

## ¿EL ACCESO A LA ENERGÍA ES UN DERECHO HUMANO?

IS THE ACCESS TO ENERGY A HUMAN RIGHT?\*

Por JUAN MANUEL CARASSALE\*\*

*Sumario:* En este artículo se analiza si el acceso a la energía eléctrica debe considerarse parte de las necesidades materiales de una vida digna que *toda persona* tiene derecho a satisfacer o exigir que se satisfaga. Se examinan los instrumentos jurídicos y formas organizativas adoptadas en nuestro país y otros regímenes para satisfacer esa necesidad.

*Abstract:* This paper analyzes whether access to electricity should be considered part of the material needs linked to the dignity of the human life, that *every person* has the right to satisfy or demand to be satisfied. It examines the legal instruments and organizational forms adopted in our country and other regimes to satisfy this need.

*Palabras clave:* Acceso a la energía, derechos humanos, justicia distributiva, tarifas, mercado de energía.

*Key words:* Energy access, human rights, distributive justice, rates, energy market.

### § 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la importancia de la energía para el desarrollo humano ha sido objeto de reconocimiento en distintos ámbitos, tanto políticos

\* Recibido: 11/3/2021. Aceptado: 5/1/2022.

\*\* Abogado (Universidad Nacional de La Plata, 1994), con postgrados en Regulación Económica (Universidad Austral, 1999) y Administración del Mercado Eléctrico y Gas Natural (ITBA, 2006). Ex Coordinador Legal y Jefe de Gabinete del Ministerio de Energía y Minería (2015-2018). Docente en postgrado de Transición Energética del ITBA. Socio del estudio Díaz Bobillo Abogados. Correo electrónico: jcarassale@dbsv.com.ar.

*Nota del autor:* Una versión preliminar de este artículo fue publicada originalmente en el Informe de Coyuntura Energética de septiembre de 2020 de Energy Consilium, a cuyos responsables agradezco por sus contribuciones al trabajo y su autorización para publicarlo en RADEHM. Esta nueva versión incorpora algunas precisiones y consideraciones complementarias. Quiero agradecer también a los *peer-reviewers* del equipo de RADEHM que se encargaron de la revisión de este artículo y me hicieron observaciones muy generosas, fundamentales para una mayor coherencia y orden del análisis.

como sociales y jurídicos. En particular, el acceso a la energía eléctrica se presenta en nuestro tiempo como un instrumento indispensable para alcanzar bienes esenciales, como la salud, la vivienda digna, el acceso al agua y la alimentación, y en la era de internet, el acceso a la educación, al trabajo, a la cultura y al esparcimiento.

Por esta enorme incidencia en las posibilidades de realización humana, individual y social, el acceso a un abastecimiento adecuado a la energía eléctrica se ha convertido en una necesidad básica de todos los hombres y mujeres de la sociedad actual. Se plantea entonces si, por ello, el acceso a la energía eléctrica debe considerarse parte de las necesidades de índole material asociadas a una vida digna que *toda persona* tiene el derecho a satisfacer o exigir que se satisfaga.

Ese planteo, nacido en el terreno de la valoración moral y política, se refleja también en el ámbito de lo jurídico, donde la conceptualización de una potencialidad humana como *derecho*, y como *derecho humano*, supone consecuencias específicamente propias de ese ámbito, en particular, el poder de exigir forzosamente su cumplimiento a otros sujetos o a la comunidad toda.

El objeto de este trabajo es entonces analizar si es posible y válido caracterizar el acceso a la energía eléctrica<sup>1</sup> como un derecho humano, y examinar algunas pautas establecidas en nuestro país y en otros regímenes con relación a esa posible caracterización, así como a los medios y formas organizativas adoptadas por ellos para satisfacer ese derecho.

Comenzamos en el apartado siguiente (§ 2) poniendo a la vista el contexto fáctico del que parte la pregunta que se intenta responder en este trabajo, en cuanto a la importancia actual del abastecimiento de energía para el desarrollo humano. En § 3 se aborda el posible encuadramiento conceptual del acceso a la energía eléctrica como derecho humano. Para ello, después de un breve repaso de la raíz histórica de esa figura, se intenta precisar su caracterización. Se distinguen allí ciertas particularidades de los llamados derechos *prestacionales*. En § 4 se analizan las normas positivas que entendemos más relevantes de nuestro país en torno a este tema, tanto de fuente internacional como nacional. En § 5 se expone la estructura del vínculo jurídico obligacional en la que estos derechos se concretan (sujeto acreedor, sujeto deudor y contenido de la obligación). Se hacen también algunas observaciones tendientes a identificar con precisión cada uno de estos elementos. En § 6 se plantean algunas consideraciones en torno a ciertos instrumentos de política regulatoria utilizados para organizar sistemas de provisión de energía y

<sup>1</sup> Hago especial énfasis en la energía eléctrica por su vinculación directa y su rol irremplazable en la consecución de bienes humanos como los mencionados en el primer párrafo de esta introducción. El uso del gas natural u otros recursos energéticos necesarios para fines tales como calefacción y cocción de alimentos, o de combustibles en general para movilidad o producción de bienes y servicios, presenta otras particularidades, un ámbito más restringido de conexión directa con los bienes humanos básicos y ciertas posibilidades de sustitución, por lo que, aun siendo de gran importancia su abastecimiento, podría merecer una consideración distinta.

para lograr el acceso generalizado al servicio, con especial referencia al rol del sector privado y los mecanismos de mercado. El párrafo 7 se enfoca en la posibilidad de ejecución judicial de las exigencias que surgen de este tipo de derechos. En § 8 se hacen algunas reflexiones sobre la fundamentación de estos derechos desde la perspectiva de los *deberes humanos* y finalmente en § 9 se plantean las conclusiones del análisis.

El tema es complejo y las respuestas que puedan intentarse dependen en gran medida de la posición que uno adopte en cuestiones filosóficas previas y más amplias. Estas cuestiones exceden, por supuesto, las materias de estudio más familiares para los que trabajamos en el sector de la energía. Por eso este trabajo no puede ser más que una aproximación, que quizás alguien más entendido en filosofía del derecho y derechos humanos podría profundizar o enderezar.

## § 2. LA IMPORTANCIA ACTUAL DEL ABASTECIMIENTO DE ENERGÍA. SU VINCULACIÓN CON EL DESARROLLO HUMANO

La energía eléctrica se ha transformado en un elemento fundamental de nuestra vida diaria. Basta que se interrumpa por unos minutos el suministro en nuestra casa o nuestro lugar de trabajo para comprobar el desconcierto y la sensación de parálisis que la situación nos provoca. Más allá de lo anecdótico, lo cierto es que hoy nuestra forma de vida y nuestro desarrollo personal y comunitario se basan en gran medida en el uso de la energía eléctrica.

En 2015, la ONU aprobó su Agenda de Desarrollo Sostenible, en la que se establecieron 17 Objetivos. El Objetivo 7, “Energía asequible y no contaminante”, apunta específicamente a “garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna”. Como punto de partida, el organismo internacional destacaba que 1.200 millones de personas vivían en 2015 sin acceso a la electricidad, y que 3.000 millones de personas dependían de la madera, del carbón mineral y vegetal o de los desechos de origen animal para cocinar y calentar su comida. Frente a esa realidad, la ONU subrayaba que “sin electricidad, las mujeres y las niñas tienen que dedicar horas a ir en busca de agua, las clínicas no pueden almacenar vacunas para los niños, muchos escolares no pueden hacer los deberes durante la noche y los empresarios no pueden dirigir empresas competitivas”.

Además, varios de los restantes Objetivos de Desarrollo Sostenible están estrechamente vinculados al acceso a la electricidad: fin de la pobreza, salud y bienestar, hambre cero, educación de calidad, agua limpia y saneamiento, trabajo decente y crecimiento económico. Incluso el objetivo de igualdad de género también lo está, en relación con las dificultades adicionales que la ausencia de servicio eléctrico conlleva para ciertas tareas que en muchas sociedades siguen siendo asignadas mayormente a las mujeres.

El debate sobre el acceso al servicio eléctrico se ha extendido, en nuestro país y en el mundo, no solo a los aspectos relativos a la infraestructura necesaria para que todos puedan conectarse a una red eléctrica o contar

con abastecimiento en áreas aisladas, sino también a la cuestión de la asequibilidad del suministro en su faz económica, es decir, a la posibilidad de los usuarios de hacer frente al pago de los precios y tarifas exigidos como retribución del servicio.

En el centro de ese debate global aparecen los conceptos de *pobreza energética* y *justicia energética*. En términos amplios, la situación de pobreza energética se presenta cuando las personas no tienen acceso a la energía requerida para sus necesidades básicas por no poder afrontar el costo del suministro. Al profundizarse el análisis, sin embargo, aparecen otros condicionantes que deben ser valorados, como la eficiencia en el consumo y el tipo de fuente energética al que puede accederse. La eficiencia estará dada en gran medida por las características constructivas de la vivienda, donde la pobreza vuelve a tener incidencia. La fuente de energía será determinante de eventuales efectos del consumo en la salud y el ambiente si el usuario no puede acceder a energías limpias, circunstancia habitual en situaciones de vulnerabilidad económica.

Por su lado, el concepto de justicia energética parte de las ideas de justicia distributiva de la filosofía clásica, como aquella que gobierna la relación entre la comunidad y cada uno de sus miembros en cuanto al modo en que estos participan del bien común. La elaboración de este concepto, traído al ámbito del acceso a la energía, está influido por el criterio de justicia como *equidad*, desarrollado a partir del pensamiento del filósofo estadounidense John RAWLS. Este criterio de justicia pone el foco en la estructura básica de la sociedad y exige que la distribución de los recursos tenga en cuenta las distintas necesidades de los individuos, lo que supone –bajo el *principio de diferencia* propuesto por RAWLS– una asignación mayor de bienes comunes a los más necesitados, de manera que todos puedan contar con los bienes primarios necesarios para ejercer sus *libertades* (en la elección de sus proyectos y formas de vida) de manera equitativa<sup>2</sup>. O, en términos del economista indio Amartya SEN<sup>3</sup>, en su teoría de los funcionamientos y las capacidades, para alcanzar los *funcionamientos* –bienes materiales esenciales y bienes sociales, referidos a la integración de la persona en la sociedad– y las *capacidades*, entendidas como oportunidades concretas para su realización efectiva conforme a las elecciones libremente adoptadas por cada persona en cada momento y lugar.

Desde esta perspectiva, el acceso a la energía se presenta en nuestro tiempo como instrumento indispensable para alcanzar bienes esenciales para el desarrollo humano, tales como la salud, la vivienda digna, el acceso al agua y la alimentación.

La tecnología de las comunicaciones –internet, redes sociales y otras aplicaciones de comunicación– nos muestra hoy, y más aún en tiempos signados por la pandemia del COVID-19 y los aislamientos obligatorios implementados para evitar o acotar su propagación, que la energía eléctrica pasó a ser un

<sup>2</sup> RAWLS (2001) pp. 61 y ss.

<sup>3</sup> SEN (1993) pp. 17 y ss.

pilar del acceso a la educación, al trabajo, a la cultura y al esparcimiento. Y para muchas personas, una vía indispensable para mantener vínculos sociales, necesarios también para su salud espiritual y mental.

La cuestión del *acceso justo a la energía* está atravesada además por otras exigencias de justicia, como las relativas a la *calidad del ambiente* y a la *equidad intergeneracional*. La sostenibilidad ambiental y, especialmente, la necesidad de mitigar el cambio climático producido por los gases de efecto invernadero, demandan altos niveles de inversión para concretar la transición hacia energías más limpias. Estas inversiones, al menos en una primera etapa, pueden impactar en el costo del abastecimiento, encareciéndolo para los usuarios. La equidad intergeneracional, por su lado, puede verse afectada en la medida en que el agotamiento de ciertos recursos energéticos y la huella de carbono que deja la utilización de energías contaminantes, las más accesibles todavía para buena parte de la población mundial, inciden en la disponibilidad energética, la calidad del ambiente de las generaciones futuras y los costos que éstas deben afrontar por el daño ambiental heredado.

En nuestro país, aunque el abastecimiento eléctrico alcanza prácticamente a toda la población, el planteo sobre su importancia para el desarrollo humano surgió en los últimos años a partir de las fallas en la calidad del suministro –interrupciones frecuentes y prolongadas, fluctuaciones de tensión– que progresivamente se observaron en distintas áreas de distribución, con especial intensidad a partir de 2013, y con mayor difusión a partir de las medidas de normalización tarifaria aplicadas entre 2016 y 2019 con el objetivo de restablecer los mecanismos de sostenimiento económico de la prestación indicados en los marcos regulatorios, después de casi 15 años de un creciente desfase entre costos de producción y tarifas. Este desfase motivó la retracción de la inversión y, paulatinamente, el marcado deterioro de la calidad y confiabilidad del abastecimiento mencionado antes. Vemos allí en pugna las dos caras de la moneda del acceso a la energía: *infraestructura* y *precio*.

Ese contexto dio pie al debate público sobre un posible *derecho de todas las personas* a acceder a un suministro eléctrico adecuado y asequible. Se trata de un derecho perteneciente a todas las personas por su sola calidad de tales, es decir, un *derecho humano*.

