

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ITALIANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

GIUSEPPE FRANCO FERRARI

Sumario: 1. El agua en el derecho constitucional italiano; 2. Los vínculos del derecho internacional; 3. El agua en el derecho administrativo italiano: un poco de historia; 4. Los hechos recientes en materia de organización del servicio hídrico; 5. Algunas conclusiones.

En los últimos diez años se ha empezado a hablar con frecuencia del derecho al agua como derecho fundamental de tercera o de cuarta generación¹ en varios sistemas constitucionales y hasta como derecho humano en una dimensión global. Esta configuración ha movido del derecho al ambiente, conocido desde el ciclo constitucional de los años '70 (Cartas de Grecia, art. 24; Portugal, art. 66; España, art.45) y circulado con abundancia en las constituciones de los países ex-soviéticos. En esos contextos, como se sabe, el derecho al ambiente se ha afirmado en manera estable, positivizándose como derecho subjetivo individual, muy a menudo como derecho social, anclado al valor del medio ambiente como unidad inmaterial sintética de ecocentrismo y

¹ En cuanto a las clasificaciones, v. C. Grewe, H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, 1995, 140 ss.

antropocentrismo² sino se ha particularizado³ en varias formas, subjetivas y objetivas: por ejemplo, desde el punto de vista subjetivo, con la introducción de la indemnización por daño ambiental⁴; desde el punto de vista objetivo, con la mención específica de los factores constitutivos del medio ambiente como bienes jurídicos objeto de tutela, en los cuales a veces toman puesto también las aguas, como en Lituania⁵, Albania⁶, Croacia⁷.

En la vieja Europa, sin embargo, la positivización y la reparticularización de los derechos no ha tocado mucho el problema del agua, por lo menos al nivel constitucional. Posiblemente, eso se explica con el hecho de que en los países de antigua democracia el nivel de eficiencia en la utilización de los recursos hídricos ha alcanzado buenos resultados en la gran parte de su territorio, en el peor de los casos solo dejando marginales problemas locales.

El problema constitucional, en consecuencia, se ha puesto principalmente en los países de América latina, como Bolivia⁸,

2 Como en la constitución de Bulgaria, art.15 y de Montenegro, art.1, y, con formulaciones diferentes en las de Bielorusia, art.46; Rusia, art.42; Ucrania, art.50; Croacia, art.69.2; Eslovenia, art.72; Macedonia, art.43; Hungría, art.18; Serbia, art.31; Eslovaquia, art.44.1.

3 En el sentido de N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, y G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales, Teoría general*, Madrid, 1991.

4 Como en Bielorusia, art. 46; Ucrania, art.50; Estonia, art.53.2; Eslovenia, art. 72.

5 Art.54.

6 Art.59.1(dh).

7 Art.52.

8 Constitución de 2009, art. 16 y 20.

Guatemala⁹, Ecuador¹⁰ y México¹¹. En todos los ordenamientos del continente latinoamericano la perspectiva parece ser la de la protección de los derechos de la naturaleza, y de la prevención de daños al equilibrio del ecosistema, en el interés también de la generaciones futuras¹².

Otro sistema constitucional muy sensible al agua como objeto de un derecho humano ha sido el de Sur África, en cuya constitución el “derecho de acceso de cada persona a comida y agua suficientes”¹³ parece inspirarse a la diferente exigencia de una correcta distribución de recursos alimentares después de la abrogación del régimen de apartheid¹⁴.

Los sistemas europeos y en particular el italiano han sido muy poco tocados por esas clases de problemas. La Constitución italiana no menciona el agua en ninguna ocasión, y los derechos humanos solamente en el art.2, que empeña la República, o sea los poderes públicos en todas sus articulaciones, a reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo cuanto en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad (“principio personalístico”). El catálogo de los derechos de la primera parte de la Constitución, debido a la época de su concebimiento, solo contiene derechos civiles,

9 Art.128.

10 Art.23.

11 Revisión de 2011, art. 4.

12 V. L. Mezzetti, *Il diritto all'acqua negli ordinamenti dei Paesi latinoamericani: evoluzioni recenti e prospettive*, DPCE, 2012, 553 ss.

