

Apuntes sobre la Ley de Riego (19.553) y su incompatibilidad con el artículo 47 de la Constitución (7 de febrero de 2018) Documento elaborado por Gianella Bardazano.

Base para la discusión en el Federal.

Según consigna el documento de Síntesis de Aportes a la propuesta de Plan Nacional de Aguas, elaborado en el marco del proyecto Deliberación Ciudadana sobre el Agua (Deci Agua), parte de los cuestionamientos realizados desde ámbitos académicos y de la sociedad civil al entonces proyecto de Ley de Riego se centraban en los siguientes aspectos: a) afirmación como ideal normativo de que las propuestas de modificaciones a la ley, deberían contar con el asesoramiento de distintos sectores de la academia y el punto de vista de los actores involucrados, incluyendo las Comisiones de Cuencas y la ciudadanía; b) la necesidad de tener más conocimiento sobre caudales ambientales y que las definiciones sobre los cálculos de caudal ecológico sean previas a las acciones en el territorio a fin de garantizarlas efectivamente; c) por tratarse de una iniciativa nacional que puede tener impactos en la cantidad y calidad del agua, se afirmaba la importancia de aplicar el principio de precaución; d) la inquietud por el ingreso del sector privado al mercado del agua para la construcción, gestión, distribución y comercialización de los productos, así como la creación de represas que permitan tener stock para asistir la demanda agrícola en momentos en los que la sequía o el nivel de precipitaciones no sean suficientes para aumentar la productividad; e) la necesidad de evaluar los impactos ambientales de la ley; f) la revisión del concepto de “evitar pérdida de agua”; g) la consideración de que con la construcción de represas, los sistemas terrestres se convierten en sistemas acuáticos y los ríos se convierten en lagos al interrumpir su curso, disminuyendo la biodiversidad de flora y fauna, y de hábitats terrestres; h) el embalsado del río impide el transporte de aguas abajo de materiales y organismos por deriva, y la migración de peces; i) la posibilidad de que nuevos embalses puedan aumentar el riesgo de eutrofización y el desarrollo de cianobacterias; j) la preocupación por la incompatibilidad con el artículo 47 de la Constitución de un modelo de gestión de los recursos hídricos que abre la puerta a la privatización (AA.VV. 2016: 13; AA.VV. 2017: 15-16).

La sanción de la ley 19.553 el 27 de octubre de 2017, modificativa de numerosas disposiciones de la ley 16.858 de 1997, tuvo lugar sin que las preocupaciones mencionadas recibieran la debida atención. A lo anterior se suma la iniciativa de referéndum contra la ley promovida por FFOSE, con base en la incompatibilidad de la nueva ley con el contenido de la reforma constitucional de 2004 incluido en el artículo 47 de la Constitución. A continuación se presentan argumentos con miras a fundamentar la pertinencia de la iniciativa de referéndum contra la ley, en el entendido de que la intensificación en la explotación del agua para el aprovechamiento por el sector agroexportador con fines de riego a gran escala es uno de los objetivos de la ley (INDDHH 2017). En ese marco, la promoción “de la asociación entre productores con capacidad de inversión y la participación de actores financieros externos, mediante la profundización de beneficios fiscales y el establecimiento de contratos de largo plazo para la comercialización de servicios de extracción, almacenamiento y distribución de agua, a partir de la construcción de embalses y represas de mayor porte (...) podría generar vulneraciones en derechos humanos fundamentales, como son el derecho a un ambiente sano, al acceso al agua potable y a la participación social” (INDDHH 2017).

Artículo 47 de la Constitución de la República

“La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

El agua es un recurso natural esencial para la vida.

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

- 1) La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:
 - a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.
 - b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.
 - c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.
 - d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.

Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.

- 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.
- 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.
- 4) La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.”

El alcance de los derechos constitucionales al agua y a la protección del ambiente incluye la participación de los usuarios y la sociedad civil en la planificación, la gestión y el control de recursos hídricos, a la vez que excluye a los servicios públicos de agua potable y saneamiento del ámbito de asociación del Estado con particulares (art. 188 Constitución).

La ley 18.610 (Política Nacional de Aguas) en sus artículos 18 y 19 establece una definición amplia que entiende por participación el proceso democrático mediante el cual los usuarios y la sociedad civil devienen en actores fundamentales en cuanto a la planificación, gestión y control de los recursos hídricos, ambiente y territorio, a la vez que reitera la expresión constitucional acerca del derecho a participar de manera efectiva y real en la formulación, implementación y evaluación de los planes y de las políticas que se establezcan. Sin perjuicio

de ello, las instancias creadas a estos efectos (Consejo Nacional de Agua, Ambiente y Territorio, Consejos Regionales de Recursos Hídricos, y las Comisiones de Cuencas y de Acuíferos) constituyen órganos asesores, sin potestad resolutoria.