El planteo tuvo lugar también en el ámbito judicial. Recientemente, un tribunal de la provincia de Chaco confirmó una condena contra la distribuidora eléctrica provincial estatal SECHEEP<sup>4</sup> en el marco del reclamo iniciado por una usuaria por los daños y perjuicios sufridos a causa del corte de suministro de energía eléctrica en su hogar y en su establecimiento comercial. La usuaria había sufrido numerosas interrupciones del suministro entre diciembre de 2015 y abril de 2016. En ese escenario, el tribunal sostuvo que el acceso al servicio básico de energía eléctrica “es un derecho humano consagrado en la Carta Magna y, por lo tanto, un derecho fundamental y su ausencia compromete el goce de otros derechos humanos fundamentales re-

<sup>4</sup> SIN AUTOR (2020).

conocidos en la Constitución nacional y en los instrumentos internacionales”<sup>5</sup>. En sentido similar, en 2019 un grupo de diputados nacionales presentó un proyecto de ley destinado a declarar al servicio eléctrico (entre otros servicios) como derecho humano<sup>6</sup>.

Más allá de los fundamentos de este fallo en particular y las normas positivas que invoca, en este trabajo nos preguntamos si conceptualmente el acceso a la energía eléctrica debe ser considerado como un derecho humano y qué implicancias prácticas tendría ello.

### § 3. DERECHOS HUMANOS, BIENES HUMANOS Y ENERGÍA

a) *CONCEPTO, RAÍZ HISTÓRICA Y FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS*. — Para discernir la cuestión planteada es conveniente hacer inicialmente algunas precisiones que nos permitan acercarnos al concepto de los *derechos humanos*, teniendo en cuenta particularmente que esta es una expresión muy influida por los discursos políticos, que suelen asignarle significados y contenidos diversos (aunque eso no es exclusivo del ámbito político, sino que también se observa en los estudios filosóficos y jurídicos sobre el tema). Además, hay que advertir que, a la par de esa expresión, suelen aparecer otras similares, como *derechos fundamentales*, *derechos naturales*, *derechos de la persona*, que a veces son usadas indistintamente, pero no siempre, lo que obliga a dilucidar en cada caso —según el autor o el contexto— si se identifican o no en su sentido y alcance.

La denominación de derechos humanos no busca señalar que los titulares de los derechos son seres humanos, lo cual sería redundante, sino que estos corresponden a todas las personas por el solo hecho de su condición humana. Son derechos considerados inherentes a la persona humana y, por lo tanto, de carácter universal, inalienable e irrenunciable.

Se trata de derechos fundados en la *dignidad de la persona humana*. El concepto de *dignidad*, en la visión cristiana, está enlazado a la naturaleza sagrada de la persona, derivada de su Creador, y al destino trascendente al que está (y se siente) llamada. La idea de dignidad fue recogida luego en la filosofía a partir, especialmente, de Immanuel KANT. El *imperativo categórico* (válido siempre y de manera incondicionada) que el idealista alemán propone es el de “obrar de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solamente como un medio”<sup>7</sup>. Más tarde, el concepto de la dignidad de la persona como fundamento central de los derechos humanos se incorporaría a instrumentos del derecho positivo nacionales e internacionales.

<sup>5</sup> Villa, María Leticia Cristina *c/ Servicios Energéticos del Chaco Empresa del Estado Provincial (S.E.C.H.E.E.P.) y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios y daño moral* (2020).

<sup>6</sup> Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN (2019).

<sup>7</sup> KANT (2015) p. 396.

La noción de derechos humanos, es decir, derechos que corresponden a toda persona humana siempre y en todo lugar, aunque encuentra raíces en la filosofía clásica, en la ética religiosa fundada en la Biblia, en los llamados Padres de la Iglesia y en Santo Tomás de Aquino, tuvo la formulación que hoy conocemos –tras un primer paso dado en Inglaterra con el *Bill of Rights* de 1689– bajo el influjo del Iluminismo del siglo XVIII, plasmada en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 y poco después en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en el contexto de la Revolución Francesa.

Esta concepción, desprendida de fundamentos teológicos y asentada en el pensamiento del racionalismo idealista y el empirismo de los siglos XVI y XVII, buscaba librar al individuo del Estado absoluto, al que, de alguna manera, el mismo racionalismo había dado lugar en el ocaso de la estructura de poder medieval. Esa finalidad y esos fundamentos filosóficos son determinantes de la forma que adoptaron los derechos humanos en los instrumentos mencionados, y fueron de enorme influencia en el plano práctico de la política, la ética, la organización social y la economía en los siglos siguientes.

En el siglo XX, luego del fin de la Segunda Guerra Mundial, y teniendo a la vista “que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”<sup>8</sup>, estos derechos pasan a ser objeto de reconocimiento positivo internacional a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU).

A partir de allí se celebraron varios tratados internacionales por los cuales al reconocimiento de aquellos derechos humanos de raíz liberal, orientados a la protección de las libertades individuales frente al Estado, se agregó el de otros derechos, considerados también inherentes a la persona, de contenido eminentemente social y dirigidos a la satisfacción de necesidades básicas de índole económica, social y cultural.

Hecho este breve repaso histórico, volvemos a enfocarnos en la caracterización de los derechos humanos. Por su carácter universal, se entiende que los derechos humanos existen con independencia de su recepción o incluso su negación en el sistema legal. Eso nos lleva a preguntarnos cuál es la naturaleza y el ámbito –moral, político, jurídico– en que operan los derechos humanos y la implicancia de su reconocimiento o negación en el sistema normativo, fundamentalmente la posibilidad o imposibilidad de forzar su cumplimiento por la vía judicial. La respuesta varía según la posición jurídico-filosófica que se adopte.

Para los *iusnaturalistas* existen principios universales que surgen de la naturaleza del hombre, principios que por ende son anteriores a cualquier ley positiva, y a los cuáles ésta debe responder. Por lo tanto, los derechos humanos son derechos de carácter jurídico aun cuando el sistema legal u ordenamiento positivo (constitución, leyes, reglamentos y otros actos de

<sup>8</sup> Del preámbulo de la Declaración.

autoridad) no los reconozca o incluso los niegue. Esto implica que los jueces deberán apartarse de las normas positivas si eso fuera necesario para dar cumplimiento a las exigencias de los principios morales universalmente válidos. Para el iusnaturalismo, un sistema normativo no puede ser calificado como derecho si no satisface esos principios. En la reformulación contemporánea del iusnaturalismo propuesta por John FINNIS<sup>9</sup>, se plantea que esos principios universales no surgen directamente de la observación metafísica de la naturaleza humana, sino que son captados por la *razón práctica*, que nos permite identificar los *bienes humanos básicos* y ciertas exigencias (metodológicas) para alcanzarlos. Aun con la multiplicidad de valores y criterios particulares que resultan de la diversidad de circunstancias y contextos históricos y culturales, el derecho positivo debe fundarse en esos principios y exigencias generales, reconocibles por el hombre de todo tiempo y lugar por medio de la razón práctica<sup>10</sup>.

En la mirada de los *iuspositivistas* –para quienes el derecho no es otro que aquel que surge de las normas positivas– un derecho humano, mientras no sea incorporado al sistema legal objetivo, permanece en la esfera de la moral o la política, y no constituye un derecho de índole jurídica. El positivista inglés Herbert HART subraya el propósito esclarecedor para la tarea judicial de las máximas del iuspositivismo clásico: “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra” o “El derecho de un Estado no es un ideal, sino algo que existe efectivamente (. . .) no es lo que debe ser, sino lo que es”<sup>11</sup>. Esta autonomía de lo jurídico respecto de lo moral no implica necesariamente una menor valoración de los pensadores iuspositivistas sobre la necesidad de satisfacer tales derechos humanos. Pero la solución que propician es su incorporación expresa a las normas positivas, reservando al juez la facultad de aplicar únicamente lo que éstas establezcan y no reglas o principios morales ajenos a ellas, ya que sobre estos últimos no todos están de acuerdo, sea en cuanto a la existencia misma de los principios, su alcance o su carácter universal y permanente<sup>12</sup>. Sin embargo, buena parte del positivismo actual ha admitido cierta correspondencia necesaria entre moral y derecho (positivismo *inclusivista*). En ese sentido, el mismo HART, en el último tramo de su obra, observa que el derecho en cualquier Estado moderno muestra muchos puntos de influencia de la moral sobre aquel; “estas influencias penetran en el derecho, ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de a poco a través del proceso judicial”. HART destaca que, en algunos sistemas, “los criterios últimos de

<sup>9</sup> FINNIS (1997) pp. 85 y ss.

<sup>10</sup> Sin embargo, para FINNIS, la afirmación de que un sistema legal que desconozca esos principios y exigencias no debe calificarse como derecho (*lex injusta non est lex*) tiene más bien un sentido crítico acerca de la calidad y acierto de sus reglas, pero en definitiva no podrá negarse que los actos que impliquen su transgresión serán castigados conforme lo prevean esas reglas, tal como ocurre en todo régimen jurídico.

<sup>11</sup> HART (1998) pp. 251 y ss., donde cita a Austin y Gray, respectivamente.

<sup>12</sup> ROSLER (2019) p. 23.



validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos”<sup>13</sup>.

Ronald DWORKIN, destacado filósofo del derecho y constitucionalista norteamericano, propone una distinción, dentro del ordenamiento jurídico, entre normas y principios. Asigna a estos últimos un contenido inescindible del plano moral. Rechaza que los derechos individuales puedan limitarse a los consagrados en una ley. Sostiene que cualquiera que se tome los derechos individuales en serio acepta, como mínimo, dos ideas importantes, base de los derechos naturales. La primera es la idea “vaga pero poderosa” de la dignidad humana; en el sentido de admitir que hay formas de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo como miembro de la comunidad humana. La segunda, la igualdad política, supone que los miembros más débiles de una comunidad tienen derecho a la misma consideración y respeto que los más poderosos, y por lo tanto, a las mismas libertades<sup>14</sup>. DWORKIN propone luego una solución *interpretativista*, según la cual los jueces, al resolver, deben construir la regla aplicable al caso interpretando las reglas positivas a la luz de los principios que surgen de la historia de la práctica legal y de los valores y metas que, según el mismo juez entiende, la resolución del caso debe perseguir. De esta mirada resulta que la función del juez no es solo la de aplicar sino también la de crear el derecho, mediante esa interpretación-construcción<sup>15</sup>.

El filósofo del derecho alemán Robert ALEXY, aunque entiende que los derechos humanos se encuentran en el plano moral hasta su institucionalización normativa (a partir de la cual se convierten en “derechos fundamentales”), sostiene que tal institucionalización no elimina su dimensión moral: dado que conceptos como libertad, igualdad o mínimo existencial se configuraron primero en el ámbito de la filosofía política y moral, quien quiera indagar el contenido de una disposición de derecho fundamental mediante interpretación debe buscarlo en el estudio de la moral<sup>16</sup>.

Carlos NINO reconoce, en similar sentido, que “cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente esté justificada una norma jurídica –y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ella– que negara o retaceara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Ello hace que la atención, aun de jueces y juristas, deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquellos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada”<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> HART (1998).

<sup>14</sup> DWORKIN (2014) pp. 295 y ss.

<sup>15</sup> DWORKIN (2012).

<sup>16</sup> ALEXY (2014) pp. 117 y ss.

<sup>17</sup> NINO (1989) p. 24.

En este sentido, conceptualizar los derechos humanos en general no alcanza para identificarlos en concreto. Para esto es necesario indagar en sus fundamentos. FINNIS, el más destacado iusnaturalista de nuestro tiempo, sostiene que la noción central de estos derechos se vincula, no a la autonomía personal, ni tampoco al simple beneficio o interés individual, sino a la ordenación de los derechos a un conjunto de bienes humanos básicos, que constituyen los aspectos centrales de la plena realización humana<sup>18</sup>.

Como se mencionó más arriba, FINNIS alega, en su teoría de los bienes, que un sujeto resulta titular de un derecho a partir de que una exigencia básica de *razonabilidad práctica* otorga a ese sujeto la facultad de exigir de otro u otros sujetos una actividad (dar, hacer o no hacer) que resulta necesaria para el respeto, promoción, facilitación o realización de alguna dimensión de un bien humano básico en el marco de la convivencia social<sup>19</sup>.

Es decir que, para FINNIS, la especificación de los derechos humanos viene dada por los bienes que son su objeto. Tal especificación deberá llevarse a cabo mediante la determinación de aquellos derechos que en cada circunstancia aparecen como estrictamente necesarios para el respeto, concreción o realización de los bienes humanos básicos que constituyen las dimensiones centrales de la perfección humana y que sólo pueden alcanzarse mediante la colaboración social, a través de una obra mancomunada. Y por esta razón aparece como necesario el derecho: para ordenar, especificar, delimitar y coordinar la acción destinada a su concreción<sup>20</sup>.

NINO<sup>21</sup> sostiene que la identificación de los derechos humanos fundamentales surge de una combinación de tres principios:

1) El principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos o al bien común.

2) El principio de autonomía de la persona, que prescribe que, siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y otros individuos no deben interferir en esa elección o adopción.

3) El principio de dignidad de la persona, que exige tratar a los hombres de acuerdo con sus determinaciones de voluntad y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control (raza o sexo, por ejemplo).

Estos principios, dice NINO, son interdependientes y se balancean entre sí. Por ejemplo, la concreción de la elección individual del plan de vida o las decisiones de voluntad requiere de ciertos recursos o bienes instrumentales. Quien, por disponer de tales bienes, goza de un mayor grado de autonomía que otros, debe contribuir a que los demás tengan recursos para gozar de ese mismo grado de autonomía, lo que puede ir en detrimento del principio de

<sup>18</sup> FINNIS (1979) pp. 85 y ss.