13 Art.27.1.

14 V. Federico, “Ogni persona ha diritto di accesso all'acqua”. *Acqua e diritti fondamentali in Sudafrica*, DPCE, 2012, 566 ss.

económico-sociales y políticos tradicionales, ni ha sido nunca modificado en los años para incluir derechos de nueva generación. En doctrina muchos autores han sostenido que el art.2 no quiere ser solo una formulación de síntesis y clausura de la lista positiva de derechos, sino también una norma de abertura¹⁵, que permite la inclusión de figuras de derechos no codificados, a través de la jurisprudencia constitucional suportada por opinión pública y órganos constitucionales, según las teorías habermasianas.

A pesar de esta interpretación sistemática de la materia de los derechos, la doctrina italiana asta ahora no ha individuado el derecho al agua como un posible pretendiente a la inserción en el catálogo constitucional integrado. La Corte constitucional a veces ha subrayado en sus decisiones la importancia del agua como bien público o colectivo¹⁶, pero no ha llegado nunca a afirmar expresamente su inherencia a un valor constitucional fundamental. También hay que poner de relieve que la fundamentalidad como formal categoría general no existe en el tejido constitucional italiano. Solo el derecho a la salud queda mencionado como fundamental derecho individual y interés de la colectividad en el art.32; otros derechos han sido definidos constitucionales por la Corte en una serie de sentencias no perfectamente coordinadas¹⁷.

15 A. Baldassare, "Diritti inviolabili" in Enciclopedia Giuridica Treccani, pp. 20 e ss; P. Basile, "Diritti dell'uomo e libertà fondamentali", Bologna, 1984, pp. 56 e ss.; C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1969, II, p. 949.

16 V. infra, parr. 3.

17 Derecho a la vida: Corte constitucional, sentencias nn. 27/1975, 35/1997, 223/1996; derecho a la identidad personal: Corte constitucional, sentencia n. 13/1994;

2. El derecho internacional se ocupa de agua desde siempre, por lo menos en la dimensión del derecho al acceso al agua de cursos de agua transfronterizos por Estados ribereños. No se olvide que las más de trescientas cuencas fluviales y lacustres del mundo cobren más del 50% de la haz terrestre, que en Europa el Danubio cruza diecisiete países, y que entre Rusia y Finlandia hay cerca de cuatrocientos cursos de agua¹⁸. Italia linda con Suiza y tiene dos lagos confinantes. El derecho internacional pacticio tradicionalmente se ocupa de componer las contrapuestas reivindicaciones de los Estados co-ribereños en punto de reparto de la cantidad de flujo de agua y de limitar las pretensiones fundadas en las teorías de soberanía territorial absoluta. Las controversias se resolvían o con tratados, como en caso del acuerdo entre Estados Unidos y México por el Río Grande en 1906 o con decisiones de la Corte de justicia internacional, como en 1929 por el Río Oder o en 1997 por el uso del Danubio por Hungría e Eslovaquia. Las aguas interiores quedaban afuera de la esfera de interés del derecho internacional, en razón del principio del dominio reservado. El derecho internacional en este período se ocupaba exclusivamente de los aspectos económicos del agua, sin alguna competencia en materia de calidad del agua y de aspectos ambientales.

En las últimas décadas el derecho internacional del agua ha comenzado a

derecho a la libertad personal (autodeterminación): Corte constitucional, sentencia n. 30/1962.

18 V. por ejemplo A. Tanzi, *Il tortuoso cammino del diritto internazionale delle acque tra interessi economici e ambientali*, DPCE, 2012, 516 ss.

convertirse en reglas concernientes la defensa del patrimonio ambiental transfronterizo, en aplicación de la prohibición de causar daños, como en casos de deforestación, empobrecimiento del suelo, desertificación, degradación de ecosistemas acuáticos. Varios Estados han entonces estipulado acuerdos para la prevención del perjuicio a ecosistemas acuáticos como cuestiones de seguridad ambiental.

Por otro lado, en los últimos veinte años, se han iniciado a formar reglas de derecho internacional en las que el agua, como parte del ecosistema global, contribuye a la “satisfaction of basic needs” del hombre y al desarrollo sostenible aplicado al uso de los cursos de aguas, por lo menos de los internacionales¹⁹. Esta tendencia nace con la conferencia de Rio de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo (UNCED) de 1992, que ha adoptado la Agenda 21, cuyo capítulo 18 está dedicado a la “Protección de la calidad y de la traída de recursos da agua dulce: se afirma también que el agua forma parte integrante del ecosistema y que los recursos tienen que satisfacer las necesidades humanas sin perjuicio por la perpetuidad del recurso. Los mismos principios quedan codificados tanto en la Convención UNECE de Helsinki de 1992 y en la Convención ONU de Nueva York de 1997. Siguen el Protocolo UNECE de Londres de 1999, las resoluciones 7/22 de 2008 y 15 de 2010 del Consejo de los derechos humanos y la Resolución 64/292 de la Asamblea general de 2010. Nace así un

