicitante debe cumplir “con los requerimientos de las leyes relativas a los cauces y riberas así como a la apropiación, desviación y uso de agua con fines energéticos del estado o de los estados dentro de los cuales el proyecto propuesto se fuera a ubicar”.

Una vez aprobada la Ley Federal de Energía Hídrica de 1920, la Comisión Federal de Energía (ahora Comisión Federal de Regulación Energética) se remitió a las leyes estatales en materia de agua durante varios años. Esto cambió en 1946 cuando la Corte Suprema concluyó, en el caso de la Cooperativa Hidroeléctrica First Iowa contra la Comisión Federal de Energía, que las disposiciones detalladas de la Ley Federal de Energía “no dejaban resquicio alguno ni abrían la necesidad de controles estatales opuestos”. Este dictamen fue ratificado en 1990 con la decisión de la Corte Suprema en el caso de California contra la Comisión Federal de Regulación Energética.

¿Cuánta agua se necesita para proteger la calidad de agua? La Ley de Aguas Limpias dio a los estados la facultad de determinar el uso de los ríos dentro de su territorio. En 1994, el alcance de esta atribución fue atendido por la Corte Suprema en el caso de la Empresa de Servicios Públicos del Primer Distrito contra el Departamento de Ecología de Washington. Esta determinación de uso, concluyó la Corte, puede hacerse en términos



REUTERS/STAFF

El efecto de “borde de bañera” (véase la flecha en la parte superior de la fotografía) en este lago de Nevada muestra una drástica caída del nivel hídrico de este cuerpo de agua que abastece al sur de California y a Las Vegas. Los niveles de agua, cada vez menores, han alentado a los gobernadores de Georgia y Alabama a rezar públicamente por lluvia.

de los estándares de calidad del agua que deben mantenerse en los ríos o en términos de usos permitidos. Los estándares de calidad del agua, observó la Corte, “consisten en los usos determinados de las aguas navegables en cuestión y en los criterios de calidad del agua para dichas aguas con base en dichos usos”.

La Corte también apuntó que la Ley de Aguas Limpias autorizaba a los estados a establecer “limitaciones de vertidos y otras limitaciones” según se requiriera para garantizar el cumplimiento de los requisitos legales. Estas limitaciones están expuestas en los permisos del Sistema Nacional de Eliminación de Descargas Contaminantes (NPDES, por sus siglas en inglés) que, siendo necesarios para poder descargar contaminantes, incluyen disposiciones específicas en torno al tipo y la concentración de los materiales que se pueden verter.

Las disposiciones contempladas en los permisos del NPDES se determinan parcialmente por el volumen de contaminantes que cada cauce puede asimilar. Esta capacidad podría cambiar en un curso de agua determinado, por ejemplo, mediante la reducción de flujos de corriente derivados de desviaciones autorizadas por la normatividad estatal. En estos casos, los requisitos de algunos permisos específicos del NPDES podrán ser más estrictos con objeto de reducir el tipo o la concentración de materiales que se pueden desechar. En caso contrario, se podrán limitar los usos autorizados por la norma estatal.

Limitaciones a la autoridad estatal

Existen muchos ejemplos más en que estipulaciones federales imponen la “primacía del Estado” en la asignación y distribución de recursos hídricos. Durante décadas, muchas leyes de control de inundaciones y de ríos y puertos han limitado la autoridad de los estados. Además, otras normas de protección de especies (como la Ley de Protección de Mamíferos Marinos), de administración de recursos (por ejemplo, la Ley de Ríos Salvajes y Pintorescos) o de protección de recursos (como la Ley de Agua Potable Segura) pueden imponer restricciones adicionales.

El Artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos (la “Cláusula de Supremacía”) es muy clara acerca de la forma en que deben resolverse los conflictos entre la norma federal y la estatal: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan en virtud de ella, y todos los tratados celebrados o que se

celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país y los jueces de cada estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier disposición contraria que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier estado”.

Resolución de controversias

En consecuencia, cuando hubiere un conflicto entre la federación y los estados en el manejo y distribución de los recursos hídricos, prevalecerán las estipulaciones de la ley federal. En 1941, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia William O. Douglas observó, en el caso de Oklahoma ex rel Phillips contra Guy F. Atkinson Co. que “cuando las facultades constitucionales del gobierno federal y las de los estados se contrapongan, las últimas deben ceder”.

En lo que se refiere a conflictos entre las estipulaciones federales y los programas propios de los estados para el desarrollo y conservación del agua, el magistrado William O. Douglas concluyó que el programa estatal “deberá inclinarse ante el ‘poder superior’ del Congreso”, lo que, en esencia, significa que los estados no tienen soberanía sobre la asignación y administración de las aguas dentro de su demarcación”.

La solución del punto muerto en que se encuentran las políticas de agua se ve frustrada no sólo porque hay conflictos entre la federación y los estados sino también porque existen conflictos dentro del mismo gobierno federal. Cada una de las normas federales arriba mencionadas es implementada por una o más dependencias federales. Cada una de estas dependencias tiene sus propias políticas de agua y sus propios actores que defienden estas políticas. Desde que se suprimió el Consejo de Recursos Hídricos durante la administración del presidente Reagan, no ha habido un mecanismo eficaz para resolver controversias entre las dependencias federales en materia de políticas de agua.

De no haberse suprimido el Consejo de Recursos Hídricos en 1981, posiblemente existiría en los Estados Unidos una autoridad que diera solución a las controversias en materia de agua al interior del gobierno federal. No hay ninguna dependencia que ocupe su lugar. Mientras no se llene este vacío de liderazgo por alguien con la fuerza de Alejandro Magno —o con la astucia de Maquiavelo— no se podrá cortar el nudo gordiano y separar las capas de jurisdicción federal que se traslapan en el campo de las políticas de agua. 