<sup>19</sup> Para FINNIS, los bienes humanos básicos son siete: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad, la racionalidad práctica y la religión.

<sup>20</sup> MASSINI CORREAS (2018) pp. 191 y ss.

<sup>21</sup> NINO (1989) p. 24.

inviolabilidad. Pero su deber cesa cuando la reasignación de bienes instrumentales a los demás implica perder un bien indispensable para su propia autonomía (como podría ser su trabajo o sus ingresos mínimos), de modo que si perdiera ese bien estaría quizás en menor o igual grado de autonomía que el otro individuo.

Un desarrollo más amplio y profundo sobre los fundamentos y caracterización de los derechos humanos y sus efectos en el plano jurídico excedería el objeto de este artículo, pero las ideas reseñadas son útiles para orientarnos en la dilucidación de la cuestión planteada específicamente sobre el acceso a la energía.

Para intentar entonces responder en este trabajo la pregunta acerca de si el acceso a la energía constituye un derecho humano, aun si no hubiera una calificación legal expresa, nos guiamos por la idea de que el concepto mismo de derechos humanos o naturales vino justamente a plantear que la dignidad humana implica algunas exigencias básicas cuyo reconocimiento no puede depender del derecho positivo de cada Estado. Tampoco de la voluntad de la autoridad de cada comunidad ni de las mayorías que en una democracia designan y orientan la voluntad de la autoridad.

En ese sentido, y si bien el desarrollo conceptual y teórico de estos derechos es fruto de una larga historia de reflexión y maduración (que seguramente no ha concluido) iluminada por grandes pensadores, la conciencia innata de todos los hombres, aun con condicionamientos y distorsiones propias de cada contexto histórico, individual y social, es capaz de reconocer con mayor o menor claridad ciertos atributos de su dignidad y ciertas exigencias de la propia realización y de la plena realización humana. Entre estos, los atributos de libertad y de igualdad intrínseca de las personas, y los derechos y responsabilidades que surgen de esos atributos para cada individuo frente a los otros, en razón de su naturaleza social.

Sin embargo, hay que decir también que, en la práctica, la discusión sobre la existencia de derechos no reconocidos por el ordenamiento positivo suele quedar de lado en la mayor parte de los sistemas constitucionales contemporáneos, que consagran principios generales. Estos pueden contener explícita o implícitamente el reconocimiento de los derechos humanos básicos y orientan, con la más alta jerarquía normativa, la solución de los casos en que esos derechos están en juego aun cuando la ley no los reconozca o no sea clara al respecto. Es decir que esta solución podrá encontrarse en la mayoría de los casos dentro mismo del ordenamiento objetivo, sin necesidad de acudir a aquellos principios de derecho natural o a reglas de índole moral sobre las cuales, como señalan los positivistas, puede haber desacuerdos.

En ese marco, se analizará entonces en los capítulos siguientes la posible incidencia del acceso a la energía eléctrica en la realización humana en nuestro tiempo y la vinculación entre ese bien y los atributos de libertad e igualdad del hombre. Se profundizará sobre la naturaleza prestacional del abastecimiento energético y su implicancia en la posibilidad efectiva de exigir su ejecución a otros sujetos o a la comunidad, así como la fundamentación del correlativo deber de estos sujetos o de la comunidad de efectuar la pres-

tación o contribuir a sostenerla, haciendo especial hincapié en la perspectiva de los *deberes humanos* para entender la raíz de estos principios rectores de la vida en sociedad.

b) *LOS DERECHOS PRESTACIONALES. EL ACCESO A LA ENERGÍA COMO UNO DE ELLOS.* — Frente a la idea clásica de los derechos humanos concebidos, fundamentalmente, como obligaciones de abstención del Estado frente a los derechos individuales, se presenta una objeción: la satisfacción efectiva de los derechos humanos implica demandas adicionales.

La concepción liberal igualitaria, basada en el pensamiento de RAWLS, entiende que la autonomía de unos no puede ser inferior a la de otros, lo que implica que el acceso a ciertos bienes no sólo debe estar libre de obstáculos sino también, en ciertos casos, facilitarse positivamente.

El derecho a la vida, por ejemplo, no sólo comprende el verse libre de actos que puedan provocar la muerte sino también contar con acceso a la medicina. Así, los derechos clásicos y los nuevos derechos humanos se presentan como aspectos de los mismos derechos, que en un caso se satisfacen por omisión y en otros por acción. Aparecen así los llamados *derechos prestacionales*.

Este concepto está asociado a los *derechos económicos, sociales y culturales*, contemplados en diversos instrumentos internacionales como derechos humanos o como derechos inescindibles de los derechos humanos, por ser condición necesaria para hacer efectivos a estos últimos.

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966, en vigor desde 1976 (en la Argentina, desde 1986, en virtud de la ley 23313) señala en su preámbulo que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

En esa línea, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en 1988 y aprobado en nuestro país por la ley 24658, de 1996), subraya en su preámbulo “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana”.

De esta manera, los derechos económicos, sociales y culturales se incorporaron al ordenamiento jurídico positivo como derechos humanos o como condición necesaria de estos –y, por lo tanto, merecedores de la misma protección–, agregándose así a los clásicos derechos humanos *civiles y políticos*.

Los derechos prestacionales se refieren a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para asegurar a las personas el ámbito de vida

digna que garantice la posibilidad fáctica de ejercer su libertad y permitan la plena realización humana. Su objeto son bienes tales como el trabajo, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, la seguridad social, el ambiente y la cultura.

Como se dijo antes, la electricidad es hoy un instrumento con el que conservamos refrigerados y mantenemos disponibles los *alimentos*. Es una herramienta con la que nos abastecemos de *agua potable*, para su uso como bebida y para fines sanitarios, con la que iluminamos nuestra casa y nuestro lugar de trabajo (de forma que modificó en todo el mundo los hábitos de las personas y las sociedades desde la invención de la lámpara eléctrica); es el medio por el cual se sostiene el principal sistema de comunicaciones (internet), mediante el cual tenemos acceso, no exclusivamente pero con enorme y creciente incidencia, a bienes humanos esenciales como el trabajo, el conocimiento y el esparcimiento y el contacto social puramente recreativo, además de otros medios de comunicación como la televisión y la radio. Es, también, el único medio de calefacción y cocción de alimentos en muchos hogares, incluyendo aquellos de bajos recursos que no pueden conectarse a las redes de gas y no pueden sustituir la energía eléctrica por otros productos energéticos para esos fines, o que solo pueden reemplazarla por productos más contaminantes y perjudiciales para la salud y el ambiente (generalmente leña u otros materiales de biomasa), en especial en hogares sin instalaciones adecuadas de extracción y ventilación de emisiones.

Frente a esa realidad, no puede dejar de reconocerse que en nuestro tiempo el acceso a la energía eléctrica es un bien de carácter instrumental fundamental para alcanzar bienes humanos esenciales (salud y alimentación, conocimiento, participación en la vida social, trabajo, ambiente sano, etc.), y que en la medida en que ese medio sea indispensable, de manera que sin él no sea posible lograr tales bienes esenciales, merece la misma consideración que la de estos últimos<sup>22</sup>.

c) *LOS DERECHOS PRESTACIONALES FRENTE A LA ESCASEZ DE LOS RECURSOS ECONÓMICOS*. — En cualquier caso, la provisión de energía, como en el caso de otros derechos económicos y sociales, supone la ejecución de una prestación positiva (de hacer y de dar), es decir, acciones que implican costos, que deben ser afrontados por quien esté obligado a realizarlas. En otras palabras, utilizar recursos económicos, por definición escasos.

Si este tipo de prestaciones constituye un derecho de todas las personas, de cuya satisfacción depende una vida digna, se plantea entonces, desde el punto de vista conceptual, si es posible considerar que un derecho es uni-

<sup>22</sup> SOVACOOOL, SIDORTSOV y JONES (2014), reconocidos investigadores del impacto social del sistema energético, destacan ese carácter instrumental de la energía, pero a la vez esencial, en cuanto a la importancia de los bienes básicos mencionados, cuando solo pueden alcanzarse mediante el acceso a la energía. Véase p. 38.

versal e inalienable cuando está condicionado a la disponibilidad de recursos económicos, normalmente insuficientes y muchas veces ausentes.

En este punto hay que advertir que la realización de acciones positivas que implican algún costo para asegurar que esos derechos sean respetados es una exigencia de la mayor parte de los derechos humanos, no sólo los llamados prestaciones. El ejemplo habitual es el derecho a la vida, para el cual debe crearse un sistema de prevención y represión de los delitos que atentan contra ella. Pero el núcleo esencial, el objeto de satisfacción de los derechos típicamente prestaciones está constituido por acciones positivas, mientras que, en los otros casos, las prestaciones positivas pueden ser necesarias como garantía pero no son de su esencia (el derecho a la vida puede verse satisfecho si nadie comete homicidio, aunque el Estado no haya adoptado medidas para prevenirlo o reprimirlo, pero el abastecimiento de energía no puede tener lugar sino a través de acciones positivas para la producción y distribución de esa energía). Además, en el plano práctico, en el caso de prestaciones de objeto industrial, más aún en industrias intensivas en capital (como la provisión de energía, que requiere constantemente un alto nivel de la inversión para el desarrollo de infraestructura y el sostenimiento de la demanda), la dependencia de la disponibilidad de recursos económicos aparece como más inmediatamente determinante de la satisfacción del derecho.

En la evaluación de este condicionante es interesante nuevamente el análisis de ALEXY, quien entiende que las normas de derechos fundamentales son fuente tanto de reglas, en sentido estricto, como de principios. Señala que los principios deben entenderse como mandatos de optimización. Éstos ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la *mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas*.

Este criterio está receptado expresamente como principio en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los siguientes términos: “Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En igual sentido, el artículo 1 del Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) contiene el principio de “los máximos recursos disponibles”. También el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos) se refería ya, en su art. 26, a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, “en la medida de los recursos disponibles”.

Como ocurre en general con los derechos humanos, el contenido de los derechos sociales o prestaciones es indeterminado. Pero esto no significa que sean meramente programáticos. Son obligatorios, pero su ejecución exige una *ponderación por parte de la autoridad*. La ponderación supone un

juicio sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad (costo-beneficio) de las metas, medios o acciones que se adopten para cumplir con esos derechos.

La decisión respecto del alcance de los derechos sociales fundamentales queda encomendada así en buena medida a la política, que deberá plasmar ese contenido en la legislación. La competencia para ello, en una sociedad democrática, corresponde a los legisladores, que determinarán –dentro del marco de la norma de derecho fundamental– los fines y medios, definiendo así el contenido concreto de estos derechos y los recursos fiscales que se asignan para su cumplimiento.

Además de las limitaciones fácticas dadas por la escasez de recursos económicos, el Estado puede verse limitado jurídicamente para cumplir con derechos prestacionales. Un ejemplo habitual es el derecho al trabajo, cuya realización el Estado podrá alentar mediante medidas de política económica y regulatoria, pero difícilmente pueda satisfacer adecuadamente mediante empleo estatal o exigiendo empleo privado. En el primer caso, por la limitación de los recursos y, en el segundo, por la limitación resultante de su necesaria armonización con otros derechos también fundamentales, como los de libertad de industria e inviolabilidad de la propiedad, armonización que, como señala TOLLER, implica que ninguno de los derechos y bienes públicos en juego podrá verse afectado en su contenido esencial o núcleo determinante<sup>23</sup>.

El derecho de propiedad también podría resultar una limitante si, para cumplir con derechos sociales, el Estado impone una presión tributaria a los contribuyentes que exceda los principios constitucionales, además de transformarse en una barrera para el desarrollo económico con el que hubiera sido más factible brindar trabajo genuino, como ocurre tantas veces.

#### § 4. EL DERECHO DE ACCESO A LA ENERGÍA EN LA NORMATIVA

Del análisis efectuado en la sección anterior, concluimos que la energía eléctrica es un bien básico instrumental, mediante el cual las personas acceden en el mundo actual a bienes humanos esenciales como la salud (alimentación, agua para bebida y fines sanitarios, en algunos casos también cocción de alimentos y calefacción de manera insustituible), el conocimiento, el trabajo, la participación en la vida social y el esparcimiento. En la medida en que el abastecimiento eléctrico constituye un medio indispensable para alcanzar tales bienes humanos esenciales, de forma que estos no pueden razonablemente obtenerse sin ese suministro, el acceso a la energía deberá quedar alcanzado por mecanismos de protección equivalentes a los que el sistema jurídico prevé para asegurar el acceso a esos bienes esenciales.

En los apartados siguientes vamos a repasar las normas de nuestro derecho, de fuente internacional y nacional, en relación con esa protección.

<sup>23</sup> TOLLER (2012) pp. 109 y ss.

a) *NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL*. — Varios instrumentos internacionales de los que nuestro país es signatario, algunos de los cuales tienen rango constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, aunque no aluden directamente a la energía, hacen referencia a derechos o bienes esenciales para los que la energía es un instrumento indispensable.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, la vivienda” (art. 25). Contempla también el derecho de toda persona a la educación (art. 26), a participar en la vida cultural de la comunidad y a gozar de las artes y participar en el progreso científico y en los beneficios de que de él resulten (art. 27.1).