19 V. por ejemplo K. Bourquain, Freshwater Access from a Human Rights Perspective: A Challenge to International and Human Rights Law, Leiden, 2008.

nuevo segmento del derecho internacional de los derechos humanos²⁰ dedicado al derecho humano al agua y a los servicios higiénicos.

En Italia, en conformidad al art.10 de la Constitución “el ordenamiento se conforma a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas”, mientras que según el art.11 “Italia consiente a las limitaciones de soberanía necesarias para asegurar paz y justicia entre las naciones”. La interpretación de estas normas por parte de doctrina y jurisprudencia constitucional las entiende en sentido de que los principios de derecho internacional consuetudinario que hayan asumido una fuerza *cogens* se aplican automáticamente, mientras que las normas convencionales entran con la fuerza de la disposición que las introduce.

Por lo tanto, el nacimiento del derecho al agua, que origina en fuentes de derecho constitucional, puede penetrar en el ordenamiento italiano mediante normas internacionales: en manera automática, cuando Resoluciones de las Naciones Unidas y proposiciones contenidas en varias convenciones o en sus Protocolos consigan el estado de *jus cogens*, resultado que en el derecho internacional se ha verificado varias veces después de la segunda guerra mundial, por ejemplo con la Declaración universal de los derechos humanos y quizás con la Carta de Niza; en manera indirecta por recepción a través de leyes. El sistema italiano no asigna a los tratados en materia de derechos humanos una posición superprimaria o

20 UN International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report, New York, N.Y., 2006.

equiparada a la Constitución. Las sentencias de la Corte constitucional confirman que hasta la aplicación de la Convención europea de los derechos humanos encuentra lo que se llama la contra-limitación de los principios generales de la Constitución. Por consecuencia, el equilibrio que se pudiera crear entre principios de origen doméstica y nuevos principio de derivación internacional depende del caso concreto y de las valuaciones del juez constitucional, como es típico del estilo interpretativo de la cortes constitucionales europeas.

Pero el ordenamiento italiano también tiene principios internos compatibles con vínculos internacionales en materia de agua: el principio personalístico (art.2); el principio de igualdad (art.3) en su valencia social; la protección de la salud como derecho fundamental del individuo y interés de la comunidad (art.32); la tutela del medio ambiente y del ecosistema, mencionados por el art.117 como materia exclusiva de la competencia legislativa del Estado²¹. Trazas de esta línea interpretativa se encuentran por lo menos en una decisión constitucional, la n. 259 de 2006, en la que se define el agua como “bién primario de la vida del hombre... en un cuadro general caracterizado por la naturaleza de derecho fundamental a mantener íntegro el patrimonio ambiental” y como “recurso salvaguardado y utilizado según criterios de solidaridad ... conectada al derecho fundamental del hombre y de las generaciones

21 V. por ejemplo S. Staiano, □Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione□, Federalismi.it, n. 5/2011; T.E. Frosini, L. Montanari, Introduzione, DPCE, 2012, 509 ss.

futuras a la integridad del patrimonio ambiental, en el que se deben insertar los usos de los recursos hídricos”. En suma, aún que en el ordenamiento italiano no haya por el momento alguna constitucionalización del derecho al agua, febles señales dejan entender que en presencia de adecuadas condiciones concretas sería posible su positivización jurisprudencial.

Sin embargo, la influencia que fuentes internacionales como el Protocolo UNECE de Londres de 1999 pueden desplegar en la positivización del derecho al agua a nivel constitucional, por un lado, tiene que ser valuada considerando que en el texto del acto nunca se habla explícitamente ni de derecho humano al agua y a los servicios higiénicos ni de otras normas internacionales de los derechos humanos concernientes el agua. Por otro lado, la interpretación del Protocolo no puede prescindir de convenciones internacionales y otras fuentes relativas a los derechos humanos, como impone el art. 31, par.3, let.c de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Y además el Protocolo formula en detalles las obligaciones mínimas en tema de agua para los Estados: garantizar cantidades mínimas esenciales que sean suficientes y seguras para el uso personal y doméstico para la prevención de las enfermedades; adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar enfermedades conectadas con el uso del agua, en particular asegurando el acceso a adecuados servicios higiénicos. El Protocolo también contiene referencias a micro-organismos, parásitas y sustancias potencialmente nocivas a la salud, en

