

# PENSAR EN DERECHO N°11



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

NRO. 11 AÑO 5

**Comité editorial**

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

**Coordinación de la revista**

Bárbara Weinschelbaum

**Comité Académico**

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: octubre de 2017

© 2017 Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0186



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

**Decana:** *Dra. Mónica Pinto*

**Vicedecano:** *Dr. Alberto J. Bueres*

---

**Consejo Directivo de la Facultad de Derecho**

**Claustro de profesores**

*Consejeros titulares*

Prof. Oscar Ameal  
Prof. Beatriz Krom  
Prof. Ernesto Marcer  
Prof. Gonzalo Álvarez  
Prof. Marcelo Gebhardt  
Prof. Adelina Loianno  
Prof. Enrique Zuleta Puceiro  
Prof. Lily Flah

*Consejeros suplentes*

Prof. Alberto J. Bueres  
Prof. Daniel R. Vítolo  
Prof. Luis Mariano Genovesi  
Prof. Martín Böhmer  
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra  
Prof. Mary Beloff  
Prof. Marcelo E. Haissiner  
Prof. Mario Ackerman

**Claustro de graduados**

*Consejeros titulares*

Ab. Leandro Martínez  
Ab. Mónica Balmaceda  
Ab. Mariano Mugnolo  
Ab. Sebastián Alejandro Rey

*Consejeros suplentes*

Ab. Fernando Frávega  
Ab. Carlos Aguas  
Ab. Aldo Claudio Gallotti  
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

**Claustro de estudiantes**

*Consejeros titulares*

Carlos Rodríguez  
Juan Alfonsín  
Nicolás Font Cotillo  
Joaquín Santos

*Consejeros suplentes*

Agustina Malandra  
Santiago Fernández Storani  
Leandro J. González  
Matías Virginito

**Representante No Docente**

*Miguel Muñoz*

---

**Secretarios**

Secretaria Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*

Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*

**Subsecretarios**

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas Bettendorff*

Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*

Subsecretario Técnico en Administración: *Daniel Díaz*

Subsecretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Francisco Alfonsín*

# Índice

## *Dossier “Reforma laboral”*

Una vez más, debemos hablar de la flexibilidad laboral ..... 9  
*Miguel Ángel Maza*

La flexibilidad laboral y sus consecuencias ..... 23  
*Noemí Rial*

La disponibilidad colectiva como instrumento para la adaptación  
de la norma laboral en clave de flexibilidad..... 33  
*Juan Pablo Mugnolo*

Sobre la revisión de las normas laborales: conceptos, sentidos, orientaciones ..... 43  
*Adrián Goldín*

## *Artículos recibidos por convocatoria abierta*

Friedrich Spee: de la caza de brujas al moderno derecho penal ..... 61  
*Eugenio R. Zaffaroni, Guido L. Croxatto*

Sociología, políticas públicas y económicas de la pobreza,  
la solidaridad y la caridad ..... 105  
*Pablo Ava*

Un cambio de paradigma económico global: hacia la economía verde  
con especial referencia a la generación de energías renovables en forma

distribuida y sus avances legislativos a nivel nacional y provincial ..... 149  
*Adriana Margarita Porcelli y Adriana Norma Martínez*

Comentario al fallo “K., S. N. y otro”: el delito de abandono de personas  
vs. el homicidio en comisión por omisión ..... 205  
*Lucila Chiminelli*

### *Reseñas bibliográficas*

González, Manuela (comp.), *Violencias contra las mujeres, discurso y justicia* .... 233  
*Laura N. Lora*

Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Lecciones de teoría del derecho.  
Una visión desde la jurisprudencia constitucional* ..... 239  
*Maximiliano V. J. Consolo*

*Dossier*  
*Reforma laboral*

---





# Una vez más, debemos hablar de la flexibilidad laboral

*Miguel Ángel Maza\**

## **Resumen**

El autor reflexiona, a propósito del anuncio oficial de un nuevo intento de cambio en la legislación laboral, sobre el concepto de “flexibilidad”; señala que en la cultura argentina se ha instalado una sinonimia entre reforma/flexibilidad como desprotección laboral; sostiene que no son las condiciones de tutela del derecho vigente las que obstan al aumento del empleo; asevera que ciertas rigideces del derecho laboral pueden afectar exclusivamente a las pequeñas y medianas empresas pero no a las grandes organizaciones; propone la elaboración seria y honesta de una lista de posibles rigideces u obstáculos y también legislar diferenciadamente para las grandes, las medianas y las pequeñas empresas respetando escrupulosamente los niveles de protección de todos los dependientes de acuerdo a lo exigido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

\* Argentino, abogado, recibido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Doctor por esa misma Universidad, en el área Derecho laboral; Especialista en Derecho del Trabajo y Previsión Social por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor Titular de la materia Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la UBA; Director de la Orientación en Derecho del Trabajo de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo, Director Académico de la Carrera de Especialización en Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste y Director Académico de la Carrera de Especialización en Seguridad Social de la Facultad de Derecho de esa misma Universidad. Ha publicado libros y monografías sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; miguelmaza@derecho.uba.ar.

Palabras clave: reforma, flexibilidad, desprotección, desregulación, empleos, tutela constitucional.

## **We Should Talk About Labor Flexibility Again**

### **Abstract**

The author reflects on the official announcement of a new attempt to change labor legislation on the concept of “flexibility”. He points out that in the Argentine culture reform and flexibility have become synonyms of job precariousness. It is not the conditions of protection of current law that hinder the increase in employment. Certain rigidities of labor law can affect only small and medium-sized enterprises but not large organizations. The paper proposes the serious and honest draft of listings of possible rigidities or obstacles and to legislate differently for large, medium and small companies, observing the levels of protection of all dependents according to what is required by art. 14 bis of the National Constitution.

Keywords: Reform, Flexibility, Deregulation, Employment, Constitution.

### **I.**

Una vez más en nuestro país, un nuevo gobierno, luego de su afianzamiento electoral en los comicios legislativos de medio término, anuncia que intentará una reforma laboral, por cuanto lo considera imprescindible para incentivar las inversiones, esas inversiones tan anunciadas y anheladas que no llegaron en los primeros dos años de ejercicio del poder, y, a la par, como lógica consecuencia del primer fin, para generar empleo. También se afirma oficialmente que se procura reducir drásticamente la clandestinidad que afecta aproximadamente a un tercio de las personas que trabajan por su cuenta.<sup>1</sup>

1. Se estima oficialmente que los trabajadores que trabajan en forma totalmente clandestina equivalen al 33% del total de quienes laboran por cuenta ajena y a ese dato debe añadirse que gran parte de los dependientes registrados cobran parte de sus retribuciones en

Aunque el PEN anticipó este objetivo con anterioridad a los comicios de medio término, había enunciado un método interesante para este tipo de cuestiones sociales tan sensibles: el parcializado por sectores y merced a acuerdos de las partes colectivas (empleadores y dependientes) y de los gobiernos locales, método que compartíamos por creerlo el más idóneo para el momento político que se vive en la República, así como por la importancia de la temática a discutir.

Empero, quizá como secuela del ya aludido afianzamiento electoral, la nueva noticia es que las autoridades mutan el método y prometen reformas generales por vía legislativa,<sup>2</sup> sin prescindir, eso sí, de los acuerdos parlamentarios necesarios para la sanción de tales instrumentos, sean varios o uno. Lamentamos esa mutación del método.

## II.

Anticipamos que no vamos a ocuparnos en estas reflexiones sobre el contenido del proyecto de reforma y que solamente queremos poner el foco en el sentido de las palabras en el contexto del derecho laboral y dejar sentadas, apenas esbozadas, algunas ideas globales.

La sociedad –concepto en el que podemos incluir la prensa, los trabajadores, los empleadores, las entidades sindicales, las organizaciones empresariales, y hasta los observadores especializados (juristas, sociólogos, licenciados en relaciones laborales, y otros profesionales)– ha acusado el shock provocado por esta nueva decisión oficial de recorrer la vía legislativa y lo curioso o, cuanto menos, llamativo es que esa sociedad se refiere, una vez más, a la “flexibilidad laboral”, identificándola con la reforma como si fuesen sinónimos.

Recordemos que la “flexibilidad” está definida como la cualidad de ser flexible, definición insustancial que nos exige acudir al significado oficial del adjetivo “flexible”, vocablo que para la RAE tiene cinco acepciones:<sup>3</sup>

forma indocumentada así como que otro número indeterminado afirma haber ingresado a trabajar en fecha anterior a la registrada por sus empleadores.

2. Además de la reforma laboral ya se conocen los lineamientos generales de la reforma tributaria.

3. *Diccionario de la Lengua Española*, online.

1. Que tiene disposición para doblarse fácilmente.
2. Que se adapta con facilidad a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro u otros (carácter, persona flexible).
3. Que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas (ideología, legislación flexible).
4. Susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades (horario, problema flexible).
5. Cable formado de hilos finos de cobre [...].

Permítasenos descartar la primera acepción por excesivamente cargada de significados implícitos poco valiosos, así como la quinta por no tener ninguna vinculación con nuestra temática.

Las tres restantes guardan vinculación semántica adecuada a los fines de este análisis pues refieren a la adaptación, a la no sujeción a reglas estrictas o duras y a la capacidad de algo de someterse a cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades.

Como vemos, ninguna de las cinco acepciones ni tan siquiera de las tres que seleccionamos para nuestro análisis posee en su letra explícita ni en su sentido implícito nada que permita pensar en retrocesos, pérdidas, renunciaciones, etc.

Sin embargo, sabemos que hay palabras que se independizan de su matriz gramatical y adquieren un cariz positivo o negativo otorgado por la cultura social como consecuencia de un uso vulgar y sobre todo merced a la vinculación histórica a experiencias –por lo general intensas– ya pasadas y que quedan grabadas en el inconsciente colectivo. Por ejemplo: “represión” y “discriminación”.

Nadie duda de que el Estado tiene la potestad y el deber de reprimir determinadas conductas en ciertas ocasiones. De hecho y de derecho, el Código Penal utiliza el verbo reprimir como sinónimo de penar o castigar. Y tampoco podemos dejar de admitir que todos los seres vivos discriminamos, es decir, diferenciamos constantemente. Por la obviedad no vamos a ofender la inteligencia de los lectores explicando cuando se alude a represión negativamente ni qué tipo de discriminación es reprochable.

Pero, eso sí, no dejaremos de señalar que, en principio, el uso de dichos vocablos, sin condicionantes, remite casi automáticamente y hasta de modo inconsciente a un concepto negativo y ello es un fenómeno cultural.

Pues bien, con el verbo “flexibilizar” o con la expresión “flexibilidad” acontece algo similar ya que basta el anuncio gubernamental de que se va

a intentar por ley flexibilizar el régimen jurídico del trabajo dependiente privado para que, sin ahondar, sin detalles y casi sin conocimiento de la iniciativa, la sociedad suponga automáticamente que mediará una reforma negativa para los trabajadores, un retroceso en los niveles de protección social, y ello es así, insistimos, porque, como señalara la obra de Supiot,<sup>4</sup> “con frecuencia se identifica la búsqueda de flexibilidad con la necesidad de limitar el marco jurídico del trabajo, la protección social y los códigos deontológicos”.

No sería justo dejar de decir que la experiencia social argentina y contemporánea convalida esa asociación de cualquier asomo de reforma laboral con la flexibilidad y a esta con la reducción de estándares de protección.

Seguramente esto ocurre por cuanto, como ha sido señalado en la recién citada obra del gran profesor francés, la sociedad opone el concepto de flexibilidad al de seguridad al haber quedado obsoleto –lamentablemente, agregamos nosotros con nostalgia– el modelo de protección social de posguerra, basado en el empleo estable de un hombre adulto que con su trabajo proporcionaba los recursos necesarios para una familia nuclear, con las transformaciones del mercado de trabajo.

De ahí que, si traducimos el término “seguridad” como “protección social”, nos podemos preguntar si es necesario perder la tutela para ser flexibles y eficientes como sociedad.

Pensamos por nuestra parte que, sin duda, el mundo ha cambiado, y no solamente el mundo del trabajo sino el mundo en todas sus facetas (comercial, industrial, familiar, interpersonal, de la comunicaciones, etc.). Todo ha cambiado y que aquello que luce rígido o molesto a un fin social útil podría ser flexibilizado, pero también sostenemos que no siempre flexibilizar debe ser considerado sinónimo de desproteger, sin que esto implique, en modo alguno, aludir al proyecto gubernamental al que, repetimos, no hemos de referirnos.<sup>5</sup>

4. A. Supiot (coord.) y AA.VV., *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Alain Supiot, María Emilia Casas y otros, pp. 277-278.

5. Aun cuando lo poco que hemos visto de la iniciativa nos lleva a barruntar una reducción de derechos laborales y ninguna clase de ataque a eventuales obstáculos o rigideces que obstan al empleo.

Todos los pronósticos realistas preanuncian que el empleo será cada día más marcadamente un privilegio de pocos y que el desempleo será, en el mundo occidental, una enfermedad social estructural. Ello es producto de varios factores que actúan sinérgicamente: descentralización productiva hacia pequeñas empresas, monotributistas, transformaciones tecnológicas –especialmente las derivadas de la inmanejable revolución digital–, que exigen cada día menos mano de obra humana y, sobre todo, prescinden prácticamente del trabajo no calificado, es decir, del trabajo obrero, materia prima esencial del concepto primigenio del derecho laboral. La percepción empresarial de que el empleo de dependientes es fuente de complejidad y de conflictos al interior de sus empresas y también en el plano judicial.

Agreguemos a este sombrío panorama que la entrada masiva de la mujer en el mundo occidental del empleo tuvo efectos de todo tipo –positivos, negativos y transformadores de la sociedad– pero indiscutiblemente ese fenómeno social desequilibró los términos de la contratación de hombres, quienes eran protagonistas casi absolutos en ciertos segmentos del trabajo y en gran parte de los puestos de labor. También podemos añadir como ingrediente de la crisis estructural la insuficiencia de las prestaciones jubilatorias –cuanto menos en nuestro país y desde la década de los 70–, circunstancia que retiene a las personas en sus empleos todo lo posible para eludir los devastadores efectos de cambiar sus ingresos salariales por magras prestaciones previsionales.

Sumemos la alta tasa de clandestinidad total<sup>6</sup> pero también parcial,<sup>7</sup> la gran anomia argentina –aquella que denunciaba el profesor Nino– que es potenciada por leyes múltiples, oscuras, reformadas constantemente, con reglamentos diabólicos, de difícil cumplimiento por las pequeñas y grandes

6. Aludimos a clandestinidad total como los supuestos en que el trabajador no es denunciado ante los organismos de la Seguridad Social, no es inscripto en el libro del art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo y no se le otorgan recibos de sueldos.

7. La clandestinidad parcial es aquella que afecta a dependientes registrados, pero a los que se los ha anotado con una fecha de ingreso posterior a la real o, peor aún, se les paga parte de la retribución fuera de registro. También se da el fenómeno de que los dependientes figuren inscriptos con categorías convencionales o profesionales distintas a las correspondientes o, como se hizo frecuente desde los años 90, la registración de contratos como de jornada reducida pese a que los dependientes laboran la jornada normal y habitual de 8 horas diarias y 48 semanales.

empresas –tema sobre el que volveremos más abajo– y una excesiva litigiosidad estimulada por el propio Estado gracias a un régimen disfuncional de sanciones, multas y recargos que fue introducido por las leyes 24.013, 25.323 y 25.345 especialmente, normas que, curiosamente, procuraron atacar el problema de la clandestinidad.<sup>8</sup>

### III.

Ese cuadro de situación, que hemos resumido de una manera forzada, requiere un nuevo tipo de soluciones, así como el cambio en las técnicas tutelares y ello exige mucha imaginación, conocimientos específicos, así como el aporte de distintas especialidades si se quiere provocar una mutación que no signifique la mera pérdida de derechos o de niveles de protección ya logrados por los trabajadores.

Detrás de toda reforma o intento flexibilizador honesto hay un gran dilema: protección del trabajo en todas sus formas –como lo exige el art. 14 bis de la Constitución Nacional– o desregulación, desprotección o reducción de los derechos.

Por eso, insistimos, no se trata de intentar una reforma flexibilizadora sino que el gobierno –o los gobiernos– debería enfrentar ese dilema con extrema sensibilidad y prudencia pues, cabe decirlo nuevamente, la alternativa es protección o desprotección y, como lo enseñan la Doctrina Social de la Iglesia y la OIT concordantemente, el salario de quienes trabajan por cuenta ajena no es un costo ya que el trabajo humano no es una mercancía.

De ahí que no es adecuado oponerse a toda reforma y a cualquier intento de flexibilización de las reglas del derecho laboral sin analizar si implican o no reducción de derechos sociales pero, por otra parte, los gobernantes

8. A nuestro juicio, la verdadera forma de combatir el fenómeno cultural de la informalidad –que no es solo laboral sino, sobre todo, tributaria– es con el instrumento de la Inspección del Trabajo, es decir movilizándolo gran cantidad de inspecciones en los establecimientos con una adecuada publicidad. Además, entendemos que las multas a las que aludimos en el cuerpo del texto deberían ser destinadas de manera específica a fortalecer los servicios de Inspección del Trabajo. Por otra parte, creemos que las moratorias repetidas y cíclicas –como se dan en nuestro país– son inmorales ya que premian a los incumplidores y castigan indirectamente a quienes acatan las leyes.

no deben recorrer el fácil camino de flexibilizar desprotegiendo. Es un gran dilema, sin duda alguna.

La clave de bóveda del problema es, entonces, ¿cómo proteger el trabajo y estimular a la vez la actividad para promover el aumento del empleo? La experiencia histórica local de los años 90, así como la extranjera, en especial la de España, Francia e Italia, evidencia que la desregulación ya fracasó.

#### IV.

Permítasenos memorar que nuestra legislación laboral más orgánica finca en la Ley de Contrato de Trabajo (20.744), que nació como norma estatal general en setiembre de 1974, partiendo de normas tutelares que en la década del 30 habían sido introducidas en el ámbito del comercio, y recibió importantes modificaciones a través de la ley de facto 21.297 de 1976, cuando la dictadura militar la “podó” intensa pero no medularmente.

Luego, en la última década del siglo XX, verdaderos vendavales reformistas se desataron sobre esa legislación y, esto hay que decirlo clara y enfáticamente, en todos los casos erosionaron los derechos de los trabajadores en lo que ya no fue una poda sino una profunda tala de derechos y la estimulación del fraude patronal sobre la base de los instrumentos legales introducidos por las reformas.

Dicho de otro modo, la reforma laboral de los años 90 –traducida en varias normas legales y decretos reglamentarios– no flexibilizó la legislación laboral sino que mermó el estado de la protección legislativa del trabajo dependiente.

Esto viene a justificar, pues, esa asociación que la cultura social hace de reforma y/o flexibilización con reducción de derechos laborales y desprotección de los dependientes.

La primera ola de esta tormenta se plasmó en 1991 en la ley 24.013 pero el empleo no creció –sucedió lo contrario por el desguace del Estado– y la campaña de blanqueo de contratos y de salarios fue un fracaso estrepitoso. Para más, las multas de los arts. 8/10 y 15 de la ley 24.013 –destinadas a provocar la registración de los contratos de trabajo clandestinos y la rectificación de los mal registrados– cayeron como plagas casi exclusivamente sobre la pequeña y mediana empresa, convirtiéndose en un efecto disfuncional con repercusión en la litigiosidad y no, al menos como regla, en un mecanismo que impulsara la registración de dependientes clandestinos.



Se propició, entonces, una nueva vuelta de tuerca para el proceso desregulador y se cristalizó en la denominada “Ley de flexibilidad laboral” N°24.465, así como en un escuálido ramillete de mínimas reformas para el régimen laboral de la pequeña empresa, al abrigo del título III de la ley 24.467 para PYMES.

El siglo XXI, con nuevo gobierno, se inició con otra modificación, cristalizada en la ley 25.250, que culminó en un escándalo parlamentario hasta que fue derogada por la ley 25.877 en febrero de 2004.

Ahora bien, en aquellos años 90 desde algunos sectores interesados se decía –y nunca compartimos tal afirmación– que la legislación laboral era rígida, conspiraba contra las inversiones, la creación de empleo y la competitividad del país.

De ahí que instalaron la idea de una supuesta necesidad de flexibilizar el Derecho del Trabajo, aunque en rigor solo pareció existir un inocultable deseo de “desregulación”,<sup>9</sup> concepto este que solo fue así anunciado, sin pudor, durante la década de los 90 por los neocapitalistas que alcanzaron el poder por medios democráticos.

## V.

Ahora bien, cabe preguntarse hoy si es necesaria una reforma laboral o, mejor dicho, si es necesario flexibilizar las normas del derecho laboral. De darse una respuesta positiva a este interrogante, cabrá definir qué tipo de cambios se necesitan.

Pensamos que, en efecto, es necesario revisar y modificar la legislación laboral de nuestro país ya que fue concebida y se desarrolló inicialmente en un clima de expansión de la actividad productiva. Por otra parte, el mundo fáctico en que creció el Derecho del Trabajo argentino ha quedado atrás, con los cambios que la revolución tecnológica y digital ha provocado, tal como anticipamos.

Pero, entonces, la necesidad de hacer cambios, de adecuar la legislación a un nuevo mundo y a nuevas realidades no se vincula necesaria ni

9. Sobre la diferencia entre flexibilidad y desregulación, sus formas y alcances, véase la gran obra del profesor Ermida Uriarte, O., *La flexibilidad*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

exclusivamente con la supuesta falta de flexibilidad del derecho ni, mucho menos, con los niveles de tutela.

Por el contrario, si hiciésemos un inventario serio y honesto, como el que resulta imprescindible hacer para quien va a acometer una reforma, nos encontraremos con sorpresas tales como que, por dar un ejemplo, el régimen de protección contra el despido injusto adoptado a mediados de los 70 hoy es notoria y visiblemente insuficiente para cumplir la exigencia de protección contra el despido injusto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional le impone al legislador como mandato.

En efecto, el Congreso Nacional, en épocas en que perder el empleo no constituía una desgracia social ya que, como regla, rápidamente se podía conseguir otro similar, consideró en 1974 que una indemnización adecuada la constituía una equivalente a una remuneración mensual por cada año de servicio y que el preaviso –ideado como una licencia diaria de dos horas para que el dependiente a ser despedido buscara un nuevo empleo– fuese de uno o dos meses según la antigüedad.

Hoy, cuando el empleo es un bien escaso y en el que el desempleo posterior a la pérdida del trabajo puede durar muchos meses y cuando el reingreso al mundo laboral no siempre se da en empleos de similar nivel retributivo, fácil resulta diagnosticar que se requiere una reforma, pero para dar más protección y no menos ni la misma. Vaya paradoja, pues, que, a contramano de las creencias gubernamentales, la legislación requiera a gritos una mejora en el estándar de tutela en esta materia, sea aumentando las indemnizaciones, sea complementándolas con un adecuado sistema de ayuda social frente al desempleo, distinto, claro está, del más que insuficiente régimen actual nacido de la ley 24.013.

Más allá de este dato, no menor por cierto, de que la necesidad de reformas no debe hacernos pensar exclusivamente en la reducción de los estándares de protección, cabría preguntarse con seriedad ¿qué normas de nuestra legislación disuaden a los empresarios nacionales de establecer nuevas explotaciones o a contratar más dependientes y a los capitalistas extranjeros a invertir en este país en explotaciones empresariales?

Tenemos la impresión de que, si hiciésemos ese intento con honestidad, es decir, sin incluir en la lista datos de la legislación que nos disgustan pero que no merecen el calificativo de requisitos normativos rígidos o inflexibles, la lista nos quedaría conmovedoramente escuálida, por usar una expresión tan cara al escritor cubano Leonardo Padura, y que bastarían un par hojas de papel para anotarlas.

Creemos que los instrumentos jurídicos del derecho social no tienen capacidad determinante para producir mutaciones en la realidad económica y sociolaboral. Más aún, nos animamos a aseverar que aunque, tras una supuesta derogación del art. 14 bis de la Constitución Nacional y la denuncia de varios tratados internacionales, se desregulase totalmente la contratación laboral, el desenvolvimiento del contrato de trabajo y su extinción –el sueño neoliberal más afiebrado, seguramente– los reales y auténticos empresarios no tomarían más personal del que necesitan según su giro.

Y, a la inversa, aun en condiciones jurídicas como las vigentes, las empresas absorberían mano de obra si la actividad económica les requiriera producir más bienes o prestar más servicios.

Como enseña Sartori,<sup>10</sup> el mercado “es una entidad cruel. Se rige por el triunfo de los mejores dotados”; por ello, el crecimiento económico –aun concebido como plataforma ineludible de generación de empleos– debe buscarse en los instrumentos financieros, económicos, tributarios y administrativos que los poderes políticos estimen adecuados a ese fin.

Sin embargo, y por honestidad intelectual, opinamos que, en efecto, el cuerpo normativo de derecho laboral de nuestro país, incluidos los viejos y vetustos convenios colectivos del año 1975, y más aún los llamados “estatutos especiales” que nacieron en la década del 40, puede presentar algunas rigideces que, en rigor, impactan gravitadamente en las empresas de menor envergadura económica y de estructura. Estamos aludiendo a las pequeñas y medianas empresas.

No es esta la oportunidad para revisar toda la normativa –extensa e intensa, por cierto– a los fines de confeccionar un listado de esas rigideces, amén de que no nos corresponde a nosotros hacerlo sino a las cámaras empresariales interesadas o al gobierno.

No obstante, y a guisa de mero ejemplo sobre una rigidez legal recientemente introducida en nuestra legislación laboral, hemos criticado oportunamente<sup>11</sup> que la ley 26.844 trate a los empleadores de servicio doméstico

10. Sartori, G., *Teoría de la Democracia*, Buenos Aires, Rei editora, 1990, T. 2, p. 497.

11. Maza, M. A., “Elogios y críticas al nuevo régimen de trabajo en casas de familias (ley 26.844)”, en *Revista de Derecho Laboral*, 2013-2 - Estatuto del Personal de Casas Particulares, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, p. 27.

como si fuesen organizaciones empresariales con organización financiera y capacidad económica.

He allí, pues, una fuerte rigidez al exigir a personas físicas, que en muchos casos son trabajadores dependientes a su vez, que cumplan reglas y pautas que sí son válidas para organizaciones con esas capacidades organizativas y económico-financieras.

Tal como anunciamos más arriba, no vamos a analizar por razones de espacio y de oportunidad el proyecto de reforma –¿o de flexibilidad/desprotección?– que el PEN ha elaborado pero podemos decir que, en términos generales, no muestra instrumentos que incentiven la inversión en nuevos establecimientos o explotaciones, reduce derechos de los trabajadores que no impulsarían la contratación de más dependientes sino que apenas abaratarían los costos laborales, y vuelve a la inmoralidad de ofrecer otra moratoria para los empleadores clandestinizantes. De ahí que, una vez más, se abona la identificación de “reforma laboral” con pérdida de derechos sociales.

Insistimos en que, a nuestro modo de ver, los grandes empresarios – que son quienes poseen los capitales tan esperados por el gobierno y por eso se los trata de seducir con cambios legislativos– no dejan de abrir empresas o de ampliar sus planteles por el actual nivel de costos sociales aun cuando, como es obvio y hasta legítimo, quieran aprovechar la circunstancia para reducir sus costos laborales.

Esta circunstancia la reconocemos, en efecto, en el ámbito de las medianas y pequeñas empresas y por éstas el país debe hacer un trabajo de revisión normativa para, real y específicamente, flexibilizar aquellas normas protectorias de difícil cumplimiento pero, entiéndase bien, flexibilizarlas para hacer más fácil cumplir la ley y no para quitar derechos a los dependientes o abaratar los costos empresariales en el plano social.

En efecto, creemos que podría necesitarse una simplificación de algunos aspectos de las relaciones laborales o la racionalización de las reglas de aplicación, haciéndolas más accesibles según la índole y el tamaño de las empresas con reglas normativas específicas y con pautas dirigidas a la actuación judicial,<sup>12</sup> tal como se hiciera en su momento con la creación de

12. Y en esto no podemos ceder a la tentación de señalar un caso emblemático. El juego de los arts. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo, 6 inciso c) de la ley 11.544 (Ley sobre Jornada de Trabajo) y 8 inc. c) del Convenio N° 1 de la OIT, ratificado por nuestro país,

un Régimen especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico, por la ley 25.239, que provocó un aumento muy relevante de registraciones voluntarias por parte de los empleadores, fenómeno que cesó por los efectos negativos, ya señalados, de la ley 26.844 o Estatuto del Personal de Casas Particulares.

## VII.

No debemos creer a priori que toda reforma o intento flexibilizador debe ser a costa de reducir o quitar derechos a los trabajadores; sin duda alguna nuestra normativa, incluyendo los Convenios Colectivos y los estatutos especiales más antiguos, requiere un proceso de revisión para hacerla más racional, más fácilmente cumplible. Es necesario analizar cuidadosamente esa normativa y efectuar un listado de todo aquello que pueda considerarse un obstáculo para la creación de empleo, diferenciando la capacidad de cumplir las normas entre grandes, medianas y pequeñas empresas.

Pero todo este proceso debe ser efectuado al amparo del mandato constitucional que resulta insoslayable: las leyes deben proteger el trabajo en todas sus formas.

## **Bibliografía**

Ermida Uriarte, O., *La flexibilidad*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

Maza, M. A., “Elogios y críticas al nuevo régimen de trabajo en casas de familias (ley 26.844)”, en *Revista de Derecho Laboral*, 2013-2 - Estatuto del Personal de Casas Particulares, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, p. 27.

manda “*inscribir en un registro*, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, *todas las horas extraordinarias efectuadas*”. Este deber está correctamente impuesto y es fácil de cumplir para una gran empresa y factible para una mediana. Sin embargo, a fuer de analizar la cuestión con sinceridad y honestidad desprovista de toda carga ideológica, no resulta posible creer que es razonable que lleve debidamente tal registro un kiosquero, quien posee un almacén de barrio, o el dueño de un automóvil taxímetro único.

Sartori, G., *Teoría de la Democracia*, Buenos Aires, Rei editora, 1990, T. 2, p. 497.

Supiot (coord.) y AA.VV., *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Alain Supiot, María Emilia Casas y otros, pp. 277-278.

# La flexibilidad laboral y sus consecuencias

Noemí Rial\*

## Resumen

La flexibilización laboral se instaló como un tema de debate entre los años 1974 y 1976 como respuesta a la caída del empleo, en los países desarrollados, producto del incremento desmesurado del precio del petróleo. Aunque no podía identificarse la legislación laboral como la causa de la crisis, se la vinculó con la falta de competitividad internacional de las empresas y su falta de adecuación a la incorporación tecnológica, especialmente la tecnología de la información. El presente artículo aborda esta problemática en tres secciones. En la primera se analiza el concepto de flexibilidad en la legislación laboral y la manera en que esta última se ha implementado en los países europeos. En la segunda se presentan algunas corrientes económicas que ponen en duda que la flexibilidad sea el camino a la empleabilidad y advierten que la macroeconomía no debe descuidar el empleo, el crecimiento y el nivel de vida por encima de las tasas de interés, la inflación y los tipos de cambio. En la tercera se relata cómo en la década de 1990 en Argentina

\* Argentina; abogada (Facultad de Derecho, UBA), profesora adjunta regular titular de comisión de la materia Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho, UBA. Profesora de posgrado en la Universidad Católica Argentina, autora de libros como *Normativa Procesal, en el Derecho del Trabajo*; *Nueva legislación de Convenciones Colectivas*; *Regulación del Trabajo de la mujer en América Latina*; *Estado Argentino. Transformación de las Relaciones laborales*, entre otros, y artículos en la especialidad. Realizó estudios de posgrado en la Universidad de Boloña (1989) y fue presidenta de la Comisión de Aplicación de Normas y Recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en tres conferencias. Fue secretaria de Trabajo de la República Argentina entre 2002 y 2015; noemí.rial@estudionryasoc.com.ar.

se aplicó esta política de desregulación de la legislación laboral y el resultado no fue mayor empleo sino una brecha profunda en la distribución del ingreso. Y en las conclusiones se responde el interrogante que estructura este artículo: ¿la flexibilidad laboral es el remedio a la caída del empleo o la fuente de mayor desigualdad social?

Palabras clave: empleo; modalidades contractuales, negociación colectiva, desigualdad.

## **Labor Flexibility and its Consequences**

### **Abstract**

Labor market flexibility became a subject of debate between 1974 and 1976, as a response to the fall of employment in developed countries triggered by a soaring rise of oil prices. Although the labor legislation could not be pinpointed as the cause of the crisis, it was related to the firm's loss of international competitiveness and their difficulties in incorporating technologies (information technology in particular). The aim of this article is to address this issue. The first section analyzes the concept of flexibilization in labor laws and the way it has been implemented in European countries. The second introduces some economic schools of thought that have called into question the claim that flexibilization is the road to employability, warning macro-economic experts of the dangers of neglecting employment, growth and living standards and prioritizing interest rates, inflation and exchange rates. The third section describes the implementation of labor market deregulation policies in Argentina during the 1990s, and seeks to show how it did not lead to job growth but rather widened the gap in the distribution of income. The conclusion answers the question that organizes and motivates this article: Is labor flexibilization the solution to falling employment or is it the source of greater social inequalities?