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla en su art. 6 el derecho a trabajar, “que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Para ello los Estados Parte se comprometen a tomar medidas de formación y capacitación técnica y profesional, “en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”. En su art. 11 se reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación (. . .) y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. En todos los casos los Estados Parte se obligan a tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de estos derechos. El Pacto reconoce, también, “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12), a la educación (art. 13), a participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico (art. 15).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) formula similares reconocimientos de esos derechos fundamentales, agregando algunos aspectos específicos, como el derecho de toda persona “a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos” (art. 10). En cuanto al derecho a la alimentación, en un aspecto vinculado a la materia que nos ocupa, se destaca el compromiso de los Estados a tomar medidas para perfeccionar los métodos de aprovisionamiento de alimentos (art. 12).

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 insta a los Estados parte a adoptar medidas para eliminar las formas de discriminación contra la mujer especialmente en zonas rurales, señalando entre ellas la de “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, transporte y las comunicaciones” (art. 14, punto h).

Una referencia específica al acceso a la energía en el ámbito vinculado a estos instrumentos internacionales puede encontrarse, no ya entre las prescripciones mismas de los tratados sino, en este caso, en las observaciones generales que emite el Comité de Derechos Económicos, Sociales y



Culturales, con carácter de recomendación, dirigidas a los Estados Miembro y orientadas a la efectividad de los compromisos y derechos establecidos en el Pacto Internacional sobre esa materia. Cabe mencionarla aquí por su directa vinculación con ese tratado, aun cuando no integran estrictamente los compromisos vinculantes que surgen de él. En este sentido, la Observación General N° 4 de ese Comité señala que el derecho a la vivienda implica el acceso a “energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado” (punto 8, inciso b) y que “los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso” (punto 8, inciso c). Este último se conecta directamente con el concepto de pobreza energética y con los criterios para medirla.

Puede mencionarse también, aunque ya en el plano de los compromisos internacionales de índole política, más que de prescripciones jurídicas, pero que sirven para subrayar la urgencia y gravedad de las medidas necesarias para atender a los derechos jurídicamente reconocidos en los tratados mencionados en los párrafos anteriores, la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible aprobada por la ONU en 2015, a la que ya nos hemos referido arriba, cuyo Objetivo 7 plantea “Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos”.

b) *DISPOSICIONES DEL DERECHO NACIONAL.* — Nuestra Constitución nacional consagra algunos derechos fundamentales que, aunque no incluyen específicamente una referencia al acceso a la energía, están directa o indirectamente asociados, en los hechos, a la posibilidad de ese acceso.

Así, podemos mencionar, entre los derechos que la Constitución nacional reconoce, al derecho a trabajar y ejercer industria lícita (art. 14), a la educación (enseñar y aprender, art. 14), al acceso a una vivienda digna (art. 14 bis). Entre los nuevos derechos, el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras (art. 41).

En relación específicamente con los derechos de los consumidores de bienes y servicios, el artículo 42 establece el derecho de éstos, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Se ordena a las autoridades proveer a la protección de esos derechos, a la defensa de la competencia, el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos, la constitución de asociaciones de usuarios y su participación en los organismos de control.

Las referencias constitucionales al servicio público son aplicables al suministro eléctrico. La ley 24065, marco regulatorio del sector eléctrico,

califica a la distribución y el transporte de energía eléctrica como servicio público, mientras que la generación es considerada como una actividad de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren su normal funcionamiento.

La calificación de servicio público, en nuestra doctrina administrativista clásica –afiliada a la concepción francesa, que fue recogida en nuestro país en normas de diversa jerarquía y fallos judiciales– supone que la actividad es de titularidad exclusivamente estatal. El Estado puede a la vez delegar su ejecución en particulares a través de concesiones o licencias, sin que ello signifique desprenderse de su responsabilidad como titular ni como regulador y fiscalizador de la prestación<sup>24</sup>.

El marco regulatorio plantea entre sus objetivos principales el de promover “la igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios”. También el de asegurar “que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables”, sólo por marcar algunas de las disposiciones relacionadas con el tema de este trabajo<sup>25</sup>.

En la misma línea, establece que las tarifas deberán proveer “ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa de retorno”, y que “asegurarán el mínimo costo razonable para los usuarios compatible con la seguridad del abastecimiento”.

Un antecedente interesante en relación con el tema que nos ocupa se encuentra en el marco regulatorio eléctrico de la Provincia de Buenos Aires. Allí, a las reglas habituales de la mayor parte de los esquemas aplicables con respecto a la interrupción de servicio por falta de pago, se agrega un concepto de *servicio esencial*, en los siguientes términos: “Esa interrupción y/o desconexión no eximirá al concesionario de la obligatoriedad, que respecto de la prestación del suministro estipule el contrato de concesión, y especialmente en lo que hace al mantenimiento de los servicios esenciales”<sup>26</sup>.

En estos principios tarifarios se apoyan tanto la idea de asequilibidad para los usuarios como la de sostenibilidad económica de la prestación y su infraestructura para la entidad encargada del servicio. Como vimos en el capítulo inicial, la infraestructura acorde a las necesidades y el costo de acceso al servicio son las dos caras de la misma cuestión del derecho al acceso al servicio eléctrico.

<sup>24</sup> MAIRAL (1993) se aparta de esa postura mayoritaria, y sostiene que en realidad el elemento distintivo del servicio público está en la obligatoriedad de su provisión. El prestador del servicio público está compelido a brindar la prestación a todo aquel que lo requiera, sujeto a las limitaciones geográficas y técnicas que se establezcan, en condiciones de trato no discriminatorio. En su lúcida crítica, que ya es un clásico sobre la materia, descarta la teoría francesa por su falta de sustento constitucional en nuestro país y por su raíz más política que jurídica, como también por su inconveniencia en la práctica para el mejor desarrollo de los sistemas de prestación. Véase pp. 359 y ss.

<sup>25</sup> Ley 24065, art. 2°.

<sup>26</sup> Ley 11769, art. 77.

De este repaso del ordenamiento jurídico objetivo de nuestro país, tanto de fuente internacional como nacional, puede concluirse que entre los derechos allí reconocidos como *derechos de todas las personas* no se menciona específicamente al acceso a la energía, pero sí el derecho a ciertos bienes humanos esenciales cuya obtención, en el mundo actual, requiere en muchos casos el abastecimiento de energía y en particular de energía eléctrica: salud, educación, trabajo, participación en los bienes culturales, vivienda digna, ambiente sano. En consecuencia, y en línea con la conclusión del apartado anterior, en la medida en que el abastecimiento de energía eléctrica sea una condición necesaria e insustituible para concretar esos derechos y alcanzar dichos bienes esenciales, el acceso a esa energía debe considerarse comprendido en la misma exigencia que estos y amparado por los mismos mecanismos jurídicos de protección y garantía, es decir, los de un derecho del que toda persona es titular.

## § 5. ESTRUCTURA DE LA RELACIÓN OBLIGACIONAL

Si concluimos entonces que hay un derecho de índole jurídica al acceso a la energía, asociado a su carácter de instrumento indispensable (y en la medida en que es indispensable) para hacer efectivos derechos humanos y alcanzar bienes humanos esenciales, entonces debemos analizar la estructura del vínculo jurídico en el que ese derecho existe. Esto es: el sujeto acreedor, el sujeto obligado o deudor, y el contenido material de la obligación.

En este punto, creo, más que en el reconocimiento conceptual de la energía como derecho, suelen presentarse los mayores malentendidos y desacuerdos.

a) *ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA*. — En cuanto al *sujeto acreedor* puede decirse, en términos generales, que el acreedor del derecho a acceder a la energía eléctrica es el mismo sujeto que es acreedor de los derechos esenciales para los que la energía eléctrica es un instrumento indispensable: “toda persona”.

Pero si nos referimos más precisamente a la pregunta de quiénes son los titulares de un derecho subjetivo a exigir una prestación a cargo de otro u otros sujetos destinada a lograr que aquellos tengan acceso a la energía, debemos prestar atención a la delimitación que planteamos más abajo respecto al contenido de la obligación. De esta se deriva que los sujetos acreedores de tal prestación son *las personas que no se encuentran en condiciones de acceder a la energía con sus propios recursos o medios*, ya sea por causas económicas o por razones físicas o técnicas relativas a la infraestructura y recursos primarios disponibles.

El *sujeto deudor* de esta prestación es la comunidad de la que el sujeto acreedor forma parte, a través del Estado. A él se atribuyen estas obligaciones en los tratados y normas constitucionales reseñadas, y es también el

Estado el que, al calificar legalmente una actividad como servicio público (en el caso, la distribución y el transporte de electricidad), asume –según la concepción imperante en nuestro sistema jurídico– la titularidad exclusiva de esa actividad, que eventualmente puede ejecutar con la colaboración de terceros autorizados (concesionarios o licenciataria) pero sin desprenderse de las responsabilidades y potestades que esa titularidad le impone.

El objeto de la obligación, su *contenido material* o prestación, son las medidas y acciones necesarias, según las circunstancias del caso, para poner al sujeto acreedor en condiciones de tener acceso a la energía. Las acciones del Estado deben asegurar que el acceso a la energía sea suficiente y adecuado para alcanzar los bienes básicos protegidos (salud, conocimiento, vivienda digna, trabajo, etc.).

Sobre cada uno de estos tres elementos constitutivos de la relación jurídica obligacional conviene hacer aquí algunas consideraciones adicionales.

b) *PRECISIONES CON RELACIÓN AL SUJETO ACREEDOR.* — Para la determinación del sujeto acreedor debe prestarse atención al contenido específico de la obligación y del sentido y propósito (causa fin) de este derecho, que es lograr que todas las personas accedan a la energía eléctrica.

El concepto de los derechos humanos prestacionales viene a proteger a aquellos miembros de la comunidad que, en el contexto de la interacción social y mediante los mecanismos generales con que se desenvuelve esa sociedad y su economía, no están en condiciones de alcanzar esos bienes básicos por sí mismos. Esto implica que no lo están por circunstancias ajenas a su voluntad o su esfera de control y de posibilidades, aspecto que no debe soslayarse en la caracterización del concepto.

Como consecuencia de lo dicho, en la medida en que las personas se encuentren ya por sus propios medios en condiciones de contar con ese abastecimiento y que por lo tanto no estén comprendidas por la situación de hecho que justifica la exigencia a terceros, no estarán alcanzadas por el derecho a que tal abastecimiento sea asegurado por acciones positivas del Estado.

Esto no implica que la autoridad no pueda adoptar adicionalmente medidas de promoción en favor de otros sujetos en miras del bien común (por ej., entidades de bien público, iglesias, etc.). Pero no se tratará ya de acciones destinadas a satisfacer el derecho de todas las personas a acceder a un suministro eléctrico que permita la satisfacción de sus derechos esenciales, sino de otras acciones públicas válidas y en muchos casos deseables, en la medida en que existan y se pongan a disposición los recursos que esas acciones requieran.

Con respecto a la identificación específica de los destinatarios de la prestación (individuos u hogares), los distintos regímenes de tarifas diferenciales o tarifas sociales implementados en nuestro país y en el exterior, con los que se buscó satisfacer el derecho de acceso a la energía de los sectores de menores recursos, han establecido parámetros objetivos de inclusión y exclusión fundamentalmente referidos a los ingresos económicos del miem-

bros del hogar<sup>27</sup>, en algunos casos reservándose la autoridad la potestad de extender el beneficio a otros casos de personas en situación de necesidad no contemplados en aquellos parámetros generales.

En los países con mayor trayectoria en el desarrollo del concepto de *pobreza energética* las pautas para la inclusión de beneficiarios van siendo cada vez más complejas, con el fin de focalizar adecuadamente en los sectores necesitados. En la etapa inicial, en el Reino Unido, donde tomó forma este concepto en los años noventa, se consideraba en situación de pobreza energética a los hogares cuyos servicios de energía eléctrica y gas natural insumieran más del 10 % de sus ingresos. En la actualidad, varios países de Europa mantienen este tipo de parámetros junto con otros referidos a las condiciones de salud del usuario, pertenencia a ciertos segmentos económico-sociales, y las condiciones de eficiencia económica del hogar (aislamiento térmico) y los equipos de consumo energético (heladeras, equipos de calefacción, acondicionadores de aire, etc.)<sup>28</sup>.

Se trata de esquemas tendientes a una correcta focalización de la ayuda estatal para asegurar el acceso de todos a la energía. A diferencia de ellos, las políticas de acceso a la energía basadas en tarifas generales insuficientes para cubrir los costos del servicio que reciben los usuarios, complementadas habitualmente con un régimen de subsidios tendiente a cubrir normalmente una parte de esa diferencia de costos, extiende la asistencia a todos los habitantes, con independencia de sus necesidades.

Esa aparente gratuidad parcial y generalizada merece algunas observaciones desde el punto de su fundamentación conceptual, más allá de las objeciones que habitualmente recibe por sus consecuencias prácticas negativas con relación a la calidad y seguridad del abastecimiento, el estímulo a la inversión, el autoabastecimiento y la necesidad de importaciones, la balanza comercial del país, la disponibilidad de divisas, el déficit fiscal, y por lo tanto en la inflación y los niveles de pobreza (que supone, a su vez, más personas necesitadas de la prestación estatal).

La primera de esas objeciones surge a la luz de la *justicia distributiva*. Ésta rige el vínculo entre la comunidad y sus miembros con relación al bien común conforme al principio de proporcionalidad, determinado fundamentalmente (no exclusivamente) por el criterio de *necesidad*. Este principio

<sup>27</sup> El mencionado régimen de “Tarifa Social Federal” estableció los siguientes parámetros de inclusión en el beneficio: ingresos menores a dos veces el salario mínimo, vital y móvil; jubilados y pensionados; monotributistas inscriptos en el monotributo social; empleados del servicio doméstico; personas que cobren seguro de desempleo; beneficiarios de programas sociales; personas con discapacidad; titulares de pensión vitalicia a veteranos de Malvinas. Se establecieron además los siguientes criterios de exclusión: propietarios de más de un inmueble o de aeronaves o embarcaciones de lujo, o de automotor de hasta 10 años de antigüedad (salvo discapacidad).