términos de número o de concentración, para el agua potable y también se refiere al uso colectivo y a sus requisitos, y a las exigencias de los grupos marginalizados y especialmente vulnerables. En otras palabras, por el caso que llegue a la Corte constitucional una cuestión que implique el posible reconocimiento de un derecho (fundamental) al agua, el Protocolo provee todos los necesarios elementos de hecho para la formulación de un igualamiento de valores respetuoso de las metódicas del juicio de constitucionalidad.

3. La búsqueda de alguna forma de derecho humano al agua en el ordenamiento italiano puede pasar también por el camino, algo diferente y más complicado, del derecho administrativo. En esta perspectiva hay que empezar describiendo la evolución histórica de los bienes hídricos y de su tratamiento jurídico, entre normativas civiles y derecho administrativo.

El real decreto de 10 agosto 1884, n. 2644 disciplinaba el uso de las aguas consintiendo a los privados obras o actividades de explotación solamente a través de una concesión administrativa traslativa de las facultades inherentes al bien, cuya propiedad era y quedaba pública. En 1933 el Gobierno adopta el texto único de las aguas públicas 1775²², un verdadero ejemplo de técnica legislativa, que reorganiza leyes y decretos emanados en los años intermedios. Su art.1 confirma la naturaleza pública del agua, listando las aguas calificadas como hacienda pública según su capacidad de uso para usos de interés público y admitiendo formas tipificadas de derivación

22 Del 11 de diciembre.

o de otro uso privado. El año siguiente el texto único de los entes locales²³ introducía el concepto de universalidad del servicio hídrico: el art.248 decía que “los Comunes deben proveer agua para uso potable, pura y de buena calidad. Cuando falte o sea insuficiente para las necesidades de la población, un decreto prefecticio puede obligarlo a proveer”. Los textos únicos nada decían de los recursos financieros necesarios para la realización de las obras, pero en hecho mutuos de larga duración fueron disponibles antes y después de la guerra mundial, garantizados por la Caja Depósitos y Préstamos (“Cassa depositi e prestiti”) con fondos estatales²⁴.

El código civil de 1942 completó el diseño, con el art.822, en tema de propiedad pública: “Pertencen a la hacienda pública ríos, torrentes, lagos y las otras aguas definidas públicas por las leyes en materia”. El principio de publicidad de las aguas implicaba el régimen de “demanio”, en el que los bienes incluidos por ley son absolutamente inalienables, no usucapibles, y no pueden formar objeto de derechos ajenos que en las formas proporcionadas por las leyes²⁵. Por el nivel tecnológico del tiempo, el agua seguía configurando un clásico monopolio natural, en el que no es posible ninguna articulación, ni vertical por fases del ciclo productivo, ni horizontal por coexistencia de diferentes operadores en la misma estructura. La total publicidad de los bienes y del servicio era

23 Real decreto n. 1265, de 27 de julio 1934.

24 L. Picci, *Le opere pubbliche dall'Unità d'Italia: l'informazione statistica*, Riv.pol.ec., 2002, 29 ss.

25 R. Resta, *Art.822, Della proprietà*, en *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1962, 63 ss.

por lo tanto la única solución practicable. En consecuencia, se difundió en la opinión pública la costumbre de tarifas muy bajas en el consumo doméstico como en el industrial, debido a determinaciones locales, junto a la de la cobertura de los gastos de obras y servicios mediante la fiscalidad general.

Después de la Constitución de 1947, el Estado mantuvo la competencia en materia de aguas, aunque “aguas minerales y termales”, “acueductos y obras públicas de interés regional”, “navegación y puertos lacustres”²⁶ fueron calificadas como objeto de competencia concurrente.

Hasta 1970, cuando las Regiones fueron efectivamente activadas, nada cambia en este contexto totalmente de derecho publico, integrado en 1963 por la aprobación por el ministro de obras públicas del Plan regulador general de acueductos (Prga) para completar el sistema nacional de depuración, desagüe y alcantarillado.