Keywords: Employment, Contract Modalities, Collective Negotiation, Inequality.



## **I. ¿La flexibilización laboral es una herramienta útil para generar empleo?**

La flexibilización laboral se constituyó como un tema de debate público entre los años 1974 y 1976 cuando estalló la crisis económica producto del aumento exorbitante del petróleo. Si bien nadie discutía las causas de la crisis, sí se comenzó a analizar el impacto que las cuestiones laborales tenían sobre el empleo, en especial con el alarmante incremento de tasas de desempleo en toda Europa. Las opiniones estaban divididas y un sector importante de la doctrina y de la política entendía que las empresas estaban en situación de desigualdad para competir en el mercado internacional, por lo que Tiziano Treu<sup>1</sup> llamó “la euroesclerosis”, debido a la rigidez de la legislación laboral vigente.

Otros autores entendían que no podía atribuirse la crisis económica a las normas regulatorias, sino que debían analizarse las estructuras organizativas y los métodos de dirección característicos de la época fordista que aún imperaban en la mayoría de las industrias. En este contexto, la flexibilidad laboral se presenta como un camino a transitar para resolver, en primer lugar, el desempleo que afectaba a la mayoría de los países y enfrentar la competitividad sustentada en la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y la globalización.<sup>2</sup>

Los autores nos hablan de diferentes tipos de flexibilidad: a) numérica o externa; b) funcional; c) salarial; d) temporal; e) externalización o subcontratación y todo otro tipo de contratación que se caracteriza por vulnerar la seguridad de los trabajadores y precarizar el empleo.

a) La flexibilidad numérica o externa es aquella que permite a los empleadores reducir o modificar su planilla de trabajadores en función de sus necesidades. Esta forma se justificó en algunas legislaciones europeas que contenían la obligación del empleador cuando quería contratar a

1. T. Treu, “Flexibilidad laboral en Europa”, en J-P. Servais, P. Bollé, M. Lansky, C. L. Smith (dirs.), *Trabajar por tiempos Mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, Organización Internacional del Trabajo, 2007, p. 133.

2. R. Castells, “Droit du travail, rédéploiement ou refondation”, en *Droit Social* (Paris), Num. 5 (mai), pp. 438-442.

un trabajador de recurrir a las agencias públicas de empleo, donde solicitaba el perfil requerido y la agencia seleccionaba la persona priorizando a aquellos más antiguos en la búsqueda de empleo. Esta situación se presentó como una excusa válida para liberar al empleador en la selección del personal pero también en la facultad de despedir.

De todas formas, es importante destacar que la legislación de la mayoría de los países mantuvo pisos protectorios frente al despido injustificado. En general, la sanción es económica y en escasos supuestos se plantea la reinstalación del trabajador.

Para el caso de los despidos colectivos que han motivado mucha preocupación en los gobiernos por su impacto social, la Directiva 1975/129 de la CE pretendió armonizar las legislaciones de los países al establecer que los empresarios debían consultar a los sindicatos para llegar a un acuerdo con el fin de evitar el despido, o disminuir el número de trabajadores afectados o establecer medidas para disminuir los impactos que podía general la medida.

Los gobiernos han implementado políticas para disminuir el impacto de este tipo de despido, ya sea a través de subsidios a los desocupados o facilitando la recolocación de los trabajadores (en Bélgica, Italia y Francia se implementaron estas políticas).

Es importante destacar que una característica de la década del noventa que no se presentaba en décadas anteriores fue el crecimiento de los contratos de duración determinada. El contrato temporal que solo se utilizaba para reemplazar trabajadores en situaciones predeterminadas ha tenido un desarrollo exponencial y la legislación amplió los supuestos para su utilización, resultando un instrumento de incorporación al mercado de trabajo de los jóvenes demandantes de su primer empleo. Los empresarios obtenían ventajas impositivas si contrataban a ese personal, además de abonar niveles salariales más bajos.

El mismo fenómeno se vivió con los contratos a tiempo parcial, que si bien se presentaron como una opción para la reinserción de la mujer en el mundo laboral, para compatibilizar el trabajo y las obligaciones familiares, resultaron ser no una opción sino una imposición ante la falta de otras oportunidades.

Todo ello se relaciona con la crisis del contrato por tiempo indeterminado, que tanto en el sector privado como en el sector público fue el paradigma del trabajo digno en el siglo pasado.

Algunos autores vienen anunciando su crisis. Umberto Romagnoli<sup>3</sup> ha afirmado:

El contrato de trabajo por cuenta ajena por tiempo indeterminado ha sido el instrumento más idóneo para satisfacer la demanda de continuidad de la renta, es decir, una demanda de seguridad, de una proporción creciente de personas que tenían un oficio pero ya no eran capaces de ejercerlo de manera autónoma. Todo ello por obra de los profundos cambios producidos en la organización de la producción y del trabajo por obra del naciente capitalismo industrial. La evocación de la historia jurídica del contrato de trabajo asalariado por tiempo indefinido puede considerarse concluida.

El crecimiento de estas formas “precarias” de contratación tuvo su limitación legal, ya que la mayoría de los países, con excepción del Reino Unido, establecieron que la negociación colectiva fuera el instrumento de incorporación de estas modalidades, precisando las características del contrato y el número de trabajadores que ingresaban en esa modalidad, de acuerdo con las actividades reguladas.

- b) Funcional: se refiere específicamente a la organización interna de la empresa. Se supone que es la modificación de la distribución del trabajo y de la fragmentación características ambas de la era industrial, para implementar sistemas donde se priorice la movilidad interna del personal. En algunos países la movilidad funcional está limitada por el principio jurídico que las tareas inherentes a un puesto de trabajo no pueden degradarse a un nivel inferior. En ciertos supuestos, a través de la negociación colectiva se aceptó cierta movilidad con el fin de preservar el empleo y adecuarse a las nuevas formas de organización del trabajo pero preservando el nivel profesional del trabajador.
- c) Salarial: este tipo de flexibilidad se ha sustentado en un cambio en la estructura del salario. En la mayoría de los países europeos es la negociación colectiva la herramienta empleada para fijar las remuneraciones. En primer lugar, se redujo la importancia de la indización en la fijación

3. U. Rogmanoli, “Desde el Estado de Bienestar hacia el Estado de Malestar”, en *Revista de Derecho Social*, Nro. 36, octubre/diciembre, 2006.

del salario, y solo una parte se fija vinculado con el costo de vida pero ya no “un ajuste automático” como fue la característica de la fijación de los salarios de décadas anteriores.

Se incorporaron otros ítems como bonificaciones ocasionales, complementos y primas por beneficios, pero conceptos como productividad o capacitación profesional no forman parte del salario.

Este cambio aún no se ha generalizado, ni siquiera en países donde se valora especialmente estos conceptos, como Alemania.

Los autores reconocen que es un proceso muy lento y requiere que las empresas modernicen sus sistemas productivos para poder incorporar la “productividad” vinculada a la incorporación tecnológica y la formación profesional.

- d) Temporal: el tiempo de trabajo ha sido un requerimiento permanente del empresariado. En muchos casos frente a la necesidad de adaptar la jornada a nuevos requerimientos productivos los sindicatos lograron la reducción de la jornada laboral. Algunas leyes, como la Ley Belga de 1987, condicionaban la flexibilidad temporal a la creación de empleo, pero la repercusión sobre el empleo y la productividad resultan difíciles de evaluar. Esta medida no garantiza el cumplimiento de sus objetivos básicos que son la incorporación de más trabajadores y la mejora de las condiciones laborales.
- e) Subcontratación y tercerización: este tipo de flexibilidad se produce cuando las empresas externalizan el trabajo contratando los servicios de otras empresas para algunas tareas o subcontratando a autónomos. La doctrina distingue cuatro tipos de formas de empleo no estándar: la flexibilidad contractual (los autónomos); la flexibilidad espacial (el teletrabajo); la temporal (los empleos temporales) y la total (los empleos informales), a las que se pueden agregar las formas de subempleo y trabajo a tiempo parcial.

La primera conclusión a la que podemos arribar es que la repercusión que han tenido las diversas clases de flexibilización en el rendimiento de las empresas y en otros indicadores económicos incluido el empleo sigue todavía pendiente de una valoración realizada con datos comparativos<sup>4</sup> convincentes.

4. T. Treu, “Flexibilidad laboral en Europa”, en J-P. Servais, P. Bollé, M. Lansky, C. L.

Muchos gobernantes han llegado a la conclusión de que la flexibilidad, para que sea aceptada y beneficiosa, debe ir más allá de la mera desregulación. Es el fruto de un complejo conjunto de medidas que abarcan numerosos aspectos de la organización del trabajo como la formación profesional de los trabajadores y la calidad del trabajo, unidas a una participación intensa de los trabajadores en la empresa a nivel colectivo.

## **II. El trabajo y la economía**

Es indudable que la flexibilidad laboral se ha presentado de la mano de la liberalización del mercado de capitales y se ha pretendido establecer una simetría entre ambas.

Stiglitz<sup>5</sup> ha afirmado:

[...] desde Keynes y la Gran Depresión pocos han creído en la ley de Say, según la cual un aumento de la oferta de mano de obra se traduce automáticamente en un aumento de la demanda. Las teorías mencionadas anteriormente explican que la intervención del Estado puede contribuir a estabilizar la economía al reducir la volatilidad y asentar los niveles de empleo.

Este autor insiste en vincular la crisis del empleo con las políticas recesivas muchas veces impuestas por los organismos multilaterales de crédito, cuyas recetas se sustentan en ajustes estructurales, con la liberalización del comercio y un tipo de interés tan alto que hace imposible que las empresas creen empleo. Estas fórmulas se han implementado en Grecia y Portugal con altos costos sociales y también en América Latina, donde las fórmulas basadas en el ajuste se sustentan en rebajas de salarios, de jubilaciones y pensiones, y en general la pérdida del poder adquisitivo de los sectores menos protegidos de la sociedad.

Smith (dirs.), *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, Organización Internacional del Trabajo, 2007, pp. 133-152.

5. J. E. Stiglitz, "Empleo, Justicia Social y Bienestar de la Sociedad", en J-P. Servais, P. Bollé, M. Lansky, C. L. Smith (dirs.), *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, Organización Internacional del Trabajo, 2007, pp. 503-528.

Las políticas macroeconómicas deben priorizar como objetivos finales el empleo, el crecimiento y el nivel de vida sobre los tipos de interés, las tasas de inflación o los tipos de cambio. Para ello debemos recuperar la política laboral que ha queda subsumida en la política económica.

Stiglitz nos deja una reflexión:

El desarrollo es algo más que acumulación de capital y una asignación de recursos más eficaz, es la transformación de la sociedad. El desarrollo equitativo, perdurable y democrático es consustancial a los derechos fundamentales de los trabajadores, que incluyen la libertad sindical y la negociación colectiva.

La flexibilidad laboral no genera empleo y muchas veces los trabajadores aceptaron rebajar condiciones de trabajo y salariales frente a la promesa del sostenimiento de los puestos de trabajo, que finalmente no se da. La utilización equivocada de una herramienta puede actuar solo para destruir los derechos que los trabajadores consiguieron con las luchas y la negociación a lo largo de los siglos.

### **III. La flexibilización laboral en la Argentina**

Nuestro país no fue ajeno a la corriente flexibilizadora que se instaló en Europa y en América Latina, profundizándose en la década del 90. La Ley Nacional de Empleo (Ley 24.013) fue el primer cuerpo normativo que se ocupó de la flexibilización en el contrato individual de trabajo, incorporando las modalidades contractuales y en los convenios colectivos, al establecer temas a negociar en los acuerdos, todos vinculados con la movilidad funcional, la jornada anualizada, la polivalencia y la capacitación y formación profesional vinculada con dicha movilidad. Otras leyes incorporaron extensos períodos de prueba y facilitaron la contratación por tiempo determinado y por tiempo parcial. Toda la legislación se dictaba invocando la lucha contra el desempleo y presentando estas medidas como el camino adecuado para lograr bajar los índices, por cierto elevados, que afectaban al trabajo.

Por otro lado, desde la legislación fiscal se rebajaron las contribuciones patronales, con el mismo objetivo sin resultado positivo, en ningún caso. A fines de 2001 el empleo superaba los dos dígitos y en algunos conglomerados era aún más elevado.

La ley 25.877/2004 derogó las leyes 25.250, 17.183, el artículo 92 de la ley 24.467 y los artículos 4,5, 7,8, 10, 11 y 13 de la ley 25.013 y el Decreto 105/00. De esta manera se volvieron a establecer los principios fundamentales protectorios tanto a nivel del contrato individual como en la negociación colectiva.

Recientemente, en la República Federativa de Brasil se sancionó una reforma laboral que deroga derechos adquiridos de los trabajadores retro trayendo la legislación a varias décadas atrás. La Organización Internacional del Trabajo observó una parte de dicha legislación que derogaba el sistema de inspección del trabajo encargado de detectar el trabajo esclavo y la trata de personas en el ámbito rural.

Recientemente, en nuestro país el Poder Ejecutivo ingresó al Parlamento un proyecto de ley modificatorio de la Ley de Contrato de Trabajo en institutos fundamentales para los derechos de los trabajadores. El crecimiento económico es una condición necesaria para la generación de empleo, pero quizá no suficiente. Lo que es indiscutible por la experiencia internacional y nuestra propia experiencia como país es que las leyes desregulatorias de los derechos de los trabajadores no son una herramienta genuina para generar empleo ni corregir las inequidades en el mundo del trabajo. Por el contrario, este tipo de legislación solo produce más pobreza y más exclusión.

#### **IV. Conclusión: ¿la flexibilidad laboral mejora la empleabilidad?**

La experiencia desarrollada en más de cien países, recogida por la Organización Internacional del Trabajo, así como numerosos artículos sobre la materia, ha demostrado que la flexibilidad laboral en todas sus diferentes formas no ha resultado una herramienta eficaz para mejorar la empleabilidad. En los países desarrollados ha precarizado el empleo formal y en los países en vías de desarrollo ha fomentado, de manera alarmante, la precarización laboral.

Algunas teorías económicas han comenzado a incorporar en sus desarrollos los principios de la justicia social y el empleo en un plano de igualdad con las variables económicas. Es evidente que la solución de problema del empleo merece un debate público sobre la finalidad de la vida en sociedad, de la riqueza y de la justicia social.

## **Bibliografía**

- Castells, Robert, “Droit du travail, rédéploiement ou refondation”, en *Droit Social*, París, Num. 5 (mai), pp. 438-442.
- Rogmanoli, Umberto, “Desde el Estado de Bienestar hacia el Estado de Malestar”, en *Revista de Derecho Social*, Nro. 36, octubre/diciembre, 2006, pp. 11-24.
- Stiglitz, Joseph E., “Empleo, Justicia Social y Bienestar de la Sociedad”, en J-P. Servais, P. Bollé, M. Lansky, C. L. Smith (dirs.), *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, Organización Internacional del Trabajo, 2007, pp. 503-528.
- Treu, Tiziano, “Flexibilidad laboral en Europa”, en J-P. Servais, P. Bollé, M. Lansky, C. L. Smith (dirs.), *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Madrid, Organización Internacional del Trabajo, 2007, pp. 133-152.



# La disponibilidad colectiva como instrumento para la adaptación de la norma laboral en clave de flexibilidad

*Juan Pablo Mugnolo\**

## **Resumen**

El texto plantea cómo la flexibilidad laboral es un tema central del sistema de fuentes de derecho del trabajo. Se analizan las causas que convocan a las políticas jurídicas flexibilizadoras desde dos ángulos: la reducción de la intensidad regulatoria de la norma estatal y la apelación de la disponibilidad colectiva, entendiendo que esta última configura una propuesta flexible aunque atenuada.

Palabras clave: flexibilidad, fuentes, disponibilidad colectiva, trabajo.

## **Collective Availability as an Instrument for the Adaptation of Labor Standards from the Flexibility Perspective**

### **Abstract**

The text analyses how labor flexibility is a core theme in the labor law sources system. In this paper, the relaxation of legal policies is approached from two angles: reduction of the state's regulatory intensity and collective availability as a flexible, although attenuated, proposal to resolve labor market demands.

Keywords: Flexibility, Sources, Collective Availability, Labor.

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España; Profesor Adjunto regular de la Facultad de Derecho de la UBA; Profesor de Cátedra Universidad de San Andrés; [juanmugnolo@derecho.uba.ar](mailto:juanmugnolo@derecho.uba.ar).

## **I. Flexibilidad laboral: tensiones de cambio en el sistema de fuentes**

El sistema de fuentes constituye el centro donde se concreta la técnica más generalizada de las que se sirve el ordenamiento jurídico para la protección de los trabajadores; ella es la limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Será la configuración de un sistema de fuentes la que, tras la constatación de su intensidad de la tutela, explicará en mayor o menor medida el modo de ser de un cierto ordenamiento laboral.

Tras la búsqueda de un cierto equilibrio, el sistema de fuentes se ha visto influenciado por fuerzas ideológicas (preeminencia del pensamiento neoclásico) y también técnicas y operativas, las que dieron como resultado una alteración sustancial en su clásica configuración.<sup>1</sup> En dicho contexto, la retirada de la normativa estatal, más o menos discreta, fenómeno característico de la totalidad de los sistemas desarrollados de relaciones laborales, tiene como consecuencia más inmediata la apertura de nuevos o mayores espacios a las reglas provenientes de la autonomía privada, particularmente de la negociación colectiva,<sup>2</sup> pero también en menor medida, de la autonomía de la voluntad expresada en el pacto individual.<sup>3</sup>

Deteniéndome en esta oportunidad en la resignificación contextual de la negociación colectiva –vinculada con diversas causas tras la obtención a su vez de muy variados objetivos–, cabe destacar dos líneas analíticas o explicativas de dicho fenómeno.

1. Cfr. Goldín, Adrián, en Prólogo a *Convenios Colectivos de Trabajo. Concurrencia, articulación y sucesión*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

2. Vid. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, p. 28.

3. Según Goldín, “las demandas de flexibilidad [...] son reconducibles en sus variantes más intensas a restar contenidos de la ley y los convenios colectivos para abrir espacios mayores para el ejercicio de la autonomía individual”. Goldín, Adrián, “El futuro del Derecho del Trabajo (un nuevo desafío para el Derecho y la equidad)”, en AAVV, *Ensayos sobre el futuro del derecho del trabajo*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 67.

De un lado, una línea específicamente económica<sup>4</sup> que discurre tras la búsqueda de mayores dosis de flexibilidad en la normativa laboral bajo el sobreentendido de que la regulación autónoma es más ágil y más propicia para eventuales cambios y adaptaciones tecnológico-productivas, persiguiendo la aproximación de las reglas a las características y los problemas específicos de cada ámbito, especialmente a los de cada empresa.<sup>5</sup> Desde dicha óptica, la negociación colectiva resulta funcional a las necesidades cambiantes del mercado, o mejor dicho, del sistema productivo en una economía de mercado. De este modo ha ido abandonando su rol meramente reivindicativo de mayores beneficios para sus destinatarios, lo que suponía la consecución de intereses contrapuestos entre las partes, para ir asumiendo un mayor protagonismo lo que se ha dado en llamar “negociación colectiva de gestión”.<sup>6</sup>

De otro lado se destaca una línea que definiremos política –en sentido amplio– en la que la negociación colectiva aparece procurando trasladar a la vida económica los principios propios del pluralismo social<sup>7</sup> y profundizando la democratización en las relaciones laborales,<sup>8</sup> matizando la imposición unilateral que pueda provenir desde el Estado, en función a su capacidad de intervención normativa, o desde el empresariado como acción casi natural dada por su status de superioridad contractual.

4. En el sentido de la gráfica definición de “corazón de las relaciones industriales”, traída por Valdés Dal Re de Merli Brandini, Pietro, “Ruolo e prospettive della contrattazione confederale”, en *Prospettiva Sindicale*, 1980, N°1, p. 16.

5. Cfr. García Murcia, Joaquín, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998, pp. 25 y 26.

6. Vid Monereo Pérez, José Luis, *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 272; Vid. Rey Guanter, S., “Transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, en *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 23.

7. En palabras de Valdés Dal Re, “permite a los trabajadores proteger sus intereses mediante medidas de autorregulación y representación”. Cfr. Valdés Dal Re, F., *Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 15.

8. En tanto y en cuanto habilita la posibilidad de intervenir en la adopción de las decisiones que fijan su condición social; Cfr. OIT, “La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado”, Ginebra, 1973, p. 14.

Tanto si se tratase de la prosecución de la ordenación o reglamentación del mercado de trabajo o bien de la regulación del poder negocial o contractual en clave plural, el sistema de negociación colectiva se reconoce como un aparato productor de normas o reglas para dicha ordenación que deberá necesariamente entablar relaciones recíprocas con la ley y con la autonomía individual en un necesario fluir continuo al ritmo del devenir de las relaciones de producción.

## **II. Flexibilización laboral atenuada: la técnica de la disponibilidad colectiva**

Las necesidades sistémicas de flexibilidad repercuten en el sistema de fuentes ya sea cuando se justifiquen ante la necesidad de adaptar la regulación heterónoma a la velocidad de los cambios tecnológicos (adaptabilidad de la tutela laboral) o bien directamente cuando sean la resultante de las presiones del sector empresario en pos de la maximización de la productividad (reducción de la intensidad tutelar a fin de reducir los costos laborales). En definitiva, la flexibilidad constituye un tema de fuentes, de distribución del poder regulatorio laboral.

Ante las mentadas demandas de flexibilización de la norma estatal, la política jurídica vira y revisa la clásica relación entablada entre la heteronomía y la autonomía (individual y colectiva). Una de las consecuencias de dicha revisión ha sido la habilitación de “excepciones” al instrumento de la norma mínima imperativa instaurado desde la extendida técnica limitante de la autonomía contractual en las relaciones de trabajo. En sus expresiones más intensas, el cambio de relación en el sistema de fuentes implica la habilitación del legislador a la disponibilidad de la norma heterónoma mediante la autonomía individual (disponibilidad individual). En cambio, como una expresión alternativa de flexibilización menos intensa, la norma legal permite “excepciones” a la técnica de limitación de la autonomía de la voluntad (instrumento de la norma mínima heterónoma) si y solo si se lleva a cabo mediante negociación colectiva. Ello constituye el fenómeno de la disponibilidad colectiva.

La técnica de la disponibilidad colectiva implica el reconocimiento de una relación no tradicional entre la ley y el convenio colectivo signada por la autorización por parte de la propia ley a las partes colectivas para establecer mediante la negociación de convenios la regulación de determinadas

materias *en cualquier sentido* (mejorativo o, *y aquí la novedad*, “peyorativo”) respecto del establecido por la misma ley como norma mínima.<sup>9</sup>

La disponibilidad colectiva, denominación de creación doctrinaria,<sup>10</sup> es recogida con esta terminología recién en la Ley de Pequeñas Empresas aunque la técnica en sí encuentra antecedentes en la secuencia legislativa argentina.<sup>11</sup> En la Ley de Contrato de Trabajo de 1974, en su por entonces artículo 115 (actual artículo 106), se establecía que los viáticos eran considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, *salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas* de trabajo. Posteriormente, la autodenominada Ley de Empleo N°24.013 apela a dicha técnica al posibilitar la modificación mediante negociación colectiva el régimen de jornada establecido en la Ley de Contratos de Trabajo (Art. 198, Jornada reducida).<sup>12</sup>

Estos últimos podrán establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio, de acuerdo con las características de la actividad.

9. Señala Rodríguez Mancini que “esto constituye un dispositivo totalmente contrario al que fue destacado como un rasgo fundamental del sistema de convenciones colectivas general, según el cual las modificaciones que pueden introducirse válidamente en las convenciones colectivas respecto de la ley, sólo pueden referirse al mejoramiento de las condiciones de trabajo a favor del trabajador”. Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge, “La negociación colectiva en la pequeña empresa”, en *Cuadernos de la Universidad Austral* N° 1 –separata–, Homenaje al Dr. Raymundo Fernández, 1995, p. 928.

10. Goldín utiliza dicha denominación en un trabajo publicado en 1988 y es a él a quien se le adjudica dicha conceptualización a la cual apela el legislador años después, en 1995, y la doctrina laboral recibe pacíficamente; Cfr. Goldín, Adrián, “La autonomía colectiva y la ley”, DT 1988-B, 1069.

11. Como mero dato histórico ilustrativo, encontramos que la ley 11.338 (sancionada en septiembre de 1926) prohibía el trabajo nocturno desde las 21 hs. hasta las 5 hs. en los establecimientos de panificación, pastelería y similares, y la misma norma habilitaba a que en determinados establecimientos de panificación mecánica se podría autorizar el trabajo nocturno estableciendo como condición que sea acordado entre las respectivas organizaciones patronales y obreras; Vid. Panettieri, José, *Las primeras leyes obreras*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984, p. 84.

12. Cfr. Mugnolo, Juan Pablo, “Flexibilización y tiempo de trabajo en la Argentina”, en *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos*, AAVV, Coordinadores: Perán Quesada y Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, pp. 157-159.

La ley 24.467 (Ley Pyme), sancionada en 1995, consagró algunas normas aplicables a las empresas pequeñas tributando también a la técnica de la disponibilidad colectiva. Así pues, en su artículo 83 establece la posibilidad de que mediante negociación colectiva supraempresarial se pueda ampliar el número de 40 trabajadores para cada una de las ramas o sectores de actividad que deberán tenerse en cuenta para que una unidad productiva sea considerada pequeña empresa.<sup>13</sup> La misma ley autoriza la “modificación de determinadas regulaciones [...] estatutarias aplicables” (art. 97) habilitando a la convención colectiva a dejar sin efecto la norma contenida en un estatuto profesional por lo general establecida como una ley especial. En el mismo sentido habilita al convenio colectivo de ámbito pequeña empresa a establecer disposiciones respecto a “las formalidades, requisitos, aviso y oportunidad de goce de licencia ordinaria (art. 90) pero con el límite establecido en el art. 154 de la Ley de Contrato de Trabajo y también, con limitaciones, autoriza mediante negociación colectiva a fraccionar los períodos de pago del sueldo anual complementario, con el límite de que no exceda a tres períodos en el año (art. 91).<sup>14</sup>

La misma Ley Pyme habilitaba modificar sin límite “el régimen de extinción del contrato de trabajo” autorizando la creación de “cuentas de

13. Siempre que no supere el tope de 80 trabajadores, según lo dispuso posteriormente el decreto reglamentario 146/99. Si bien el tema no es considerado al tratarse de la disponibilidad colectiva —lo que llama la atención en una norma actualmente vigente—, vale destacar que si bien en este caso la norma aparece a simple vista como autorizando al convenio a suplementar la disposición del art. 83 en cuanto a la nota cuantitativa que delimita la caracterización de pequeña empresa, al mismo tiempo mediante dicha modificación las partes colectivas posibilitarían el tratamiento de determinados institutos por debajo de lo establecido en la ley general, con lo que la disponibilidad colectiva aparecería en este caso habilitando modificaciones en “ambos sentidos”. De este modo, la ley *otorga* a las partes colectivas la posibilidad de ampliar el campo de aplicación de la misma en cualquier sentido, lo que nos ubica ante una nueva manifestación de la técnica denominada *disponibilidad colectiva (de la norma legal)*.

14. En nuestro país cierta posición doctrinaria entendió ver en dicha técnica una puesta en peligro preocupante del orden público laboral (*Vid. Sappia, Jorge y otros, Empleo y flexibilidad laboral*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 128 y ss.). En sentido contrario, otro sector doctrinario entendió que tal derivación a la convención colectiva de algunos aspectos de las relaciones laborales “...no puede ser calificada como una verdadera y eficiente flexibilidad laboral”. Cfr. Etala, Juan José, “Efectos prácticos de la nueva regulación laboral para las pequeñas empresas”, en *Derecho del Trabajo*, 1995, A, p. 604).

capitalización individual” (art. 92). Este último artículo fue derogado por la reforma operada mediante la ley 25.877 del año 2004, derogación que intuyo fue producto de la conflictiva relación entre dicho mandato legal y la protección contra el despido arbitrario garantizado constitucionalmente.

El hecho constatado de que el legislador del año 2004, tras encarar una modificación de la Ley Pyme –en clave de derogación de la disponibilidad colectiva– haya optado por tan solo derogar el mentado artículo 92, dejando vigente la disponibilidad para otros casos,<sup>15</sup> no hace más que confirmar la consolidación de una técnica relativamente sofisticada de flexibilización atenuada que indudablemente hace ya tiempo forma parte del arsenal tuitivo de las principales acciones de política jurídica laboral en la experiencia argentina.

### **III. A modo de conclusión: ¿norma estatal o negociación colectiva?**

El debate sobre la flexibilización laboral implica una rediscusión del sistema de fuentes que obliga a definir cómo se limitará la autonomía de la voluntad. Esa acción limitante suele entenderse de manera errónea como exclusiva potestad estatal, lo cual debe relativizarse siendo que ha quedado demostrado que el legislador, desarmando la clásica configuración del sistema de fuentes, no propone exclusivamente la retirada de la norma heterónoma sino que recurre a la negociación colectiva como un nuevo instrumento de gestión flexible.

La opción por la disponibilidad colectiva implica una indispensable y necesaria participación del sindicato cuando la autonomía negocial se direcciona hacia la reducción o empeoramiento de las condiciones de trabajo preexistentes. Dicha necesaria e indispensable presencia sindical habilita a matizar la intensidad de la flexibilización resultante pues debería suponerse que, en tanto sujeto con mayor poder negocial que el trabajador individual, la organización gremial ostenta una más amplia capacidad de resistencia a la intención flexibilizadora manifestada por el empresario.

15. En la Ley Pyme, el fraccionamiento del Sueldo Anual Complementario (art. 90), como también los requisitos, aviso y oportunidad de goce de licencia ordinaria (art. 91), y la “modificación de determinadas regulaciones [...] estatutarias aplicables” (art. 97). Por su parte, el artículo 106 de la LCT como ejemplo paradigmático.

Sin embargo, el recurso a la disponibilidad colectiva también podría responder a la imposibilidad política de un gobierno, en un momento dado, de imponer reducciones a los estándares laborales existentes, ya sea por no contar con mayorías parlamentarias necesarias para ello o bien porque aun contando con las mayorías necesarias no podría resistir el embate reactivo del sindicalismo. Ante dicho contexto es razonable que la propuesta de flexibilización gubernamental tan solo llegue hasta el límite de habilitar la posibilidad de que sean los sindicatos y empresarios los que modifiquen la intensidad tutelar legal cuando lo entiendan conveniente, en cuyo caso, el gobierno evita de paso pagar un costo político que de este modo lo traslada a los sujetos negociadores. El proyecto de reforma laboral elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional y enviado recientemente al Parlamento confirmaría dicha hipótesis.

Restará pues identificar la magnitud de la apelación a la técnica de la disponibilidad colectiva por parte del legislador reformista como también el grado de sofisticación de su efectiva incorporación en la norma reformada. De ello dependerá que la acción de adaptación de la norma estatal sea lo más equilibrada posible respondiendo a esa doble exigencia de racionalización jurídica a la cual obedece el derecho del trabajo: facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar la condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores.<sup>16</sup>

## Bibliografía

- Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid.
- Etala, Juan José, “Efectos prácticos de la nueva regulación laboral para las pequeñas empresas”, *Derecho del Trabajo*, 1995 - A.
- García Murcia, Joaquín, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998.
- Goldín, Adrián, “El futuro del Derecho del Trabajo (un nuevo desafío para el Derecho y la equidad)”, en AA.VV., *Ensayos sobre el futuro del derecho del trabajo*, Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- “La autonomía colectiva y la ley”, *DT* 1988-B, 1069.

16. Cfr. Monereo Pérez, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 15-16.



- “Prólogo”, en *Convenios Colectivos de Trabajo. Concurrencia, articulación y sucesión*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- Merli Brandini, Pietro, “Ruolo e prospettive della contrattazione confederale”, en *Prospettiva Sindicale*, 1980, N°1.
- Monereo Pérez, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo*. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- Mugnolo, Juan Pablo, “Flexibilización y tiempo de trabajo en la Argentina”, en *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos*, AA.VV, Perán Quesada y Morenero Pérez (coords.), Editorial Comares, Granada.
- OIT, “La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado”, Ginebra, 1973.
- Panettieri, José, *Las primeras leyes obreras*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984.
- Rey Guanter, S., “Transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, en *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Rodríguez Mancini, Jorge, “La negociación colectiva en la pequeña empresa”, en *Cuadernos de la Universidad Austral N°1* –separata–, Homenaje al Dr. Raymundo Fernández, 1995.
- Sappia, Jorge y otros, *Empleo y flexibilidad laboral*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- Valdes Dal Re, F., *Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.