Citamos como ejemplo nuevamente este régimen, ya que brindó algunos resultados positivos aun cuando la práctica demostró que el sistema de inclusión y exclusión generaba un margen de error que era necesario.

<sup>28</sup> Sobre este tema puede verse el *Energy Poverty Handbook*, publicado por la UNIÓN EUROPEA (2016), entre otros trabajos dentro del abundante material disponible en la web.

gobierna la asignación de las cargas que debe soportar cada uno los miembros de esa comunidad para contribuir con el bien común –los *deberes de cooperación*– y la asignación de bienes comunes a los particulares –los *deberes de distribución*, a cargo de la autoridad–<sup>29</sup>. En términos del *principio de diferencia* de Rawls, el Estado –limitado en sus recursos– debe asignar sus aportes de manera tan diferenciada como sea necesario para equiparar la situación de los más vulnerables y asegurarles el mismo espacio de libertades del que goza el resto.

La distribución de recursos públicos que resulta de un sistema de gratuidad parcial y subsidios generalizados como el descrito, a diferencia de un esquema de subsidios focalizados en los sectores vulnerables, como lo demuestran diversos estudios económicos, resulta injusta y regresiva. Beneficia más a los que no necesitan la asistencia que a aquellos que sí precisan de la ayuda estatal, agravando así la situación de desigualdad entre ellos<sup>30</sup>.

Por otro lado, desde la perspectiva de la obligación de cooperación de los particulares, la situación de muchos contribuyentes que pagan sus impuestos para aportar a los bienes comunes administrados por el Estado también resulta distributivamente injusta bajo el sistema descrito. En efecto, los contribuyentes, incluidos los de menores recursos, que afrontan la carga de pagar impuestos al consumo de bienes de primera necesidad, terminan aportando por esa vía a un fondo público que luego es utilizado mayormente para subsidiar a los de mayores recursos. Una situación aún más paradójica se da en el caso del servicio de gas natural, que solo reciben dos tercios de los hogares del país. El esquema de subsidios generalizados implica que el tercio restante –privado de ese servicio por falta de infraestructura y obligado a acudir a sustitutos más caros y dificultosos, como las garrafas de GLP (gas licuado de petróleo)– soporte en parte el costo del consumo de la población beneficiada por el servicio de gas por redes.

Una segunda objeción surge del contraste con el *principio de subsidiariedad*. Un sistema de gratuidad parcial y subsidios generalizados, más allá de la dilapidación de recursos públicos que implica, contraviene el principio de subsidiariedad, ya que supone, en el caso de los usuarios que no necesitan el subsidio, que el Estado toma a su cargo aquello que los propios particulares pueden hacer.

<sup>29</sup> La denominación de *deberes de distribución* y *deberes de cooperación* fue tomada de MASSINI CORREAS (2018), pero vale aclarar que este destacado autor y profesor adhiere a la idea de que estos últimos están regidos por el principio de “justicia legal o general”. FINNIS opina que el vínculo de carácter distributivo entre el Estado y los particulares se rige por la justicia distributiva, guiada por el principio de proporcionalidad, tanto para la asignación de las cargas como de los beneficios de los bienes comunes.

<sup>30</sup> Diversos estudios económicos muestran que el sistema de subsidios tarifarios generalizados que rigió hasta diciembre de 2015 y se retomó en 2019, luego de un proceso de regularización que no llegó a completarse, resultó en una asignación de dinero público muy superior para los sectores de mayores recursos y de mayores consumos de energía, por lo que bien se ha calificado a ese sistema como “pro-rico”. Puede verse este análisis en GIULIANO *et al.* (2020).

El principio de subsidiariedad es una regla de actuación tendiente a evitar que la comunidad, a través del Estado, anule la iniciativa privada –asociada al atributo humano de libertad– y el esfuerzo y responsabilidad individual, que es un aspecto central de la plena realización humana. FINNIS señala al respecto que la realización humana incluye participar en las acciones que deben realizarse para alcanzar los bienes. El hombre no encuentra su realización únicamente en el goce de los bienes esenciales, sino también por participar en el esfuerzo para su obtención. El bien común, que surge de la voluntad de los miembros de la comunidad con el objeto de facilitar y promover la realización humana de cada uno de sus miembros, no puede terminar absorbiendo a sus miembros de tal forma que anule su realización.

c) *EL SUJETO OBLIGADO. EL ESTADO COMO DEUDOR Y EL ROL DE LAS EMPRESAS.* — Ya se dijo arriba que el sujeto deudor de esta prestación es la comunidad de la que el sujeto acreedor forma parte, a través del Estado. El Estado es administrador de los bienes públicos con los que deben satisfacerse los derechos sociales y económicos, y para ello recauda de los miembros de la comunidad sus contribuciones. Por ello, como se señaló arriba, asume el compromiso de reconocer, respetar y cumplir esos derechos, tal como surge de los tratados internacionales reseñados, de las pautas constitucionales dispuestas en el mismo sentido, y de las leyes por las que se le atribuye la titularidad exclusiva de los servicios públicos.

Cuando la ejecución de los servicios públicos, como los de *transporte y distribución* de energía, ha sido encomendada a empresas privadas, éstas actúan meramente a título de contratistas del Estado, para colaborar con éste en el marco de un contrato de concesión o licencia que establece condiciones sinalagmáticas, una ecuación económico-financiera entre las prestaciones y contraprestaciones, regida ya no por los principios de la justicia distributiva (aun cuando una de las partes sea el Estado y se le apliquen normas de derecho público) sino por los de la justicia conmutativa, en particular el principio de equivalencia de valor entre lo que se da y lo que se recibe<sup>31</sup>.

En el caso de las empresas *generadoras* de energía, aunque conforme a nuestro régimen no ejecutan un servicio público, sino una actividad de

<sup>31</sup> La ley 24065 lo prescribe en estos términos: “Los servicios suministrados por los transportistas y distribuidores serán ofrecidos a tarifas justas y razonables, las que se ajustarán a los siguientes principios:

”a) Proveerán a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente, la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa de retorno determinada conforme lo dispuesto en el artículo 41 de esta ley (. . .)” (art. 40); “Las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán posibilitar una razonable tasa de rentabilidad, a aquellas empresas que operen con eficiencia. Asimismo, la tasa deberá: a) Guardar relación con el grado de eficiencia y eficacia operativa de la empresa; b) Ser similar, como promedio de la industria, a la de otras actividades de riesgo similar o comparable nacional e internacionalmente” (art. 41).

interés general asociada a un servicio público y sujeta a regulaciones que aseguren su normal funcionamiento, y por ende no actúan como contratistas del Estado, puede concluirse lo mismo: sus ventas de energía en el mercado mayorista para que los distribuidores abastezcan a la población son contratos típicamente conmutativos, regidos por el principio de equivalencia de las prestaciones (y en este caso, enmarcados en el derecho privado)<sup>32</sup>.

Las formas de la justicia (planteadas por Aristóteles y retomadas por Santo Tomás de Aquino) implican en cualquier caso “dar a cada uno lo suyo”, según los distintos criterios que inspiran cada forma (distributiva o conmutativa), cada una en su ámbito de aplicación, según el tipo de relación de que se trate. El concepto de justicia conmutativa que rige los contratos, y que torna *injusto* el incumplimiento de éstos, apunta al núcleo de la posibilidad de coexistencia entre los hombres<sup>33</sup> y es tan necesario para la realización humana en sociedad como la justicia distributiva, ya que sin los contratos sería imposible (o injusto) el trabajo humano y todos los beneficios que resultan de él.

Los actos de la autoridad que desconocen o transgreden estos contratos, obligando a las empresas —en el caso de la energía y los servicios públicos— a percibir una remuneración menor a la pactada en el marco de la ley, con pretendido fundamento en la función social de las empresas y en la calificación de la energía como un derecho de todas las personas, aun cuando se presenten públicamente como una ventaja obtenida (extraída) a favor de la comunidad, se oponen al principio de justicia y por ende al bien común. Y en la práctica terminan produciendo las consecuencias que la experiencia nos enseña: el declive de las inversiones y, al final del camino, interrupciones, falta de suministro y costos adicionales por la ineficiencia del esquema. Es decir, restricciones estructurales para dar cumplimiento al *derecho* que esas medidas venían supuestamente a facilitar.

Es indudable que las empresas tienen un rol social fundamental. Ese rol tiene que ver con potencialidades típicamente propias de la empresa privada: capacidad de inversión, innovación tecnológica, eficiencia. Estas capacidades generan beneficios que deben repercutir no solo en favor de las utilidades de la empresa sino también de la comunidad a través de reducción de costos para los consumidores, mejoras de calidad y seguridad de los servicios que reciben, nuevas posibilidades tecnológicas que amplíen las opciones de los usuarios, rapidez de respuesta frente a eventos problemáticos, mayor cuidado del ambiente mediante equipamiento moderno y eficiente, etc. En el caso de las empresas de energía, además, es indudable que las características de su actividad les imponen además tomar clara conciencia sobre el impacto social de sus servicios, y una prudencia especial en sus acciones, considerando los bienes humanos que están en juego detrás de la prestación.

<sup>32</sup> Así surge de los arts. 1° y 6° de la ley 24065 y los arts. 3° y 4° de la ley 15336.

<sup>33</sup> PIEPER (1988) pp. 131 y ss.



Pero extender ese rol pretendiendo que la responsabilidad social de las empresas, por dedicarse a la energía (como podría ocurrir con otras actividades necesarias para satisfacer derechos esenciales, como la producción de alimentos, los servicios de comunicaciones, etc.), las convierte en nuevos sujetos deudores de los derechos humanos económicos y sociales, y que entonces deben suplir al Estado en las obligaciones que en realidad le son exclusivamente propias como administrador de los bienes públicos, implica alterar injustamente la distribución de cargas de la sociedad, en violación del principio de igualdad. Lejos estaremos con ello de beneficiar a la sociedad, ya que la empresa, desnaturalizado su rol, pierde su capacidad para cumplir su verdadera función, lo que se verá reflejado a mediano o largo plazo en restricciones para el acceso a un abastecimiento adecuado. Sobre eso se vuelve en la sección siguiente.

d) *EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN (LO DEBIDO)*. — El objeto o contenido material estará dado, como se dijo, por las acciones necesarias, según las circunstancias del caso, para poner al sujeto acreedor en condiciones de tener acceso a la energía, en la medida y forma adecuadas para asegurar que el acceso a la energía sea suficiente y adecuado para alcanzar los bienes básicos protegidos.

En este sentido la ONU acoge como definición del acceso a la energía el siguiente fragmento: “la disponibilidad física de servicios modernos de energía para satisfacer las necesidades humanas básicas, a costos asequibles y que incluyen la electricidad y artefactos mejorados como las estufas para cocinar. Estos servicios energéticos deben ser fiables, sostenibles y, de ser posible, producto de la energía renovable u otras fuentes energéticas con bajo nivel de emisiones de carbono”<sup>34</sup>.

Por su lado, la Agencia Internacional de Energía (IEA) considera que un hogar tiene acceso a la energía cuando “tiene acceso confiable y asequible a combustibles o tecnologías no contaminantes para cocinar y electricidad suficiente para proveer, inicialmente, un paquete básico de servicios energéticos, y posteriormente, un nivel creciente de electricidad a lo largo del tiempo para alcanzar el promedio regional”<sup>35</sup>.

Como se observa de estas definiciones y de las disposiciones de la Unión Europea reseñadas más arriba, además de la disponibilidad física del suministro, el elemento clave del concepto de acceso al servicio eléctrico es su asequibilidad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de la ONU que surge del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en una definición referida al derecho al agua –pero que podría valer como referencia para otros servicios esenciales– estableció que el bien en cuestión “debe estar al alcance de todos” y definió que los costos

<sup>34</sup> ONU (2012).

<sup>35</sup> IEA (2017).

y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento “deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto”.

En similar sentido, como se indicó más arriba, las definiciones básicas de pobreza energética más tradicionales comparan directamente los ingresos del hogar con el costo de las facturas mensuales de electricidad y gas, y fijan parámetros porcentuales máximos, superados los cuales se estará en situación de pobreza energética, aunque, como dijimos, luego intervienen otros indicadores, como vivienda eficiente y energía limpia<sup>36</sup>.

En definitiva, la prestación del Estado deberá adoptar la forma necesaria para generar las condiciones que posibiliten al sujeto acreedor el acceso a la energía, sea reformulando ciertas reglas de funcionamiento del sistema, construyendo o financiando la infraestructura necesaria, promoviendo el reemplazo de equipos de consumo por otros más eficientes y menos contaminantes, estimulando o financiando obras de eficiencia energética en los hogares, o generando los beneficios tarifarios o subsidios u otros beneficios económicos necesarios para la asequibilidad económica del suministro, según en cuál de esos aspectos resida la restricción y las consecuencias secundarias de cada uno (ya que las medidas que terminen fomentando el consumo implicarán un impacto ambiental negativo y una mayor necesidad de inversiones para ampliar la capacidad del sistema).