En los años '70 empieza a desarrollarse la sensibilidad ambiental, que se manifiesta en primer lugar con la ley 319 del 1976 para la tutela de las aguas contra la contaminación²⁷, que pone el acento sobre las medidas protectivas sin cambiar las categorías generales; años después la ley 183 de 1989 para la defensa del suelo²⁸ ha insistido con intervenciones análogas.

Un verdadero cambio de dirección se realiza con la ley 36 de 1994, dicha Galli²⁹, que

26 Art.117: S. Bartole, Art.117, en Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna, 1985, 180 ss.

27 L. de 13 de junio de 1976, n. 319, dicha legge Merli.

28 L. de 18 de mayo de 1989, n. 183.

29 L. de 5 de enero de 1994, n. 36.

trata de poner fin al problema del tamaño de los Comunes, muy fragmentados en la tradición italiana³⁰ y protegidos por el art.133 de la Constitución, que pone varios insuperables obstáculos de carácter técnico a su fusión o agregación. Esta ley trata de conseguir la modernización del servicio obligando los Comunes a consorciarse en asociaciones denominadas ámbitos territoriales homogéneos (ATOs) para obtener, en una razonable dimensión local, posiblemente coincidente con cuencas hídricas naturales, un gobierno coordinado del ciclo de las aguas, una sola tarifa, ya no tributo, para los usuarios, un solo gestor o más, elegidos en competencia. Con todo eso, quedaba confirmado el carácter público del agua, a la luz de las nuevas posturas ambientales y intergeneracionales procedentes de las conclusiones de la conferencia de Río de Janeiro de 1992. De verdad, la ley Galli se empujaba hasta más adelante del código civil, definiendo en el art.1 públicas todas las aguas superficiales y subterráneas, aún que no extraídas del subsuelo, con una definición más ancha de la del código civil, que se limitaba a los cursos y a las cuencas lacustres; además, con formulación moderna, subrayaba la importancia del ahorro y de la renovación de los recursos hídricos en vista de la protección del patrimonio hídrico, de la habitabilidad del ambiente, de la agricultura, de la fauna, de la flora acuática, de los procesos geomorfológicos y de los equilibrios hidrológicos.

El tradicional planteamiento publicístico del ordenamiento hídrico italiano estaba y

30 El número de los Comunes sigue siendo de 8.035 en 2012: cfr. Ifel, Anuario, Roma, 2013.

está perfectamente compatible con la historia económico-antropológica del agua como bien en Europa, que muchos autores han reconstruido en cuatro ciclos o fases³¹: la primera, en la que las poblaciones se instalaban en función de la disponibilidad de recursos hídricos; la segunda, en la que después de la revolución industrial nace el problema de proveer de agua potable aglomerados urbanos siempre más populosos y densos, evitando la difusión de enfermedades endémicas, y empiezan a nacer servicios privados para sectores privilegiados de la sociedad; la tercera, en el siglo XX, en la cual se realizan con fondos públicos infraestructuras y redes para garantizar un servicio universal y aprovechar de subsidios entre diferentes partes de la hacienda pública en las grandes inversiones necesarias. La cuarta, generada principalmente por normas de las Comunidades Europea desde los años '80, en la que los recursos hídricos parecen otra vez inadecuados para las renovadas exigencias de los consumidores y la necesidad de nuevas inversiones parece demostrar la presencia de un "State failure" que el mercado tendría que suplir; en esta fase el incremento de valor de la cadena del servicio, imputable a la escasez del recurso hídrico y a las superiores exigencias de calidad, empuja hacia la reprivatización del servicio y el conseguimiento de economía de escala para render compatibles inversiones masivas con tarifas bajas al consumo. Esta fase

31 Por ejemplo B. Barraqué, *Urban Water Conflicts in recent European history: changing interactions between technology, environment and society*, in B.Barraqué, *Urban Water Conflict*, London, 2010, 7 ss.; P.Ermano, A. Massarutto, *L'acqua come bene economico: profili allocativi e distributivi*, DPCE, 2012, 537 ss.

presenta características muy complicadas: las fórmulas organizativas pueden admitir, junto a empresas públicas nacionales o locales, sujetos mixtos o totalmente privados en competencia; las pretensiones del consumo y del respecto al medio ambiente crecen y a veces se chocan; los niveles finales de calidad siguen subiendo; la oposición de las comunidades locales a las instalaciones con mayor impacto ambiental se manifiesta a menudo con la síndrome Nimby, o no en mi patio trasero.