De acuerdo con lo que establece el numeral 2 del art. 47 de la Constitución, el inciso final de art. 4 de la ley 18.610 establece que las únicas aguas excluidas del dominio público estatal son las aguas pluviales que son recogidas por techos y tanques apoyados sobre la superficie de la tierra. Al no estar contempladas estas aguas en la ley 19.553, su alcance tiene que ver con las aguas pertenecientes al dominio público estatal, cuyo uso privativo con destino a riego y la posibilidad de que un concesionario pueda suministrarla a terceros ya estaban previstos por la ley 16.858 de 1997. Sin embargo, la nueva ley posee un alcance mayor en la medida que en el marco de actuación de las Asociaciones Agrarias de Riego (AAR) y Sociedades Agrarias de Riego (SAR) se prevé la autorización de la participación de entidades o fondos propiedad de nacionales o extranjeros; a la vez que se promueven Sistemas de Riego Multipredial, la construcción de embalses y represas de mayor porte, la participación de grandes inversionistas mediante contratos a largo plazo. Se incorporan, en definitiva, diferentes “actores privados en el manejo y comercialización de los recursos hídricos de dominio público en sus diferentes aspectos (extracción, almacenamiento y distribución del agua para riego, así como otros posibles usos)” (INDDHH 2017), de manera que se habilita a esos actores privados a tener control sobre los sistemas fluviales, y por tanto, “sobre la cantidad, calidad y disponibilidad de agua dulce, generando afectaciones ambientales no previstas y competencia por el recurso” (INDDHH 2017). Acerca de las potestades conferidas por la ley a los actores privados, es oportuno resaltar que el artículo 1 de la ley 19.553 prevé la posibilidad de que se destine parte del volumen disponible de agua para otros usos distintos del riego. A su vez, el artículo 4 incluye en el objeto de las AAR y las SAR la realización de obras hidráulicas de aprovechamiento en común o individual de sus miembros o para servicios a terceros, así como la operación de sistemas de riego y la generación de energía eléctrica de fuente hidráulica. El artículo 9 incorpora aspectos comerciales, con la vinculación al Mercado Mayorista de Energía Eléctrica de las represas destinadas simultáneamente a riego y generación de energía eléctrica con una potencia de hasta 10 MW.

Por último, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5, las AAR y las SAR pueden suspender el servicio de riego para la zafra siguiente, en caso de incumplimiento por el socio o contratante del servicio de sus obligaciones. Si bien la disposición agrega que la suspensión no podrá privar a los miembros del caudal de agua del que gozaban previamente a la existencia de las obras de la AAR o la SAR, según corresponda, es dudoso que pueda protegerse el derecho al agua anterior a las obras hidráulicas en las zonas ubicadas aguas abajo de las represas, en tanto éstas modifican el funcionamiento hidráulico de la cuenca.

Mientras la Constitución establece que el acceso al agua potable y al saneamiento constituye un derecho humano, la ley 19.553 apunta a generar un mercado de aguas a partir de la gestión privada de su represamiento. La reforma constitucional de 2004 implicó incorporar como directivas a la legislación relativa a los distintos usos del agua, considerarla como un bien común, de propiedad pública, con un modelo de gestión estatal con participación de usuarios y de la sociedad civil. En el mismo sentido, la Observación General No. 15 del Comité DESC señala en la introducción que “el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. Con relación al contenido normativo del derecho al agua, establecido en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Comité agrega que supone “el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir

cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos”, a la vez que comprende “el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua” (OG No. 15, párrafo 10). De manera concordante al espíritu de la reforma constitucional de 2004, se establece que “el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras” (OG No. 15, párrafo 11).

Además de las obligaciones relacionadas con la satisfacción del contenido mínimo del derecho al agua, el Estado tiene obligaciones genéricas comunes a todos los derechos humanos: 1) garantizar el principio de no discriminación respecto del acceso a los servicios públicos esenciales en general y al agua en particular; 2) aplicación del principio de progresividad (destinar el máximo de esfuerzos y recursos disponibles para la satisfacción del derecho); 3) no regresividad: no deben tomarse medidas regresivas respecto de la legislación, las políticas públicas, los programas vigentes.

Específicamente en cuanto a la gestión del agua, la INDDHH observa el pasaje del sistema previsto en la ley de 1997 en el cual el Estado era el ejecutor de las obras hidráulicas, con el establecimiento de un precio para los usuarios/propietarios beneficiados en función de los gastos de explotación, conservación y administración, fijado por el Poder Ejecutivo, a un sistema de ejecución privada, con el establecimiento de un gravamen de común acuerdo entre los propietarios para cubrir los servicios del sistema de riego. A su vez, la nueva ley prevé que el canon fijado por el Poder Ejecutivo será objeto de percepción por las SAR, “lo que permite a éstas la especulación financiera a partir de dicho beneficio”. En cuanto a los Operadores de Sistemas de Riego para gestionar las concesiones, la INDDHH alerta la “orientación centrada en la maximización de la ganancia a corto plazo, más que en el mantenimiento del recurso”, en la medida que hay una cesión del manejo del agua a empresas ajenas a la producción y a la propiedad de la tierra.

Por tanto, puede concluirse que la ley 19.553 habilita el uso del agua de dominio público para la generación y venta mayorista de energía eléctrica por particulares, lo cual se considera un aspecto clave en las consecuencias de la reforma y su incompatibilidad con el texto constitucional, a la vez que no prevé la participación de los usuarios y la sociedad civil en la gestión y el control de recursos hídricos que –en principio– supone consecuencias regresivas en el alcance de los derechos constitucionalmente establecidos.

Referencias

AA.VV. (2017); Síntesis de aportes a la propuesta de Plan Nacional de Aguas (PNA) durante su etapa de discusión (agosto a diciembre de 2016). Deliberación Ciudadana sobre el Agua, CSIC-UdelaR

AA.VV. (2016); Ciudadanos del agua: Una mirada ética y social al Plan Nacional de Aguas. Informe del Panel Ciudadano, CSIC-UdelaR

INDDHH (2017); Informe de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo sobre la Ley de Riego con Destino Agrario, No. 19.553

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002), Observación General No. 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)