Así, por ejemplo, el régimen de tarifa social federal creado en 2016 estableció un beneficio consistente, en el caso de la energía eléctrica, en un volumen de energía gratuito (en lo referido al costo de la energía incorporado a las tarifas de distribución), considerado suficiente, según los estándares de consumo, para cubrir necesidades básicas de un hogar, y otro volumen igual tarifado a la mitad de su valor regular<sup>37</sup>. Otro esquema es el adoptado por el denominado “Programa Hogar”<sup>38</sup>, destinado a usuarios de bajos recursos económicos que no cuentan con el servicio de gas por redes, por el cual se otorga un subsidio directo –transferencias de dinero– a dichos consumidores, por los montos definidos por la autoridad equivalentes al precio de compra de cierto número de garrafas de GLP fijado a estos fines a valores diferenciales.

En otros casos la ayuda estatal se enfocó en el financiamiento de obras para la conexión domiciliaria a la red de gas para el caso de usuarios que carecían de recursos para afrontar su costo (programa denominado “Mejor Hogar”). Otros programas han facilitado el reemplazo de lámparas ineficientes por otras de bajo consumo, y se han planteado ya algunos proyectos

<sup>36</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (2003).

<sup>37</sup> El régimen de “tarifa social federal”, establecido por la resolución MinEM 6/2016 y sus modificatorias, otorgaba a los beneficiarios un volumen de energía gratuito de 150 kw/h por mes, más un volumen igual tarifado al 50 % de su valor regular. Ese volumen se duplicaba para las provincias del Noreste, que no cuentan con el servicio de gas natural y en las que, por lo tanto, la electricidad se usa generalizadamente con fines de calefacción.

<sup>38</sup> Creado en marzo de 2015 por el decreto 470/2015 y reglamentado por la resolución 49/2015 de la Secretaría de Energía.

tendientes a fomentar acciones de eficiencia energética en los hogares, especialmente de los sectores vulnerables, para reducir las necesidades de consumo energético básico, políticas que en Europa y en algunos países de otras regiones tienen ya un amplio desarrollo a través de la creación de mercados de certificados de eficiencia energética (o “certificados blancos”).

En todos los casos se trata, por supuesto, de paliar situaciones de pobreza y vulnerabilidad social que exceden en mucho el aspecto específico del acceso a la energía pero que facilitan al menos contar con un recurso sin el cual esas situaciones se agravarían, y que es condición indispensable para toda iniciativa y posibilidad efectiva de superación.

## § 6. DERECHOS HUMANOS Y MERCADO

En cualquier caso, es evidente que la consideración del acceso a la energía como un derecho esencial plantea un serio desafío a la sociedad acerca del modo en que asume el esfuerzo común necesario para afrontar los costos que implica satisfacerlo. Las políticas que implícitamente intentan desconocer o postergar ese costo, como cualquier negación de un problema, lo agravan y encarecen la solución.

Sobre este punto, BURGESS *et al.* presentan una tesis interesante y paradójica al mismo tiempo<sup>39</sup>. Sostienen que los países que han declarado a la electricidad como un derecho socavan, por esa misma razón, la posibilidad del acceso universal a un suministro confiable. Se refieren al derecho al acceso como un derecho a recibir la energía eléctrica con independencia de su pago. Comparan la cobertura del servicio en relación con los países que han permitido que la energía sea objeto de transacciones comerciales en el contexto de un mercado, y destacan que éstos han logrado un grado de bienestar en cuanto al acceso a la energía muy superior a los primeros.

El artículo citado identifica los siguientes pasos en esa dirección:

1) Como la energía es considerada un derecho, los subsidios, hurtos y falta de pago es ampliamente tolerada. Las facturas que no cubren los costos, las facturas impagas y las conexiones clandestinas se convierten en una parte aceptada del sistema.

2) Las compañías de distribución pierden dinero con cada unidad de energía vendida, y acumulan pérdidas de grandes montos. Aunque el gobierno hace aportes, en algún momento aparecen las restricciones de presupuesto.

3) Las empresas de distribución comienzan a racionar el abastecimiento o a limitar el acceso y restringir las horas de suministro.

4) La energía deja de ser objeto de transacciones de mercado.

Cabe preguntarse, sin embargo, si el problema está en la calificación del acceso a la energía como un derecho de la persona y un deber del Estado,

<sup>39</sup> BURGESS *et al.* (2020).

o en las herramientas que los países eligen para satisfacerlo, y la seriedad, consistencia y cumplimiento de las reglas adoptadas con ese fin.

En este sentido, es interesante observar el ejemplo de la Unión Europea, cuya regulación reconoce el carácter esencial del acceso a la energía como condición para el acceso a otros bienes básicos que pueden considerarse como derechos humanos, pero no por ello ha descartado sino que, por el contrario, ha impulsado mecanismos de mercado para satisfacerlos, con resultados que distan mucho de los que el estudio citado muestra en los países allí analizados.

Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) no menciona específicamente el derecho a la energía, en 1988 el tribunal de apelaciones en Bruselas abordó esta cuestión en el marco del artículo 3 –prohibición de tratos degradantes– de esa convención y determinó que las autoridades públicas tienen la obligación de *garantizar el suministro energético en el marco de los servicios sociales*<sup>40</sup>, exigencia que fue luego incorporándose a distintos instrumentos normativos.

Sin embargo, como dijimos, tal exigencia no ha impedido en ese ámbito mantener e impulsar mecanismos de mercado para darle satisfacción, acompañados de políticas sociales para que los beneficios del mercado lleguen a todos.

El sector de la energía eléctrica en la Unión Europea se configuró como un mercado competitivo, con precios determinados libremente. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que los servicios de interés económico general (servicios de energía, en este caso) actúen especialmente con arreglo a principios y condiciones económicas y financieras (art. 14)<sup>41</sup>.

El marco de la UE presenta así dos aristas que, contra lo que podría parecer, armonizan el derecho a la energía como bien esencial junto con herramientas de organización económica para realizar ese derecho: por un lado, *los consumidores vulnerables tienen derecho a no ser desconectados de la red y a que se les garantice el suministro de electricidad necesario*. Por otro lado, los usuarios tienen derecho a la libre elección del proveedor, y se

<sup>40</sup> *Cour d'appel de Bruxelles* (1988).

<sup>41</sup> En cuanto al mercado interno de la energía, la base jurídica de su regulación es el artículo 194 del TFUE, que consolidó y clarificó las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la energía. De conformidad con el artículo 194 del TFUE, los principales objetivos de la política energética de la UE son los siguientes: garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la UE; fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y fomentar la interconexión de las redes energéticas.

Desde 1996 se vienen adoptando distintas medidas con el fin de armonizar y liberalizar el mercado interno de la energía. Estas medidas buscan el desarrollo de un mercado competitivo, no discriminatorio, y con precios basados en el juego de oferta y demanda. Estos son los medios elegidos para asegurar el acceso a la energía y combatir la pobreza energética. En junio de 2019 se aprobó un cuarto paquete energético, que incluye a la Directiva (UE) 2019/944 sobre la electricidad.

prevé también, entre otras cosas, que *las tarifas reguladas destinadas a los consumidores vulnerables tiendan a desaparecer*.

Es interesante en ese aspecto el desarrollo de los fundamentos planteados en la Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo sobre el mercado de electricidad. El considerando 22 señala: “Los Estados miembros deben mantener una amplia discreción al imponer obligaciones de servicio público a las empresas de electricidad para la consecución de objetivos de interés económico general. Los Estados miembros deben garantizar que los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas tengan derecho a un suministro de electricidad de una calidad determinada a unos precios claramente comparables, transparentes y competitivos. No obstante, las obligaciones de servicio público en forma de fijación de precios para el suministro de electricidad constituyen básicamente una *medida de falseamiento que a menudo conduce a la acumulación de déficits tarifarios, a la limitación de la elección del consumidor, a escasos incentivos para el ahorro energético y para inversiones en eficiencia energética, a menor calidad de servicio, a menores niveles de compromiso y satisfacción del consumidor, a la restricción de la competencia así como a productos y servicios menos innovadores en el mercado*<sup>42</sup>. Por consiguiente, los Estados miembros deben aplicar otros instrumentos políticos, en particular medidas de política social específicas, a fin de salvaguardar la asequibilidad del suministro de electricidad a sus ciudadanos. Las intervenciones públicas en la fijación de los precios de suministro de electricidad deben aplicarse únicamente como obligaciones de servicio público y con sujeción a las condiciones específicas establecidas en la presente Directiva. Un mercado de la electricidad minorista plenamente liberalizado que funcione adecuadamente estimularía la competencia basada en el precio y en aspectos no tarifarios entre los suministradores existentes y dando incentivos para nuevos participantes en el mercado, mejorando de este modo la elección y la satisfacción de los consumidores”.

Específicamente la Directiva 944 citada establece respecto de la situación de los clientes vulnerables (art. 28), entre otras disposiciones, que “los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas, tales como planes nacionales de acción en materia de energía, prestaciones en el marco de regímenes de seguridad social para *garantizar el necesario suministro de electricidad a los clientes vulnerables* o el apoyo a mejoras de la eficiencia energética (. . .), con el fin de atajar la pobreza energética donde se haya constatado, también en el contexto más amplio de la pobreza en general. Estas medidas no impedirán la apertura efectiva del mercado a que se refiere el artículo 4 ni el funcionamiento del mismo . . .”.

En la mencionada Directiva también se dispone que los proveedores de electricidad podrán determinar libremente el precio al que suministran electricidad a los clientes; y que “Los Estados miembros garantizarán la protección de los clientes en situación de pobreza energética o vulnerables

<sup>42</sup> Los destacados que corresponden a este texto legal son agregados.

de manera específica, *por medios distintos de las intervenciones públicas en la fijación de precios* para el suministro de electricidad” (art. 5°).

En síntesis, los países de la Unión Europea, como muchos otros países, ven al mercado –actuando en el marco de regulaciones adecuadas y acompañadas de políticas sociales para equiparar la situación de los más desventajados– como el tipo de organización económica que mejor provee a la satisfacción de la necesidad de todas las personas de tener acceso a la energía.

En nuestro país, las medidas regulatorias que los gobiernos han ido tomando en el contexto de las sucesivas leyes de emergencia dictadas a partir de 2002 no parecen considerar esos mismos criterios.

Sin embargo, es claro que los instrumentos que prevé la ley 24065 para lograr los objetivos de acceso al servicio, más allá de la calificación de servicio público y del rol preminente del Estado en la regulación y el control, son esencialmente mecanismos de mercado. Eso puede observarse de la propia declaración de objetivos de la ley (art. 2°), entre los que se incluyen: “promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad y alentar inversiones distribución y uso eficiente de la electricidad fijando metodologías tarifarias apropiadas”, y “alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible”.

Indudablemente, para que estos instrumentos de mercado logren el objetivo de poner al alcance de todos un suministro seguro y asequible, es necesario que éstos vayan acompañados de políticas sociales destinadas a los sectores vulnerables. La ley 24065 –seguramente por el contexto histórico y político en que fue sancionada– no cubrió este plano. Pero esto no necesariamente es un defecto de la ley. Bien podría decirse que las políticas sociales de acceso a todos los servicios esenciales, para su mayor eficacia, deberían estar unificadas y no formar parte de los marcos regulatorios específicos de cada actividad.

#### § 7. LA POSIBILIDAD DE HACER EFECTIVA LA EJECUCIÓN DE LAS EXIGENCIAS PRESTACIONALES MEDIANTE LA VÍA JUDICIAL

Como se dijo más arriba, los derechos económicos, sociales y culturales han sido reconocidos dentro del ámbito de los derechos humanos mediante pactos internacionales que nuestro país ha receptado, en la mayoría de los casos, con jerarquía constitucional. Ello implica que los titulares de tales derechos tienen el poder de acudir a los tribunales para exigir su satisfacción si ésta no se ha concretado por otras vías (sea por medidas de los otros poderes públicos o por la simple interacción social y económica de la sociedad).

Se ha puesto en debate la facultad de los jueces de resolver este tipo de reclamos emitiendo órdenes a los otros poderes –habitualmente a la Administración– para que ejecuten las prestaciones necesarias para satisfacer esos derechos. Los jueces tienen que hacer cumplir el derecho vigente, que

incluye ciertos derechos esenciales, cuya satisfacción a veces requiere acciones urgentes. A la vez, se encuentran limitados en sus facultades por la competencia de los restantes poderes: el Legislativo, para delinear los objetivos del Estado y el presupuesto asignado a cada uno de ellos (lo que implica también establecer prioridades); el Ejecutivo, para definir los programas específicos de acción a fin de darles cumplimiento efectivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó importantes estándares para definir el alcance del obrar judicial frente a este tipo de situaciones, en una causa sobre acceso a la vivienda de una madre y su hijo menor discapacitado, ambos en situación de calle, en el caso *Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*<sup>43</sup>.

Vale la pena un repaso textual de algunas consideraciones del fallo, centrales para nuestro tema: “La primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. En tal sentido esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios (. . .). Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, y sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces. (. . .) El reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes” (del voto del juez Enrique Santiago Petracchi).

“La demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales” (del voto del juez Petracchi).

“Cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad –en el caso la actora y su hijo menor discapacitado se encuentran en ‘situación de calle’– que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2° del Pacto Internacional de los De-

<sup>43</sup> *Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* (2012).

rechos Económicos, Sociales y Culturales, presunción que no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes, pero sí implica que aquel debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos” (del voto del juez Petracchi).

“Sólo le corresponde al Tribunal, en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos, debiendo el gobierno local establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo” (del voto de la jueza Carmen M. Argibay).