# Sobre la revisión de las normas laborales: conceptos, sentidos, orientaciones

*Adrián Goldín\**

## **Resumen**

El Derecho del trabajo está sometido a fuertes tensiones que reivindicar o, por el contrario, impugnan la intensidad tutelar de sus normas. Entre las vertientes extremas de quienes participan en ese debate, militan de un lado quienes consideran que esas normas son interferencias disfuncionales en los procesos de ajuste de los mercados que hay que atenuar o suprimir, y de otro, los que no admiten revisión alguna de las normas laborales, entendiendo que son buenas solo porque están y que toda reforma es regresiva. De ese modo, postergando frecuentemente otras cuestiones relativas a las normas laborales que deberían ser consideradas, los debates que prevalecen son los que se refieren a la denominada flexibilidad laboral. El artículo procura contribuir a la conceptualización de la idea de flexibilidad y a la comprensión de la complejidad de los efectos de las normas laborales, que operan alternativamente tanto sobre el bienestar de los trabajadores como sobre el sistema productivo y, además, sobre los mercados de trabajo y el empleo. El artículo concluye proponiendo una serie de directivas que a

\* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. En la Facultad de Derecho de la UBA fue Director de sus Departamentos de Posgrado y de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Es también Profesor Emérito de la Universidad de San Andrés. Presidió la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ([www.islssl.org](http://www.islssl.org)) y es actualmente Presidente Honorario de la misma. Es Académico de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Es también miembro correspondiente de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo y fue presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo.

juicio del autor deben tenerse en cuenta en todo proceso de revisión de las normas laborales.

Palabras clave: derecho del trabajo, flexibilidad laboral, directivas para la revisión de las normas laborales.

## **On Labor Legislation Reform: Concepts, Meanings and Orientations**

### **Abstract**

Labor law is subject to strong tensions that either uphold or impugn the tutelary intensity of its rules. Among the extreme perspectives of those who participate in this debate, there are those who consider that these norms are just dysfunctional interferences in market adjustment processes that must be mitigated or suppressed. On the other hand, those who do not accept any revision to labor standards, understanding that they are good just because they exist and that any labor reform would be regressive. Thus, frequently postponing other issues related to labor standards that should be considered, the debates that prevail are those referred to as labor flexibility. The article seeks to contribute to the conceptualization of flexibilization and to the understanding of the complexity of the effects of labor standards, which operate on the welfare of workers, on the productive system itself and on the functioning of labor markets and employment. The paper concludes by proposing a series of directives that in the opinion of the author should be taken into account in any process of revision of labor standards.

Keywords: Labor Law, Labor flexibility, Directives for Reviewing Labor Standards.

## I. El Derecho del Trabajo en “zona de tormenta”

Íntimamente transido por debates axiológicos, políticos, económicos, sociales y tecnológicos, el Derecho del Trabajo está en “zona de tormenta”. Operan sobre él, de un lado, reclamos y presiones, demandas y propuestas, ataques y ejercicios de resistencia; de otro lado, procesos de renovación tecnológica, organizacional y contractual cuyo ritmo y contenidos se aceleran y mutan. Con el correr de los años, cambios acentuados en la naturaleza, fisonomía e imagen cultural del trabajo humano, nuevas formas de organizarlo y también de organizar la producción, heterogeneidad creciente de los procesos de trabajo y, en consecuencia, también de las categorías profesionales y de las exigencias de formación, alteraciones en las secuencias de las carreras profesionales, cambios en el funcionamiento de los mercados y de la economía en su conjunto, fenómenos demográficos de fuerte incidencia sobre el mercado de trabajo, caducidad o menor alcance de categorías conceptuales fundantes –entre otras, y paradigmáticamente, el caso de la dependencia–, informalidad extendida y consecuente pérdida de virtualidad de políticas sociales y otras técnicas de cobertura social adscriptas al trabajo, entre otros fenómenos, configuran en conjunto un cuadro de notable complejidad. Complejidad que se torna más acentuada aún si se tiene en cuenta que todas esas formas en que se manifiestan las tensiones de transformación coexisten –con diversa incidencia relativa<sup>1</sup> con espacios en los que subsisten los modos más tradicionales de configuración del sistema productivo y, en muchos casos, aun con situaciones que pueden calificarse como prefordistas, que se preservaron al margen de la cultura industrial que se consolidara en la segunda mitad del siglo pasado.

En ese marco, en los debates de los últimos años sobre las instituciones laborales prevalecieron en la Argentina perspectivas extremas y más bien sesgadas, sucesivamente predominantes en diversos momentos de la historia reciente: en tanto unos no parecían advertir otro trayecto a recorrer que el de la desregulación indiscriminada (tan profunda como lo permitieran las ineludibles restricciones políticas), otros, por el contrario parecían profesar una suerte de culto acríptico hacia las normas vigentes, *suponiéndolas buenas solo porque están*, perspectiva desde la cual toda propuesta reformista se percibía como regresiva.

1. Naturalmente, esa incidencia es mayor en las economías de mayor desarrollo relativo.

Entre los primeros, aquella lógica tendió a concebir las normas laborales como meros instrumentos de interferencia en la capacidad de ajuste de los mercados. En esa condición, se les imputó operar como factores de restricción a la competitividad de las empresas y a la inversión, se les estigmatizó como responsables del crecimiento de la informalidad, del desempleo y de la subocupación,<sup>2</sup> se las consideró, en cualquier caso, excesivas e infundadas.<sup>3</sup>

Quienes, en cambio, reivindican la preservación irrestricta de las normas laborales existentes según su texto, obran a su vez como si, en palabras de Supiot, esas normas hubieran sido concebidas con “perfume de eternidad”. Como si con ellas hubiera llegado para las técnicas de protección el “fin de la historia”<sup>4</sup> y las que fueron diseñadas en el siglo pasado hubieran expresado el aporte último y definitivo del pensamiento jurídico.

## **II. La revisión de las normas laborales, diversidad temática y flexibilidad laboral**

Cierto es que los contenidos normativos que de modo constante reclaman revisión son múltiples y variados. Así vemos, entre ellos, la compatibilización del trabajo y la vida familiar, la *desestandarización* creciente del vín-

2. Desde esa perspectiva, los mercados de trabajo (internos y externos), se equilibran mediante ajustes de cantidades (oferta y demanda de trabajo) o de precios (salarios), y, preferiblemente, de unas y otros, y funcionan mejor cuanto más rápido esos ajustes responden a los cambios en los mercados de productos y a las situaciones de crisis. En ese marco, las regulaciones laborales se perciben como factores de interferencia que perturban la espontánea adecuación de oferta y demanda en el mercado y, en concreto, como costos que deben controlarse y limitarse y, en cuanto sea posible, suprimirse (desregular).

3. Detrás de esas imputaciones suele sencillamente ocultarse el propósito de reducir y variabilizar los costos del trabajo, ajustarlos a la evolución de la demanda en los mercados de productos, trasladar a los trabajadores parte de los riesgos de los emprendimientos, recuperar el control de la fuerza del trabajo por parte de la gerencia para hacer posibles los procesos de reconversión así como la introducción de nuevos modos de organizar el trabajo y la producción. Y que se corresponden muchas veces con la voluntad deliberada de atraer la inversión extranjera directa mediante la reducción de los costos y obligaciones derivados de la contratación de trabajo humano.

4. Es la imagen que parafraseando (o quizás parodiando) a Fukuyama usa Antonio Martín Valverde para representar esa resistencia casi cerril a repensar los instrumentos de tutela.

culo laboral y consecuente precarización de los desempeños, la pérdida del carácter dominante de categorías fundantes como la *dependencia laboral* y consiguiente difuminación de los límites entre autonomía y dependencia, la innovación tecnológica constante y las consiguientes necesidades de formación y reentrenamiento profesional, la multiplicación de novedosas tecnologías de control que conllevan un incontenible avance sobre las dignidad de los trabajadores, el reclutamiento por medio de plataformas informáticas, las dificultades crecientes para la representación de las categorías y para la acción colectiva, la internacionalización de las cadenas de suministro y las dificultades para dispensar la tutela en manifestaciones tan distantes e inabarcables, etc.

Pero es sin duda el debate ya tradicional y siempre vigoroso sobre la flexibilidad/rigidez de las normas laborales el que prevalece y concentra los más encendidos posicionamientos. Y dado que la hipotética rigidez de las normas laborales reside fundamentalmente en el modo en que opera la técnica prevalente en el Derecho del Trabajo (la de *limitar las diversas formas de autonomía de la voluntad*), no debiera sorprender el hecho de que, más allá de las diversas y por cierto expresivas clasificaciones formuladas sobre la *flexibilidad* desde múltiples criterios taxonómicos –flexibilidad numérica o externa o flexibilidad funcional, flexibilidad de los salarios, de la jornada de trabajo, de los mecanismos de contratación laboral, de diversas formas de movilidad funcional o geográfica, etc.–, el concepto estrictamente jurídico de *flexibilidad* sea prácticamente reconducible a *una tensión sistemática para restar atribuciones y contenidos a la ley y trasladarlos al ámbito de la autonomía colectiva y, en sus variantes más intensas, para restarlos tanto a la ley como a los convenios colectivos para dejarlos a disposición de la autonomía individual*. Dinámica que *mutatis mutandis* se reproduce entre fuentes del mismo rango jerárquico pero ámbito diverso (v.g., entre convenios colectivos), ámbito en el que las demandas de flexibilidad proponen acceder a niveles cada vez más reducidos de negociación (de la negociación de actividad a la de rama o sector, de esta a la de empresa, de la negociación de ámbito territorial mayor a la de las unidades territoriales menores). En otras palabras, *la flexibilidad jurídica es fundamentalmente una cuestión relativa al funcionamiento del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, lo que de ninguna manera nos debe llamar la atención tan pronto aceptemos que los *sistemas de fuentes del Derecho del Trabajo son, en rigor, sistemas de limitación de las autonomías*.

De modo que uno de los factores que califican un determinado ordenamiento jurídico laboral en términos de flexibilidad/rigidez y de intensidad tutelar se vincula con el modo en que se distribuyen sus contenidos al interior de su sistema de fuentes. Cuanto más nutridos sean los contenidos legales, más rígido –y probablemente (pero no necesariamente) más protector– será el ordenamiento; correlativamente, mayor será su flexibilidad y también menor su intensidad tutelar cuando mayor sea el desplazamiento de contenidos hacia las esferas de la autonomía colectiva y la autonomía individual. Eso es lo que acaece a los sistemas de fuentes que sufren presiones de flexibilización, en una trayectoria simétrica (pero de orientación inversa) a la que exhibiera el proceso de construcción del Derecho del Trabajo; en este, primero había sido el contrato y la autonomía individual, luego, la reacción de los trabajadores y la acción colectiva y, más tarde y como producto más acabado de esta última, los convenios colectivos de trabajo; finalmente, la intervención del legislador y las leyes del trabajo.

### **III. La compleja incidencia de las normas laborales**

Como lo sugerimos antes, las normas laborales satisfacen necesidades sociales relevantes y, por lo tanto, su abatimiento no puede concebirse sino como manifestación de una de las perspectivas más extremas y maniqueas del debate laboral. Dicho lo cual, es también el tiempo de admitir –como lo sugieren la experiencia comparada, las expresiones más consistentes de la teoría y la propia evidencia empírica– que tampoco es cierto que el funcionamiento de los mercados de trabajo internos y externos sea indiferente al modo en que se forman y sancionan las normas laborales, a las características de su diseño, a la extensión de sus contenidos. A partir de esa casi perogrullesca comprobación, hay que admitir también que es mucho menos obvia (y, desde luego, menos pacífica) la determinación de cuál es en concreto la precisa incidencia de las diversas opciones normativas, los efectos inmediatos y secundarios de cada una de ellas, las consecuencias que, cualitativa y cuantitativamente, pueden esas normas proyectar sobre el funcionamiento de los mercados de trabajo en el contexto de cada específico ordenamiento jurídico. Dicho en menos palabras, y tal como lo sostenía un antiguo funcionario de la OIT, *esa relación entre las normas laborales y el modo en que funcionan los mercados de trabajo no es, en todo caso, automática ni sencilla.*



Se trata en cambio de que más allá de la variedad y hasta de la riqueza de significaciones elaboradas en torno de la idea de *flexibilidad laboral* en cuanto ellas se “bajan” de sus componentes organizativos y económicos para proyectarse concretamente sobre las normas jurídicas (ese es el espacio que interesa desde las perspectiva de estas líneas), aquella idea de *flexibilidad laboral* parece carecer de independencia conceptual y, por el contrario, se manifiesta como una variable dependiente de un estado normativo anterior, al que se imputa *rigidez* o, en todo caso, flexibilidad insuficiente. Precisamente por ello, las estrategias de introducción de cotas mayores de flexibilidad parten necesariamente de los ordenamientos laborales tradicionales, cuya intensidad procuran alterar “a la baja” pero que –y desde luego, hasta ciertos límites– no necesariamente implican una modificación cualitativa de la lógica tutelar. Puede, por el contrario, afirmarse que, al menos hasta ese cierto punto, *las demandas y técnicas de flexibilidad en los diversos ámbitos del sistema de regulación laboral constituyen una propiedad del sistema de protección en sí* –solo tienen sentido en relación a un régimen legal de protección como el que en cada caso impera– *y, por lo tanto, los ejercicios de flexibilización lo matizan en diverso grado, pero no necesariamente alteran su naturaleza.*

En ese marco, el tenor de las normas examinado a la luz del estándar de flexibilidad laboral configura una cuestión compleja, que no puede abordarse desde perspectivas simplistas. Precisamente por ello es necesario cuando menos tener en cuenta que las decisiones relativas a su instalación, diseño o supresión deben tener en cuenta sus variadas –a veces hasta contradictorias– implicaciones en términos de su significación económica, de sus proyecciones sobre el mercado de trabajo y el empleo y, en tercer lugar, *que es el que les da sentido*, de las necesidades de protección laboral y de equidad social; estas últimas, obvio parece recordarlo, expresan el finalismo histórico de las normas laborales que de ningún modo ha devenido anacrónico ni trivial.

Si esto es así –y sostengo que en efecto lo es– de lo que se trata es de reconocer lo que podría caracterizarse como la *configuración tripolar de las normas laborales*, de resultas de la cual cada institución jurídica laboral debe expresar el punto óptimo de equilibrio entre su determinante faceta de protección, sus modos diversos –a veces tendencialmente contradictorios– de vincularse con la economía y el sistema productivo, y su incidencia sobre el mercado de trabajo y el empleo.

#### **IV. Mercados de trabajo internos y mercados externos**

Admitida que sea la necesidad de contar con un sistema regulatorio laboral capaz de facilitar la adecuación de empresas y trabajadores a entornos económicos y procesos de producción que cambian y se diversifican (un sistema de normas que sustente su eficacia social *también* en su aptitud económica y productiva), habrá que discernir en qué medida esa aptitud de adaptación ha de descansar sobre el desempeño de los mercados internos de trabajo o sobre el del mercado externo.

El interrogante, por cierto, no es ocioso. En efecto, una inclinación excesiva hacia el mercado externo de trabajo –la determinada “flexibilidad externa” que se materializa en la incorporación y expulsión de trabajadores acompañando la evolución en términos de expansión o retracción de los mercados de productos– afecta dramáticamente las expectativas de seguridad de los trabajadores y, por añadidura, deteriora el desarrollo de las calificaciones mientras desalienta opciones convenientes de reentrenamiento y reasignación de tareas dentro de la propia empresa. Por el contrario, la continuidad de los planteles, favorecida por mecanismos de adecuación funcional, satisface aquellas expectativas de seguridad y suscita niveles superiores de motivación y de aprovechamiento de las calificaciones, condiciones esenciales en mercados de productos que exigen crecientes “standards” de calidad y creatividad. Hay que admitir que, por cierto, la falta de mecanismos institucionales y de inversión suficiente (pública y empresaria) en formación profesional, reentrenamiento y formación continua de los trabajadores contribuye a estimular el recurso a las variantes más elementales de flexibilidad externa, en detrimento de las estrategias de adecuación funcional en el marco de los mercados de trabajo internos.

#### **V. Unas ideas, unas “directivas”**

A la vista de esa complejidad que apenas intenté sugerir en las líneas anteriores, en el cometido de revisar la legislación laboral es necesario considerar ciertas cautelas, algunas de las cuales, bajo la forma de orientaciones o “directivas”, podrían ser las que propongo a continuación:

*a. Prevenir la segmentación social*

El tipo de opciones que se activen en el proceso reformista del sistema de regulaciones e instituciones laborales incidirá sobre el modo en que se orienten los movimientos de estructuración social de la población. Habrá que prestar atención no solo a la cantidad sino también a la calidad del empleo que se propone crear, de modo de evitar la multiplicación y cristalización de nuevas “fallas” de segmentación social entre empleados y desempleados, trabajadores de empleo estable y precarios, trabajadores dependientes y autónomos (reales, ficticios o sujetos de vínculos ambiguos), trabajadores de sectores con empleo dinámico y trabajadores adscriptos a sectores con desempleo endémico, trabajadores formalmente empleados por las empresas principales y trabajadores tercerizados, trabajadores eficientemente formados y trabajadores irrecuperablemente descalificados, trabajadores con salarios suficientes y otros con remuneraciones que no permiten superar índices de pobreza o de indigencia, etc.

Implicaría casi una contradicción en los términos que el rediseño de las regulaciones laborales que parta de la necesidad de atender la situación de los mercados de trabajo se sustraiga a una responsable reflexión sobre los graves problemas sociales y morales que suscitan las diversas situaciones de marginación social, sobre los riesgos de profundizar las brechas entre sectores sociales impulsados “a dos velocidades”, sobre la afectación en esas hipótesis de los niveles de consenso y cohesión política y social de la sociedades nacionales, sobre los efectos inmediatos y secundarios del ajuste de los mercados de trabajo en términos de desempleo abierto, o de ampliación del impacto del subempleo, o de generalización de niveles salariales insuficientes. Estos interrogantes deben estar presentes en el momento en que se adoptan las decisiones, y merecen encontrar respuestas consistentes.

*b. Apreciar las normas de modo contextual*

El grado de flexibilidad y aptitud tutelar de las normas no es un concepto *absoluto*, ni susceptible de “medirse” exclusivamente en términos de su pura literalidad prescriptiva. *Las normas laborales no tienen un óptimo abstracto de eficacia operativa, ni pueden compararse en puros términos de su contenido prescriptivo, sino en relación concreta a diversos factores del contexto en el que operan.*

Las mismas normas “son” más flexibles o más rígidas, más o menos tutelares, según cuál sea la cultura industrial vigente, cuáles los criterios empresarios de gestión de los recursos humanos (esquema de comunicaciones, tipo de estructura jerárquica, criterios de integración y sistemas de recompensas, etc.), sus propias flexibilidades estratégicas de tecnología y de producto, sus opciones de organización de la producción, la tradición sindical y las relaciones de fuerza que suscita y el estilo de sustanciación de las relaciones laborales (básicamente, en términos de cooperación o de conflicto), la presencia (o no) de criterios de reconocimiento de la “ciudadanía” de los trabajadores en la empresa.

Inciden también de modo destacable el grado de cumplimiento efectivo de las normas, la profundidad de las acciones de contralor administrativo, las tasas de conflictividad judicial, el comportamiento de los protagonistas del litigio y de los jueces, los criterios de interpretación de las normas y el sentido en que evolucionan, las relaciones entre las diversas fuentes de producción normativa.

Definen igualmente *el grado de virtualidad contextual de las normas* factores tales como la eficacia del sistema educativo y del aparato institucional de formación profesional, la calidad del medio ambiente laboral, la existencia y calidad de los servicios de salud, el funcionamiento de las instituciones de la seguridad social (nivel y suficiencia de las prestaciones sustitutivas del salario, edad jubilatoria, condiciones para la vuelta a la actividad, etc.) y el contenido y alcances de las políticas sociales.

Resulta pues insuficiente (por pecar de una suerte de abstraccionismo literal) toda evaluación o cotejo de normas o sistemas regulatorios que pretenda efectuarse al margen de esa imprescindible consideración contextual.

### *c. Asegurar la disponibilidad del conocimiento y los recursos informativos necesarios*

Aquella valencia contextual de las regulaciones laborales expresa la intransferible singularidad de cada ordenamiento nacional, y sugiere en consecuencia la necesidad de afirmar el carácter también singular de todo emprendimiento reformista, que debe considerar escrupulosamente las características de partida de la sociedad nacional, sus opciones político-sociales y éticas, sus fenómenos y tendencias estructurales (distinguiéndolas con cuidado de sus situaciones de coyuntura), el funcionamiento global de su

economía y su sistema productivo, y demás elementos que definen aquella caracterización contextual.

Esa perspectiva no niega, desde luego, la relevancia orientadora de la experiencia comparada, pero previene contra su valoración acrítica o descontextuada. La evaluación así circunstanciada del modo en que las normas laborales inciden en el funcionamiento del mercado de trabajo exige, además de otras formas institucionales de aproximación a esos fenómenos, la cuantificación objetiva –y homologable con la experiencia internacional– de determinadas variables (en lo que se refiere a la caracterización del ordenamiento nacional sirvan solo como ejemplo, y entre muchas otras, rotación en el empleo, permanencia en el puesto específico de trabajo, incentivos, motivaciones o disposición para el cambio de empleo o puesto de trabajo, movilidad geográfica, diferenciales salariales por sectores e intersectoriales y otras “medidas” de flexibilidad salarial, dificultad de cobertura de puestos por escasez de calificaciones, etc.).

Si ese conocimiento no está disponible, los juicios –*propiciatorios o de rechazo*– sobre flexibilidad de la oferta y de la demanda, sobre flexibilidad salarial, funcional y externa y, en suma, sobre flexibilidad de los mercados de trabajo externos o internos, son susceptibles de sufrir en exceso la influencia de diversas formas de preconceptualización ideologista. *La insuficiencia de esos estudios en la Argentina explica visibles inconsistencias del debate técnico y político, y revela la urgente necesidad de recuperarse desde déficit tan notorio.*

*d. Dar debida consideración a la necesidad de preservar o establecer el pertinente equilibrio estructural (protección laboral, eficacia productiva, empleo)*

La contextura tradicional de las regulaciones laborales en la Argentina expresa un cierto equilibrio entre las demandas sociales de protección y las necesidades económicas de eficiencia productiva, adecuado, entre otros factores, al modelo de acumulación y las expectativas sociales prevalecientes hasta comienzos de los años 70.

Las profundas transformaciones que se exteriorizaron a partir de entonces en los mercados impusieron la formulación –aún no satisfecha– de un rediseño de las normas laborales capaz de traducir un nuevo equilibrio estructural que tendrá esta vez que dar respuesta al complejo tripolar –protección

laboral, eficacia productiva, empleo— que hoy encuentra en esas regulaciones su punto de intersección. En ese marco, habrá que procurar que los nuevos diseños normativos se correspondan con aquellas imperfecciones de los mercados de trabajo que sean real derivación de las interferencias regulatorias, evitando reaccionar en exceso ante los cambios a corto plazo en la competitividad de precios.<sup>5</sup>

Un exceso reformista articulado para dar respuesta inmediata a distorsiones de la coyuntura desviaría la atención del conjunto de políticas sustantivas en verdad apropiadas para mejorar la capacidad de la economía para generar empleo productivo (incluso de políticas específicas de mercado de trabajo), degradaría esas reformas en perfiles de injustificable inequidad, y despojaría de legitimación social al propio modelo económico en cuyo marco se les instala.

#### *e. Prevenir los procesos de “huida” del sistema de protección del trabajo*

Como se ha señalado desde las mejores expresiones de la doctrina científica, la inadecuación que hoy denota a algunas de las instituciones normativas laborales se expresa en ese proceso de “huida del Derecho del Trabajo”<sup>6</sup> que se materializa en los hechos y que, en algunos casos, llega incluso a alentarse desde el propio Estado.

Entre sus manifestaciones conspicuas se señalan diversas hipótesis de fraude o evasión como el “trabajo negro”, la interposición de personas o la simulación de otras figuras contractuales; más recientemente, se incorporan la generalización de formas de trabajo atípico, la individualización de

5. Prevención que agudamente postulaba el *Libro Blanco de las Comunidades Europeas*, 1993, y que tiene particular validez en nuestro país, a la vista de la reiterada invocación del así llamado “costo argentino”.

6. En ese sentido, cfr. M. Rodríguez Piñero (en “La huida del derecho del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, Madrid, Año 8, No. 12, 1992). En *The Legal Construction of Personal Work Relations* (OUP, Oxford, 2011), Mark Freedland y Nicola Kountouris hacen referencia al “flight from labour law [...] lamented by several of our continental European colleagues...”, mencionando en particular la noción italiana de “fuga dal diritto del lavoro”, en P. Ichino, “La fuga dal diritto del lavoro”, en *Democrazia e diritto*, 1990, 69, y F. Liso, “La fuga dal diritto del lavoro”, en *Industria e sindacato*, No. 28, 1992, p. 1 y ss. También “The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries”, 1945-2004, de Bob Hepple, Bruno Veneziani Hart Publishing, Oxford, 2009.

las relaciones laborales (huida del derecho colectivo), ciertas manifestaciones del fenómeno de la descentralización productiva o el recurso al trabajo autónomo o independiente, las acciones públicas de “deslaborización”<sup>7</sup> y “desalarización”<sup>8</sup> de diversas prestaciones accesorias así como el recurso normativo a mecanismos como las becas y pasantías, vales y “canastas” de alimentos, etc.

Más allá de la valoración crítica que pueda suscitar cada una de esas concretas alternativas fácticas o normativas, *parece necesario prevenir al aparato de protección laboral de contribuir a la formación de un sector superprotegido e hipoproductivo y un nivel hipoprottegido al que se suponga máxima aptitud productiva, fenómeno cuya disfuncionalidad anticiparía la virtual bancarrota del derecho de protección.*<sup>9</sup> Debe pues reflexionarse sobre la necesidad de formular una afinada ordenación de las prioridades y un eficiente reparto y, en su caso, reasignación de los recursos de protección; la omisión de abordar responsablemente desde las políticas públicas la

7. Neologismo que procura denotar el *tratamiento legal de relaciones de trabajo dependiente como si no lo fueran*, y que forma parte de una cierta reversión del rumbo expansivo del Derecho del Trabajo, que encontrara sustento en el desconocimiento de la aptitud de la autonomía de la voluntad para calificar la naturaleza (dependiente o autónomo) del contrato de trabajo y la vigencia de un virtual *in dubio pro laborale*. En sentido contrario, en algunos ámbitos crece ahora esa proclividad a la “deslaborización”, suelen ponerse en cuestión las presunciones de laboralidad, se advierte desde hace ya algunas décadas una cierta revalorización de la aptitud calificatoria de la voluntad de las partes del contrato (véase en ese sentido Miguel Rodríguez Piñero, “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, No. 18, Madrid, 1996.

8. En este caso, *tratamiento legal de un concepto de naturaleza salarial como si no tuviera esa naturaleza*, con el objeto de que no se apliquen sobre ellos las denominadas “cargas sociales” o “impuestos al trabajo” y, además, que no se computen tampoco para la determinación de otros créditos laborales (como la remuneración de los descansos, las indemnizaciones por despido, etc.). Entre nosotros, fueron puestos en esa condición (art. 103 bis de la LCT) conceptos como servicios de comedor en la empresa, vales de almuerzo o reintegros de comida (luego derogados por la ley 26.341), de gastos de medicamentos, de guardería y sala maternal, de servicios médicos, la de ropa de trabajo, de útiles escolares, guardapolvos y juguetes para los hijos del trabajador, el pago de gastos de sepelio y, en otras normas, las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación de suspensiones de la prestación laboral por falta o disminución del trabajo no imputables al empleador, el reintegro de gastos por uso de automóvil, etc.

9. Conf. Rodríguez Piñero, Miguel, en loc. y *op. cit.* en nota 6.

cuestión de la funcionalidad productiva de las normas laborales podría derivar en formas de flexibilidad resueltas unilateralmente desde los propios mercados –inaplicación, informalización, “huida” en suma– menos satisfactorias tanto desde el punto de vista económico como desde las perspectivas del empleo y la protección laboral.

*f. Valorar la incidencia “multidireccional” de las normas laborales*

Conviene reconocer la *multidireccionalidad* de las normas laborales en relación al modo en que inciden sobre el funcionamiento de los mercados de trabajo internos y externos. Mientras unas normas operan sobre la oferta, otras, según su diseño, estimulan o desalientan la demanda de trabajo. Unas inciden directamente sobre los costos nominales del trabajo, mientras otras se proponen revertir, en términos de ganancias de productividad, sobre los costos por unidad producida (y los efectos sobre el empleo de estas y aquellas no son siempre convergentes). Unas sustentan su funcionalidad para la creación de nuevos puestos de trabajo en su aptitud para acompañar positivamente el crecimiento de la inversión, mientras otras (v.g., limitación de horas extras o reducción de las jornadas máximas) se promueven como instrumentos para el “racionamiento” o reparto del trabajo disponible, etc.

Si esto es así, una reformulación atinada del sistema de regulaciones laborales no puede prescindir de considerar y categorizar esas diversas orientaciones de los mecanismos normativos; el producto final –el marco jurídico renovado– no es solo, en términos de sus efectos sobre los mercados de trabajo y el empleo, la sumatoria lineal de las nuevas normas, sino el resultado sistémico de la combinación y dosificación de los diversos instrumentos normativos. Un tratamiento desaprensivo de esa diversidad instrumental puede derivar en una neutralización de sus efectos o hasta en una resultante contradictoria con sus propios fines.

*g. Evaluar de modo particular la incidencia de las normas sobre las pequeñas y medianas empresas*

Esa determinación del grado práctico de flexibilidad de las normas desde las características del sistema de relaciones laborales en la empresa y de los criterios de gestión de los recursos humanos se manifiesta de modo particularmente crítico en el caso de las pequeñas y medianas empresas,



en especial de las pequeñas. Subsisten en ellas, en efecto, las más antiguas concepciones relativas a la administración del personal, potenciadas por el carácter no profesional (ni mucho menos especializado) de su gerencia. Ese déficit cobra especial relieve a la vista de las tendencias a la externalización, a la descentralización productiva y a la denominada “especialización flexible”.

No siempre se advierte, además, *el inasimilable particularismo de las relaciones laborales en las pequeñas empresas*, la necesidad de generar y transferir conocimiento y tecnología apropiados para ese especial tipo de gestión, y las obvias limitaciones que casi por definición exhiben ese tipo de empresas para acceder a esos saberes, si desde las políticas públicas y la acción de las organizaciones empresarias no se emprenden actividades tendientes a una agresiva cobertura de esa demanda potencial, que por el mismo fenómeno carencial suele no explicitarse.

### **Para terminar...**

La tarea de revisar y eventualmente reformar las normas laborales no es simple, como tampoco lo es el objeto sobre el que debe materializarse, y rechaza por ello todas las formas de reduccionismo maniqueo, desde las que no advierten otro trayecto a recorrer que el de la desregulación indiscriminada, hasta las que no expresan más que un culto acrítico y hasta fetichista hacia las normas vigentes.

Tras reconocer que las normas laborales son punto de intersección del complejo entramado de múltiples fenómenos económicos y sociales que procuráramos apenas ejemplificar en líneas anteriores, todo emprendimiento reformista debería sujetarse a ciertos principios, normas técnicas y directivas que, a nuestro juicio, determinarían los niveles de acierto técnico, eficacia económica y legitimación social de los nuevos productos normativos. En particular, si se pudiera extraer alguna conclusión general a partir de las reflexiones precedentes, ella se referiría sin duda a la constatación de la extrema complejidad de las cuestiones relativas al tratamiento de los sistemas nacionales de regulaciones laborales en relación con su finalidad protectoria, su eficacia productiva y su incidencia sobre los mercados de trabajo y el empleo.

Como sucede con todos los problemas cuya complejidad deriva de ser punto de intersección de múltiples factores de incidencia y, a su vez, vértice de proyección de efectos diversos y hasta contradictorios sobre campos y

expectativas también variadas, la eventual pretensión de inferir simplificaciones esquemáticas de sus causas, sus efectos o sus soluciones no suele ser un modo apto para resolverlos sino una forma (a veces interesada) de sus- traerse a su apropiado tratamiento.

A mi modo de ver, el ordenamiento jurídico laboral debe experimentar cambios profundos, no solo –como se sostiene desde cierta perspectiva– porque así lo reclaman el sistema económico y los procesos de producción, *sino también, y quizás de modo esencial, porque de otro modo la situación de los hombres y mujeres que trabajan continuará degradándose de modo sostenido.*

Se trata de preguntarse si será posible que cambios tan profundos en la dinámica tecnológica y social sean acompañados por la concepción de otras técnicas jurídicas y sociopolíticas dotadas de renovada eficacia para la protección del trabajo humano y la realización de sus valores o si, por el contrario, habrá que aceptar que la clase de los juristas y demás responsables del diseño de las políticas públicas agotaron en el siglo anterior toda su imaginación y creatividad, toda capacidad para articular, en términos de equilibrio y equidad social, nuevas respuestas para una realidad que cambia y las reclama. Aquella alternativa, desde luego, no está garantizada; esta última, en verdad, no me la puedo creer.

## **Bibliografía**

- Freeland, Mark y Kountouris, Nicola, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, OUP, Oxford 2011.
- Hepple, Bob, *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries. 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- Ichino, P., “La fuga dal diritto del lavoro”, en *Democrazia e diritto*, 1990.
- Liso, F., “La fuga dal diritto del lavoro”, en *Industria e sindacato*, No. 28, 1992.
- Rodríguez Piñero, Miguel, “La huida del derecho del trabajo”, en *Relaciones Laborales*, Año 8, No. 12, Madrid, 1992.
- “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, No. 18, Madrid, 1996.