El planteamiento publicístico del ordenamiento hídrico italiano quedaba perfectamente conforme al tercer estadio de la evolución histórica del recurso hídrico. Se ha encontrado en choque con el cuarto, aún más presentando características como extrema fragmentación de las empresas locales, naturaleza pública de casi todos los gestores, tarifas bajas, injerencia política en la gestión, antigüedad de las instalaciones, fuerte resistencia local a la construcción de nuevas plantas.

La directiva europea 2000/60 introduce el principio de coordinación de intereses públicos y privados, presuponiendo que la complejidad del sistema implique la presencia de los segundos y el aumento del número de stakeholders implicados en la gestión del agua. En otras palabras, el derecho europeo parece sugerir el quitarse del Estado afuera del sector, por lo menos en sus competencias de gestión, el favor para iniciativas privadas con inversiones masivas, la preferencia para una combinación de tutela y conservación del bien para las generaciones futuras y su consumo para las necesidades de la vida presente, una

función estatal de regulación. Esta indicación vinculante de Europa ha puesto en crisis el sistema italiano, por sus características y su viscosidad.

Italia ha tradicionalmente utilizado mucha agua por finalidades de producción eléctrica. La presencia de una parte montañosa muy considerable del territorio nacional ha representado para Italia una relevante fuente de riqueza en forma de energía hidroeléctrica, tanto en las regiones alpinas cuanto en la dorsal apenina. De hecho en 1933, cuando fue adoptado el Texto único de las aguas, un porcentaje muy alto del total de la producción italiana de energía eléctrica era imputable a derivaciones de aguas públicas y centrales hidroeléctricas realizadas por empresas privadas en régimen de concesión o por haciendas municipales, como la Azienda elettrica municipale (AEM) de Milan, que desde el final del siglo XIX construyó varios diques y establecimientos de producción de energía eléctrica en el norte de Lombardía para proveer electricidad a la ciudad metropolitana y a los comunes contiguos. Entre 1933 y 1950 prácticamente no había otras fuentes de energía que la hidroeléctrica. La construcción de plantas alimentadas con combustibles a base de petróleo y de sus derivados empieza con la nacionalización de 1962 y con las masivas inversiones de ENEL. De hecho, en 1933 la producción hidroeléctrica era de 11.300 GWh, la termoeléctrica tradicional de 274, y nunca había sobrepasado el nivel de 350; en 1951, restablecida la producción industrial después de los daños de la guerra mundial, la primera llegaba a 26.354 GWh, la segunda a 1.284; desde entonces la primera sigue creciendo con regularidad, la segunda mucho más rápidamente, con el crecimiento impetuoso

de la demanda doméstica e industrial en los años '50 y '60, hasta que en 1967 la producción termoeléctrica adelanta la hidroeléctrica, en 1972 sube al doble, en 1976 al triple, en 1989 al cuádruple, también debido a la desaparición de la nucleotermoeléctrica en 1987 . La producción de energía de fuente hídrica puede por su naturaleza subir sólo lentamente, y encontrando el límite insuperable de la razonable explotación de los recursos naturales. Por eso, de los 46.107 GWh de 1963 sube a los 54.407 de 2010, nivel máximo de siempre.

Del agua no utilizada por fines hidroeléctricos, el 80% está destinado a usos agrícolas. El restante 20% está incluso en usos civiles, domésticos o industriales. Solamente el 76% de las aguas residuales está depurado. 13.000 diferentes gestiones operan al principio del nuevo siglo. En términos absolutos, en Italia se sacan 152 metros cubos de agua por habitante, una cantidad más que doble de la de Alemania (62), y mayor de las de Reyno Unido (113) y España (127).

En este contexto factual, el ordenamiento italiano se ha aprontado a adecuarse a los principios europeos de acuerdo con sus problemas domésticos. El primer paso ha sido la inserción en el nuevo código del ambiente³² de una disciplina orgánica del agua. El código define ahora la organización del ciclo de uso del agua como servicio hídrico integrado “formado del conjunto de los servicios públicos de captación, de aducción y de distribución de agua para usos civiles, de alcantarillado y de depuración de aguas residuales”³³.