Es interesante notar que el tribunal valoró en el caso la extrema urgencia de la situación puntual tratada en esta causa, y la exigencia que impuso a la autoridad administrativa se adecua a la gravedad y el alcance de esa situación particular, evitando sustituir a los otros poderes del Estado en la determinación de los medios y medidas para la solución específicamente exigida y menos aún para los criterios generales con que deben encararse las políticas del Estado en la materia<sup>44</sup>.

Más allá de ello, es evidente que, dado el carácter esencialmente limitado de los recursos estatales, los programas y proyectos destinados a los distintos derechos humanos –especialmente los prestacionales– *se disputarán* esos recursos, por lo que las decisiones judiciales que dispongan medidas para su satisfacción terminan incidiendo en la política presupuestaria<sup>45</sup>.

Esta situación pone en evidencia la necesidad de coordinación en la atención de los distintos derechos humanos (especialmente los de tipo prestacional) para la asignación adecuada de los recursos públicos necesarios para darles cumplimiento. Asimismo, teniendo en cuenta la ponderación de los legisladores, dentro del marco de la norma fundamental.

Las decisiones judiciales en este marco pueden contribuir a impulsar la atención de las otras autoridades para materializar o acelerar la ejecución

<sup>44</sup> No parece tan riguroso el criterio de análisis ni del alcance del pronunciamiento en la sentencia del máximo tribunal dictada en el caso *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo* (2016), relativo a tarifas de gas natural, más allá de que este último era un proceso colectivo. En el citado caso se concluyó que las nuevas tarifas resultaban “confiscatorias”, sin examen probatorio alguno de las alegaciones genéricas en las que se apoyaba y sin considerar, al menos en el texto del fallo, ningún análisis técnico ni económico en relación con la incidencia real de las nuevas tarifas en la economía de los hogares ni en la economía del país. A partir de ello estableció pautas de política general en materia tarifaria, sin base normativa. Sobre ese fallo, es interesante el análisis de GARCÍA-MANSILLA (2017).

<sup>45</sup> DEL CARRIL (2012) p. 78, quien atribuye este hecho de incidencia judicial en la política presupuestaria (tradicionalmente exclusiva de los poderes políticos) a la crisis de representación de las clases políticas, además de la mayor complejidad de la sociedad actual.



de medidas y programas de política pública y la asignación de recursos adecuados por parte del Congreso. Algunos autores que han profundizado sobre el tema propician el concepto de *justicia dialógica*, que supone una mirada menos rígida y más colaborativa y coordinada del principio de división de poderes<sup>46</sup>.

Entre los principales ejemplos de justicia dialógica en nuestro país puede mencionarse la causa *Mendoza* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las instrucciones judiciales emitidas en ese marco para que la administración nacional, en colaboración con la provincial y la de los municipios afectados, desarrolle programas de trabajo para la solución de los problemas ambientales existentes en la cuenca del río Matanza-Riachuelo, como también la causa *CEAMSE* ante la Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Pero esto *no está libre de riesgos institucionales*. En la práctica, frente a reclamos individuales o colectivos, cuando los jueces definen por sí las acciones específicas que deben adoptar los otros poderes, y les imponen plazos o condiciones de ejecución definidas, pueden quedar alteradas las prioridades decididas democráticamente por los legisladores. Surge la posibilidad de “saltarse la fila” por vía del reclamo judicial<sup>47</sup>.

Aunque resulte totalmente comprensible que cada individuo busque por ese camino cubrir la necesidad acuciante que está detrás de un derecho esencial insatisfecho, desde el punto de vista social e institucional tenemos el desafío de diseñar mecanismos que permitan coordinar esas acciones con el conjunto de programas de gobierno, de manera que optimicen –y no perjudiquen– la realización más armónica posible de los distintos derechos fundamentales en juego.

## § 8. DERECHOS HUMANOS Y DEBERES HUMANOS

Desde hace años se viene planteando a nivel global que existe una suerte de “inflación de derechos”, a partir de una proliferación de reivindicaciones sociales que, válidas o no, pasan a postularse como derechos fundamentales y tienden a ser reconocidos rápidamente con ese carácter por algunos jueces.

La propagación de reclamos planteados como derechos por miembros de la comunidad se da también en un contexto cultural proclive a exigir todo al Estado o esperar todo de él; un Estado idolatrado y supuestamente omnipotente, pero que en realidad tiene muchas limitaciones para satisfacer las demandas de una sociedad cada vez más compleja y que, por supuesto, solo puede sostener sus compromisos en la medida en que los recursos necesarios sean aportados por el resto de la comunidad, que muchas veces se pregunta por qué otros pueden exigirle la satisfacción de sus propias necesidades.

<sup>46</sup> GARGARELLA (2014) pp. 119 y ss.

<sup>47</sup> BERGALLO (2014).

Frente a esto, suele surgir como reacción en ciertos casos la inclinación a rechazar la aparición de “nuevos derechos” y, de hecho, es evidente que algunos de estos no pueden caracterizarse como auténticos derechos en el plano jurídico.

En el caso del acceso a la energía eléctrica, por las razones expuestas en este trabajo, creemos válido considerar que, en las condiciones y con las limitaciones explicadas, existe un verdadero derecho. Sin embargo, es posible que, para explicar su fundamentación, como la de otros derechos económicos y sociales, sea más apropiado un enfoque centrado en los *deberes* de la persona humana, antes que la de los derechos<sup>48</sup>.

La idea de los *deberes humanos* parte del reconocimiento de la naturaleza comunitaria de la persona. El individuo no es autosuficiente. Estar relacionado y abierto a los demás forma parte de la esencia humana. Si bien el carácter relacional no anula la individualidad ni implica subordinar la persona a la colectividad, el reconocimiento del otro forma parte del reconocimiento de la propia humanidad.

Simone WEIL, la notable pensadora francesa a quien las autoridades de la Resistencia, en el último tramo de la Segunda Guerra Mundial, le habían encomendado la elaboración de los principios que debían regir la reconstrucción de Francia, adoptó en su obra la perspectiva de los deberes. Incluso a partir de su título: “Preludio para una declaración de los deberes hacia el ser humano”<sup>49</sup>, WEIL sostiene que “la noción de obligación prima sobre la de derecho, que está subordinada a ella y es relativa a ella”. Afirma que “el objeto de la obligación, en el ámbito de las cosas humanas, es siempre el hombre como tal. Hay obligación hacia todo ser humano por el mero hecho de serlo, sin que intervenga ninguna otra condición, e incluso aunque el ser humano mismo no reconozca obligación alguna. (. . .) Esta obligación es eterna. Responde al destino eterno del ser humano”<sup>50</sup>.

FINNIS señala que, si bien no es apropiado sostener que el deber es lógicamente anterior al derecho (o viceversa), “cuando se trata de explicar las exigencias de la justicia, lo cual hacemos refiriéndonos a las necesidades del bien común en sus distintos niveles, hallamos entonces que *hay razón para considerar que el concepto de deber, obligación o exigencia, desempeña un rol*

<sup>48</sup> En este punto, tomo ideas y referencias de PÉREZ (2013). Allí, la autora señala que “el discurso de los derechos humanos (. . .) ha sido forzado hasta el extremo y casi desnaturalizado para insertar en él demandas que parecen excederle y a las que seguramente podría darse mejor acogida con otro tipo de formulaciones. La mayor parte de las exigencias que se manifiestan en el terreno ecológico, en el del desarrollo o en el de la paz, y que se intentan satisfacer a través de los derechos de solidaridad o de tercera generación, se expresarían más acertadamente mediante las categorías del deber y de la responsabilidad, pues implican un tipo de relaciones intersubjetivas y comunitarias e, incluso, un tipo de temporalidad, abierta tanto al pasado como al futuro, difíciles de reconducir a los esquemas jurídicos habituales” (p. 55).

<sup>49</sup> La obra fue editada post-mortem bajo el título *L'Enracinement* (“Enraizamiento” o “Echar raíces”, en las traducciones al castellano).

<sup>50</sup> WEIL (2014) pp. 23 y ss.

*más explicativo y estratégico que el concepto de derechos*<sup>51</sup>. Aclara después que no por eso el concepto de derechos tiene menor importancia o dignidad.

Desde otros fundamentos filosóficos, Hannah ARENDT también pone el acento en la idea de *responsabilidad* para explicar los derechos humanos, y esa responsabilidad está fundada en la pertenencia a *la humanidad*: “La humanidad tanto como ideal religioso como ideal humanista, implica una coparticipación de responsabilidad”<sup>52</sup>. ARENDT vincula los derechos humanos con el evento de la natalidad de cada persona, en el que esa persona recibe *lo dado* –su vida y sus atributos–. De *lo dado* surge la singularidad de cada persona, que debe ser respetada. A la vez, surge un sentido de *gratitud* por lo dado<sup>53</sup>, que lo hace formar parte de la humanidad, con la que queda ligado por la solidaridad y la responsabilidad. La solidaridad es entendida, en este contexto, como principio derivado de la sociabilidad innata del hombre que genera responsabilidades y derechos de justicia distributiva<sup>54</sup>.

ARENDT subraya el concepto de “lo dado” para enfatizar la idea de singularidad de cada persona. Pero creemos que también vale para recordar, en esta cuestión de la responsabilidad por la vida y la dignidad del otro, que cada hombre y mujer ha recibido su vida y los atributos propios de su naturaleza y dignidad (libertad, igualdad, capacidades innatas) de manera gratuita e incondicionada. De esa gratuidad nace un mandato de justicia que resuena en la conciencia humana y que nos obliga a contribuir con nuestro esfuerzo al auxilio de aquel que no puede gozar o resguardar tales bienes humanos, inherentes a su persona. Se trata de un deber moral que, creo, está en la base de la obligación jurídica de contribuir a los bienes comunes para que estos sean distribuidos según el criterio de necesidad; deber que nace de la liberalidad de la que hemos sido beneficiarios, y cuyo cumplimiento en favor de los acreedores de ese débito, por tratarse de la realización de la justicia, constituye parte de nuestro propio bien.

Cabe señalar que la perspectiva de los *deberes humanos* tuvo cierta recepción –escueta– en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, en particular en su artículo 1: “todos los seres humanos (. . .) deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; y fundamentalmente en su artículo 29: “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

La falta de un desarrollo mayor de la idea de los deberes humanos ha sido atribuida a que el objetivo central de esos documentos internacionales y la vocación de los hombres y mujeres que estuvieron a cargo de elaborarlos y darles su orientación conceptual, frente a la experiencia reciente de una gue-

<sup>51</sup> FINNIS (1997) p. 210. El destacado pertenece al original.

<sup>52</sup> BIRMINGHAM (2017) pp. 100 y ss.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> MASSINI CORREAS (2018) recuerda que la palabra “solidaridad” ha tenido y tiene distintos usos y significados. Aquí se emplea como concepto ético generador de deberes morales, que implica una responsabilidad que se basa en el bien común y tiende a él, y que da fundamento a los deberes jurídicos respectivos.

rra cruenta y de violaciones masivas de la dignidad humana, fue establecer fuertes limitaciones al modelo de Estado totalitario que las había provocado. Ese modelo no reconocía límites en las exigencias hacia los individuos, y el concepto de deberes quedó fuertemente asociado a esa experiencia. De esta forma, la idea de los *deberes humanos* como débito hacia los otros por su condición de personas quedó entonces reducida en cuanto a su tratamiento expreso en esos instrumentos y a su desarrollo conceptual en general, pero indudablemente se trata de una perspectiva que ilumina profundamente la comprensión del tema.

### § 9. CONCLUSIONES

1) El abastecimiento de energía eléctrica es un medio por el cual, en nuestro tiempo, las personas obtienen bienes humanos esenciales como la salud (alimentación, agua, calefacción), el conocimiento, la participación en la vida social, el trabajo, el esparcimiento y el ambiente sano. Aunque es un bien de carácter instrumental, en la medida en que sea indispensable para alcanzar los bienes esenciales mencionados, de modo que sin él no es posible disponer y gozar de tales bienes esenciales, merece la misma consideración que estos últimos.

2) El ordenamiento jurídico de nuestro país, especialmente a través de tratados internacionales incorporados a nuestro derecho con rango constitucional, reconoce –como derechos de todas las personas– un conjunto de derechos económicos y sociales, referidos a las condiciones básicas necesarias para asegurarles un ámbito de vida digna que les permita el desarrollo de sus capacidades de manera equitativa con los otros miembros de la sociedad.

Entre esos derechos no se menciona en las normas positivas el acceso a la energía, pero sí el derecho a bienes humanos esenciales cuya obtención, en nuestra forma de vida actual, requiere del abastecimiento de energía y en particular de energía eléctrica, como la salud, la vivienda digna, la educación, el trabajo, la participación en los bienes culturales, el ambiente sano.

En consecuencia, y en la medida en que la energía eléctrica sea una condición necesaria e insustituible para realizar esos derechos y alcanzar dichos bienes esenciales, el acceso a ella debe considerarse comprendido en las mismas exigencias y amparada por los mismos mecanismos jurídicos de protección y garantía provistos por el ordenamiento para tales bienes esenciales. Esto es, el reconocimiento de un derecho subjetivo del que toda persona es titular; derecho de índole jurídica y por lo tanto acompañado del poder de exigir su cumplimiento por la vía judicial.

3) Este derecho supone una exigencia de tipo prestacional, cuyo objeto son acciones positivas de dar o de hacer en favor de los miembros de la comunidad que no se encuentran en condiciones de acceder por sus medios al abastecimiento. Tal prestación implica costos económicos que debe atender la comunidad, a través del Estado, mediante recursos que por definición son escasos.