*Artículos recibidos por convocatoria abierta*

---



# Friedrich Spee: de la caza de brujas al moderno derecho penal\*

*Eugenio R. Zaffaroni*\*\*

*Guido L. Croxatto*\*\*\*

## Resumen

En el presente trabajo buscamos indagar en la figura y en la obra de Friedrich Spee, un poeta jesuita que da inicio, con sus críticas a la caza de brujas, a lo que hoy llamamos criminología crítica. En especial, nos interesa analizar su trabajo *Cautio Criminalis*, en el cual cuestiona duramente los juicios por brujería y la aplicación de la tortura. También buscamos analizar históricamente la evolución del Derecho Penal, mostrando la forma en que el mismo se fue constituyendo como una disciplina autónoma. Finalmente, se analizan los procesos de tecnificación del Derecho (no solo penal) como parte de un proceso que no es ajeno a la forma en que se plantea la enseñanza del Derecho en las aulas, que se aleja de modo creciente de disciplinas como la filosofía y la historia del derecho, centrando el análisis jurídico en modelos económicos y técnicos. En este sentido, se plantea un camino alternativo, crítico de la tecnificación del Derecho, que aspira a recuperar, en la

\* El presente texto fue presentado bajo el título “Friedrich Spee: Von der Hexenjagd zum modernen Strafrecht” por los autores en una conferencia conjunta en el Max Planck Institut de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional de la ciudad de Friburgo, Alemania, el 10 de julio de 2017. La presente versión fue revisada y ampliada por los autores para su publicación.

\*\* Profesor Emérito de Derecho Penal (UBA) y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

\*\*\* LL.M. (FU-Berlín), CONICET, Doctor en Derecho Penal. (UBA) Profesor visitante de Derecho Constitucional en la Freie Universität, Berlín. Investigador asociado del Centro de Estudios sobre Genocidio (UNTREF, Argentina).

línea trazada por Martha Nussbaum, el valor de las humanidades. Siguiendo el modelo de figuras como Spee, se recupera la importancia de la literatura en general y de la poesía en concreto, para humanizar el Derecho Penal, generando una enseñanza (y una práctica) más humana y humanizada del mismo.

Palabras clave: Spee, caza de brujas, tortura, Derecho Penal, tecnificación, Humanismo.

## **Friedrich Spee: from the Witch Hunt to Modern Criminal Law**

### **Abstract**

This paper intends to enquire into the person and work of Friedrich Spee, a Jesuit poet who starts, by means of his criticism of the witch hunt, what we now call critical criminology. We are interested in analysing his work *Cautio Criminalis*, in which questions harshly the witch hunt and the use of torture. We further intend to historically analyse the evolution of Criminal Law, showing how it has become an autonomous discipline. Finally, the technification of the (not only criminal) law process is analysed as part of a process related to the way Law teaching is taught, which increasingly pulls away from disciplines such as philosophy and legal history, the legal analysis being focused on economic and technical models. In this respect, there is an alternative path, critical of the technification of the Law, which intends to recover, in the line drawn by Martha Nussbaum, the value of humanities. Following the model of people like Spee, the importance of literature, in general, and of poetry, in particular, is recovered to humanise Criminal Law, thus generating a more humane and humanised teaching (and practice) thereof.

Keywords: Spee, Witch Hunt, Torture, Criminal Law, Technification, Humanism.

## I. La Historia en el Derecho Penal

En los últimos tiempos, la historia del derecho penal ha llamado la atención como campo disciplinar y ha dado lugar a nuevos estudios,<sup>1</sup> aunque muchas veces parece dar lugar a una especialidad separada del derecho penal mismo, que se presenta cada vez como más ahistórico, como una disciplina técnica y “neutral”, es decir, sin historia. Parte de este esfuerzo (de marginación creciente de disciplinas académicas como la filosofía del derecho y la historia del derecho, dos campos críticos que se marginan de los programas de estudio de abogacía de modo creciente y se presentan, a lo sumo, como “especializaciones” separadas)<sup>2</sup> parece orientado por la vieja ambición de estudio científico (idealista), que pretende despojar al derecho de toda procedencia (de toda mácula) histórico-política, presentándolo de este modo como una “ciencia pura”.<sup>3</sup>

1. Muchos enfocados –casi exclusivamente– en la historia de las prisiones.

2. No hace falta insistir demasiado sobre la importancia de disciplinas como Historia del Derecho en la formación crítica de los abogados. Sin embargo, y siempre en aras de una supuesta mayor “practicidad” de los estudios (trasladando esos contenidos a programas de posgrado, como si configuraran en rigor un complemento accesorio a la formación de los abogados, y no un aspecto central, crucial, de su disciplina), se margina estos contenidos, generando de este modo abogados que desconocen la historia del Derecho y la filosofía que transitó y marcó a su disciplina. La tecnificación de la enseñanza del Derecho es parte del fenómeno de tecnificación creciente de la labor de los abogados. El abogado, de este modo, es formado como un *tecnócrata*, como un profesional que maneja (de modo aséptico) un instrumento (sin historia política), es decir, una técnica. Esto redundando en una deshumanización creciente de la disciplina, deshumanizando de ese modo las prácticas a las que da lugar y el Derecho analiza y a las cuales otorga legitimación. La pérdida de espacio de la Filosofía del Derecho en las aulas de abogacía no es un fenómeno exclusivo de América Latina: se trata de un fenómeno de tecnificación global de los saberes, que alcanza (esta tecnificación creciente del saber jurídico alcanza) incluso a una de las cunas de la filosofía jurídica: Alemania. (Al respecto, pueden verse los informes de las Academias alemanas, alertando sobre la pérdida de interés en disciplinas como la filosofía jurídica, un desinterés que solo en parte se explica por el hecho práctico de que los exámenes de Estado, que los estudiantes deben rendir sobre el final de sus estudios, carecen de preguntas sobre filosofía jurídica).

3. En parte este déficit de los estudios sobre el Derecho (el desapego con el realismo y con los estudios de historia) se vincula a otro defecto de la filosofía legal: el idealismo. “En los

También es funcional a la progresiva tecnificación (en aras de una supuesta mayor eficiencia pedagógica y funcional no demostrada) de los saberes sociales, proceso del que el Derecho, por desgracia, no es ajeno.<sup>4</sup> El Derecho –todo derecho– tiene una historia y tiene un origen cultural y político concreto. Esa historia no siempre es simple, o grata, pero conocerla resulta indispensable.<sup>5</sup>

Para el derecho penal los hechos históricos parecen solo antecedentes, reservados a curiosos investigadores de libros viejos, mientras que el derecho penal se ocupa de cosas que siempre son novedades, problemas e ideas actuales.

Aunque los penalistas se desilusionen mucho, lo cierto es que esto es falso. Si suprimimos los lenguajes, las modas académicas y los contextos culturales y políticos, y nos quedamos con las estructuras básicas del pensamiento, veremos que nada nuevo aparece en las ciencias penales, por lo menos desde hace cuatro siglos y que, aún más, las otras estructuras del pensamiento penal se remontan hasta hace casi un milenio, cuando no más. Hemos avanzado muy poco, aunque no nos guste (y es lógico que no nos

últimos años se publicaron varias obras generales que tienden a elaborar el derecho penal con base preferente en la jurisprudencia y con menos referencias doctrinarias e históricas. A América Latina nos llegó esta última variable, porque es poco viable en países que carecen de un cuerpo de jurisprudencia tan sólido como el condicionado por la estructura constitucional alemana. Esta manualística más reciente parece compatibilizarse con la formación de juristas *prácticos*, exigida en Europa por el llamado Plan Bologna, que tiende a suprimir toda formación sociológica, filosófica e histórica en el entrenamiento de los operadores del sistema jurídico. El objetivo pareciera ser la formación de una masa de procuradores o tramitadores técnicos y, por otro lado, una elite de pocos, dedicados a pensar el derecho en sus cubículos universitarios. En síntesis, puede afirmarse que la característica común a todo el postfinalismo consiste en una vuelta al idealismo y, en particular, un rechazo frontal hacia el realismo de las estructuras lógico-reales de Welzel, de las que casi nadie habla desde hace años” (Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, pp. 70-71. Véase también Cap. X. La asepsia política como discurso importado).

4. Nussbaum, M., *Not For Profit: Why Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, 2010.

5. Todo Derecho emerge, como recordaba Ihering, de una lucha. Y estas luchas y movimientos son culturales y políticos, están más cerca del barro que de la límpida abstracción, están más cerca de la práctica que de la teoría.



guste en modo alguno, porque lastima nuestra vanidad de teóricos y “cientistas” sociales) reconocerlo.

En efecto: si pensamos en el retribucionismo, veremos que atraviesa toda la historia del derecho penal, con diversas explicaciones. La retribución de la culpabilidad la encontramos en los primeros penalistas, en los glosadores, en los prácticos, con argumentos tomados de los filósofos griegos, y también lo encontramos en los contractualistas del iluminismo y del liberalismo penal.

Si pensamos en la peligrosidad, lejos de creer que fue una creación del positivismo del siglo XIX, lo cierto es que fue la teoría de los demonólogos, como también debemos reconocer o asumir que ellos fueron los primeros criminólogos de la criminología etiológica, incluso con base biológica, como lo muestra la lectura de su síntesis en el Martillo de las Brujas de Krämer o de Sprenger y Krämer.

Para la misoginia de la época, las mujeres eran menos inteligentes que los hombres y, por lo tanto, conforme al retribucionismo, debían ser menos penadas que los hombres (menos dignas del castigo), pero para los inquisidores de la caza de brujas, debían ser más penadas, solo porque eran peligrosas.

Si pensamos en un derecho penal de medidas de seguridad, lo hallamos en el siglo XVI, con Johann Wier, el médico discípulo de Agrippa, quien afirmaba que las brujas eran enfermas melancólicas y que debían ser quitadas de las manos de los inquisidores y jueces y dejadas en las de los médicos, para su adecuado tratamiento.

La reacción contra la tesis de Wier no se hizo esperar, y fue uno de los creadores del concepto de soberanía quien se ocupó de denostar a Wier: Jean Bodin. Bodin afirmaba que las brujas debían ser materia del Estado, porque el rey era el defensor de la religión. Con esto estatizaba el bien jurídico que supuestamente lesionaban las brujas, en una forma que es completamente análoga a la del fascismo italiano: todos los bienes jurídicos son estatales, el delincuente lesiona al Estado.

Si pensamos que la idea de la Volksgemeinschaft y el consiguiente Willensstrafrecht son una invención del nazismo, también estamos equivocados. Basta leer el *Formicarius* de Johannes Nieder, del siglo XV (escrito durante el Concilio de Basilea), con su concepción de la sociedad como hormiguero, donde cada individuo tiene biológicamente condicionada su conducta, para comprender que su concepto de sociedad, y la correspondiente

función depuradora de la degeneración asignada al derecho penal, tienen seiscientos años de venerable antigüedad.<sup>6</sup>

Si pensamos que a lo largo de los mil años de historia del derecho penal hubo “emergencias” que legitimaron discursivamente las peores atrocidades del poder punitivo, veremos que este fenómeno tampoco es nada nuevo: los herejes, las brujas, los traidores, la sífilis, el alcoholismo, las drogas, los burgueses, el comunismo internacional hasta llegar al terrorismo, son emergencias que han surgido y pasado, que justificaron la creación de enemigos y que dieron lugar a un uso genocida del derecho penal. A un poder estatal sin restricciones que conculca muchas veces los mismos derechos y garantías que dice defender.

Nunca el derecho penal nos libró de ninguna de estas emergencias: se disolvieron y dejaron de ser emergencias, o se resolvieron por otros medios, o bien nadie las ha resuelto hasta el presente.

Ninguna de estas ideas troncales es nueva en el derecho penal, sino que hasta el presente nos limitamos a reproducir y discutir todas ellas. En síntesis: si acercamos un poco más el derecho penal a la historia, veremos que llevamos siglos discutiendo en base a las mismas ideas troncales. Veremos también que los debates no son nada originales, se repiten, cambiando meramente los actores de la discusión.<sup>7</sup>

6. El historiador Raul Hilberg muestra en sus trabajos lo poco “original” que fue el nazismo en sus doctrinas y muchas de sus acciones. Hilberg entiende que lo único verdaderamente “original” del nazismo fue la forma de implementar un plan sistemático: las cámaras de gas. Esa fue, según Hilberg, su única “invención”, una invención de orden técnico más que teórica.

7. Puede pensarse que las críticas o tensiones entre el constitucionalismo garantista (positivista) de Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo principalista (no positivista) de Robert Alexy expresan una contradicción que ya tenía lugar siglos antes, cuando Kant (a quien sigue Alexy en Alemania) era cuestionado duramente por Paul Anselm von Feuerbach, un liberal, padre del principio de legalidad penal moderno (cuyo pensamiento es seguido de cerca por Ferrajoli, crítico de Alexy, que defiende el positivismo jurídico como método a seguir por el constitucionalismo garantista: el mayor apego a la legalidad con sus garantías, pasando de la legalidad estricta a la legalidad sustancial, en los actuales Estados Constitucionales de Derecho). Este caso concreto de la doctrina constitucional contemporánea es solo un ejemplo que puede replicarse en la dogmática penal y en otras áreas del Derecho. La falta de formación o perspectiva histórica nos hace perder de vista muchas veces, precisamente, la forma en que se repiten debates y

No obstante, pareciera que en las ciencias penales se produjo una novedad en el último medio siglo, que fue la criminología de la reacción social, en todas sus variantes, desde las versiones del interaccionismo simbólico y la fenomenología hasta las posiciones más extremas de la criminología llamada radical.

Sin embargo, esto no es más que otro error de la general tendencia a ignorar la historia. A decir verdad, el primer criminólogo crítico fue el jesuita Spee con las dos ediciones de su *Cautio Criminalis* en 1629 y 1631.

La vida de Spee es realmente sorprendente y mucho más lo es la fuerza con que sostuvo sus principios, un siglo y medio antes del Iluminismo y sin el contexto en que el Iluminismo surgió. Spee no tenía el apoyo de una burguesía en ascenso y en progresiva confrontación con la nobleza y el clero de su tiempo, sino que se manifestó justamente solo y en contra de todos los poderosos de su tiempo.

Friedrich Spee es injustamente olvidado no solo por el penalismo, sino incluso por la propia Iglesia Católica y hasta por su Orden. Christian Thomasius lo rescató del olvido casi setenta años después de su muerte y hasta hoy no está suficientemente estudiado por los penalistas ni por los criminólogos.

Hace unos años nos interesamos en las teorías etiológicas y peligrosistas de los demonólogos, y Antonio Beristain Ipiña, profesor de San Sebastián, me indicó la necesidad de prestar atención a esta figura histórica y a su *Cautio Criminalis*. Nos propusimos publicar la traducción castellana de esa obra y al preparar el estudio preliminar fuimos descubriendo la extraordinaria personalidad de Friedrich Spee y la importancia de su obra pionera.

Spee no fue un jurista, sino un jesuita poeta y teólogo. Su obra poética es el *Trutz-Nachtigal* y la obra teológica que se conserva es el *Güldenens Tugend-Buch*, escrito por mujeres y a pedido de mujeres. No es un dato menor su afición por la poesía. Han sido no pocos los poetas dedicados luego a pensar críticamente el derecho de su época, dejando sobre todo sus arbitrariedades e injusticias sobre la mesa. La sensibilidad del poeta es mayor, muchas veces, que la del abogado o jurista.

tensiones doctrinarias que ya tuvieron lugar en el pasado. La historia, precisamente, la historia política y práctica, podría ser el campo de acción donde estas tensiones políticas, ideológicas y conceptuales muchas veces se dirimen y resuelven. Conocerla es una forma de no repetir equivocaciones.

Ninguna de estas obras se publicó en vida del autor. Por las vicisitudes de la vida fue destinado a confesar a las supuestas brujas que serían quemadas y su sensibilidad de poeta, de teólogo y de cristiano le llevó a denunciar ese crimen de Estado. Según algunos datos, parece que incluso esta experiencia dolorosa lo envejeció físicamente.

Se trataba de un crimen de Estado, porque la inquisición contra la que escribía Spee no era la eclesiástica, sino que en ese tiempo las brujas eran quemadas en Alemania por orden de los tribunales y jueces laicos, dependientes de los príncipes, en función de la *Constitutio Criminalis Carolina*.

Cabe hacer notar que esta inquisición estatal mató a muchas más mujeres que la inquisición eclesiástica de la Edad Media. ¿Cuál es la razón para sostener que Spee fue el primer criminólogo crítico? Responder a esta pregunta es importante, porque en caso afirmativo se cerraría el círculo de las estructuras de pensamiento con que hoy discutimos y se verificaría que ninguna de ellas es nueva, sino que nos manejamos con estructuras de pensamiento que han aparecido entre seiscientos y mil años antes que nosotros. Nuestra respuesta a la anterior pregunta es decididamente positiva, para lo cual nos basamos en la metodología del trabajo de Spee.

Algunos comentaristas de su obra pretendieron minimizar su importancia porque Spee no negaba frontalmente la existencia de las brujas: Spee decía que daba por cierta su existencia, solo que él no había conocido a ninguna bruja. Lejos de ser un demérito, creemos que justamente esto es lo que le otorga el carácter de criminólogo crítico. Efectivamente, al igual que la criminología crítica del siglo pasado, Spee no entra en la discusión acerca de la existencia y poderes de las brujas y de Satán, no se pregunta si los aquéllas son reales o ensoñaciones, si las brujas pueden mover objetos o personas, etc., es decir, que no se ocupa de nada de lo que estudiaban y discutían los demonólogos como criminólogos etiológicos de su época.

Spee dejó totalmente al margen esa discusión, para centrarse en el funcionamiento real del sistema penal, o sea que, el llamado giro copernicano de la criminología de la segunda mitad del siglo pasado, el famoso cambio de paradigma criminológico, no fue originario de nuestra época reciente, sino que lo había protagonizado Spee hace casi cuatrocientos años.

En este libro se expresa respecto de los diferentes segmentos del sistema penal inquisitorial de su tiempo en forma extremadamente descarnada. No hay segmento sobre el cual no caiga su crítica ácida y fuerte: los príncipes que descargan la tarea en los funcionarios, los inquisidores que se enrique-

cen, los verdugos que son delincuentes sexuales, los teóricos que escriben libros repitiendo y dando por ciertas las versiones extraídas por tortura y con preguntas que sugerían las respuestas, los predicadores que repetían desde los púlpitos los mismos discursos, los confesores borrachines que se aliaban a jueces e inquisidores, las órdenes religiosas que escogían semejantes confesores, la venta de protección mafiosa por parte de inquisidores, etc.

Si bien hubo alguna criminología de la reacción social del siglo pasado a la que se le imputó no llegar hasta los escalones más altos (“top dogs” decían), la crítica de Spee es mucho más avanzada, porque no deja fuera de su crítica a nadie, ni ahorra críticas a los *top dogs*.

De este modo, concluye Spee que cualquier persona sería condenada por brujería con semejante sistema, que daba por resultado un crimen tan atroz que lo compara sin titubear con los cometidos por Nerón en la persecución de los cristianos.

Justamente, aquí está la metodología de la criminología de la reacción social: no entrar a las discusiones teóricas del derecho penal, sino centrar la atención en el funcionamiento real del sistema penal. En este sentido, Spee fue un sociólogo del sistema penal, y si de vez en cuando se introduce en las afirmaciones de juristas, lo hace para regodearse en sus contradicciones, invocando siempre la “razón”. Por supuesto que no es la razón del racionalismo posterior, pero algo intuitivo hay en su casi obsesiva invocación de la razón a lo largo de todo su texto.

¿Fue Spee un precursor del Iluminismo penal? ¿Se adelantó a Beccaria, a Sonnenfelds, Hommel, Verri, Lardizábal o Melo Freire? En algún sentido lo fue, porque, en definitiva, las exigencias de Spee respecto del proceso penal no son diferentes a las que exigiría luego Beccaria, pero eso es consecuencia de su propio método de criminología crítica centrada en la reacción social. No olvidemos que los criminólogos críticos del siglo pasado niegan que la criminología haya nacido con Lombroso y fijan su nacimiento en la crítica iluminista y liberal. Con la lectura de la obra de Spee, el origen de la criminología de la reacción social y de sus demás variables críticas se debe poner más atrás: justamente en la *Cautio Criminalis* de Spee.

Sin embargo, justo es destacar que Spee fue sin duda un antecedente importante del Iluminismo, no solo penal, sino incluso jurídico en general, que suele pasarse por alto.

Es menester leer detenida y cuidadosamente lo que Spee escribe cuando se refiere a los confesores y, especialmente, cuando les advierte que son

mediadores entre la persona y Dios y no entre la persona y el juez. Justamente, lo que está haciendo con esta advertencia es nada menos que marcar la separación entre la esfera moral y la jurídica, entre la moral y el derecho, entre el pecado y el delito.

Este será el gran empeño de Christian Thomasius y de todos los que le siguieron por el camino de la razón, incluyendo a Kant y a Paul Anselm von Feuerbach. Spee precisa que nada tiene que ver el confesor con la pena, con el delito y con el juez, sino únicamente con la conciencia del confesado, sin que tampoco el juez pueda interferir en ella. Esta es la premisa de Spee a los confesores y a las propias órdenes religiosas, a las que les imputa elegir confesores que no respeten la estricta separación entre estas esferas.

La insistencia de Spee en la distinción entre la corte externa y la corte interna le plantea el problema a Thomasius. No cuesta mucho invertir la advertencia de Spee: si el confesor no debe mediar con el juez, el juez tampoco debe mediar con el confesor. De allí a la tesis del fuero interno y externo no hay casi ni un paso, sino una coincidencia. Pensemos que esta fue la clave fundamental del pensamiento iluminista primero, del sano pensamiento político y liberal más tarde y del respeto a la persona en el actual jushumanismo. Sin duda que Spee podía haber sido el inspirador de la leyenda del sumo inquisidor de Dostoievski.

No se trata de un aspecto menor de la obra de Spee, porque lo que cabe preguntarse es si la neta separación que tratará de marcar el iluminismo a partir de Thomasius y luego perfeccionada largamente en toda la historia del derecho penal, desde Kant y Feuerbach hasta Radbruch, en realidad tuvo su comienzo en Spee más de medio siglo antes.

Si bien la vida de Spee fue relativamente corta y dramática, pues murió de peste a los cuarenta y cuatro años, sus obras poética y teológica no fueron publicadas en su vida, tuvo dificultades gravísimas en su orden, sufrió persecuciones y hasta un atentado en que salvó milagrosamente su vida, lo cierto es que su enorme valentía para percibir y decir la verdad del crimen que se estaba cometiendo lo hace merecedor de un destino bien más importante que el relativo olvido a que se lo ha destinado.

Por cierto, cuando pensamos en este personaje y en su obra, no podemos menos que compartir la reflexión de un teólogo que se pregunta si somos éticamente mejores porque ya no quemamos mujeres, y responde que no, porque no las quemamos solo porque dejamos de creer en las brujas: una persona no es más buena –afirma– porque deja de poner trampas para ratones simplemente porque sabe que ya no hay más ratones.

Ante el panorama que pintaba Spee, de un público que creía firmemente en brujas, de todo un aparato institucional que se movía en el mismo sentido, de intereses pecuniarios y corruptos en que se siguiese creyendo en brujas y quemando mujeres, cabe preguntarse en cuántas emergencias posteriores no se han construido equivalentes de las brujas, particularmente recordando que el hebreo Satán no significa otra cosa que “enemigo”.

Más allá de su época y hasta el presente, se extiende el mensaje universal de Spee: cautela con el uso del poder punitivo. A lo que podríamos agregar que cuando este se desboca –no encuentra límites y de tales límites se ocupa o se debiera ocupar el Derecho– adviene el genocidio.

## **II. Poesía y Derecho Penal: del “arte schifosa” de Francesco Carrara y Massimo Pavarini a la poesía como reconstrucción moral (más humana) del Derecho Penal**

Spee fue un valiente poeta y teólogo jesuita que escribía en contra de la caza de brujas y lo hacía en soledad, sin el apoyo de ninguna estructura de poder, pero lo hacía desde ese lugar concreto. La figura y la obra de Spee, genuino antecesor, como mencionamos, de la criminología crítica, sirven para repensar dilemas actuales del Derecho Penal y su filosofía. Quisiéramos plantear, siguiendo el análisis de la original obra crítica de Spee, una oposición en la Filosofía del Derecho (Penal, *Strafrechtphilosophie*) contemporánea: creemos que la poesía puede hacer hoy lo que no ha podido hacer, en los últimos dos siglos, la filosofía: brindarle argumentos concretos al Derecho para repensarse y tender puentes. Entendemos que allí donde la Filosofía del Derecho ha enmudecido y vacilado,<sup>8</sup> (en Alemania y en América Latina, donde el Derecho se asemeja cada vez más a una técnica y los abogados a meros tecnócratas que reproducen un instrumento ciego sin pensarlo demasiado),<sup>9</sup> la poesía tiene algo valioso para decir.<sup>10</sup> El caso de

8. Esta crisis del saber jurídico puede ser pensada como parte de la crisis del discurso humanista (del discurso moderno), del cual el Derecho formaba y aún forma parte.

9. Generando de este modo, como advertimos, una masa de burócratas ciegos, incapaces de analizar (conocer, historiar, repensar) su disciplina.

10. La poesía puede permitir, además, volver a humanizar el Derecho, hoy tecnocratizado y tan poco “humano” (Nussbaum, M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and*

Spee es un ejemplo humanista muy elocuente, pero no es el único, aunque es un caso central.

Massimo Pavarini, en su trabajo *Arte Abjecto*, ha anunciado de modo categórico el fracaso estrepitoso de todas y cada una de las teorías penales, que le buscaban en vano un sentido o una justificación –utilitaria o no, de prevención general o especial, positiva o negativa– a la pena. El castigo queda así como un hecho desnudo del poder. Un hecho muchas veces cruento, sin justificación, sin discurso, y sin objetivos, un hecho desnudo del poder que se reafirma.<sup>11</sup> Esta es la base de la teoría agnóstica de la pena: la pena

*Public Life*, Princeton, 1997). Podemos situar a la pena como la contracara de la poesía. El “arte schifoso” como lo contrario del arte poético. Este quiere humanizar el Derecho, volverlo más humano, en tanto el penalismo, con sus prácticas, propende a la inhumanidad, a la crueldad y la tortura, el silencio, no la palabra. El arte schifoso y el arte poético se oponen. La pena y la poesía se contraponen. La literatura intenta humanizar el Derecho que el penalismo ha deshumanizado, reducido a mera “técnica” formal, a un castigo que se “administra” y se suministra. No por accidente Zaffaroni ha dedicado sus últimos trabajos a indagar en la raíz del penalismo, estudiando el derecho penal nazi (Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid, 2010). No es casual que haya sido precisamente Alemania el país en donde la dogmática penal y la teoría penal hayan alcanzado sus puntos más altos de racionalización y sofisticación. No es un accidente, a la luz de la historia dramática de Alemania en el campo de los “castigos”, los campos de exterminio y la “pena”; la “racionalización” llevó a la burocratización “administrativa”, tecnificación inhumana de los castigos. Los campos de exterminio eran cárceles. Hay una diferencia de grado con muchas cárceles inhumanas de América Latina, mas no de naturaleza. De allí el interés de Zaffaroni y muchos de sus discípulos (como Alejandro Alagia) por pensar el Derecho Penal a la luz del Holocausto y los crímenes de masa (Alagia, A., *Hacer Sufrir*, Ediar, Buenos Aires, 2013).

11. Su objetivo latente no es otro que la neutralización (no la “reeducación”) de los condenados (el 70% de los presos en Argentina y Brasil no tienen condena, esto viola de manera directa la Constitución argentina, el debido proceso, invierte la idea de que las personas se presumen inocentes y no culpables, hasta que se acredite lo contrario; estos presos sin condena son tratados por el sistema penal y por los medios de comunicación como “enemigos” sociales, como un “peligro”, ellos son víctimas de la caza de brujas mediática contemporánea, que no casualmente deriva muchas veces en linchamientos a jóvenes pobres en la vía pública, en Argentina y otros países). Por eso entendemos que toda “pena”, todo castigo, en su naturaleza, expresa la pena de muerte. Es posible extender a toda pena, a todo castigo, las mismas críticas abolicionistas que se extienden a la pena de muerte. El cristianismo puede jugar un rol importante en este punto, en esta discusión. El cristianismo desarrolla una especial sensibilidad por los condenados y castigados, desde tiempos



como un hecho sin justificación (como la caza de brujas, tan absurdo como aquel, no tan distinto, no más certero o racional, no más “refinado”), un hecho que el Derecho debería acotar o limitar. No promover.<sup>12</sup>

Se ha llevado adelante durante varios años la traducción de una obra fundamental en la historia jurídica y en la historia concreta de la criminología que es la *Cautio Criminalis*, de Friedrich Spee, destacado poeta del barroco y teólogo alemán.<sup>13</sup> Esa traducción fue un trabajo interdisciplinario y valioso en sí mismo: acercó a la Facultad de Derecho de la UBA con la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, dato o paso no menor para un Derecho que busca repensarse, abriendo o ampliando sus muchas veces muy estrechos lenguajes y horizontes. En este segundo apartado queremos detenernos someramente en un aspecto que consideramos fundamental: que el hecho de quien lanza estas certeras y originales críticas a la tortura y la caza de brujas de su tiempo haya sido, no por accidente, un poeta. Que quien con

de la (entonces polémica) “doctrina origenista de salvación de los demonios”. Entendemos que se pueden usar exactamente los mismos argumentos que se emplearon y emplean en contra de la pena de muerte, en contra de toda forma de pena, ya que toda pena en la práctica esconde, en sus raíces, la genealogía de neutralización de la pena capital. De allí que a nadie preocupen ni importen verdaderamente las paupérrimas e inhumanas condiciones de encierro, de allí que tampoco importe que se encierre sin condena (prisión preventiva), porque nadie espera que realmente “salgan” de allí, por eso se repite en lenguaje coloquial, ojalá que “se pudran en la cárcel”. Esta lógica de neutralización latente expresa el único sentido concreto de la cárcel, muy alejado del humanismo predicado de la resocialización de personas. Este es el núcleo de la teoría agnóstica de la pena, defendida por Zaffaroni. Entiendo que la poesía puede ayudarnos a repensar y evolucionar a partir de este agnosticismo crítico respecto del sentido y/o la utilidad de la pena. Sacar las consecuencias directas, necesarias, que podemos extraer del mismo. Esto es: dar el siguiente paso. Evolucionar a partir de las enseñanzas de Zaffaroni. Dar el siguiente paso significa repensar el sentido identitario del castigo (y los fenómenos asociados a él, como los linchamientos) en la sociedad como tal. ¿Qué nos dicen las cárceles inhumanas de la sociedad que tenemos? La poesía nos puede ayudar precisamente para distanciarnos críticamente de la “lógica del carnicero” que denuncia Zaffaroni en el penalismo.

12. Wolfgang Naucke afirma que “justificar” esto (darle una justificación a la pena) ha sido el error histórico del liberalismo en el plano penal, error que Naucke le imputa a Feuerbach. Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg, 1962.

13. Spee, F., *Cautio Criminalis*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2017. Estudio Preliminar de Eugenio R. Zaffaroni, pp. 67-68. Punto 13. Poeta y Teólogo.

justicia puede ser considerado el padre de la criminología crítica haya sido a su vez un poeta. El cruce entre Literatura y Derecho (*Law and Literature*), como reconocen diversos penalistas incluso, como el Dr. Albrecht en Friburgo, es de fundamental importancia.<sup>14</sup> En estos momentos se multiplican, también en Argentina (pensemos en la figura de Enrique Marí, crítico del positivismo jurídico, al igual que autoras como Nussbaum en Chicago), en México, en Brasil, en Colombia, en Chile, los estudios que cruzan Literatura y Derecho. Concretamente, Poesía y Derecho. Y en este camino, la figura de Spee, tan relevante en otros aspectos ya mencionados por Zaffaroni, resulta fundamental.<sup>15</sup> Porque no es un accidente que haya sido un poeta jesuita el primero en lanzar estas críticas al uso de la tortura para obtener información en los procesos penales o sus críticas a la caza de brujas.

La reivindicación de la poesía en la construcción del conocimiento tiene una serie de presupuestos formales no siempre visibles: la reivindicación de las emociones y sentidos/sentimientos (largo tiempo negados en el sujeto, que debía ser “objetivo” y ciego, “imparcial”, neutral, sin emociones ni valores “humanos” que manchen su “pensamiento”) va de la mano precisamente de la reivindicación de la corporalidad. Y nadie representa “lo corporal” como las mujeres.<sup>16</sup> Esta reivindicación también puede explicarse hoy

14. Posner, Derrida, Nussbaum, Enrique Marí, en Argentina, se dedicaron a pensar este campo, hoy tan de moda. En las últimas décadas vivenciamos una explosión de los cruces del Derecho con otras disciplinas sociales. Se habla de *Law and Literature*, *Law and Economics*, *Law and Society*, *Law and Cinema*, *Law and Psychology*, Derecho y Antropología, etc. Pareciera que el Derecho ha dado finalmente ese salto durante largo tiempo reprimido: pensarse en conjunto con otros campos, el salto a la interdisciplinariedad. El Derecho ya no se reflexiona solo. Le hace falta un nuevo lenguaje, que busca –construye– en diálogo con otros dominios del saber social.