Paralelamente, Gobierno y Parlamento han

32 D.lgs. 3 de abril de 2006, n. 152 .

33 Art.141, aptd. 2, d.lgs. n. 152 de 2006.

modificado varias veces la normativa aplicable a los servicios públicos locales, incluso los servicios hídricos. La ley de los entes locales de 1990³⁴ permitía a Comunes (y Provincias) de elegir entre varias fórmulas administrativas: gestión interna o en economía, atribución a privados con arrendamiento o concesión, atribución directa (“in house”) a sociedad pública o mixta o a empresa pública local con personalidad jurídica, definida “azienda speciale”. La Constitución, en su art.43, permite la posibilidad de crear monopolios públicos con respecto a servicios públicos esenciales, fuentes de energía o situaciones de monopolio, en presencia de motivos de interés público; por lo tanto, permite la propiedad pública de bienes productivos sin definir una forma típica. Siempre en el contexto constitucional, servicios sociales son los que proveen prestaciones frente a derechos sociales. La distinción italiana se parece bastante a la europea entre servicios económicos de interés general (SIEG)³⁵ y servicios no económicos (SIG)³⁶. A pesar de eso, el legislador italiano no ha sabido insertarse con coherencia en el mainstream europeo, sino ha intentado varios caminos, con varias oscilaciones, a menudo dependientes de los problemas administrativos del agua.

En 1992 admite sociedades con capital público minoritario³⁷; en 1997 autoriza la transformación de las empresas locales especiales en sociedades anónimas con varios incentivos financieros y tributarios³⁸. En 2000 un texto único³⁹ por un rato codifica esta situación.

34 L. 8 de junio de 1990, n. 142, art.22.

35 Art.14 y 106 del Tratado.

36 Directiva 2006/123/CE.

37 L. 2 de diciembre de 1992, n. 348.

38 L. 15 de mayo de 1997, n. 127, art.17, apt. 58.

39 D. lgs 18 de agosto de 2000, n. 267, art.113.

Casi en seguida después del texto único de los entes locales, el Parlamento ha impuesto a los entes locales la supresión de las “aziende speciali” y su transformación en sociedades de capital, y también la separación de redes y infraestructuras, destinadas a sociedades de capital público no a la venta⁴⁰. Dos años después, ha modificado otra vez el art.113 del texto único facultando ahora tres modelos de gestión: concesión a sociedad de capitales elegida mediante procedimiento competitivo; sociedad mixta público-privada con selección competitiva del socio privado; sociedad pública in house⁴¹. Cuando el mencionado código del ambiente entra en vigor en 2006, establece una preferencia para la concesión a sociedades privadas. Y otra vez, las normas transversales de los servicios públicos cambian rápidamente en 2008 y en 2009⁴², limitando la alternativa general a dos modelos: competición para la concesión a empresas privadas o a sociedades mixtas con doble procedimiento, para la elección del socio y para la atribución de la actividad.

Incertidumbre y irresolución por parte del legislador, búsqueda a veces de soluciones por la protección de la realidad de las empresas públicas locales y a veces de modelos extremistas en dirección europea, más allá de lo que la Unión Europea pide, han sido la característica de la actitud del legislador italiano hacia los servicios públicos locales y en particular el hídrico. La opinión pública, en este contexto por lo menos

40 L. 28 de diciembre de 2001, n. 448, art.35, apt.8 y 9.

41 D.l. 30 de setiembre de 2003, n. 269, convertido en l. 24 de noviembre de 2003, n. 326.

42 Art.23 bis del texto único, insertado por el d.l. 25 de junio de 2008, n. 112 por la ley de conversión 6 de agosto de 2008, n. 113, modificado por el art.15 del d.l. 25 de setiembre de 2009, n. 135, convertido con modificaciones en l. 20 de noviembre del 2009, n. 166.

ambiguo, se ha progresivamente orientado hacia la defensa del carácter público del agua como recurso colectivo y la oposición a cualquier teoría de privatización de su gestión, y aún más de su propiedad, que en otros ordenamientos europeos, como en el Reino Unido, ha efectivamente sido privatizada.

En la primavera de 2010, varios movimientos han presentado cuatro iniciativas de referéndum para la abrogación de normas concernientes posibles formas de privatización de la gestión del agua. Las preguntas se apuntaban: una contra el art. 23-bis del decreto-ley 112 de 2008 con los modelos de gestión privados; una contra el art.150 del código del ambiente para prevenir la reviviscencia de normas anteriores en caso de abrogación de la primera; otra contra la disposición del mismo código⁴³ que disciplina la tarifa del servicio hídrico prescribiendo la adecuada remuneración de los capitales invertidos en apariencia autorizando provechos y no solo cobertura de costos; el cuarto contra normas menores concernientes el nexo entre servicios locales en general y servicio hídrico. La Corte constitucional ha declarado admisibles el primero y el tercero referéndums. El segundo y el cuarto han sido declarados inadmisibles por no ser dotados de los requisitos de coherencia y comprensibilidad impuestos por el art.75 de la Constitución y por la jurisprudencia de la misma Corte⁴⁴.