Frente a ello, la obligación del Estado está sujeta a la limitación dada por la medida de sus recursos. Ello no significa que los derechos analizados no sean operativos, sino que están alcanzados por el mandato de hacerlos efectivos en la *mayor medida posible*, reflejado en las disposiciones de los tratados internacionales citados en materia de derechos económicos y sociales que obligan al Estado a emplear para esos fines el máximo de los recursos disponibles.

4) En la estructura de la relación obligacional en la que el derecho al acceso a la energía se concreta, el sujeto acreedor, el sujeto deudor y el contenido de la obligación deben ser correctamente identificados, para asegurar que las prestaciones destinadas a la realización del derecho se ajusten a los principios que rigen este tipo de vínculo –en particular, las reglas de la justicia distributiva y el principio de subsidiariedad– y para evitar que en la práctica las políticas de gobierno que se implementen en la materia deriven en un deterioro progresivo del abastecimiento y en otras consecuencias indirectas negativas para quienes esas políticas buscaban proteger.

En este sentido, las políticas de tarifas generales insuficientes para cubrir los costos reales del servicio y de subsidios masivos para todos los usuarios, con independencia de su necesidad, en lugar de subsidios focalizados u otras ayudas estatales (como acciones de eficiencia energética en hogares, entre otras) correctamente apuntadas hacia los usuarios en situación de necesidad, se contraponen a los fines y principios mencionados y obstan, en definitiva, a un suministro de energía adecuado y seguro para todas las personas.

5) Los antecedentes reseñados de nuestro país y del exterior muestran que la consideración del acceso a la energía como derecho no determina por sí misma cuáles son los instrumentos de política regulatoria idóneos para su realización concreta. Que el Estado sea el sujeto obligado a asegurar que todas las personas puedan gozar efectivamente de ese derecho no significa que el Estado deba constituirse en el proveedor general de los bienes y servicios implicados en ese derecho.

Se destaca la experiencia de la Unión Europea. En su regulación se contempla expresamente como objetivo superar las situaciones de *pobreza energética* y asegurar el suministro a todas las personas. Sin embargo, tales objetivos no se consideran incompatibles con instrumentos de mercado como camino apto para satisfacerlos. Por el contrario, son estos –los mecanismos de mercado, iniciativa privada, transparencia de precios, libertad de elección de los usuarios– los que se promueven, junto con la implementación de políticas de apoyo específicas para asegurar el acceso a la energía de aquellos que no pueden insertarse en el mercado sin esa ayuda pública.

En ese sentido, algunos estudios indican que cuando los gobiernos, en la búsqueda de asegurar el acceso universal al servicio, desatienden o relajan las reglas de funcionamiento del sistema que hacen posible la sostenibilidad económico-financiera del suministro, los usuarios sufren a mediano o largo plazo serias restricciones para cubrir sus necesidades básicas de energía y, por lo tanto, su acceso a los bienes humanos esenciales que dependen de ella.

En nuestro país, el marco regulatorio eléctrico establecido por la ley 24065 está basado en ciertos principios de mercado, junto con potestades de regulación y control del Estado. Para que estos mecanismos logren el objetivo de asegurar un suministro seguro y de calidad al alcance de todos, es necesario que vayan acompañados de políticas eficaces de apoyo a quienes no pueden acceder al servicio por sus propios medios y esfuerzos. Ello no debería implicar que se descarten los principios establecidos en la ley que, cuando fueron respetados, brindaron resultados favorables en orden a los objetivos del marco regulatorio, en particular, alentar las inversiones para asegurar el suministro a largo plazo y reducir costos para los usuarios.

6) Como reflexión final, se observa que en la “era de los derechos”, frente a la propensión de transformar algunos reclamos sociales –aun válidos– en derechos de todas las personas incluso cuando algunos de ellos no presenten los caracteres propios de un derecho de índole jurídica, aparece con frecuencia, como reacción, una tendencia a rechazar el reconocimiento de nuevos derechos, o de derechos que al menos no habían sido formulados de manera específica con anterioridad, y a cuestionar en general que unos puedan exigir que sus necesidades materiales sean satisfechas con el esfuerzo de otros.

Ante esto, puede considerarse que, para los derechos económicos y sociales, entre los que se cuenta el acceso a la energía en las condiciones analizadas arriba, la fundamentación de la exigencia a la comunidad encuentra una mejor explicación en la idea de los *deberes humanos*, fundada en la naturaleza social del hombre y que subraya la sociabilidad como dimensión central del bien humano y el bien común como parte necesaria de la realización del bien individual. El bien común compromete a las personas con la comunidad en un vínculo de solidaridad del que surgen responsabilidades de justicia distributiva. Ellas exigen contribuir al bien común para que éste sea asignado a los miembros de la comunidad según el criterio de necesidad. La perspectiva del deber, más que la del derecho, nos recuerda que la satisfacción de la necesidad de otros es una demanda de nuestro propio bien, lo cual no implica, por supuesto, restar al derecho su entidad y ni su virtualidad jurídica.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2014): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BERGALLO, Paola (2014): “La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica* (Buenos Aires, Siglo XXI).
- BIRMINGHAM, Peg (2017): *Hannah Arendt y los Derechos Humanos. El dilema de la responsabilidad común* (Buenos Aires, Prometeo).
- BRADBROOK, Adrian J. (2006): “Access to Energy Services in a Human Rights Framework”, disponible en: [https://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/energy/op/parliamentarian\\_forum/bradbrook\\_hr.pdf](https://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/energy/op/parliamentarian_forum/bradbrook_hr.pdf) (último acceso: 28/3/2022).
- BURGESS, Robin; GREENSTONE, Michael; RYAN, Nicholas y SUDARSHAN, Anant (2020): - “The Consequences of Treating Electricity as a Right”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 34, N° 1: pp. 145-169.

- DAY, Rosie; WALKER, Gordon y SIMCOCK, Neil (2016): “Conceptualising Energy Use and Energy Poverty Using a Capabilities Framework”, en *Energy Policy*, Volume 93, June 2016: pp. 255-264, disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421516301227> (último acceso: 2/12/2021).
- DEL CARRIL, Enrique (2012): “Notas para una fundamentación de los derechos sociales”, en *Persona y Derecho*, N° 66, 2012/1: pp. 63-79.
- DEL GUAYO, Iñigo; GODDEN, Lee; ZILLMAN, Donald D.; MONTOYA, Milton Fernando y GONZÁLEZ, José Juan (2020): *Energy Justice and Energy Law* (Oxford, Oxford University Press).
- DWORKIN, Ronald (2012): *Una cuestión de principios* (Buenos Aires, Siglo XXI).
- DWORKIN, Ronald (2014): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
- FINNIS, John (1979): *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Clarendon Law Series, OUP Oxford, edición de Kindle).
- GARCÍA-MANSILLA, Manuel (2017): “El fallo *CEPIS*: un ejemplo de populismo judicial”, *RADEHM*, N° 12: pp. 1-40.
- GARGARELLA, Roberto (2014): “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica* (Buenos Aires, Siglo XXI) pp. 119 y ss.
- GIULIANO, Fernando; LUGO, María Ana; MASUT, Ariel y PUIG, Jorge (2020): “Distributional Effects of Reducing Energy Subsidies: Evidence from Recent Policy Reform in Argentina”, in *Energy Economics*, Volume 92, disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140988320303200> (último acceso: 2/12/2021).
- HART, Herbert L. A. (1998): *El concepto del Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (2017): “WEO-2017, Special Report: Energy Access Outlook, from Poverty to Prosperity” (Paris, IEA/OECD), disponible en: [https://iea.blob.core.windows.net/assets/9a67c2fc-b605-4994-8eb5-29a0ac219499/WEO2017SpecialReport\\_EnergyAccessOutlook.pdf](https://iea.blob.core.windows.net/assets/9a67c2fc-b605-4994-8eb5-29a0ac219499/WEO2017SpecialReport_EnergyAccessOutlook.pdf) (último acceso: 2/12/2021).
- KANT, Immanuel (2015): “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, en *Biblioteca de Grandes Escritores* (Iberia Literatura, edición de Kindle).
- MAIRAL, Héctor (1993): “La ideología del servicio público”, en *Revista de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, LexisNexis), Vol. N° 14: pp. 359-437.
- MASSINI CORREAS, Carlos (2010): “Derechos humanos y bienes humanos. Consideraciones precisivo-valorativas a partir de las ideas de John Finnis”, en *Metafísica y Persona*, N° 3: pp. 59-81, disponible en: <https://revistas.uma.es/index.php/myp/article/view/2813/2612> (último acceso: 2/12/2021).
- MASSINI CORREAS, Carlos (2018): “¿Existen derechos de solidaridad? La tradición clásica y las propuestas liberales”, en *Prudentia Iuris*, N° 86: pp. 191-208, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2639/1/existen-derechos-solidaridad-tradicion.pdf> (último acceso: 2/12/2021).
- NINO, Carlos (1989): *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, Astrea).
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (2003): “Comentario General N°. 15: El derecho al agua”, disponible en <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d11.pdf> (último acceso: 2/12/2021).
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU) (2012): “Los beneficios del acceso a la energía sostenible”, disponible en <https://www.un.org/es/events/sustainableenergyforall/help.shtml> (último acceso: 2/12/2021).
- PÉREZ, Emilia Bea (2013): “Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad”, en *Derechos y Libertades*, Número 29, Época II, junio 2013: pp. 53-92, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/71044085.pdf> (último acceso: 2/12/2021).
- PIEPER, Josef (1988): *Las virtudes fundamentales* (Bogotá, RIALP).

CARASSALE, Juan Manuel ❖ “¿El acceso a la energía es un derecho humano?”

- RAWLS, John (2001): *Justice as Fairness* (Harvard University Press, edición de Kindle).
- ROSLER, Andrés (2019): *La ley es la ley* (Buenos Aires, Katz).
- SEN, Amartya (1993): *Nuevo examen de la desigualdad* (Madrid, Alianza Economía).
- SIN AUTOR (2020): “La energía, un derecho humano”, en *Diario Judicial*, disponible en: <https://www.diariojudicial.com/nota/86544> (último acceso: 2/12/2021).
- SOVACOO, Benjamin K., SIDORTSOV, Roman V. y JONES, Benjamin R. (2014): *Energy Security, Equality and Justice* (Londres-Nueva York, Taylor and Francis).
- TOLLER, Fernando (2012): “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal”, en *Persona y Derecho*, Vol. 66 / 2012/1: pp. 109-146.
- UNIÓN EUROPEA (2016): “Energy Poverty Handbook”, initiated and edited by the office of Tamás Meszerics (Member of the European Parliament) via The Greens/ EFA group of the European Parliament, disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5e2b1b12-c03d-11e6-a6db-01aa75ed71a1> (último acceso: 2/12/2021).
- WEIL, Simone (2014): *Echar raíces* (Madrid, Trotta).

#### OTROS DOCUMENTOS

- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN (2019): Proyecto de Ley del Expediente 0420-D-201, del 11 de marzo de 2019, disponible en: <https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0420-D-2019> (último acceso: 2/12/2021).

#### NORMAS CITADAS

##### a) *República Argentina*

##### 1. *Normas nacionales*

- Constitución de la Nación Argentina, texto según la ley 24430 (B.O. 3/1/1995).
- Ley 23313 (B.O. 13/5/1986). Se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles.
- Ley 24065 (B.O. 16/1/1992). Régimen de la energía eléctrica. Generación, transporte y distribución de electricidad.
- Ley 24658 (B.O. 15/7/1996). Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).
- Decreto 470/2015 (B.O. 31/3/2015). Régimen regulatorio de la industria y comercialización de gas licuado de petróleo.
- Resolución SE 49/2015 (B.O. 1/4/2015). Programa Hogares con Garrafas.
- Resolución MinEM 6/2016 (B.O. 25/1/2016). Régimen de Tarifa Social Federal.

##### 2. *Provincia de Buenos Aires*

- Ley 11769 (B.O. 5/2/1996). Marco Regulatorio Eléctrico de la Provincia de Buenos Aires.



b) *Normas internacionales*

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978).  
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).  
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).  
Protocolo de San Salvador (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.  
Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo (13/11/2019). Mercado de electricidad.

JURISPRUDENCIA CITADA

a) *Tribunales nacionales*

1. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Mendoza, Beatriz Silvia y otros e/Estado Nacional y otros* (2008): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de julio de 2008, *Fallos*, 331: 1622 (2008).  
*Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* (2012): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de abril de 2012, *Fallos*, 335: 452 (2012).  
*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de agosto de 2018, *Fallos*, 339: 1077 (2016).

2. *Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*

*Asociación Civil Nuevo Ambiente – Centro Vecinal Punta Lara c/ CEAMSE s/ amparo – recurso de inaplicabilidad de ley*, Causa A.68.857, sentencia del 1º/4/2015.

3. *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia del Chaco*

*Villa, María Leticia Cristina c/ Servicios Energéticos del Chaco Empresa del Estado Provincial (S.E.CH.E.E.P.) y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios y daño moral*, del 7 de mayo de 2020, Sala Cuarta, disponible en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/090/394/000090394.pdf> (último acceso: 2/12/2021).

b) *Tribunales internacionales*

Corte de Apelaciones de Bruselas, N° F-19880225-4, 25 de febrero de 1988, disponible en <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CABRL:1988:ARR.19880225.4> (último acceso: 2/2/2022).