15. Puede pensarse incluso que no es un accidente que la figura de Spee se recupere precisamente en un momento de fuerte reivindicación de la importancia de la literatura para el Derecho (Marí, E., *Teoría de las Ficciones*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2001).

16. Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2007. Si las mujeres “encarnan” simbólicamente más que ningún otro grupo social “lo corpóreo” (sensibilidad, maternidad, emociones), entonces la reivindicación que hace Spee es simbólica más allá de la caza de brujas: es una impugnación adelantada al derecho basado en el castigo corporal en cuanto tal. En este sentido, decimos que no es casual que Spee haya sido un poeta, no un abogado (el Derecho que niega y castiga las emociones, es el derecho “abstracto” positivo, que niega y castiga y reprime, encierra

por el paso del dualismo antropológico cartesiano, que impregnó y aún impregna el discurso moderno, al monismo actual, que ya no separa de modo tan tajante el “alma” del cuerpo, la razón de las emociones, el cuerpo del “espíritu”. En este paso al monismo, reivindicador de la corporalidad, se sucede entonces la reivindicación como “sujetos” de todos aquellos que antes, bajo el ciego imperio de la razón abstracta, eran menos “objetos” (meros “cuerpos”, meros “recursos”): la naturaleza, los animales, pero también los menores, los discapacitados y las mujeres. Todos ellos, antes privados de “razón”, eran privados de derechos, eran “tutelados” por el hombre con mayúsculas, el único con “razón”. Pero ahora que la corporalidad como tal –con sus emociones y sentidos– se reivindica (reivindicando a su vez el valor de la poesía y de la palabra “humana” en la construcción del saber, como remarca Nussbaum), adquieren también nuevos derechos. Son vistos no como cosas, no como recursos, no como objetos, sino como sujetos, como seres humanos. Lo notable es que Spee no necesitó tres siglos de evolución académica

y borra –disciplina– la corporalidad). Véase también Olsen, F., “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42. Los cambios que se dan, en consecuencia, en la filosofía del Derecho con el cruce *Law and Literature*, con la reivindicación de la poesía (de Rorty a Nussbaum, pasando por Marri y Derrida), presupone –en el escenario de crisis del positivismo jurídico como escuela del Derecho– los cambios y avances en una disciplina a la cual el Derecho no suele prestarle demasiada atención: la antropología filosófica, el paso del dualismo cartesiano al monismo contemporáneo. Es en esta disciplina donde se encuentra el fundamento de las nuevas subjetividades que reconoce el Derecho. Y es a partir de cambios en esta disciplina que se explica el porqué del acercamiento creciente del Derecho a la Literatura: porque en la literatura se encuentran las emociones/sentidos de esos cuerpos (antes) negados. Se encuentran sus lenguajes. Sus voces. Es allí donde esos cuerpos “hablan” o pueden hablar, decir. Es la palabra “emotiva” con sentidos, negada por el Derecho “abstracto” “objetivo”. Esa es la palabra que el Derecho (con Spee, con los jóvenes poetas actuales, hijos de desaparecidos que también buscan los cuerpos víctimas de otras tantas cacerías de brujas buscando la palabra poética en Argentina, como Julián Axat) ha ido a buscar. Y esto reconfigura el modelo de Derecho que se aprehende y se enseña en las Facultades. Es un cambio de paradigma con consecuencias múltiples. Pero para comprenderlo a fondo hace falta un profuso conocimiento histórico y político. No un Derecho sin historia, sin voces. Con cuerpos –y poéticas– (porque al final la desaparición del cuerpo y la desaparición de la poesía en el Derecho y en la Sociedad van y han ido siempre de la mano, como cuando las dictaduras piden “no hacer bardo” a la juventud, le piden no hacer “poesía”) desaparecidos.

para ver esto que aún están descubriendo los académicos y en particular los juristas y iusfilósofos. Lo descubrió solo, con su sensibilidad de poeta. Con su humanismo. Pero muchas de sus críticas, reivindicadoras de la corporalidad (de esas “brujas”) bien pueden ser traídas hoy, para cuestionar un derecho penal que sigue reprimiendo –negando, torturando, encarcelando– la corporalidad. Un derecho, en suma, que niega el valor de la poesía, que sigue apostando al dualismo antropológico, que encierra cuerpos, librando las “mentes”, dejando libre la pura “razón”. La reivindicación de la palabra poética presupone (a través de las emociones se reivindica, frente a la abstracta razón, la corporalidad con todos sus sentidos) giros filosóficos muy concretos. El Derecho no puede permanecer ajeno a estos cambios que condicionan todo su discurso y aparato conceptual. Todos sus conceptos.

¿Hay acaso algo más alejado de la Poesía que la Pena? ¿Hay algo más opuesto a la sensibilidad de un poeta como Spee (o cualquier poeta, como Novalis, Celan, Kavafis, Pavese, poetas actuales o pasados) que la tortura, que el castigo físico siempre cruel y nunca, como recuerda Pavarini en Italia, justificado? ¿Puede haber una justificación ética de este “arte abyecto” (*arte schifosa*, arte asqueroso, arte “horrendo”),<sup>17</sup> como denomina Massimo Pavarini, siguiendo a Francesco Carrara, al derecho penal? La poesía nos quita un velo de los ojos. La poesía (en su cruce con el Derecho) es precisamente, por su sensibilidad poética, lo contrario de este “arte schifosa”. *La poesía es exactamente el polo opuesto. La poesía nos puede ayudar a repensar el Derecho y el penalismo.* La poesía les permite a los penalistas repensar el instrumento (“horrendo”, “asqueroso”, cruel) que tienen en sus manos. Spee es, como afirma Zaffaroni en el estudio preliminar a la traducción de esta obra, quien da el primer paso. Es quien inaugura este camino crítico, que hoy continuamos nosotros sin saberlo. Spee, un poeta, lanza críticas morales al sistema punitivo de su tiempo. Esas críticas inauguran en cierto sentido, y tratando de no pecar de anacrónico, lo que luego llamaremos criminología crítica. De un lado tenemos el “arte abyecto” (Pavarini), dedicado a replicar argumentos para justificar una práctica que en muchos países de América Latina, centroamericana, bordea ya lo injustificable, con cárceles inhumanas, tortuosas que degradan toda dig-

17. “Arte schifosa che chiamossi gius criminale...”, Carrara, F., *Opúsculos de Derecho Criminal*, Temis, 1976.

nidad y mancillan todo derecho, escuelas del crimen y tortura, violencia institucional continua, vulneración y recorte de derechos, deshumanización permanente: nadie sale “recuperado” de las cárceles, todos “salen peor que como entraron”, son “pozos de infierno”.<sup>18</sup> Frente a este “arte schifosa”, está hoy la poesía. Y Spee es una figura esencial en este camino, central, que hoy retomamos como abogados y como poetas críticos del sistema penal latinoamericano, que conculca la dignidad, vulnera el debido proceso, recorta todas las garantías constitucionales y retorna al *Gefährlichkeit* (Peligrosismo) y al Derecho Penal de Autor (*Täterstrafrecht*). Hoy estamos retomando ese camino antiliberal: el Derecho Penal del Enemigo (*Feindstrafrecht*). El enemigo no tiene (ni se le reconocen) derechos. Solo se le dispensa un tratamiento abyecto, inhumano, cruel, sin derechos. Pero todos los que están en la cárcel son vistos como enemigos, sin distinción, es indistinto si son culpables o inocentes (sin condena firme). Todos son y están “presos”, ya han sido –mucho antes de la condena– *condenados*. Y los enemigos (condenados de antemano)<sup>19</sup> no tienen derechos ni garantías, no son vistos como auténticos humanos, como auténticas “personas”, caen en el olvido una vez que caen en el encierro, se los neutraliza, nadie los “recupera”; anulado el “peligro”, se anula a la persona. Se traza una línea de separación, una línea divisoria tajante entre lo humano y lo que no es humano: en las cárceles ya no hay “personas” con dignidad, por eso no hay derechos. En la cárcel se sucede a diario la inhumanidad, se reproduce y agiganta una violencia que a nadie “cura” ni “reeducan”, aunque los manuales de derecho prediquen otra cosa (ideal), que la práctica carcelaria desmiente de modo contundente y severo. No se puede volver “más humano” lo que sucede en las cárceles, no se puede “humanizar” la pena, no se lo debe justificar tampoco, agregaría Naucke en sus críticas al liberalismo moderno de tiempos de Paul Anselm von Feuerbach, porque sería cambiar la naturaleza misma del castigo. Se puede volver a lo sumo “menos inhumano”, limitar su violencia, mas nunca “humanizar” el horror, aquello que tiende, por su naturaleza misma, a la degradación de derechos. Pero nunca volver a la pena más humana. Frente al penalismo como “arte schifosa”,

18. Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2001.

19. Incluso en un plano (socio-económico) que excede al plano penal.

como arte “asqueroso”, como lo pensaban Carrara y Massimo Pavarini,<sup>20</sup> puede situarse la figura, recuperada por Zaffaroni a instancias de Antonio Beristain Ipiña y traducida directamente del latín por profesores de la facultad de Filosofía y Letras de la UBA, en un gesto de trabajo interdisciplinario importante y auspicioso, de Friedrich Spee: un poeta (con la sensibilidad propia de un poeta, y con la finura en la argumentación no de un penalista, o de un carnicero,<sup>21</sup> sino de un poeta) como fundador de la criminología crítica. Un poeta y teólogo con una sensibilidad particular y refinada (frente a la argumentación del “carnicero”, propia del sistema penal),<sup>22</sup> que critica abiertamente las torturas, los crímenes, la

20. A quien Eugenio Zaffaroni, precisamente, le dedica, tras visitarlo en Bolonia, Italia, su último trabajo sobre un derecho penal “más humano”. Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2016. Pavarini creía de todos modos que un derecho penal “bueno” o “justo” es una cosa “verdaderamente imaginaria”.

21. La analogía del penalista con la figura del carnicero tampoco es accidental: el carnicero es el que corta la carne muerta, el cuerpo aniquilado, la corporalidad muerta.

22. Zaffaroni, E. R., “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano e Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001. Puede decirse que de un lado queda el “carnicero” (el penalista asemejado al funcionario de *En la Colonia Penitenciaria* de Kafka, que describe con fruición una máquina tortuosa ya en desuso –la Rastra es una metáfora de la pena misma que inscribe su ley en los cuerpos condenados, para “educarlos” para que “aprendan” y “vean”, una máquina que apenas puede seguir funcionando en una colonia penitenciaria casi sin condenados, que ha dejado de funcionar: ya en desuso, a esa colonia parece asemejarse el derecho penal, y la pena, a esa máquina vieja, sin objeto, una pieza de museo; la metáfora literaria de Kafka sirve para mostrar, materializar, la pena en un aparato viejo, mostrando que la pena en cuanto tal ya no funciona, que puede ser descartada, reemplazada por otra cosa mejor o más útil, por un nuevo “artefacto”) y del otro lado puede situarse al poeta crítico de la caza de brujas, el poeta Spee como fundador de la criminología crítica. De un lado queda situada la pena, el penalismo, como “ciencia asquerosa” como Derecho “Penal” con sus “carniceros” (Zaffaroni), del otro, los poetas, los poetas cómo críticos de este sistema que tiende siempre al castigo inhumano, a la inhumanidad, a la deshumanización. De un lado, el “carnicero”, del otro, el poeta. De un lado, la “ciencia penal”; del otro, la crítica –poética, si se quiere– del penalismo, que ya no concibe al penalismo como un Derecho, sino como un enemigo de los derechos humanos y la dignidad de las personas (Kafka, F., *En la Colonia Penitenciaria*. En *Obras Completas*, Losada, Buenos Aires, 1996). Si nuestro objetivo es, como piden actualmente varios autores, pensar la criminología desde un margen, y ese margen es América Latina, puede agregarse

persecución en nombre de la Justicia y el Derecho. No por accidente es un poeta (frente al derecho penal como un arte “asqueroso”) el fundador de la criminología crítica.<sup>23</sup> Y esto que cuestionaba Spee, como mencionamos antes, no es algo que haya quedado “encerrado” en la Edad Media: mucho de lo que Spee cuestiona en su tiempo sucede también hoy. La Edad Media Penal, la caza de brujas, el penalismo contra “enemigos” (que se sacrifican en aras de un “orden” que se reafirma en la persecución y la tortura) en muchos sentidos, no ha terminado. De allí la importancia de la obra y figura de Spee. Porque aún seguimos en muchos aspectos sumergidos en los meandros de la Edad Media y la lógica de la caza de brujas penales, con enemigos y peligros que se reproducen –recortando garantías y derechos– por doquier. Y la contención del Derecho pasa muchas veces, cuando no encuentra mejores herramientas, por el discurso humanista clásico, que es lo que nos trae actualmente, como muestra Nussbaum, la poesía. Porque el peligro que vio Spee en su momento no es un peligro extinguido. Sigue vigente. Es una amenaza cotidiana para el Derecho y su labor de contención.

Friedrich Spee nos muestra indirectamente el poder de la poesía en la criminología y en el Derecho.<sup>24</sup> Con él puede decirse que nace o están ya puestos los cimientos de lo que hoy denominamos un poco pomposamente criminología crítica.<sup>25</sup> Su figura es doblemente importante, porque

ahora el “margen poético” como parte de la aproximación crítica –y latinoamericana– a la criminología. La Poesía amplía y profundiza nuestra mirada sobre el Derecho.

23. Zaffaroni entiende que a fin de cuentas lo que hacemos los penalistas –salvo cuando nos apegamos a la teoría agnóstica de la pena– es verdaderamente “asqueroso”, es “horrible” porque le otorgamos “argumentos” (herramientas discursivas de legitimación), con apariencia de ser “científicos” y “técnicos” para habilitar la tortura, la pena, los abusos, la crueldad: el sufrimiento. Esto es algo “horrible”, “asqueroso”. Por eso, Zaffaroni cuestiona, como Pavarini abiertamente, al penalismo. Zaffaroni, E. R., *Crímenes de Masa*, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010. Zaffaroni, E. R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1988.

24. Spee es –sin dudas– una figura central en la historia del derecho penal en Europa, una figura esencial de la criminología que hoy llamamos “crítica”. Que figuras como Spee no sean conocidas por profesores y estudiantes, revela la forma en que el Derecho Penal se ha consolidado, transmitido y enseñado en las facultades: de un modo sumamente acrítico y maquinal.

25. El concepto de criminología crítica adolece de muchos de los defectos de los que adolece el concepto mismo de derecho penal: la “crítica” no siempre somete los presupuestos

la actualidad de sus críticas, la vigencia de sus argumentos (contra los demonólogos, torturadores, cazadores de brujas), nos muestran en rigor, con categórica evidencia, lo poco –muy poco– que hemos avanzado en doctrina penal y lo poco que ha avanzado nuestro Derecho, ese Derecho penal que aun muchos neokantianos insisten en calificar de “ciencia”. La vigencia de los argumentos y críticas de Spee nos muestra lo poco alejados que estamos aún de la Edad Media y sus procedimientos, o más concretamente, con determinadas estructuras de pensamiento. ¿Cómo sobrevive la Edad Media en el plano penal, con su oscurantismo y su confianza ciega en la recuperación de personas a través del castigo, del dolor, del sufrimiento, de la tortura: de la pena? El aprendizaje y la pena –como base de toda “disciplina”– siguen juntos, no se separan. Se sigue apostando, como en la Antigüedad, a la persecución de personas que se torturan y encierran. Se cree aún que el castigo “reforma”, “educa”, “mejora” a las personas.<sup>26</sup>

El Derecho (la dogmática penal) ha hecho muy poco desde la teoría por limitar la única constante que reconoce la criminalización secundaria, verdadero rasgo estructural y al parecer única función de la pena: la criminalización de los pobres, el control social de la pobreza en toda la región, su disciplinamiento, castigo y encierro. El derecho penal sigue siendo incapaz de promover una criminalización efectiva, crítica, concreta, de sectores no vulnerados ni marginales, criminalizando la criminalidad financiera, empresaria, corporativa, que tantos daños, sin embargo, produce en bienes jurídicos concretos, como la estabilidad social, el medio ambiente, por mencionar solo dos. Ha hecho –aun hoy, la dogmática penal– muy poco por la criminalización del crimen de cuello blanco. Para este crimen –como para todo crimen financiero, económico– la regla sigue siendo la impunidad, pese a que se trata del mayor peligro social, nunca presentado, naturalmente, de esta manera. Se invierten los peligros, los riesgos menores son exacerbados y los riesgos y peligros estructurales, con los crímenes más severos para el orden social, con la estabilidad política y económica, continuamente invisi-

sobre los que se edifica la disciplina en cuestión. No llega a poner tales presupuestos sobre la mesa.

26. Zaibert, L., “On the Matter of Suffering: Derek Parfit and the Possibility of Deserved Punishment”, en *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 11, Number 1, March 2017, pp. 1-36.



bilizados. El derecho penal, como repetía Carrara, no le muestra jamás los dientes a los ricos. Solo aparece con (y le muestra los dientes a) los pobres.<sup>27</sup>

27. Dearden, T. E., “An assessment of adults views on white-collar crime”, en *Journal of Financial Crime*. Volume 24, Number 2, 2017, pp. 309-321. Sutherland, E., Is “white-collar crime” crime?, en *American Sociological Review*, Vol. 10, 1945, pp. 132-139. Sutherland, E., *White collar crime*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1949. Naucke sigue en la línea de Sutherland, preocupado por criminalizar y analizar el crimen de cuello blanco, la criminalidad económica y financiera, que en términos de su poder estructural conformador del sistema socioeconómico es –pese a ser la menos visible– la más “peligrosa”. Sin embargo, no es caratulada como tal por nuestro sistema de creencias, que invierte los riesgos, calificando de “peligrosos” a sectores sin poder, de escasa “peligrosidad” en términos de configuración social o condicionamiento y estabilidad del orden social, institucional y político. La invisibilidad de la criminalidad financiera es parte del obstáculo que hace difícil su criminalización. De este modo se nos obliga a repensar nuestras propias percepciones (mediáticas) sobre qué configura en nuestra sociedad un auténtico peligro o un genuino riesgo: si los jóvenes pobres de barrios carecientes, único estereotipo de peligrosidad y amenaza que promueven los medios masivos de comunicación (como el mito del violador negro, cuando la mayoría de las violaciones son perpetradas intrafamiliarmente y por personas conocidas del entorno directo de la víctima), pero cuyo poder real de configuración social es muy bajo –casi nulo– o el poder concreto de las corporaciones y las finanzas, que siempre se manejan en las sombras y con un grado de sofisticación jurídica tal que hace muy difícil su criminalización y condena: su percepción misma. Esto nos obligaría a repensar nuestras propias (sesgadas) percepciones y creencias sobre riesgos y peligros sociales, sobre qué configura una verdadera “amenaza” para el orden –la estabilidad de un orden– social y político. Existen políticas económicas, como recuerda Naucke, que sumen a poblaciones enteras en la marginalidad, el hambre y la pobreza: la consecuencia de estas políticas (con consecuencias criminales) es incentivar cierto tipo de delito, aunque el Derecho no lo juzgue, más por incapacidad de sus propias herramientas de análisis. Luego se criminaliza este, pero nunca se piensa desde el derecho penal aquellas. De este modo existe un hiato que el derecho penal nunca sobrepasa: se criminalizan las consecuencias, sin atacar nunca las causas. Se criminaliza solo la pobreza, que es consecuencia, pero nunca las decisiones que causan tales fenómenos. (Nosotros pensamos que existe incluso la necesidad de repensar nuestro lenguaje jurídico, ya que muchas de nuestras categorías terminan por naturalizar cierta violencia, que elige no ser nombrada: se habla de grupos “vulnerables” o en situación de vulnerabilidad, como si la misma naciera sola, en rigor debiera hablarse de “grupos (ya) vulnerados”, porque ya existe una vulneración y una violación ostensible de derechos que no se nombra, precisamente esa violencia que nunca es nombrada por el derecho, que nunca se criminaliza ni se menciona, es la que se acerca al poder financiero, corporativo, económico y político –que la naturaliza mediáticamente, invirtiendo los riesgos, presentando al vulnerado (empobrecido) no como una víctima de una vulneración, sino como una “amenaza”, como

un “peligroso”, como un “delincuente”– que desde la cúspide de la pirámide condiciona todo orden social). Romper esta inversión, naturalizada mediáticamente, no es fácil. El primer trabajo es un trabajo doctrinario de visibilización. De no silenciar la violencia que se resiste a ser nombrada (como se silenció durante décadas la masacre de indios, presentando luego a los indígenas empobrecidos que reclaman sus tierras como “terroristas”, por ejemplo, mapuches en Chile, aunque no solamente en ese país) en la cultura, los medios y el Derecho. No es casual en este contexto la escasez llamativa de estadísticas sobre criminalidad en los países de América Latina. Este desprecio por el trabajo de campo y la recopilación precisa de datos nos dice algo sobre el Derecho Penal: el derecho que se sostiene sobre pilares sesgados, no puede querer, precisamente, la corroboración estadística de sus propias falacias, que cualquier trabajo estadístico dejaría al desnudo, exhibiendo de ese modo los contrasentidos y contradicciones del discurso penal y la falta de sustento de muchas políticas criminales, que no pasan del show mediático, del cual, precisamente, parten y sobre cuyos estereotipos sesgados tales políticas se montan. De este modo, la política criminal cae en un laberinto mediático, brinda respuestas mediáticas a problemas mediáticos. Esto a su vez puede ser una forma superviviente del idealismo en la cultura. Precisamente la escasez de estadísticas serias y fiables sobre criminalidad se debe a que los penalistas y los Estados no las estimulan, a sabiendas de que los resultados de estos trabajos muy probablemente van a terminar por exhibir estos fenómenos y por desmentir muchos de los lugares comunes (falacias, dogmas) sobre los que se asienta vulgarmente su disciplina, en connivencia con una estructura mediática que expande esos lugares comunes, sin respaldo estadístico, pero que opera en la conformación de creencias sobre riesgos sociales, condicionando fuertemente la vida política y cultural. Si las cárceles están siempre y solamente llenas de pobres (y porque son lugares de neutralización de sectores carenciados que se perciben como un “peligro” es que a nadie preocupan realmente las condiciones infrahumanas de detención, lo cual desmiente a su vez que el verdadero objeto de ese encierro inhumano en toda América Latina tienda a “resocialización” alguna) es porque el derecho penal opera siempre en sentido estructuralmente selectivo. Es unidireccional. Un Derecho Penal que desprecia tan categóricamente el trabajo de campo y las estadísticas es un saber que se impugna y deslegitima a sí mismo, se convierte en un saber dogmático, cerrado sobre sí. Sin asidero. En un discurso instrumental. Pero sin objeto. Precisamente un derecho preocupado por mitigar los males que denuncia, que dice que “estudia”, sería un derecho dedicado con esfuerzo al trabajo estadístico y de campo. (Hay honrosas y muy contadas excepciones, como el laboratorio criminológico de la Universidad Católica de Perú). La única manera de generar políticas criminales precisas es con estadísticas claras. Sin estadísticas, nuestras percepciones sobre los riesgos sociales están sesgadas (mediáticamente) y las políticas criminales no tienen sustento. Aquí es cuando aparece, en lugar de políticas asentadas sobre trabajo de campo precisos, la demagogia punitiva, fenómeno que se vincula a la descodificación de la ley penal y al consecuente activismo judicial, con los riesgos en términos de certeza jurídica que tal activismo (no positivista) trae aparejados. El desprecio del Derecho por el trabajo estadís-

Parece haber sido pensado en una sola dirección. La población carcelaria atestigua de modo fehaciente este fenómeno.

En términos prácticos, una vez que se adopta un marco teórico marcado por el pragmatismo (que reemplaza la noción grandilocuente de “verdad”, tan cara también a los abogados, por la más modesta noción de “consecuencia”,<sup>28</sup> y se asume, lejos ya de todo idealismo, la forma práctica en que opera nuestro Derecho, y una vez que incorporamos a nuestro enfoque el enfoque –Rorty, siguiendo a Rabossi, dirá la cultura– de los derechos humanos –ya que en el siglo XXI el concepto de “derecho” presupone necesariamente el concepto de derechos humanos, no hay “derecho” posible que no esté asentado en los derechos humanos, que no lo presuponga en todos sus planos);<sup>29</sup> entonces la única “verdad” del derecho penal, la única “realidad”, no es ya la que está –para tristeza de los académicos y su vanagloria–, la que figura en sus manuales y teorías, sino la que exhibe, con menos idealismo y pompa, la práctica concreta. Ya no se trata entonces de cómo las cárceles “deberían” ser,<sup>30</sup> sino de cómo son; no se trata de lo que el derecho “dice”, sino de lo que el derecho hace. Y lo que “hace” (no lo que proclama o promete) es su única y desabrida y terrible muchas veces –en el plano penitenciario– “verdad”. Ya no se trata de cómo el derecho “debería” ser, sino de cómo es. Ya no se trata de enseñar cómo las cárceles latinoamericanas “deberían funcionar”, (idealismo penal, “ciencia” penal, etc.), sino de comprobar y transmitir, acabadamente y de forma fehaciente, a cada estudiante, cómo funcionan. Esta es la única “verdad” que le queda hoy al Derecho Penal, o a la Pena.

tico preciso es un signo de su aislamiento y falta de profundidad de análisis. Es un signo de debilidad. Este Derecho Penal cae preso, precisamente, de la criminología mediática. Véase Sutherland, E., *Crimes of Corporations*, en Schuessler, K., (ed.), *E. H. Sutherland: On analysing crime*. Chicago, University of Chicago Press, 1973, pp. 78-96. Naucke, W., *El concepto de delito económico-político*. Marcial Pons, Madrid, 2015. “El derecho penal no ha sido pensado para los poderosos”, afirmaba con razón el ex juez chileno Juan Guzmán Tapia. (Entrevista en *Revista 23*, Buenos Aires, mayo 2016).

28. No por casualidad el pragmatismo es una filosofía llevada adelante por pensadores como Rorty, Pierce, Dewey o W. James, hermano del célebre novelista, que se dedicaban a pensar el lenguaje.

29. Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Akal, Madrid, 1998.

30. Las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, reza la Constitución argentina.

Ya que en la práctica, precisamente una vez que asumimos este doble enfoque (pragmatismo, y derechos humanos como ínsitos en el concepto del Derecho) entonces veremos, en la práctica concreta, que en rigor siempre donde surge y se aplica la pena, se contraviene un derecho o varios derechos (humanos). Las cárceles en América Latina (hacinadas, con violencia institucional estructural y constante) reproducen el horror que dicen venir a limitar y reordenar, no rehabilitan a nadie, no “mejoran” ni “educan”; por eso en rigor el concepto de Pena (con el enfoque del pragmatismo, para el cual la “única verdad” es la consecuencia práctica, no la deducción teórica) es incompatible con el concepto de Derecho, que presupone, como vimos, en los albores del nuevo siglo, el concepto de derechos humanos, ya que estos encarnan, como afirma Rorty, siguiendo a Rabossi (y también a Bobbio), una nueva “cultura”. Esta cultura es también una nueva cultura legal y esto alcanza al penalismo. En la medida en que la pena –en la práctica– siempre contraviene al derecho, conculca y violenta la dignidad humana, la pena y el Derecho se contraponen. Están en tensión permanente. Se excluyen. En la práctica, defender los derechos, presupone combatir la forma concreta en que las penas –sin excepción, contravieniendo derechos– se materializan. Y si las penas siempre se materializan de esta manera, conculcando derechos, como es visible en cualquier prisión, sin excepción, no hay ninguna razón de peso (pragmatista) para suponer que aun así la pena deba ser, o “es”, algo “distinto” de eso que vemos. Es decir, una pena según la “teoría” penal, y otra pena según la práctica punitiva. Para el pragmatismo no existen dos penas, existe una sola, y esta resume toda la (única) “verdad”: la pena práctica. No la teórica. No la que debe ser, sino la que es. Por eso, es un error –que prontamente será dejado de lado– hablar de un “derecho penal”, o calificar a nuestra disciplina con ese equívoco nombre: el “derecho penal” expresa, a fin de cuentas, una contradicción en los términos, un oxímoron. Una vez que asumimos el enfoque del pragmatismo, e incorporamos al Derecho (Penal) el concepto de Derechos Humanos, el concepto mismo de Derecho Penal se desdibuja, se resquebraja, porque las penas, la “pena”, lo “penal”, supone siempre, en la práctica (único plano que nos importa ahora también en la teoría), violentar derechos, los recorta, erosiona y mancilla. Entonces la Pena y el Derecho, desde el pragmatismo, como es fácil comprobar en cualquier experimento de campo en América Latina, se contraponen y excluyen. Donde hay pena, no hay derecho. Donde se defienden derechos, se limitan y excluyen las penas. No hay distinción ya entre la “pena” y la forma en que la

pena “se realiza” (porque esta distinción era la misma distinción entre teoría penal y práctica concreta). Existe ahora un solo plano: la práctica punitiva como “verdad”, sin discurso legitimador que prometa en la pena una realidad que no vemos. Donde existe la pena, como se comprueba a diario en cada cárcel latinoamericana (donde se suma el problema de que el 70% de los encerrados no están condenados, están en prisión preventiva, solución de excepción que se ha convertido, con el regreso del peligrosismo mediático, en la penosa nueva regla, que contraviene toda constitución liberal, basada en el básico principio de inocencia)<sup>31</sup> no existen derechos “humanos”. Los condenados y encerrados no son tratados como auténticas personas con derechos. Son marginados y “encerrados” no para ser “reeducados” o rehabilitados, sino neutralizados. El sentido –único– de la pena, como afirmaba Pavarini, no es la recuperación, es la neutralización (abandono-encierro) de personas neutralizadas, a las que se les quita su “peligro” (supuesto). De allí que poco importen las condiciones penosas, inhumanas, del encierro. Y de allí el constante fracaso de los sistemas “penitenciarios” y los altos índices de reincidencia, que no se toman paradójicamente como un síntoma del fracaso de las políticas criminales y de las condiciones de encierro, sino que se emplean, paradójicamente, en un notable contrasentido, para exigir “más” del mismo remedio que viene fracasando: la cárcel. Más cárcel. Más castigo. Más encierro. Más pena. Es preciso para la doctrina desandar y exponer este círculo vicioso. En caso contrario, el penalismo seguirá alimentando las paradojas (y conflictos sociales, la violencia social) que dice venir a “suspender” o “resolver”.<sup>32</sup>

31. Conculcando de este modo el debido proceso, el acceso a la justicia y (a través de la selectividad estructural de la criminalización secundaria) la igualdad ante la ley.

32. Un déficit histórico de los estudios penales ha sido el criminalizar las consecuencias de los fenómenos, sin atacar nunca las causas (económicas, sociales) de los fenómenos que quiere comprender o analizar. Por eso muchas veces el poder punitivo parece encerrado en un círculo vicioso, en un laberinto en que se le exige “respuestas” alimentando la violencia existente en la sociedad, sin resolver ni “suspender” (ni comprender, en consecuencia) conflictos de ningún orden. Esto redundo en formas de la demagogia punitiva, cuyos resultados concretos, en términos de prevención del crimen (más allá de la estigmatización de sectores empobrecidos, a los que se asocia con todo crimen y peligro social, con la “amenaza”), son escasos, cuando no nulos. El punitivismo es contraproducente en contextos de conflicto social, que demandaría políticas públicas, no penales. Gargarella, R., “¿Derecho penal o derechos sociales?”, en *La Nación*, Buenos Aires, 19.07.2011.