43 Art.54, apt. 1.

44 Sentencias 26 de enero de 2011, nn. 24, 25, 26, 27, en Giur. cost., 2011. Sobre la sentencia n. 24/2011, nota de A. Pertici y observaciones de A. Lucarelli, □I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico dell'economia□, I, pp. 247 e ss.. Sobre la sentencia n. 25/2011, observaciones de A. Lucarelli, □Il servizio idrico integrato ina una prospettiva di ridimensionamento della concorrenza□, I, pp. 267 e ss.. Sobre la sentencia n. 26/2011, observaciones de A. Lucarelli,

En las votaciones de 11 y 12 de junio de 2011 un porcentaje superior al 95% de los electores votantes se ha pronunciado por la abrogación de las normas impugnadas. El cuerpo electoral ha demostrado que la idea de privatización aplicada al agua, aún que solo a la gestión y no a la propiedad, encuentra en Italia una resistencia muy fuerte y que la ideologización de la materia sobrepasa la capacidad de la opinión pública de afrontar un diálogo desencantado. Por su parte la clase política ha demostrado necedad y escasa capacidad resolutive y sobre todo de perseguir modelos coherentes, para los cuales el derecho europeo normalmente exhibe tolerancia y respeto.

El capítulo italiano de la “guerra del agua”⁴⁵ pero no acaba con el referéndum de 2011. Gobierno y Parlamento, que habían creado en mayo de 2011, pocos días antes del referéndum, una Autoridad para la regulación y la vigilancia en materia de agua⁴⁶, la han suprimido en diciembre⁴⁷. En seguida después del referéndum, han también llenado la laguna determinada por el voto popular con una

□Riconfigurazione del concetto di «rilevanza economica». Spunti di riflessione sulla natura «economica» del servizio idrico integrato dall'□elemento della remunerazione del capitale investito□, I, pp. 293 y ss.. Sobre la sentencia n. 27/2011, observaciones de A. Lucarelli, □La mancanza di univocità e chiarezza del quesito n° 2: la necessaria armonizzazione tra la disciplina generale dell'□affidamento della gestione del servizio integrato e quella di settore□, observaciones de P. Sabbioni, □Il referendum abrogativo parziale: una missione quasi impossibile□, y también la nota de A.A. Di Todaro, □Brevi cenni sulla inammissibilità del quesito referendario n° 4 in materia di servizio idrico integrato: una comprensibile decisione della Corte oppure, più semplicemente, un incompreso quesito?□, I, pp. 307 y ss..

45 En las palabras de V. Shiva, *Water Wars*, Cambridge, 2002.

46 D.I. 13 de mayo de 2011, n. 70.

47 D.I. 6 de diciembre de 2011, n. 201.

disciplina nueva⁴⁸ tan parecida a la abrogada que la Corte ha tenido que declararla inconstitucional por repetición del contenido normativo caducado⁴⁹. La comedia a la italiana está bien lejos de cualquier final. La política parece no ser capaz de obrar una decente síntesis entre voluntad popular, modelos de organización autóctonos del servicio hídrico y vínculos del derecho europeo.

Sin embargo, para lo que interesa aquí, desde esta retorcida historia se pudiera sacar la conclusión que en el caso italiano la reacción de la opinión pública a una organización del servicio hídrico que deje espacio a empresas privadas y quizás abra el camino hasta a una cesión al mercado del bien mismo atestigua de la posibilidad que un derecho fundamental al agua pueda nacer y alcanzar el nivel de la positivización a través de un camino administrativo, que pase por los modelos de gestión más que por los valores constitucionales, o por lo menos se asuma a la influencia del derecho internacional. Mucho va a depender de la penetración del derecho europeo y de la originalidad y de la capacidad de resistencia del derecho administrativo nacional.

48 D.l. 13 de agosto 2011 n. 138, art.4 (convertido con l. 14 de septiembre de 2001, n. 148).

49 Sentencia 20 de julio de 2012, n. 199.