### *Una ventana*

Hace mucho tiempo, el emperador Constantino el Grande, que acabó en Roma con la persecución de los cristianos, visitó una cárcel improvisada del Imperio. Al ver un preso encerrado en la oscuridad total, Constantino, que no inquirió qué delito había cometido, se conmovió y se opuso: pidió que abrieran una pequeña ventana, un hueco para que pasara un poco de luz, en cada celda del Imperio, por remota que fuera. Desde ese momento, por esa decisión de Constantino, cada celda de las cárceles tiene una ventana. Una ventana pequeña. Constantino entendió que cada preso, no importa la crueldad de su delito, la monstruosidad de su crimen, tenía derecho a ver un pedazo de cielo, a que entrara en su encierro un poco de luz, un poco de aire. Es la única manera de purificar el alma del condenado y lograr su arrepentimiento. Fue su visión cristiana y en cierto sentido humanista la que impulsó a Constantino a tomar esta decisión determinante y valiente, pero también simbólica. Acaso nuestra misión como jóvenes penalistas es seguir abriendo cada día un poco más esa pequeña ventana que empezó a abrir en el Imperio Romano, hace tanto tiempo, el emperador Constantino. Nuestra tarea, como penalistas, es seguir abriendo esa ventana, hacerla cada día un poco más grande, permitiendo que la luz atravesara las paredes de la neutralización y el olvido. La neutralización y el olvido no pueden ser una aspiración legítima del Derecho. Estamos obligados, una vez más, a revisar las distintas justificaciones morales y filosóficas que se han dado al castigo, constatando su veracidad y su eficiencia en la pretendida rehabilitación, cura o mejora de los condenados. Spee es un símbolo de este proceso, porque muchas de las críticas que lanzó a la caza de brujas se pueden replicar en nuestro tiempo para pensar la forma en que nuestro derecho también sale a “cazar” personas. Tenemos que oponerle la poesía y la sensibilidad poética a ese arte abyecto que es el penalismo, con sus argumentos “asqueroso”, horrible, “horrendo” (como dijo Carrara, Pavarini decía que el derecho penal “bueno” es una cosa “veramente imaginaria”, muy ilusoria, irreal). La poesía es la contracara de esto. La poesía, y la crítica poética del derecho en general y del derecho penal en concreto, nos ayuda, y mucho –como muestra Spee– en este camino. Nos ayudan a no terminar como el funcionario embelesado de la Colonia Penitenciaria de Kafka, que describe con fruición, ante un extranjero absorto, una maquinaria de tortura y castigo, ya en desuso: el Derecho Penal es esa maquinaria monstruosa aunque ya en desuso, que

muchos penalistas (que alaban el carácter “científico” de su trabajo) siguen describiendo con pueril fruición, asumiendo paralelamente la “asepsia” de su trabajo “maquinal”, instrumental, “técnico”. La poesía nos ayuda a salir de este anacronismo anti-humanista tecnocratizado. La poesía nos ayuda a salir de este laberinto en que se encuentra sumergido el Derecho Penal, carente de argumentaciones dogmáticas claras. La Rastra del cuento de Kafka es una metáfora clara de una pena atroz que escribe sobre los cuerpos de los condenados y los “educa” a través del dolor y el sufrimiento, para que aprendan a “ver”, para que entiendan y reciban en su cuerpo las marcas de un orden. Pero luego de aprender, mueren. No hay más “enseñanza”: luego de la tortura, la pena. No hay recuperación. No hay “retorno”. No hay resocialización. Hay aprendizaje casi como una venganza del orden sobre quien lo infringió, hay un poder que, aun en el siglo XXI, con el tratamiento inhumano, condena a muerte, una muerte distinta, pero una muerte segura, por cuentagotas. Este concepto griego, de la antigüedad, presente en las tragedias de Esquilo, *pathei mathos*, sigue vigente en nuestro derecho penal. La modernidad liberal no ha llegado nunca al Derecho. Creemos que sí, pero no lo hemos logrado. No hemos terminado nunca con la Edad Media. La Edad Media sigue presente entre nosotros. No hemos avanzado un solo paso. Seguimos parados en el mismo lugar: educar a través del sufrimiento, educar con el dolor y el castigo y la caza de brujas y la tortura.<sup>33</sup> Con el sufrimiento, el dolor, el castigo, se aprehende. Spee es, como poeta jesuita, como teólogo crítico de la tortura, en cierto sentido, un modelo a seguir. Porque aún hoy las torturas y la caza de brujas siguen vigentes en muchos países del mundo, apenas disimulados con otros nombres (técnicas de interrogatorio mejoradas, submarinos, cárceles clandestinas, procesos donde no llega el Derecho con sus garantías, que son recortadas sin justificación, presentando demagógicamente incluso a los derechos humanos como aliados del terrorismo y no como un baluarte de la democracia). No han terminado. Son un tema del presente y no del pasado. Incluso nos enfrentamos a una rehabilitación doctrinaria y judicial, como advierte Judith Butler en Estados Unidos, bajo

33. Incluso en el vocabulario coloquial, en la calle, se escucha en Argentina legitimar la violencia policial contra jóvenes pobres “para que aprendan” porque “alguien les tiene que enseñar”. Este es el lenguaje cotidiano –naturalizado, aceptado, tolerado, promovido– que se emplea para legitimar en el siglo XXI la violencia policial, las torturas en las comisarías, etc.

nuevos eufemismos legales, de la tortura en los procesos penales, con la rehabilitación de los estados de excepción, con la lucha al terrorismo. La caza de brujas sigue en pie, no ha terminado. La caza de brujas y la tortura para obtener información, el recorte continuo de derechos civiles, siguen vigentes en los países civilizados de Occidente. Y es un trabajo actual, de la democracia y de los defensores del Estado de Derecho, combatir esta erosión continua y cotidiana del principio de legalidad, no acostumbrarnos a ello, no acostumbrarnos al estado de excepción. Al recorte de garantías y derechos humanos. Los derechos humanos son la base –el núcleo– de la democracia.

Eugenio Zaffaroni, coautor de este trabajo, ha hablado, siguiendo a Giuseppe Bettiol, Pavarini, Carrera, entre otros, en algunos de sus últimos trabajos de la posibilidad de construir un derecho penal “humano”.<sup>34</sup> Muchos autores entienden que el concepto empleado, como sugiere en Frankfurt en sus críticas al liberalismo penal (casi un oxímoron)<sup>35</sup> Wolfgang Naucke, es equivocado. Porque no se puede humanizar aquello que por su naturaleza misma tiende a la inhumanidad, la crueldad y el recorte constante, continuo, de derechos. Naucke entiende que la única forma de construir un “*menschliches Strafrecht*” es construyendo un “*null Strafrecht*”.<sup>36</sup> Porque todo lo que hace la pena, como sostuvo Pavarini, es abyecto, es negativo, no cura, no mejora, no reeduca ni resocializa ni puede “mejorar” (ni fue pensado para mejorar, ni “humanizar”) a nadie. No es “humano”. Entonces lo máximo que podemos hacer con la pena, con el sistema punitivo, como nos enseñó el

34. Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*. Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

35. La lógica del castigo –en la práctica, más allá de las veleidades de la teoría, en cualquier cárcel concreta, más en América Latina– es incompatible con cualquier postulado liberal.

36. Además de una contradicción (Naucke, Pavarini), hablar de derecho penal “humano” como hace Zaffaroni, es redundante, porque se presupone que todo “derecho” es, en tanto derecho, un derecho “humano”. El hecho de tener que enfatizar lo “humano” demuestra que el Derecho, el concepto del Derecho, en cuanto tal, parece haber perdido, en el campo penal, precisamente, ese contenido básico. La deshumanización es un corolario del penalismo, de este “arte abyecto” que practicamos. Pero el concepto de Derecho expresa, en el siglo XXI, necesariamente el concepto de derechos humanos (Rorty-Rabossi). Esto es: la nota –cultural– de lo “Humano” El concepto de Derecho es inescindible del concepto de Derechos Humanos. Esta es la clave del constitucionalismo garantista (Ferrajoli) y principalista (Alexy).



mismo Zaffaroni, es contener esta violencia inhumana, no eliminarla, sino limitarla, no humanizarla, pero al menos “acotar” su inhumanidad permanentemente. No podemos volver la pena “más humana”, más “buena” o “mejor”. No hay cárceles “buenas”, no hay cárceles “sanas” ni cárceles “limpias”. La naturaleza del castigo (y su práctica real, alejada de la teorización humanista de la Academia) no parece obtener, en el siglo XXI, una clara justificación ética. Todo lo que podemos hacer es reducirla o contenerla o limitarla en su inhumanidad, “contenerla” en sus horrores, impedir que esa violencia crezca y se reproduzca en nombre del Derecho, tendiendo a los crímenes de masa, a los genocidios “por goteo”. Entonces podemos hablar de un derecho penal “menos inhumano”, pero nunca de un derecho penal “humano” o más “humano”. Porque, como mostró Pavarini, no hay manera de “humanizar”, de volver “más humano”, lo que en su naturaleza misma propende siempre a la inhumanidad, la crueldad y la tortura. Y esto es lo que hace el penalismo. Naucke nos mostró que un error histórico del liberalismo jurídico (Paul Anselm von Feuerbach) fue haberle dado una justificación ética a la pena. Cuestionar el penalismo, mostrarlo como *arte schifoso*, es empezar a desandar este error. Es repensar y también reivindicar la historia del liberalismo en el Derecho. La Pena y el Derecho, en última instancia, se contradicen, se oponen, no se complementan. No pueden caminar juntos. Porque la Pena, contra lo que pensaba Hegel, mancilla aquello que el Derecho, en tanto Derecho humano, reivindica: la dignidad inherente de la persona. Las cárceles en América Latina funcionan sin garantías y sin derechos humanos. No son horizontes de dignidad, sino de silencio. Hay hacinamiento, abandono, hambre y violencia, tortura, no “reeducación”, no “mejora”. No se resocializa, se neutraliza. El Derecho no puede justificar ni legitimar esto. Está para denunciarlo, no para legitimar la violencia institucional. Cuando el Derecho no lo hace, cuando el Derecho guarda silencio, cuando disimula su arbitrariedad o es cómplice de la violencia y la crueldad, es cuando aparece, como en el caso de Friedrich Spee, la poesía. La poesía como último recurso, como palabra firme y justa, como arma para combatir ese *arte schifoso* (Carrara), este “arte abyecto” (Pavarini). El cruce creciente entre la Poesía y el Derecho no es, por ende, una casualidad o una moda en América Latina: es una necesidad urgente de hacer visible (de hacer hablar, de poner en palabras) una realidad que el Derecho Penal no solo no denuncia, sino que muchas veces disimula, encubre y legitima, cuando directamente no niega. Nuestra caza de brujas. La Edad Media en el Derecho Penal no terminó, sigue vigente.

Se llama técnica de interrogatorio mejorada, Derecho Penal del enemigo, (Feindstrafrecht), Derecho Penal de Autor (Täterstrafrecht), recorte de garantías, estado de excepción, espionaje. Tal vez Jürgen Habermas tenga razón: tal vez la modernidad, que proclamamos en los papeles, sea aún una tarea pendiente en la práctica.<sup>37</sup> Un proyecto inacabado también para el Derecho Moderno. Terminar con la caza de brujas y con la tortura “mejorada” es una tarea esencial para nuestras democracias contemporáneas. Y es la única forma de consolidar el Estado de Derecho: consolidar las garantías, acabando con la “persecución” por “peligros” que muchas veces no son tales, son meros estereotipos mediáticos, falsas amenazas.<sup>38</sup>

Para concluir, una observación: entiendo que a la luz de las experiencias de las últimas décadas, el término mismo *Strafrecht* (Derecho Penal) caerá en desuso, porque en última instancia el Derecho y la Pena se oponen, se contradicen, no se complementan. Están en tensión. No pueden dar lugar unificado a un “concepto” que tenga sentido. A lo sumo dan lugar a un recurso retórico que sirve para legitimar discursivamente una disciplina, esto es, un discurso instrumental. Pero no hay nada más alejado de un discurso con aspiraciones de ser “científico”. La pena mancilla aquello que el Derecho contemporáneo –basado en los derechos humanos– defiende o dice defender y preservar, la dignidad humana. El término *Strafrecht* expresa, en consecuencia, a fin de cuentas, una contradicción en los términos, un oxímoron. Donde hay pena, no hay Derecho. El concepto mismo que empleamos, para definir nuestro propio campo de estudio, expresa una equivocación, un error de concepto, un presupuesto equivocado. El presupuesto de una pena “buena”,<sup>39</sup> de una cárcel “sana”, de un castigo que “sirve”, que “educa”, que

37. Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008.

38. Que las cárceles sean casi exclusivamente lugares de encierro de jóvenes pobres revela las carencias públicas y políticas de las democracias de América Latina, las falencias de los Estados de Derecho de la región. La falta de herramientas (prácticas pero también teóricas, conceptuales) del Derecho para criminalizar –pensar, visibilizar, evaluar– el crimen de cuello blanco revela la selectividad como un rasgo estructural, inherente a las prácticas de punición. Este es un fuerte argumento en contra de la legitimidad de todo sistema penal, que opera desmintiendo desde sus comienzos un principio básico: la igualdad ante la ley.

39. El concepto de pena “justa” o pena “buena” ya fue discutido en la Antigüedad por el filósofo presocrático Antifonte, un hedonista naturalista muy preocupado por disminuir

“mejora” al que lo padece, de un padecimiento “justo”, de un encierro que “resocializa”.<sup>40</sup>

Una palabra más sobre la polémica actual en torno del término garantismo que se observa en muchos países de América Latina, incluyendo la Argentina y Chile. Puede argüirse que un error de Ferrajoli es –sin intención acaso de su parte– el haber convertido el garantismo en una doctrina, esto es, rebajarlo a una posición (político-jurídica) doctrinaria, discutible entre muchas otras, cuando no es así: el garantismo no es una doctrina (del debate penal-constitucional contemporáneo), sino un rasgo esencial y estructural del Estado de Derecho. Quien discute con el garantismo discute contra nuestra constitución, ni más ni menos. Nos enfrentamos pues a un falso debate, caemos presos de una falsa antinomia, una trampa retórica en el Derecho. La antinomia garantismo-antigarantismo carece de sentido en un Estado de Derecho. En una democracia la justicia no puede no preservar las garantías constitucionales. Y el garantismo no es otra cosa más que eso: el respeto liso y llano de las garantías que establece nuestra constitución, garantías procesales y sustantivas. Es una trampa, en consecuencia, entrar al pretendido

la violencia existente en la sociedad de entonces. Ya Antifonte pensaba que toda pena es un mal, incluso si recae sobre un culpable, y que en tanto “mal” aumenta la violencia que el Derecho debiera tender a disminuir, no a reproducir o a alimentar. El caso de Antifonte (que incluso pide a sus contemporáneos rehusarse a testificar en los procesos, no importa si el acusado es inocente o culpable) demuestra que estas discusiones penales están lejos de ser originales o novedosas. Antifonte entiende que la violencia es una cadena que el Derecho debe cortar. Bieda, E., “Antifonte sofista: un utilitarismo naturalista”, en revista *Méthexis, International Journal for Ancient Philosophy*, Vol. XXI, 2008.

40. Por esto entendemos que en unas décadas el concepto mismo Derecho Penal caerá en desuso, será abandonado, descartado y reemplazado por otro concepto que supere esta contradicción. No se hablará más de “Derecho Penal” sino de técnicas penales y Derechos Humanos, por separado. El concepto mismo de Derecho Penal es un oxímoron, una contradicción en los términos, un sinsentido, una vez que, como pide Naucke, se repiensa críticamente la historia del liberalismo en el Derecho. Un error de concepto. La pena supone en la práctica concreta (como regla, y no como excepción) la negación constante de los derechos básicos que todo Derecho defiende, empezando por la dignidad humana inherente de cada sujeto. Y con esto no nos referimos solo a la selectividad estructural que priva de legitimidad al sistema mismo, en tanto violenta la igualdad ante la ley (y el debido proceso, postulados constitucionales básicos), sino a la forma en que las penas “legítimas” funcionan en la práctica: violentando derechos. La dramática situación carcelaria en Brasil –ausente en los medios– es un ejemplo.

debate doctrinario asumiendo una posición “garantista” frente a otras, igual de válidas en un nivel de disputa doctrinal. El garantismo no es una posición entre otras respecto del Derecho. El garantismo no es un paradigma más. Es un rasgo o pilar inherente del Estado de Derecho. Una forma del Estado Constitucional emergente de la posguerra. No una postura que entra –y por eso es un error entrar en la– discusión doctrinaria. Esta discusión en rigor rebaja el estatus del garantismo. No lo preserva, lo erosiona (el cual es, naturalmente, su objetivo).<sup>41</sup>

### III. Conclusión

Martha Nussbaum, profesora de ética en Chicago, cree que se puede repensar el derecho (positivista) desde un enfoque original que incorpore las emociones (largo tiempo negadas) incorporando la poesía (la literatura

41. Caterini, M., “Sistema mediático y sistema penal”, en *Revista Internacional Derecho Penal Comparado*. Legis, Bogotá, Abril-Junio 2015, pp. 65-92. Millie, A., “Urban interventionism as a challenge to aesthetic order: Towards an aesthetic criminology”, en revista *Crime Media Culture*, Vol. 13, Number 1, April 2017. pp. 3-18. Distintos fenómenos actuales en América Latina que marcan una expansión del ejercicio del poder punitivo formal e informal (la criminalización de la protesta... el uso arbitrario de las figuras penales de “asociación ilícita” o “intimidación pública”, el activismo judicial conservador, para no preservar garantías procesales, la limitación de las excarcelaciones por ley –en sistemas penitenciarios que se reconocen y asumen en crisis, ruinosos e inhumanos, incapaces de resocializar o reeducar personas– en Argentina, entre otros) forman parte del horizonte judicial crítico en el cual se inscribe la polémica en torno del garantismo. El Derecho Penal no tolera ni resiste muchas veces no preguntas muy complejas o sofisticadas, sino las más simples y sencillas, casi de sentido común: ¿limitar las excarcelaciones no es un contrasentido si aspiramos a la resocialización de tales personas? Promover el encierro infinito ¿es una posibilidad de recuperar o de abandonar a esas personas? ¿Qué mensaje les estamos dando? (y que incide, naturalmente, en la posibilidad o imposibilidad de su eventual recuperación, aspiración y mejora). El mensaje que se transmite desde la sociedad y desde el Derecho a los condenados es que ya no forman parte de la sociedad. Que no los queremos de regreso. Que han caído en el olvido y esperamos que “nunca más salgan”. Que jamás “vuelvan a salir”. Que se “pudran” en la cárcel. (No debe subestimarse el empleo de estos términos en el lenguaje coloquial urbano; expresan sentidos latentes, no explícitos). Lo contrario de la resocialización es el abandono. Y eso es lo que realiza la pena pretendidamente humanista: abandonar, neutralizar, degradar personas. Mancillar sus derechos.

en general) al estudio del Derecho.<sup>42</sup> El Derecho Penal ha sido parte de esta negación de lo corporal, de los cuerpos disciplinados que se encierran, se maltratan y se castigan. Se penan. Para generar una práctica punitiva semejante, hacía falta una doctrina que minimizara, como afirma Nussbaum, el valor de las emociones en el Derecho (y en todo conocimiento, que aspira a ser “objetivo”, neutral, imparcial, frío, “racional”), en tanto las emociones remiten, como la poesía que las recupera, a la corporalidad negada (en nombre de la Razón, que la pena quiere o quería expresar). La poesía pone en tensión al Derecho a la vez que defiende y exhibe los cuerpos con sus emociones y su palabra. Los saca del encierro. Exhibe los cuerpos negados. Emociones negadas. Sentimientos negados. Voces negadas. Exhibe la alteridad. Lo que sale por fuera del parámetro legal (normativo sobre la conducta y la corporalidad en sentido amplio). La otra voz. El otro cuerpo. La alteridad. La otra palabra es la palabra poética. Por eso no es casual que Spee haya sido, como poeta, crítico de la criminología de su tiempo. (Algo semejante puede decirse de Franz Kafka, que era también abogado).<sup>43</sup> Un defensor de las emociones/corporalidad negada, que defiende a quienes mejor encaraban (las amenazas de) lo corpóreo: las mujeres.<sup>44</sup> Spee y Kafka eran dos escritores con sensibilidad para expresar la forma en que el Derecho castiga los cuerpos. Esto no es accidental: la literatura, amén de “humanizar”, expresa sentimientos y los sentimientos –negados por la ciencia “objetiva”, imparcial “racional”– expresan lo corpóreo, lo “subjetivo”, negado por quienes se encerraban en la objetividad y hacían de las personas y sus cuerpos también “objetos” de tratamiento. La poesía combate la cosificación. Trasciende el maniqueísmo dualista sujeto-objeto. Trasciende el dualismo cartesiano. Da paso al monismo antropológico, hoy en boga, no por casualidad.<sup>45</sup> Hoy el

42. Nussbaum, M., *Poetic Justice. The literary imagination and public life*. Beacon Press, 1997.

43. Véase su célebre cuento “Ante la Ley”, una clara metáfora sobre el rol crítico de los abogados que se presentan como “guardianes” ambivalentes de la Ley, que hacen del Derecho una (su) “profesión”, un tesoro privado, de acceso limitado a los campesinos pobres.

44. Nussbaum, M., *El Ocultamiento de lo Humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*. Ed. Katz, Buenos Aires, 2007. El Derecho Penal, con sus cárceles, encierros y castigo, ha sido parte de esta negación y de este “ocultamiento” de lo humano.

45. El paso del dualismo antropológico cartesiano (sujeto-objeto, alma-cuerpo, razón-emoción) al monismo antropológico (que reivindica lo corporal frente a la Razón, las

Derecho, en diversos campos, se muestra técnico, deshumanizado, maqui-  
nal.<sup>46</sup> Nussbaum pretende “volver a humanizarlo”.<sup>47</sup> Esto afecta sobre todo  
la comprensión –y el funcionamiento– de la pena. La tecnificación agrava  
los males del penalismo: muestra a los operadores jurídicos (sin emocio-  
nes, “neutrales”, “tecnócratas”, burócratas que “administran” meramente

emociones y los sentidos, la imaginación literaria) es parte de la base sobre la que se edifica  
el auge del cruce literario en el Derecho (Law and Literature), en tanto la literatura trae  
al Derecho las emociones/imaginación/sentimientos/corporalidad largo tiempo negados  
(por el Derecho Moderno, de raigambre dualista). En este mismo marco se sucede, no por  
accidente, la reivindicación de los derechos de los animales, o de la naturaleza misma como  
sujeto de derechos, o de personas discapacitadas: ya no hace falta “tener razón” para tener  
derechos. Basta tener, precisamente, un cuerpo, antes negado. Esta reivindicación de la  
corporalidad va de la mano de la reivindicación teórica de la literatura (que reivindica las  
emociones y sentidos, frente a la razón abstracta, que traen los cuerpos concretos). Esto  
explica a su vez por qué este nuevo enfoque poético sobre el Derecho (poetic justice) está  
de moda en Argentina, un país que, a la luz de las políticas de Derechos Humanos, Me-  
moria, Verdad y Justicia, buscó y aún busca los cuerpos de los desaparecidos de la última  
dictadura cívico-militar. La búsqueda de esa corporalidad desaparecida y negada (también  
por el Derecho) es parte del giro poético (reivindicador de lo corpóreo) en la comprensión  
y construcción del Derecho argentino, en este aspecto este nuevo enfoque es crítico del po-  
sitivismo jurídico (y su proyecto de un derecho, como afirma Nussbaum, “anti-emoción”  
negador de la corporalidad). El penalismo ha sido parte histórica de esta negación/tortura  
de la corporalidad. Los campos de exterminio pueden ser pensados como expresión (sin  
límites) de la pena, del penalismo y el arte de castigar cuerpos (Zaffaroni, E. R., *Crímenes  
de Masa*. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010).

46. Frankenberg, G., *Técnica Estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el Estado de  
Excepción*. Rubinzal-Culzoni, Córdoba, 2015.

47. Una forma es repensar el derecho penal “inhumano” intentando volverlo “más huma-  
no”, más “bueno”, menos cruel, menos tortuoso. Hay por otro lado conceptos críticos que  
nos pueden ayudar, desde la doctrina penal, a repensar los defectos estructurales de la dis-  
ciplina y de la práctica del poder punitivo. El concepto de “culpabilidad por vulnerabilidad”  
puede servir –y de hecho sirve– para invertir o al menos acotar y repensar la selectividad  
estructural en el Derecho Penal. La selectividad estructural de las agencias de criminali-  
zación secundaria se podría mitigar empleando un concepto que haga foco en el grado de  
vulnerabilidad de los actores a la hora de ponderar –con una escala negativa– la capacidad  
de reproche desde el sistema penal. A menor vulnerabilidad (social), mayor será –ante el  
mismo delito– la capacidad de reproche penal. Es la única manera, en sociedades tan poco  
igualitarias, de generar una base o fundamento ético para el derecho penal.

un “sistema” que castiga y disciplina los cuerpos)<sup>48</sup> como sujetos sin emociones, fríos, no empáticos, esto es: incapaces de pensar por sí mismos el instrumento –la Rastra– que están aplicando, empleando, reproduciendo y legitimando, incapaces de mirar a los otros.<sup>49</sup> La función de la literatura, como ya sugería el formalismo ruso de Tinianov, es sacarnos la venda de los ojos, rompiendo todo automatismo, este automatismo maquinal, esta forma de actuar sin pensamiento crítico, sin ver lo que hacemos, sin tener conciencia cabal de los actos que cometemos en nuestra profesión de abogados, sin tener dimensión del instrumento que manejamos y los usos prácticos

48. Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid, 2008. Adorno, T. y Horkheimer, M., *Dialéctica de la Ilustración*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1998.

49. Puede verse en el documental *Shoah*, del francés Claude Lanzmann, los relatos de los peluqueros polacos que cortaban el pelo de las mujeres antes de que estas entraran a las cámaras de gas de Auschwitz. “Ya no se puede sentir nada”, exclama uno de los peluqueros, la anulación de toda empatía, de todo sentido, de todo sentimiento humano, es la realización máxima de la burocracia punitiva, es el quid del funcionamiento de todo campo de exterminio pero también de toda cárcel. La deshumanización del otro (que se aniquila o encierra) es parte del funcionamiento punitivo. Por eso el poder punitivo, que parte de la deshumanización, tiende, liberado de todo límite o contención jurídica, al genocidio, al crimen de masa. Y si esto está en la estructura misma del sistema penal, es contradictorio postular la sola idea de un derecho penal más “humano”. El derecho penal, por el contrario, tiende, por su propia naturaleza práctica, a la violación de derechos, al tratamiento inhumano. Por tal motivo, no se puede “humanizar”. Por tal motivo separamos, precisamente, Derecho y Pena. Porque el Derecho mismo presupone siempre el concepto de humanidad. Hablar de un Derecho Penal “más humano” presupone a su vez que el concepto de Derecho (Penal) no es “humano” o necesita “humanizarse”, lo cual termina siendo un argumento indirecto en favor de la tesis de que el Derecho y la Pena se contradicen. Si no fuera así, bastaría con el término “Derecho” al lado del término “pena” para lograr la “humanización” del penalismo. Si no es así, es porque el Derecho “no alcanza” o no puede “convivir” con la pena sin volverse “inhumano” él mismo. Por eso Zaffaroni recurre a agregar el concepto de “humano” al lado del concepto de “derecho penal”. Porque el Derecho Penal contemporáneo, por sí solo, cae en la inhumanidad constante y la violación de derechos y garantías, en nombre –contradictorio– del propio Derecho. Pero si el Derecho Penal es ya inhumano, no alcanza con agregar el concepto “humano” porque si el Derecho Penal es inhumano, quiere decir que la Pena y el Derecho no se condicen, se contraponen. Dicho de otro modo: es volver a intentar con la “humanización” del Derecho Penal aquello en lo cual el Derecho (Penal), ya fracasó. De allí la necesidad de Zaffaroni de incorporar nuevos conceptos que “humanicen” esta disciplina deshumanizada, técnica, de administración y gestión de cuerpos.

a que da lugar. Esta es la función central del arte. Y esto le sirve y mucho a los abogados y al Derecho: salir del automatismo mecánico. Pensar bien lo que estamos haciendo. Repensar el Derecho.<sup>50</sup> La poesía puede contribuir y mucho en este camino. No es casual, en ese marco, la reivindicación de la figura de Spee, un poeta y teólogo cuestionador directo de la tortura y la caza de mujeres. Necesitamos un Spee en el siglo presente, capaz de cuestionar la cantidad de crímenes que se cometen, pero no se nombran. Los genocidios por goteo en Centroamérica, producto de la violencia mal llamada “institucional”, de cárceles inhumanas que son meras fábricas de la muerte, un encierro inhumano que no produce nunca una persona “recuperada” o “mejor”.

No hemos abandonado, pues, la edad media penal. Hoy nos amenaza un regreso velado al peligrismo, al derecho penal del enemigo, al derecho penal más antiliberal: el derecho penal de autor, no de acto. Este es el oscurantismo contemporáneo, predicado a la vez que se predica, paradójicamente, la “asepsia política” del Derecho Penal. Su “neutralidad” técnica, aunque sabemos de sobra que las técnicas no son nunca neutrales ni apolíticas. Juzgar a las personas por lo que son: no por lo que hacen. Y lo que son, o el supuesto peligro que representan (sin pretender nunca “probar” tales aseveraciones, los indicios y sospechas reemplazan toda “prueba”, así como la condena firme es reemplazada por la pena anticipada y sin derechos, la prisión preventiva, sin condena, que conculca el principio de inocencia), se decide a priori y de modo arbitrario. Muchas veces esta tarea ha sido sustraída a los tribunales: se decide –por motivos de velocidad y eficiencia– en los medios masivos: los nuevos tribunales. Ya no se requieren siquiera “pruebas”. La sociedad, se repite en los medios masivos, no puede esperar los tiempos “lentos” de la justicia: de allí el auge de la prisión preventiva, del encarcelamiento indiscriminado y sin condena, violando el debido proceso y la igualdad ante la ley. El resultado de todo eso es conocido: es la pérdida total, el recorte de garantías. Personas condenadas conviviendo en el mismo espacio con personas inocentes, aunque encerradas. Es la pérdida de derechos y libertades. No es casual en nuestra región el martilleo constante en los medios contra el “garantismo”, que no es sino la defensa lisa y llana de las garantías que establecen nuestras constituciones y ordenamientos. El

50. Cover, R., *Derecho, Narración y Violencia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.



garantismo es un límite para esta criminología mediática. Vivimos en una segunda inversión, donde la defensa –y no el atropello– de las garantías constitucionales y procesales es mediáticamente impugnada y presentada como un defecto y no como un respeto claro del Estado de Derecho y la constitución.<sup>51</sup> Las garantías son la base esencial de la vida en democracia. Su recorte o erosión es un riesgo para la democracia. Sin embargo, mediáticamente, son vituperados los jueces que defienden tales garantías y las aplican. Quienes se alejan de ellas –quienes se alejan con cualquier pretexto del texto de nuestra carta fundamental– son, paradójicamente, celebrados públicamente por su espíritu “republicano”. La interpretación reemplaza al derecho. La legalidad se erosiona. Por eso sostiene Ferrajoli que el método del garantismo no es sino el positivismo jurídico: la aplicación lisa y llana de lo que establece, en este punto, la ley. El anti-garantismo (o el principalismo, Alexy, por ejemplo, que es empleado en Latinoamérica como pantalla) se aleja del positivismo. Se aleja del texto constitucional. Y esto entraña varios riesgos severos que deben ser analizados por la doctrina. Es posible pensar un activismo judicial conservador y no progresista.<sup>52</sup> En jueces –sobre todo penales– que se distancian del texto constitucional no para respetar más derechos y garantías, sino para conculcarlos de modo arbitrario. Para recortar las garantías de la constitución.<sup>53</sup> Esto sucede en Argentina de

51. Comanducci, P., *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica. Ensayos de Teoría Analítica del Derecho*, Ara Editores, Lima, 2010.

52. Ferrajoli, L., “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en revista *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011, pp. 15-53. Ferrajoli, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

53. De este modo, puede repensarse mejor el porqué de la actual moda del pensamiento de Robert Alexy en América Latina, en la jurisprudencia de los tribunales de Argentina, Chile y Brasil. Es claro que los fenómenos de descodificación gradual, aunados al caos normativo producto de la demagogia punitiva de los actores políticos, obligan a los jueces a buscar “claridad” (con argumentación jurídica) allí donde el Derecho ya no la brinda, porque el Derecho ya no brinda a los jueces cuerpos codificados claros y precisos, producto de un sistema filosófico, de pensadores con una concepción articulada. Ante este vacío, los jueces se ven obligados, ante la necesidad de fallar, a profundizar el campo de la argumentación jurídica. El auge de este campo (el auge del interés en la argumentación y la interpretación jurídica) es pues una respuesta ante la descodificación legal. El activismo judicial puede ser pensado entonces como una consecuencia más que como una

modo cotidiano. De allí la crítica mediática constante al “garantismo”, como si el garantismo –las garantías, y no la pobreza, el desempleo o el hambre– fueran el verdadero “problema” para la democracia y la convivencia civil.<sup>54</sup> Como si el respeto de las garantías fuera el responsable último de la inseguridad ciudadana, y no a la inversa, ya que la pobreza –entre otros causantes de delitos toscos– deriva del no respeto de ciertas garantías y derechos.<sup>55</sup>

causa. La causa es la descodificación legal (producto de la irresponsabilidad política de actores que en función de intereses políticos mediáticos de corto plazo elaboran normas contradictorias entre sí, generando con el tiempo un cuerpo desordenado de leyes, que el juez debe aplicar). Precisamente por eso el principalismo adopta el “no positivismo” como método. Porque ante la descodificación creciente, los jueces se “alejan” del texto legal, buscado soluciones conforme a Derecho pero construidas argumentativamente de cara a la sociedad. El “positivismo” estricto parece un método problemático en contextos de descodificación creciente. De allí el interés creciente de los jueces por los estudios de argumentación jurídica.

54. Castel, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos?* Manantial, Buenos Aires, 2008.

55. El garantismo es ante todo una filosofía igualitaria. Entiende la inseguridad en diversos planos, como la inseguridad alimentaria, habitacional, educativa, entre otros, y los entiende a partir del recorte de derechos. El garantismo por eso mismo apuesta a las garantías (al respeto de más garantías) para “combatir” el crimen, y no a la inversa, como equívocamente muchas veces se propone. De este modo el garantismo pretende no criminalizar las consecuencias de un fenómeno: pretende atacar sus causas socio-económicas. Cuando este paso se omite, es cuando se pide “recortar garantías” como forma de combatir la criminalidad, sin ver que de ese modo solo se agrava el problema que el garantismo ya diagnostica y para el cual propone soluciones y herramientas concretas, que demandan, naturalmente, recursos e inversión del Estado. Entiende el garantismo que muchos fenómenos criminales tienen su raíz en el no respeto de ciertas garantías y derechos (jóvenes sin vivienda, desfamiliarizados, en contextos de pobreza y precariedad, sin hospitales, ni casa, etc.). Entonces es el Estado con sus omisiones (al no respetar determinadas garantías y derechos sociales y económicos) el primer responsable. Muchas de estas carencias explican luego cierto tipo de criminalidad, que se presenta como único “peligro” ciudadano y a sus actos, principalmente jóvenes pobres, como una “amenaza”. Respetando más (y no menos) garantías y derechos sociales, es posible pensar en una disminución de cierta criminalidad. La falta de políticas públicas de parte del Estado también debe ser pensada como una omisión gravosa (falta de salud, escuelas, rutas, etc.) que luego se vincula a fenómenos de inseguridad y violencia social. El Estado solo aparece con su faz punitiva, de criminalización, nunca con acción social directa, que sería el mejor camino, desde el Estado, de prevención del crimen. Pongamos un ejemplo: la baja de edad de imputabilidad penal. La baja de edad de imputabilidad en un país que

cuenta, según cifras oficiales, con 5,2 millones de chicos en situación de pobreza (muchos de pobreza extrema, de vulnerabilidad y abandono) revela una contradicción flagrante y una desorientación en el rol que le ocupa atender, ante esta realidad lacerante y grave, de minoridad desprotegida, al Estado argentino, en función de sus compromisos internacionales (Convención de los Derechos del Niño) y también de las obligaciones emergentes de nuestro propio ordenamiento interno. La respuesta penal es siempre una respuesta de *ultima ratio*, que se aplica cuando –para los adultos que cometen delitos– todas las otras alternativas reparadoras fracasan. Este razonamiento o principio básico del derecho penal es aún más categórico en el caso de los menores, que necesitan inclusión y perspectivas concretas, esto es, todo lo contrario de lo que supone el encierro en una prisión. La pena privativa de la libertad en menores de edad agrava el cuadro de marginación y exclusión que esos mismos menores –cuando caen en la criminalidad– ya padecen. La misión del Estado es romper este círculo vicioso, no agravarlo.

En un país como Argentina que cuenta con casi seis millones de menores pobres o indigentes, bajar la edad de imputabilidad no parece el camino ni ética ni jurídicamente correcto. Con millones de chicos en el umbral de la pobreza, sin educación ni salud de calidad, con padres desempleados o en la precariedad más absoluta, que fuerzan muchas veces a esos mismos menores a trabajar (la pobreza infantil, el trabajo infantil y el delito en menores son fenómenos inescindibles, como advierte UNICEF), la respuesta del Estado no puede pasar por incrementar la pena y la exclusión que ya esos chicos, por inacción del Estado en los planos socialmente trascendentes, vienen padeciendo. El Estado debe promover derechos, reparar e integrar a los menores, sacándolos de la pobreza, brindando horizontes concretos donde puedan desarrollarse, sin caer en las redes que los esclavizan o los fuerzan a trabajar, abandonando sus hogares, sus estudios, sus familias. La misión del Estado nacional, a partir de un diagnóstico preciso, es no agravar los cuadros de exclusión, marginación, desfamiliarización y abandono que padecen millones de menores en Argentina, incrementando penas o dando una respuesta penal a la exclusión social. Por eso UNICEF, ante este escenario dramático de pobreza infantil en la región, señala como un contrasentido (una forma de agravar el problema) la propuesta de bajar la edad de imputabilidad. Un déficit histórico que se ha cuestionado al Derecho Penal es el criminalizar las consecuencias sin atacar nunca las causas (sociales, como la pobreza) de los fenómenos que abarca o analiza. La respuesta penal no logrará solucionar el drama que viven los menores pobres. Solo puede conducir a agravar los cuadros de exclusión y violencia que vienen padeciendo, potenciando el problema a futuro, aumentando la violencia, la desigualdad y la exclusión que el Derecho debería –y dice– venir a reparar.

La respuesta penal frente a millones de menores empobrecidos expresa un fracaso rotundo del Estado y de la sociedad. Y no garantiza que disminuyan los casos de inseguridad que padece la sociedad argentina. Las estadísticas demuestran exactamente lo contrario. La baja de edad de imputabilidad es una respuesta demagógica, pero no realista. Es una respuesta de corto plazo, que deja sin atender (e incluso puede agravar) las causas sociales del fenómeno de la inseguridad. Por eso UNICEF, con acierto, la rechaza con dos

El auge de la prisión preventiva –que conculca el debido proceso– en América Latina, con índices de prisionización que oscilan entre el 70 y el 80% dependiendo de los países, muestra este punto de modo crítico. La prisión preventiva de excepción devenida en regla expone un distanciamiento de los jueces respecto de los textos –garantías– constitucionales. Por eso Ferrajoli postula un constitucionalista garantista cuyo método jurídico (a diferencia del constitucionalismo principalista de autores como Robert Alexy) es el positivismo.<sup>56</sup> Es el apego a las garantías legales.

Hemos propuesto en este trabajo, paralelamente a la reivindicación de la figura de Spee, una reivindicación instrumental de la poesía para cuestionar muchos de los postulados de nuestro Derecho, de nuestra disciplina, mal fundamentada. Hemos propuesto repensar el nombre mismo de Derecho Penal desde el pragmatismo y un enfoque de derechos humanos, porque entendemos que el concepto de Derecho es, en la actualidad, del todo incompatible con las prácticas que materializa la pena (encierro, hacinamientos, tortura, hambre, violaciones, violencia constante, agravamiento de los males sociales que el penalismo dice –con la pena– venir a “suspender” o “solucionar”). De este modo, hacemos una apuesta por la transparencia en la argumentación en el Derecho. Por volver más transparentes, más honestos, más prácticos, los argumentos que empleamos en el ámbito del penalismo. La honestidad nos condujo, casi en forma directa, a la poesía. No a la doctrina penal, sino a la figura de Spee. Spee nos ha mostrado lo poco que ha evolucionado, lejos de lo que puede pensarse, nuestro Derecho Penal. Aún seguimos en la Edad Media.<sup>57</sup> Nuestras cárceles no son mejores (para el caso de que una cárcel pueda ser en algún modo “mejor” que otra) que aquellas en las cuales Constantino, sorprendido de la humillación a la que se sometía a un reo encarcelado en la oscuridad total, pidió abrir una ventana

motivos. Por un lado, para evitar que se sigan conculcando los derechos de los menores. Por el otro, porque es, desde la óptica criminológica, una solución técnicamente inidónea para frenar los casos de inseguridad que padece la sociedad. No produce nunca el resultado presupuesto. Solo apuntala un círculo vicioso que conduce, sucesivamente, a seguir disminuyendo, sin resultados, la edad de imputabilidad.

56. Robert Alexy, que sigue a Gustav Radbruch, define su posición como un “no positivismo”.

57. La crisis en la que se encuentra sumido actualmente el principio de legalidad penal es tan solo una de las caras de este fenómeno de erosión continua de garantías y derechos.

pequeña. De allí la enorme vigencia del pensamiento de Spee. Porque aún estamos luchando contra quienes, como el funcionario embelesado de la Colonia Penitenciaria que Kafka describe con magnífica ironía (un funcionario que describe embelesado una máquina de tortura, que permite a quienes agonizan poder “ver” antes de morir, ya que el castigo los mata), le brindan un “sentido” a la pena. Esto que Pavarini considera un arte “abyecto”, que Carrara califica de “horrible” y asqueroso, que Naucke entiende como “el error histórico del liberalismo en el Derecho”, perpetrado por Paul Anselm von Feuerbach: que al salir del retribucionismo penal, para “acotar” los alcances “utilitarios” del castigo, da nacimiento al principio de legalidad. Ya ahí puede situarse una contradicción, un hiato, un punto de inflexión que se extiende hasta el día de hoy: al mismo momento que nacen las teorías no retribucionistas de la pena, al mismo tiempo que le buscamos un sentido “utilitario” al castigo, nace, como contrapeso, la legalidad como principio en el Derecho. La legalidad nace combatiendo a la pena.<sup>58</sup> Esta tensión entre la legalidad (los derechos humanos) y la pena se extiende hasta el día de hoy. Lo que parece imposible, como muestra Pavarini, es reconciliar a la Pena con el Derecho. Tal vez haya llegado el momento de abandonar esta vieja esperanza o presupuesto, sobre la que se funda, sin embargo, toda nuestra disciplina. Incluido su nombre: *Derecho* Penal, cuando la pena funciona siempre (en la práctica, porque con el pragmatismo abandonamos la veleidad de toda teoría, la única teoría que queda es la práctica, la única verdad de la cárcel es la cárcel en la práctica, no en la teoría) como negación –contradicción– de un (de todo) derecho. La Pena y el Derecho, en definitiva, se contraponen. No se pueden defender a la vez. No pueden ir juntos, sino separados. Todo concepto de Derecho presupone, en los albores del nuevo siglo, el concepto de derechos humanos. Buscar alternativas reparadoras a la pena es asumir que la pena, y todas las teorías que le han otorgado en

58. Combatiendo y limitando esto que primeramente se pensó que eran solo sus “abusos” y “desvíos” y luego se descubrió que eran todo su sentido y su estado de “normalidad”, porque no encontramos nunca penas “buenas”, penas “sanas”, que “reeducuen” personas, cárceles “limpias” y “sanas” que permitan a las personas encerradas “salir mejor” que como entraron, salir “resocializadas” del encierro, la marginación, el abandono. El contrasentido práctico parece evidente. El objetivo, detrás de la superación del idealismo penal, es dejar de mostrar (y enseñar) el Derecho como debería funcionar, como debería ser, mostrando y enseñando el Derecho como funciona.

vano durante décadas –siglos– un sentido o justificación, no han logrado el objetivo propuesto o buscado. Por el contrario, nos han sumergido en un laberinto doctrinario –un laberinto de palabras y conceptos “asépticos” y “apolíticos”, neutrales (y muchas veces ahistóricos)– del que se ha hecho muy difícil salir. Y esto (la contradicción flagrante y directa de la Pena con el Derecho, con todo derecho *humano*) se ve una vez que se abandona el gran mal de la filosofía jurídica: el idealismo. Es decir, una vez que se abren los ojos.<sup>59</sup> Una vez que advertimos, como juristas, sin disimulo teórico, la práctica punitiva concreta que tenemos delante de nuestros ojos todos los días. En definitiva, el mayor –y acaso el único– gran desafío de los penalistas pase por animarse a abrir los ojos.

## Bibliografía

- Adorno, T. y Horkheimer, M., *Dialéctica de la Ilustración*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1998.
- Alagia, A., *Hacer Sufrir*, Ediar, Buenos Aires, 2013.
- Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid, 2008.
- Carrara, F., *Opúsculos de Derecho Criminal*, Temis, 1976.
- Castel, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos?* Manantial, Buenos Aires, 2008.

59. El feminismo, como afirma Owen Fiss, es una teoría crítica al interior del Derecho y la mayoría de los problemas y puntos de vista novedosos son traídos al derecho (también penal) contemporáneo por el enfoque feminista. Un tema novedoso en Argentina, a raíz de las particulares críticas de las mujeres que, pese a su inocencia, caen en la criminalización informal permanente, son los derechos conculcados de las mujeres de los presos, cuya culpabilidad (de sangre) se presume por el solo hecho de visitar a sus maridos presos; de allí que sean maltratadas y sometidas también las familias de los presos, empujando por sus mujeres, aunque también por la institucionalización violenta de sus hijos. “Te atropellan en la cárcel si no conocés tus derechos”. “Nosotras somos inocentes, pero nos tratan como culpables, nos sentimos muy maltratadas. Ahora que mi marido está en una unidad mejor en Olmos, sus hijas van de vez en cuando a ver a su papá”. “Porque hay sistemas más tecnológicos y menos abusivos. Un detector de metales (como el que usan los patovicas en los boliches). Antes, había mujeres que salían descompuestas de las revisiones”, afirma la Dra. Alba Susana Changala (*Clarín*, Buenos Aires, 06.07.2017). El Derecho Penal es también un engranaje que forma parte del gran sistema de poder comunicacional (performativo) del patriarcado, que el feminismo denuncia.

- Caterini, M., “Sistema mediático y sistema penal”, en *Revista Internacional Derecho Penal Comparado*. Legis, Bogotá, Abril-Junio 2015.
- Comanducci, P., *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica. Ensayos de Teoría Analítica del Derecho*, Ara Editores, Lima, 2010.
- Cover, R., *Derecho, Narración y Violencia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.
- Ferrajoli, L., “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en revista *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011. pp. 15-53.
- *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.
- Frankenberg, G., *Técnica Estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el Estado de Excepción*. Rubinzal-Culzoni editores, Córdoba, 2015.
- Gargarella, R., “¿Derecho penal o derechos sociales?”, en *La Nación*, Buenos Aires, 19.07.2011.
- Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008.
- Kafka, F., *En la Colonia Penitenciaria*, en *Obras Completas*, Losada, Buenos Aires, 1996.
- Marí, E., *Teoría de las Ficciones*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.
- Millie, A., “Urban interventionism as a challenge to aesthetic order: Towards an aesthetic criminology”, en revista *Crime Media Culture*, Vol. 13, Number 1, April 2017.
- Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg, 1962.
- Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2007.
- *Not For Profit: Why Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, 2010.
- *Poetic Justice. The literary imagination and public life*. Beacon Press, 1997.
- Spee, F., *Cautio Criminalis*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2017.
- Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2001.
- Zaffaroni, E. R., “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano e Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, Guarujá, 16 de septiembre de 2001.

- *Crímenes de Masa*, Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010.
  - *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1988.
  - *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.
- Zaibert, L., “On the Matter of Suffering: Derek Parfit and the Possibility of Deserved Punishment”, en *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 11, Number 1, March 2017.



# Sociología, políticas públicas y económicas de la pobreza, la solidaridad y la caridad

*Pablo Ava\**

## **Resumen**

El trabajo recorre, desde una perspectiva principalmente sociológica pero también de las políticas públicas y económicas, el encuentro del hombre y la sociedad con la situación que le plantea la pobreza. Recorre el pensamiento moral y ético del individuo y de las sociedades, desde el acto individual de la caridad, hasta la creación del Estado de Bienestar y las políticas sociales.

Palabras clave: pobreza, moral, ética social, políticas sociales, Estado de Bienestar.

## **Sociology, Public and Economic Policies of Poverty, Solidarity and Charity**

### **Abstract**

The paper studies the relationship of man and society with poverty from a sociological perspective mainly but also from a public policies and

\* Abogado y Lic. en Ciencia Política. Master en Análisis Económico del Derecho por la UTDT. Profesor Adjunto Interino de Sociología del Derecho y las Instituciones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha desarrollado su vida profesional en el campo de la investigación social aplicada y al estudio de la opinión pública; pabloava@hotmail.com.

economic policies view. It explores the moral and ethical thought, the individual and society view, and the individual act of charity to the Welfare State and the social policies.

Keywords: Poverty, Moral, Social Ethics, Social Policies, Welfare State.

## I. Introducción

Las desigualdades en la sociedad contemporánea se han vuelto obscenas. Bernardo Kliksberg se refiere a ellas como un “Escándalo Ético”:<sup>1</sup> más de nueve millones de niños mueren al año antes de cumplir los cinco, entre un 33% y un 50% por culpa de la desnutrición. Unos dos millones de niños fallecen por neumonía, cuando los antibióticos cuestan 27 centavos de dólar. En total 18 millones de personas mueren al año por causas vinculadas a la pobreza.<sup>2</sup> Según UNICEF, uno de cada seis niños que nacen en América Latina no existe para la sociedad porque no tienen documento, son los “invisibles” que rodean las grandes ciudades, viviendo, como dice el papa Francisco, de la “cultura del descarte”, al punto de volverse ellos mismos “descartables”.

Max Weber y Georg Simmel desarrollaron en su teoría de las acciones humanas dos conceptos para entender el vínculo del hombre con otros hombres y con la sociedad en la que viven: “contenido de sentido” (Weber) y “dirección” (Simmel), ambos destinados a indicar la orientación de la conducta.

Por contenido de sentido o de dirección, los autores entienden hacia dónde está dirigida la conducta social, generalmente un “otro”. El contenido de sentido de una acción social, dirigida a otro, logra que esta acción se transforme en “relación social” ya que los sentidos estarán recíprocamente referidos. Este contenido de sentido se inicia como una *categoría ética* (deber interno) y luego podrá ser incorporado como *categoría jurídica* (deber impuesto externamente).

1. Kliksberg, B., *Escándalos éticos*. Temas, 2da edición. Marzo de 2011.

2. *Ibidem*, p. 55.

¿Cuáles son los contenidos de sentido o las direcciones que el hombre y la humanidad le dan a sus conductas para paliar esta fragmentación social, o en particular, ¿cuál es el contenido de sentido que llena el espacio cuando el hombre se enfrenta a la pobreza? Dice Simmel:

Si consideramos al hombre como ser social, vemos que a cada uno de sus deberes corresponde un derecho de otros seres. Quizá incluso la concepción más honda fuera pensar que primordialmente solo existen derechos, que cada individuo posee pretensiones que son de orden general humano y que resultan de su peculiar situación, las cuales después se convierten en deberes de otros [...] Muéstrase aquí una oposición fundamental entre las categorías sociológicas y las éticas. Por cuanto todas las relaciones de prestación se derivan de un derecho en el sentido más amplio de este concepto, que contiene, como una de sus partes el derecho jurídico, la relación de hombre a hombre ha impregnado totalmente los valores morales del individuo, determinando su dirección [...] En definitiva, somos nosotros mismos los responsables únicos de la moralidad de nuestros actos; solo respondemos de ellos ante nuestro yo mejor, ante la estimación de nosotros mismos, o como quiera denominarse ese foco enigmático que el alma halla en sí misma, como última instancia, y a partir del cual decide libremente hasta qué punto los derechos de otro son deberes para ella.<sup>3</sup>

Es por esto que el análisis ético de cuestiones como la pobreza son “hoy como una ayuda si no necesaria, al menos conveniente, para afrontar los problemas morales contemporáneos”.<sup>4</sup>

Estos problemas morales se presentan de forma dicotómica:

En el ámbito de la moral individual se manifiesta una casi permanente tensión entre lo universal y lo particular: entre la universa-

3. Simmel, Georg, *Sobre la individualidad y las formas sociales. Escritos escogidos*, Universidad Nacional de Quilmes, 2002, p. 219.

4. Heler, Mario, *Cuadernos de ética*. Asociación Argentina de Investigación Ética, Nro. 10, 1991, p. 11.

lidad de la norma moral y la particularidad de las situaciones que la norma regula, entre la exigencia universal de reconocimiento, conservación y realización del valor y los objetos particulares que portan o pueden portar el valor, entre el contenido abstracto y general del fin ideal y los medios o instrumentos particulares capaces de concretar o ir concretando tal fin en determinadas circunstancias. Por un lado, considerando las normas morales, estas establecen la obligación de ciertos tipos de conductas –decir la verdad, cumplir las promesas, ayudar al prójimo, etc.– para una clase general de situaciones, cuando está en juego la verdad o falsedad de lo que se enuncia, cuando se ha adquirido un compromiso, cuando un ser humano necesita algún tipo de auxilio. Por otro lado, tales conductas deben ser elegidas como las moralmente correctas en circunstancias concretas y por lo general complejas.<sup>5</sup>

“La tensión entre lo universal y lo particular genera así problemas de aplicación en el ámbito de la moral.”<sup>6</sup> De esta forma dicotómica es que se le presenta al ser humano la tragedia de la pobreza:

Cabe partir de la pobreza como fenómeno objetivamente determinado, y tratar de suprimirla como tal. Dese en quien se dé, sean cualesquiera las causas individuales que las produzcan y las consecuencias individuales que ella produzca, la pobreza exige remedio, restauración de una deficiencia social. Pero, por otra parte, el interés puede dirigirse al individuo pobre, al cual se socorre sin duda porque es pobre, pero no con el propósito de suprimir la pobreza en general, sino de ayudar a este pobre determinado.<sup>7</sup>

El contenido de sentido puede ser dirigido a la situación (pobreza) o al individuo (pobre) En el primer caso, predomina la estructura ética, en la

5. *Ibíd*em, 14.

6. *Ibíd*em, 14.

7. Simmel, Georg, *Sobre la individualidad y las formas sociales. Escritos escogidos*, Universidad Nacional de Quilmes, 2002, p. 236.

segunda un sentimiento más profundo, más vinculado con la caridad, porque no se pretende solucionar la pobreza con dicha acción.

Habría entonces dos tipos de aproximación al pobre para Simmel, uno con un sentido social más amplio tratando de buscar compensar las desigualdades que la sociedad ha generado –una aproximación de fuerte contenido ético–, y otro sentido más individual, en el que o se ayuda al pobre en concreto, se busca la expiación de la culpa por la situación de pobreza, pero sin pensar en el alcance universal de la acción sino en una dimensión sobre lo particularmente moral.

Según Simmel la acción social en sus dos versiones toma forma de dicotomía derecho-deber (no necesariamente jurídico):

Si consideramos al hombre como ser social, vemos que a cada uno de sus deberes corresponde un derecho de otros seres. Quizá incluso la concepción más honda fuera pensar que primordialmente solo existen derechos, que cada individuo posee pretensiones que son de orden general humano y que resultan de su peculiar situación las cuales después se convierten en deberes de otros. Pero como todo obligado de algún modo posee también, a su vez, derechos, se produce así una red de derechos y deberes donde el derecho es siempre el elemento primario, el que da el tono, y el deber no es más que el correlato de aquel mismo acto, correlato inevitable por lo demás [...] Muéstrese aquí una oposición fundamental entre las categorías sociológicas y las éticas. Por cuanto todas las relaciones de prestación se derivan de un derecho, en el sentido más amplio de este concepto, que contiene, como una de sus partes, el derecho jurídico, la relación de hombre a hombre, ha impregnado totalmente los valores morales del individuo, determinando su dirección [...]<sup>8</sup>

Para el Estado de Derecho, toda necesidad genera un deber, pero no para el individuo sino para el Estado como sujeto obligado. La famosa frase de “donde hay una necesidad, hay un derecho” solo puede ser afirmada en

8. Simmel, Georg, *Sobre la individualidad y las formas sociales. Escritos escogidos*, Universidad Nacional de Quilmes, 2002, p. 218.

un marco de Estado de Bienestar, y la fórmula deber-derecho es de naturaleza jurídica. En el caso de una fórmula moral derecho-deber (Weber lo ubica dentro de los sentidos de orden en la sociedad) el obligado y el beneficiario son un sujeto o un grupo de sujetos obligados por una justificación moral, de solidaridad o altruismo.

La afirmación de este trabajo es que en la dialéctica-derecho deber vinculada a la pobreza, se han ido alternando los conceptos de necesidad-derecho por un lado y el de obligatoriedad-deber por el otro. Intercambiando los sujetos obligados, individuos/Estado de Bienestar, los beneficiarios universales/particulares, los vehículos de asistencia dádiva/impuesto, y sobre todo el sentido obligación moral/derecho universal.

## **II. El sentido de deber religioso**

Para Georg Simmel entonces siempre hay un deber en la relación intersubjetiva; es jurídico o es moral, pero es un deber al que le corresponde su contrapartida: un derecho. Incluso la acción de dar una limosna, dice Simmel, conlleva un derecho del pobre a recibir esa ayuda por cuanto se encuentra desgraciado en el orden social en el que vive, o porque Dios nos presenta situaciones en las que debemos resolver de acuerdo al Pacto Religioso que nos une con Dios y a través de Dios con la Comunidad.

En esta última visión, Simmel encuentra que la religiosidad cristiana y su antecedente en la Ley mosaica son los primeros intentos de formalizar y racionalizar el sentido moral en un modelo ético de deber religioso.

Las iglesias cristianas fueron las primeras en mediar institucionalmente la caridad. Su antecedente es la Ley mosaica, que si bien fue abolida para todos los cristianos, mantuvo el diezmo como figura de recaudación que tenía su origen entre los israelitas. En el Antiguo Testamento, Israel tenía dos tipos de ofrendas, una obligatoria y reglamentada, y otras voluntarias o discrecionales que no estaban sujetas a ninguna regulación. La obligatoria era el diezmo. Las discrecionales eran otras donaciones al margen del diezmo. (Ex. 35:29, 36:3, Lev. 22:23 y Deut. 16:10.) ¿Y por qué razón era exigible? Sencillamente porque era una compensación, una contraprestación, impuesta por Dios como obligatoria: Dios eligió a una tribu de entre las doce, la de Leví, para administrar el pacto, servir al pueblo y ocuparse exclusivamente de las cosas espirituales de la nación, y no lo hizo por un ofrecimiento voluntario de la tribu, sino por una designación sobe-

rana (Núm. 1:48-50; 3:12). En virtud de esa inexcusable misión y servicio ellos recibirían los diezmos del pueblo, así como las ofrendas procedentes de los votos (Núm. 18), pero a cambio y en virtud de esa misma decisión soberana la tribu de Leví quedó excluida del reparto de la tierra prometida (Núm. 18:20 y 21).

Algunos de los defensores de la recaudación del diezmo exigible a los cristianos, buscando argumentos para defender su posición afirman que el diezmo no empezó en la ley mosaica porque Abraham pagó diezmos a Melquisedec antes de que la ley fuese dada (Gen. 14:20; Heb. 7:2-12).

En la mayor parte de las Iglesias cristianas el aporte o donación es de naturaleza personal y queda encerrado en el secreto entre Dios y el hombre que hace el acto de caridad. La viuda dio todo lo que tenía en una ocasión (Mr. 12:42-44). Zaqueo arrepentido destinó para los pobres el cincuenta por ciento de cuanto poseía (Lc. 19:8). Pero *los fariseos aunque daban escrupulosamente el diezmo para sostén de los sacerdotes y levitas (Mt. 23:33), eran avaros (Mt. 16:14), y luego no cumplían con la misericordia de ayudar a los necesitados, ni siquiera de su propia familia (Mt. 15:5)*. La historia social de las iglesias cristianas en los siglos II y III fue impresionante. Tertuliano afirma que a finales del siglo II las iglesias solían tener un intendente o responsable de la caja común a la que de forma voluntaria contribuían los fieles con libertad, que era quien hacía llegar a los fondos a los necesitados. Con ellos se sufragaba la sepultura de los pobres, el cuidado de los huérfanos sin recursos, de los ancianos, los enfermos o los condenados por su fidelidad a la fe cristiana. Otra de las partidas más importantes se destinaba a liberar a los esclavos y a los presos rescatándolos por precio.

Sin embargo, el diezmo aparece como obligatorio en el cristianismo a partir del VIII con el emperador Carlomagno que estableció sobre sus súbditos un impuesto del diez por ciento para el sostenimiento eclesiástico.

Hoy, el caso más importante en donde el diezmo se sostiene como obligatorio y de naturaleza impositiva es en Alemania y no sin dificultades: el gobierno de Alemania cobra un impuesto a los ciudadanos que asisten a una iglesia; sin embargo, para escapar de esta carga, los alemanes están dejando de congregarse. Aquí radica un cambio fundamental, el aporte adquiere la forma de una obligación tributaria, un impuesto, con un destino de sostenimiento del culto y de asistencia a los necesitados:

El impuesto se llama “kirchensteuer”, y es deducido directamente de los salarios y las ganancias de capital. La caída en el número de fieles comenzó a sentirse en la segunda mitad del año pasado. En las iglesias católicas también ha ocurrido una disminución de al menos 180.000 fieles, según la información proporcionada por las 27 diócesis del país en 2014. En el mismo período la Iglesia Evangélica Alemana Luterana (EKD) perdió 200.000 fieles, un aumento del 45% en comparación con 2012, cuando se hizo la última encuesta. El impuesto de la iglesia es parte de la Constitución de Alemania Occidental desde 1949 y afecta a todos los ciudadanos bautizados desde el momento en que empiezan a pagar el impuesto sobre la renta. Los fieles alemanes pagan obligatoriamente (a través del gobierno) un porcentaje de sus ingresos a su propia confesión religiosa. El único modo de no pagar es darse de baja como miembro de la Iglesia. En los últimos tiempos, el gobierno está llevando a cabo una aplicación más estricta de una parte de la recaudación, la referida concretamente al “capital gain”, es decir, a los beneficios por la venta de acciones y otros productos financieros, que antes resultaba más fácil evadir. Aunque algunos fieles deciden darse de baja de la Iglesia [...], los católicos que renuncian para evitar el impuesto religioso tienen impedido el acceso a la confesión y a la comunión, y también a la unción de enfermos, excepto en caso de peligro de muerte. En su declaración de impuestos ante el gobierno, los alemanes tienen el deber de declarar la religión que practican. Quienes marcan “protestante” o “católico romano” en el formulario oficial se someten a un impuesto de un poco menos del 10% de su ingreso anual, que –a cambio de un pago– el Estado recauda y traspassa al Vaticano y las iglesias locales.<sup>9</sup>

En este caso la confusión entre donación, impuesto y caridad se vuelve compleja. Si bien el recaudador, Estado, transfiere a las Iglesias Católicas y

9. <http://www.noticiacristiana.com/sociedad/iglesiaestado/2015/04/alemanes-abandonan-las-iglesias-para-no-pagar-diezmo.html>



Protestante de forma inmediata, su participación media como el recaudador del pago de un impuesto y el control del mismo se hace con una auditoría impositiva. Si bien el fin último puede ser una obra de caridad, en términos de Simmel la obligación se presenta como *erga omnes* y para sostener una situación social determinada. Nada más alejado a la viuda del Evangelio. El sentido de la acción se torna un deber tributario y se aleja de la idea de un acto de caridad.

La asistencia a los pobres como institución pública ofrece, pues, un carácter sociológico muy singular. En su contenido es absolutamente personal, no hace otra cosa que aliviar necesidades individuales [...] la asistencia a los pobres se dirige, en su actividad concreta, al individuo y su situación. Y justamente ese individuo es, para la forma abstracta moderna de la beneficencia, la acción final, pero no en modo alguno su fin último, que solo consiste en la protección y fomento de la comunidad [...] la acción social no se sirve de él mismo, sino únicamente de ciertos medios objetivos materiales y administrativos, destinados a suprimir los daños y peligros que el pobre significa para el bien común.<sup>10</sup>

También en los EE.UU. las donaciones a las iglesias pueden no ser anónimas, y de hecho, se realizan mediante transferencias o con sobres donde se consigna voluntariamente el nombre del donante y puede usarse para descontar de impuestos que serán declarados en su informe anual de ganancias.

El sentido de deber-derecho aparece en estos casos mediados por la Institución Iglesia como vehículo tanto para colectar como para distribuir y decidir quiénes son los beneficiarios del aporte. Los aportantes le otorgan un sentido de acto caridad y dan por cumplida la obligación de solidaridad con el prójimo por más que no conozca el destino específico de la donación. Es un acto en la intimidad del sujeto mediante el cual *un individuo con los propios bienes se dirige a subsanar a un pobre en su circunstancia particular, lo que tiene para él un carácter salvífico.*

10. Simmel, op. cit., p. 233.

### III. El embrionario Estado de Bienestar y las críticas sociales

Simmel va a distinguir otro tipo de vinculación cuando en la Edad Media la acción humana torna a un sentido institucional: en un primer lugar el Estado crea el impuesto para la pobreza, y luego, ya entrado el siglo XIX, la propia sociedad civil se organiza para actuar en favor de los pobres (Organizaciones de beneficencia):

En la Inglaterra antigua la asistencia a los pobres era ejercida por los conventos y las corporaciones eclesiásticas, y la razón de ello es, como se hace notar expresamente, que solo el patrimonio de las manos muertas posee la duración indispensable para encargarse de la asistencia a los pobres [...] más tarde en Inglaterra se establecerá el impuesto para los pobres a la propiedad territorial. [...] La misma tendencia se manifiesta en 1861, cuando una parte de las cargas de beneficencia fue traspasada de la parroquia a la asociación de beneficencia [...] La asistencia es más bien una parte de la organización del todo, al que el pobre pertenece lo mismo que las clases de propietarios.<sup>11</sup>

Es decir que antes del Estado de Bienestar hay un *proto* Estado de Bienestar con un fundamento más teológico que económico o político pero que terminará sacralizado por los pensadores de izquierda y por los pensadores conservadores por otro lado. Este proto Estado de Bienestar se manifiesta como intenciones fragmentarias de los grupos sociales para organizar la asistencia social.

Para Stedman Jones esta visión se encarna a fines del siglo XVIII como una moderna forma de considerar al pobre como un sujeto de derecho, y a la atención social del mismo como un deber del Estado. Para este autor esta nueva visión es un resultado más o menos directo de los procesos revolucionarios en la Europa Continental y los profundos cambios sociales en la Inglaterra de ese siglo. La discusión saca a la luz el tema social como una cuestión que supera a la ética individual y lo convierte en un tema de política pública; es un momento embrionario del Estado de Bienestar del siglo XX:

11. Simmel, op. cit., p. 225.

Lo hace por sacar a la luz los primeros debates, que se produjeron a finales del siglo XVIII, sobre la posibilidad de un mundo sin pobreza. Estos argumentos ya no tratan de una Utopía, sino que se plantean en un sentido secular. Se inspiraron en una nueva pregunta desde un punto científico y desde la noción que desde el progreso económico se podría abolir la pobreza, tradicionalmente entendida. Algunas de las dificultades encontradas eran inquietantemente familiares. Muchos de los problemas que los políticos y la prensa imaginan que han surgido en el mundo solo recientemente –la globalización, la regulación financiera, reducción de personal y comercial, la volatilidad– estaban ya en el siglo XVIII como objetos de preocupación recurrente. Por supuesto, es cierto que sí se ha modificado el mundo en el que se da la discusión.<sup>12</sup>

En este mundo del siglo XVIII el paradigma dominante se fundaba en los trabajos de Adam Smith, a quien Stedman Jones califica como alejado de toda cosmovisión cristiana: “En la Teoría de los sentimientos morales, Smith escribió sobre la ambición que impulsa al hijo del hombre pobre que se esfuerza para llegar a ser rico y, si tiene éxito, anunciar su nueva situación mediante la adquisición de simples baratijas de utilidad frívola”. Después una disquisición sobre la imposibilidad de que la riqueza se traduzca en felicidad, Smith llegó a la siguiente conclusión: “la riqueza aparece a continuación como máquinas enormes que operaran y se las arreglan para producir unas pocas e insignificantes comodidades para el cuerpo [...], y que a pesar de todo nuestra atención está lista en todo momento para estallar en pedazos, y aplastar en sus ruinas su desafortunado poseedor”.<sup>13</sup> Esta forma de pensar tiene en el fondo un sustento estoico o epicúreo, pero no cristiano. Sobre esta forma de pensar, conservadora y antiutópica de la economía política liberal se produce la reacción revolucionaria socialista. Especialmente influyente fueron los ensayos de Proudhon y Malthus sobre el principio de la sociedad y el problema de la población. En estos trabajos la teoría económica y la política social adoptan el lenguaje de los derechos civiles, la sociedad

12. Stedman Jones, Gareth, *An End to Poverty? A Historical Debate*, Columbia University Press, New York, Chichester, 1893, p. 1.

13. *Ibidem*, p. 3.

y la participación política se acercan a un lenguaje de las “fuerzas naturales”, legitimados por el temor y la sospecha de los “trabajadores pobres”. Malthus subordina toda la historia, el derecho y la cultura, a un instinto no social y a la fuerza histórica. Esta concepción termina implantando en el corazón de la economía política el ámbito de la naturaleza. Fue por esta razón que un enfoque conductual y de psicología humana llega a ser considerado el adecuado método en el desarrollo de la teoría económica.

En la Alemania de Hegel, se leía atentamente a Smith y se desarrollaba un modelo optimista y moderadamente progresivo. El cuadro de la sociedad civil es acompañado por una combinación de pietismo fundamentalista, aristocrática y por la reacción del individualismo posesivo y una reafirmación romántica del derecho divino. Esta situación es la que Marx, bajo la concepción de la sociedad civil de Hegel, llamó “el modo de producción capitalista”. Marx, y esta forma crítica de ver a la sociedad fue acompañada por afirmaciones de Malthus y de Darwin. Marx escribe a Engels sobre el trabajo de Darwin:

Es notable cómo vuelve a descubrir Darwin, entre las bestias y plantas, la sociedad de Inglaterra con su división del trabajo, la competencia, la apertura de nuevos mercados, *invenciones* y *lucha por la existencia* de Malthus. Es Hobbes *bellum omnium contra omnes* [la lucha de todos contra todos] y es una reminiscencia de la Fenomenología. La fenomenología de Hegel en la que la sociedad civil figura como un *reino animal intelectual*, mientras que, en Darwin, figuraba como un reino animal civil.<sup>14</sup>

Habrán otras manifestaciones que pasan desapercibidas, como el importante enfoque fiscal y las políticas de bienestar de Condorcet, cuando no en su totalidad olvidados, solamente fueron recordados como rarezas de ningún valor programático o de pertinencia. Más tarde, las propuestas para el seguro nacional y pensiones de vejez, se basaron en otras fuentes de inspiración y fueron diseñados para alcanzar diferentes objetivos políticos. En este punto se encuentra el principio de todo el pensamien-

14. A. N. de Condorcet, *Sketch for a Historical Picture of the Progress of the Human Mind*, J. Barraclough (trans.), S. Hampshire (ed.), London, Traducción propia. Citado en Stedman Jones, Gareth, *And End to Poverty? A Historical Debate*, p. 7.

to moderno sobre la pobreza. Sin embargo, la historiografía de los neo-conservadores menosprecia la importancia de este episodio en la historia del pensamiento social como poco más que un excéntrico retoque a la reforma de la Ley de Pobres. La historiografía de izquierda minimiza su importancia, ya que todavía se fija sobre las limitaciones de este tipo de programas “burgueses”. En lenguaje marxista, por otro lado, se lo condena por una supuesta ecuación entre conocimiento, poder y emancipación, y por sus insuficiencias epistémicas sobre cuestiones como la raza, la clase o el género.

La historia de la bifurcación de la herencia de Smith es relevante al presente. Por un lado, los anti-republicanos se forman una versión de Smith individualista posesiva apuntalada por la teología cristiana evangélica. Esta filosofía anti-paternalista se elaboró en lo que se hizo conocido en Gran Bretaña como “conservadurismo liberal” y se mantuvo dominante en la política de bienestar hasta las críticas de Keynes y el final del patrón oro. Hoy está presente en el espíritu neo-conservador del republicanismo norteamericano. Fue este conservadurismo y su anti-utópica visión de la economía política la que produce la reacción de la génesis revolucionaria socialista. Especialmente es muy influyente sobre esta visión el ensayo de Malthus sobre el principio de la población. La teoría de la población fue el principal argumento contra nuevos intentos de ampliar el marco de las prestaciones que dará el bienestar colectivo en alrededor de un siglo. Además, su sustitución, tanto en la teoría económica y en la política social de un lenguaje de los derechos civiles la sociedad y la participación política de un lenguaje de las “fuerzas naturales”, legitimaron e institucionalizaron un temor y la sospecha de los “trabajadores pobres”, que la reacción contra la Revolución ya había empezado a intensificarse. Para los conservadores, la revolución era casi desde el comienzo una demostración de la razón sobre las pasiones en los asuntos humanos. Este punto de vista, profundamente arraigado en el pensamiento cristiano en suposiciones acerca del pecado original, se tradujo en términos de satisfacción sexual. Mediante el tratamiento de reproducción como un imperativo biológico y la fuerza impulsora principal detrás de las actividades de la masa de la humanidad, Malthus subordina toda la historia, el derecho y la cultura a un instinto no social y a la fuerza ahistórica. Una vez que esta concepción estuvo implantada en el corazón de la economía política, el núcleo de la economía se encuentra desde entonces y en adelante en el ámbito de la naturaleza. Fue por esta razón que un enfoque conductual

crudo de la psicología humana llegó a ser considerado el método adecuado en el desarrollo de la teoría económica.

Lo que se ignora es el hecho de que observaron regularidades en el proceso de producción, el consumo y el intercambio, que lejos de pertenecer a la naturaleza, eran solo posibles cuando tales transacciones se regulan de acuerdo con la ley y la costumbre. Fue por esta razón que Hegel, que era un lector atento de Smith, trató la emergencia de la “sociedad civil” y la formalización de su anatomía en la economía política como productos distintivos del mundo moderno. Por “sociedad civil” presupone un conjunto de normas jurídicas y culturales dentro del cual un “sistema de necesidades” podría desarrollarse. Se presupone el derrocamiento de la violencia y la arbitrariedad de la esclavitud y el feudalismo.

Condorcet argumentó que la desigualdad era en gran parte atribuida a “las imperfecciones actuales del arte social”. El fin último del arte social “sería” la igualdad real, la abolición de la desigualdad entre las naciones y el progreso de la igualdad dentro de cada nación. En última instancia, este avance podría conducir a “la verdadera perfección de la humanidad”. Aparte de las diferencias naturales entre los hombres, el único tipo de desigualdad de persistir haría ser “lo que es en interés de todos y que favorece el progreso de la civilización, de la educación y de la industria, sin que ello suponga ya sea la pobreza, la humillación o la dependencia”. Eso sería en un mundo en el que “todo el mundo tendrá los conocimientos necesarios para llevar a cabo en lo ordinario de acuerdo a la luz de su propia razón”, donde todo el mundo estará en condiciones, mediante el desarrollo de su facultades, de encontrar los medios para satisfacer sus necesidades; y donde, por fin, “la miseria y la necesidad serán la excepción, y no ya la gran cantidad habitual de un sector de la sociedad”. La aplicación práctica de este esquema en Inglaterra, en la forma de un conjunto detallado de propuestas para sustituir la Poor Tax por un sistema basado en los impuestos del seguro universal, fue incluida por Tom Paine en *Derechos del Hombre*, publicado en febrero de 1792. Una variante más de redistribución de la misma idea se argumentó en su posterior *Folleto de la Justicia Agraria*, que apareció en Inglaterra en 1797.

Paine identificó las dos formas más acuciantes de la pobreza como “la costa de la educación de los niños” en las familias numerosas, y la disminución de la fuerza y la empleabilidad en edad/años. Por ello, propone una subvención de £4 por año a todos los niños menores de catorce años, y pen-

siones de £6 anuales a los de más de cincuenta años, llegando a £10 por año para los de sesenta, y así.

El siglo XIX se cerrará con las críticas y las contribuciones de Marx a los estados de pobreza y desigualdad. En la *Contribución crítica a la economía política* va a recorrer el camino mencionado distinguiendo entre producción y distribución:

En la distribución, por el contrario, los hombres se permiten actuar con toda arbitrariedad. Sin hacer mención ya de la separación brutal de la producción y la distribución, de la ruptura de su conexión real, debe estar claro desde el primer momento lo que sigue: por diversa que sea la distribución en diferentes grados de desarrollo social, se puede destacar en ella, como en la producción, los aspectos comunes, y también es posible confundir y borrar todas las diferencias históricas en leyes de toda la humanidad. Por ejemplo, el esclavo, el siervo, el trabajador asalariado, reciben toda una cantidad determinada de alimento que les permite subsistir en tanto que esclavo, siervo, asalariado. No importa si viven del tributo, del impuesto, de la renta del suelo, de la limosna o el diezmo, el conquistador, el funcionario, el terrateniente, el monje o el clérigo reciben todos una parte del producto social que se fija según leyes distintas a las de los esclavos, etc.<sup>15</sup>

Según Marx el proceso de producción es inescindible del proceso de distribución y por lo tanto de la expansión de la pobreza como fenómeno. Producción y Consumo son el comienzo y el fin, distribución e intercambio de los procesos intermedios:

La producción crea los objetos que responden a las necesidades; la distribución los reparte conforme las leyes sociales, el intercambio reparte de nuevo lo que ha sido repartido ya, pero según las necesidades individuales; en el consumo, por último, el producto se evade de ese movimiento social y deviene directamente objeto y servidor de la necesidad individual, satisfaciéndola en el

15. Marx, K., *Contribución crítica a la economía política*, Editorial Progreso, 1989, p. 139.

proceso de consumo. La producción aparece así como el punto de partida, el consumo como el punto final, la distribución y el cambio como término medio, el cual reviste a su vez un carácter doble, puesto que, según la definición, la distribución tiene su origen en la sociedad y el cambio proviene de los individuos. En la producción deviene objetivada la persona y en el consumo deviene subjetivada la cosa; en la distribución, la sociedad actúa, bajo la forma de determinaciones generales dominantes, como intermediario entre la producción y el consumo; en el intercambio, esa mediación se realiza por la determinación contingente del individuo. La distribución determina la proporción (la cantidad) de los productos que corresponden al individuo; el cambio determina los productos que cada individuo reclama en calidad de parte que le ha sido asignada por la distribución. La producción, la distribución, el cambio y el consumo forman así un silogismo cabal; la producción representa lo general, la distribución y el cambio lo particular, y el consumo lo singular, que da remate al conjunto.<sup>16</sup>

La distribución corresponde a leyes de la sociedad cuya resultante es una profunda desigualdad, ya sea que reciban su parte como salario o como diezmo. Marx no profundiza sobre el sistema de distribución puesto que el mismo es solo un proceso intermediario entre la producción (donde se encuentra la base de la desigualdad en la propiedad de los bienes de producción) y el cambio o intercambio donde se producirá la apropiación de la riqueza.

Este marco nos brinda una matriz de relaciones que no están fundadas en la dicotomía derecho-deber sino en la matriz de relaciones de producción. Por lo tanto, las acciones destinadas a subsanar la pobreza son en general acciones de tipo distributivo en los mecanismos de intermediación burguesa. No hablan de derecho-deber, se habla de explotadores y explotados, pero que rescatan la función del Estado como un actor con capacidad ética si el mismo adquiere características hobbesianas. Esta participación será además fundamental para evitar crisis naturales como las que plantea Darwin o sociales, como plantea Malthus.

16. *Ibidem*, p. 142.



#### **IV. El Estado de Bienestar**

El siguiente salto cualitativo luego de los debates dentro de los diferentes movimientos socialistas son los que van a surgir a partir de las crisis de la primera posguerra en debates sobre el alcance del Estado de Bienestar (Welfare State). El debate se da en un contexto jurídico con el surgimiento de legislación tuitiva de las relaciones de producción y al mismo tiempo el surgimiento de ola del constitucionalismo social. A nivel internacional podemos observar el papel influyente en la Constitución Mexicana; a nivel local, en las Constituciones de Entre Ríos y Santa Fe.

A partir de la segunda posguerra quedan latentes las contradicciones entre capital y trabajo que se habían planteado desde las perspectivas clasistas. Se va a diseñar entonces un Estado de Bienestar que

[...] permite la conciliación de las contradicciones señaladas bajo un modelo de crecimiento y política social que supere al anterior: el llamado Estado Keynesiano de Bienestar que genera un nuevo modelo de crecimiento económico, regulación social y legitimación política que articula varios procesos a la vez que da paso a la era de oro del Estado de Bienestar (favorecido por la Guerra Fría y el enfrentamiento entre los países socialistas y capitalistas). Un modelo basado en: 1) Un sistema de producción en masa que genera bienes ociosos masivos que permite la creación de la sociedad de consumo como mecanismo de satisfacción de necesidades y deseos e integración social. 2) Una intervención del Estado cuya política económica es el logro de la demanda efectiva y la creación de infraestructuras y cuya política social consiste en la redistribución de la renta entre las clases sociales y la creación de servicios de reproducción social de carácter universal como el sistema sanitario y las políticas educativas (consumos colectivos). 3) Un sistema de concertación social entre trabajadores y empresarios, mediado en ocasiones por el Estado, en el que se reconocen mutuamente la legitimidad del beneficio capitalista y los incrementos salariales en función de la productividad. 4) Finalmente, un modelo de división internacional del trabajo basado en el mercado libre internacional (frente al proteccionismo anterior) y la regula-

ción de la economía y la sociedad a nivel nacional que permitan hacer compatible la modernización capitalista, la existencia de consumos colectivos y redes de seguridad ante el infortunio y la participación democrática.<sup>17</sup>

En expresión de T. H. Marshall, el Estado de Bienestar era la última fase de la Reforma social al materializar los derechos sociales como culmen de los derechos civiles (1814-1880) y de los derechos políticos (1880-1940). Este modelo que combina el fordismo productivo y la protección social tendrá su máximo desarrollo entre 1950 y 1979, período en que funcionó un círculo virtuoso entre crecimiento económico, redistribución social, desarrollo democrático y división del comercio internacional.

En cambio, para Offe el Estado de Bienestar presenta dos concepciones: las teorías marxistas del estado:

En las teorías marxistas contemporáneas del estado, hay una hendidura entre dos enfoques. Un enfoque sugiere que hay una en particular en la relación instrumental entre la clase dominante (capital en su conjunto) en un lado y el aparato del estado en el otro lado. El estado se concibe como un instrumento para promover una comunidad de intereses de la clase dominante. Creemos que esta visión es gravemente engañosa, incluyendo la versión que se ofrece en la doctrina de *Capitalismo monopolista de Estado*, con su afirmación acerca de una estereotipada *Fusión de los monopolios y el aparato estatal*. La alternativa es un punto de vista esencial en el que el estado no favorece a intereses específicos y no es aliado de clases específicas. Esta es la visión liberal o neoliberal. Más bien, lo que protege el Estado y sanciones es un conjunto de instituciones y relaciones sociales necesarias para la dominación de la clase capitalista. En este segundo punto de vista, el estado no es ni un *siervo*, ni un *instrumento* de una sola clase. Aunque no defiende los intereses específicos de una sola clase, “el estado, sin embargo, busca implementar y garantizar el

17.[http://www3.uah.es/vicente\\_marban/ASIGNATURAS/SOCIOLOGIA%2oECONOMICA/TEMA%2o7/Tema%2o7.pdf](http://www3.uah.es/vicente_marban/ASIGNATURAS/SOCIOLOGIA%2oECONOMICA/TEMA%2o7/Tema%2o7.pdf)

colectivo de intereses de todos los miembros de una sociedad de clases dominado por el capital”.<sup>18</sup>

Autores como Hayek y Mises, de la escuela austríaca, o Ralf Dahrendorf, de las corrientes liberales, desconfían de la interferencia del Estado de Bienestar en el funcionamiento de la sociedad.

Por otro lado, entre quienes afirman que el Estado es un instrumento capitalista, Offe lo considera una forma institucional de poder político guiado por las cuatro condiciones funcionales siguientes:

1. *La producción privada.* Al poder político se le prohíbe la organización de la producción de material de acuerdo con sus propios criterios políticos; la propiedad, ya sea en la fuerza de trabajo o de capital, es privada. Por lo tanto, no son decisiones del poder político, sino de los privados, las que determinan las bases para el uso de los medios de producción. 2. *Restricciones fiscales.* El poder político depende indirectamente –a través de los mecanismos del sistema de impuestos– del volumen de la acumulación privada. Los que ocupan posiciones de poder en un Estado capitalista son, de hecho, impotentes a menos que el volumen de acumulación y el proceso permitan que se deriven (a través de impuestos) los recursos materiales necesarios para promover fines políticos. 3. *Acumulación.* Dado que el poder del Estado depende de un proceso de acumulación que está más allá de su poder para organizar, todos los ocupantes del estado de la alimentación están básicamente interesados en la promoción de condiciones políticas más propicias para la acumulación privada. 4. *Legitimación democrática.* En la política democrático-parlamentaria, todo grupo político o partido puede obtener control institucional en el poder del Estado solo en la medida que logre suficiente apoyo en las elecciones generales.<sup>19</sup>

18. Offe, C., *Contradictions of the Welfare State*, Hutchinson & Co. (Publishers) Ltd., 1984, p. 120.

19. *Ibidem*, p. 121.

En ese contexto es que se delinea el Estado de Bienestar:

El estado de bienestar ha servido como la principal fórmula de paz de democracias capitalistas avanzadas para el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. Esta fórmula de paz consiste básicamente en, primero, la obligación explícita del aparato estatal a la asistencia y el apoyo para (ya sea en dinero o bienes) las necesidades específicas y los riesgos que son características de la sociedad de mercado; dicha asistencia se ofrece como una cuestión de demandas legales concedida a los ciudadanos. En segundo lugar, el estado de bienestar implica el reconocimiento del papel formal de los colectivos laborales, la negociación y la formación de la política pública –a considerar como componentes reales del Estado para limitar y mitigar el conflicto de clases, para equilibrar la relación de poder asimétrica del trabajo y del capital, y por lo tanto para superar la condición de disruptiva lucha y contradicciones.<sup>20</sup>

Como afirmamos, esta visión recibió el ataque inmediato de los neoliberales por cuanto considera que esta intervención es distorsiva y quita el interés para las inversiones necesarias y para el trabajo.

La valiosa visión que se obtendrá con este tipo de descripción es que el Estado de Bienestar, en lugar de ser independiente y proporcionar ingresos y servicios como derechos ciudadanos, es a su vez, y depende en gran medida, de la prosperidad y continuidad de la rentabilidad de la economía. Según Offe fue diseñado como una cura para algunas enfermedades de la acumulación capitalista.

En ausencia de políticas públicas de gran escala como vivienda, los servicios educativos y de salud pública, como los regímenes de seguridad social obligatoria, el trabajo de una economía industrial sería simplemente inconcebible. Dado que condiciones y requisitos de la urbanización, la concentración a gran escala de la fuerza de trabajo en las plantas de producción industrial,

20. *Ibidem*, p. 147.

técnica rápida, cambio económico y regional, la disminución de la capacidad de la familia para hacer frente a las dificultades de la vida en la sociedad industrial, la secularización del orden moral, la reducción cuantitativa y la creciente dependencia de las clases medias acomodadas, todo lo cual son características bien conocidas de estructuras sociales capitalistas. La repentina desaparición del estado de bienestar podría dejar el sistema en un estado de explosión de conflictos y anarquía. El secreto embarazoso del Estado de bienestar es que, si bien su impacto sobre la acumulación capitalista bien puede llegar a ser destructivo (como el análisis de manera conservadora demuestra enfáticamente), su abolición sería claramente perjudicial (un hecho que es ignorado sistemáticamente por el conservador crítico). La contradicción es que mientras que el capitalismo no puede coexistir con, tampoco puede existir sin el Estado del Bienestar. Esto es exactamente la condición a la que nos referimos al utilizar el concepto *contradicción*.<sup>21</sup>

El Estado de Bienestar no elimina las causas de contingencias y necesidades (como la relacionada con el trabajo individual, enfermedades, desocupación y otras externalidades negativas del mercado), pero compensa parte de las consecuencias de este tipo de eventos por la provisión de los servicios de salud, seguros de desempleo y subsidios). La intervención del Estado de Bienestar de todas formas es siempre *ex post facto*, y demasiado a tarde a veces.

Como afirma Dahrendorf,<sup>22</sup> el conflicto social moderno se desarrolla en torno a la consecución de derechos de ciudadanía para todos en un mundo en el que existen ricas y variadas oportunidades de elección. Se funda en las divisiones sociales, trasladadas al ruedo de la política y manifiestas de múltiples maneras. Para el autor, todas dependen de las específicas condiciones culturales y de las situaciones históricas. En toda la democracia moderna, el conflicto entre grupos diferentes se expresa a través de partidos

21. *Ibidem*, p. 153.

22. Dahrendorf, Ralf Gustav, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Mondadori, Madrid, 1990.

políticos que representan, básicamente, una traducción democrática de la lucha de clases. Existen divisiones sociales que dan lugar a conflictos políticos. Pero, en lugar de hacerse cada vez más violentos y perjudiciales, estos conflictos quedaron domesticados por instituciones en las que encontraron una expresión constitucional ordenada. Los partidos políticos, las elecciones y el parlamento se ocupan del conflicto, sin que haya revolución. Democracia significa aceptar los conflictos, no con el fin de apaciguarlos, sino de prevenir que se conviertan en belicosos. Es una concepción schumpeteriana de la democracia como proceso de tratamiento de los conflictos mediante las elecciones periódicas.

La forma burocrática y profesional a través de la cual el Estado de bienestar prescinde de sus servicios se ve cada vez más como una fuente de su propia ineficiencia. Las burocracias absorben más recursos y ofrecen menos servicios que otros sectores democráticos descentralizados dentro de las estructuras de la política social. La razón por la que la burocracia lleva adelante la administración de los servicios sociales se mantiene a pesar de su ineficiencia e ineficacia convirtiéndose cada vez en un aparato de control más grande.

Tenemos entonces, según Esping-Andersen, “los tres mundos del Estado de Bienestar”:

- *El Socialdemócrata o escandinavo*: es un Estado que califica de solidario, universalista y desmercantilizador. El Estado, a través de programas universalistas consigue una elevada desmercantilización de las relaciones sociales, en las que el individuo alcanza la máxima independencia personal, emancipándose de la dependencia del mercado, con el reconocimiento de una renta mínima ciudadana sin prueba de medios. Es un régimen propio de los países nórdicos.
- *El Continental o corporatista*: los derechos sociales están vinculados a la clase y el status. El Estado tiene un escaso impacto redistributivo cumpliendo un papel subsidiario con respecto a la familia e interviniendo solo allí donde el asistencialismo familiar no llega. Por lo tanto, la desmercantilización es modesta y la esfera de solidaridad es de tipo corporatista y familista. En este modelo se incluiría a países como Alemania, Francia, Bélgica o Austria, pero también Italia y España.
- *El liberal*: en este régimen (Estados Unidos, Canadá, Australia) el mercado es la estructura fundamental y dominante de bienestar y el Estado se

caracteriza por las ayudas a los pobres, subsidios modestos a personas de clase baja, discretas transferencias universales y por limitar el alcance de los derechos sociales mediante un acceso asistencial a prestaciones bajo carga de prueba de medios o *means test*.<sup>23</sup>

De esta forma podemos ver el recorrido histórico del Estado de Bienestar, en particular su vínculo directo con las realidades económicas, y las condiciones políticas en las que se lo busca implantar, con una denominación común, el Estado debe estar presente en las relaciones económicas de producción y en particular, debe tener un contenido ético-político dirigido a la pobreza.

## V. El ajuste estructural en América Latina

En América Latina, siguiendo a Altimir,<sup>24</sup> se puede analizar la evolución de la pobreza a partir de los años cincuenta hasta la década de los noventa. Con dos momentos bien marcados: uno por el “estilo de desarrollo de posguerra” y otro por el “cambio de régimen” a partir de la implementación de reformas y de los programas de ajuste aplicados en la región, ya en el marco de Estado de Bienestar en los principales países de la Región, liderados por ejemplo por el varguismo en Brasil o por el peronismo en la Argentina.

Según el trabajo de Vilas,<sup>25</sup> que realiza un estudio analizando la evolución de las políticas sociales en América Latina, las políticas en esta primera etapa eran utilizadas como mecanismos para subsanar la creciente pobreza que generaba la economía de mercado en la poscrisis del año 30. Considera

23. [http://www3.uah.es/vicente\\_marban/ASIGNATURAS/SOCIOLOGIA%20ECONOMICA/TEMA%207/Tema%207.pdf](http://www3.uah.es/vicente_marban/ASIGNATURAS/SOCIOLOGIA%20ECONOMICA/TEMA%207/Tema%207.pdf), p. 7.

24. Altimir, Oscar, “Desigualdad, empleo y pobreza en América Latina: los efectos del ajuste y del cambio en el estilo de desarrollo”, en Tokman, Víctor E.- O’Donnell, Guillermo (comps.), *Pobreza y desigualdad en América Latina. Temas y nuevos desafíos*, Paidós, Buenos Aires, 1999.

25. Vilas, Carlos, “De ambulancias, bomberos y policías: la política social del neoliberalismo”, en *Desarrollo Económico*, Edit. IDES, Vol. 36, número 144 (enero-marzo 1997), Buenos Aires, p. 933.

estas políticas como una dimensión de determinados modelos macroeconómicos y macropolíticos de acumulación. Por ello su análisis abarca el modelo keynesiano-fordista y el neoliberal, señalando en cada uno las políticas sociales que establecían. Ambos estudios han sido incluidos en el trabajo de Mariana Calvento.<sup>26</sup>

La estrategia desarrollista toma lugar entre los años cincuenta y sesenta. Para esa década aproximadamente 50% de la población vivía en condiciones de infraconsumo, en amplias zonas se registraba el padecimiento de enfermedades endémicas, como paludismo y mal de Chagas, y el coeficiente educativo era sumamente precario. La instauración del modelo económico desarrollista permitió enfrentar los problemas sociales que ocurrían en dicha época. Sobre la base de esta estrategia que pretendía que el desarrollo económico fuera el motor de la reparación de la pobreza haciendo crecer el producto *per cápita*. De hecho, esto es lo que sucedió. América Latina creció en promedio a un 2,7% anual entre 1950 y 1980. El modelo desarrollista se guió por la teoría económica de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Esta teoría articuló este modelo en torno a una concepción que atribuía a los estados una capacidad de producir un desarrollo económico y social prometedor por medio de una modernización industrial acelerada. Por ende, este modelo tuvo como objetivo lograr un desarrollo sustentable para la región. La estrategia latinoamericana del desarrollismo buscó una forma de desarrollo endémico, con el objetivo de reducir la vulnerabilidad frente a las crisis financieras internacionales. Para ello avanzó con un modelo de industrialización primaria y liviana que tomó como núcleo y foco dinamizador al mercado interno. Fue la participación del Estado la que impulsó la infraestructura material y el crédito subsidiado.

La CEPAL, que buscaba generar independencia respecto de las exportaciones primarias, no veía contradicción en utilizar capitales extranjeros, ya que se carecía de fuentes internas. Paralelamente, el modelo desarrollista avalaba el impulso de las políticas

26. Calvento, M., *Profundización de la Pobreza en América Latina. El caso de Argentina 1995-1999*, Edición electrónica gratuita. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2007a/252/](http://www.eumed.net/libros/2007a/252/)



sociales ya que estas implicaron el fomento de la inversión pública en infraestructura social (educación, salud, etc.), como también programas de construcción de vivienda por parte de empresas privadas con financiamiento privado y público, lo que amplió el consumo colectivo de los trabajadores y elevó el nivel de consumo individual a través de las políticas de empleo, salarios y precios.<sup>27</sup>

Según Carlos Vilas, “la política social fue encarada como una dimensión de la inversión y no del gasto [...] Las políticas sociales contribuyeron al desarrollo capitalista, le imprimieron un sesgo reformista y alimentaron la movilización social, y en esa medida dotaron de una amplia base de legitimidad al Estado”. Por tanto, la política social se consideraba un vértice importante en el crecimiento de los países orientados al modelo desarrollista. Estas políticas no fueron fruto de un sentimiento de solidaridad, sino de objetivos económicos, como fue el generar un consumo colectivo. El modelo desarrollista, en su conjunto, consiguió entre 1960 y 1980 que la población en condiciones de pobreza se redujera de 51% a 33% de la población total de América Latina (Fuente: CEPAL). La principal política social fue la generación de empleo, dentro del sistema y en el marco de un sistema de derechos que reconocía al trabajo como tal.

El modelo de todas maneras presentaba algunas dificultades como el alto costo e ineficiencia de muchas de las empresas, lo que provocó distorsiones en los precios por falta de competencia. Esta falta de competencia le impidió expandirse a los mercados internacionales, lo que subrayó la importancia y dependencia del sector agroexportador, que se convirtió en el financista del desarrollo industrial en una puja campo vs. industrias. Las crisis de balanzas de pagos y de sobreendeudamiento provocaron un estallido en la década del 80, a lo que se respondió con políticas neoliberales y el desplazamiento de lo que se consideraban derechos sociales adquiridos en el marco del Estado de Bienestar. La deuda representaba 399% de las exportaciones totales de 1987, es decir cerca de los U\$S 430 mil millones. Es fundamental subrayar que el Estado de Bienestar había logrado que las reivindicaciones sociales dejaran de ser demandas políticas, dádivas, atención a los pobres, etc., para convertirse en derechos constitucionales de tercera generación:

27. *Ibídem*, p. 35.

derechos sociales. Esta crisis planteaba un retroceso de derechos sociales; nuevamente reducíamos la categoría a necesidad.

La respuesta a la crisis fue la política neoliberal, que entre sus principales decisiones fue desarticular la estructura de derechos sociales debido a su costo, y que ideológicamente significan una distorsión frente a la asignación eficiente de recursos del mercado, ya sea considerando la mano de obra y su precio/salario así como las obras de infraestructura social básica. Si bien hubo un crecimiento inicial de la economía, producto del ingreso de capitales del exterior, la pobreza y la desigualdad continuaban en números elevados: para 1990 se registraron 200 millones de pobres, alrededor de 70 millones por encima del promedio anterior al período de crisis de la deuda (CEPAL). Ahora bien, en cuanto a las políticas sociales de este nuevo modelo, el neoliberal, Vilas señaló tres características básicas:

*Descentralización:* implica la transferencia de decisiones de política social a municipios, gobiernos provinciales y Organizaciones No Gubernamentales. La crítica a esta característica es la escasez, que a esos niveles gubernamentales se tiene en cuanto a recursos administrativos, materiales, humanos, etc.

*Privatización:* su objetivo era aliviar la crisis fiscal de los Estados y mejorar la calidad de los servicios. Pero, señala el autor, el arancelamiento de los servicios públicos provocó la limitación en el acceso a dichos servicios, ya que solo las personas con recursos pueden hacerse cargo de sus costos.

*Focalización:* como oposición al universalismo característico del modelo económico anterior, respondía a la necesidad de confrontar la masificación de los problemas sociales con fondos recortados.<sup>28</sup>

Para el autor, dentro del “esquema neoliberal” la política social se relaciona con la política económica por una vía eminentemente pasiva: liberar recursos financieros para la acumulación y prevenir tensiones sociales en

28. Calvento, M., *Profundización de la Pobreza en América Latina. El caso de Argentina 1995-1999*, Edición electrónica gratuita. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2007a/252/](http://www.eumed.net/libros/2007a/252/), 2007.

situaciones límite con aportes direccionados a la contención del conflicto en un marco de análisis de riesgo social y no en el marco de un orden progresivo. En síntesis, durante los noventa, la pobreza presentó una tendencia creciente que se vio potenciada por las crisis de los últimos años. A fines de 1994 y comienzos de 1995 la crisis mexicana afectó la región y en 1998 se produjo el contagio de la crisis asiática a Brasil. El continente logró recuperarse de sus crisis pero las economías quedaron extremadamente expuestas a shocks externos, por sus propias vulnerabilidades. En este desarrollo de la evolución de la pobreza en América Latina pudimos señalar las características principales que la situación tomó en los diferentes períodos que atravesó la economía latinoamericana desde mediados del siglo XX a la actualidad.

## **VI. El Consenso de Washington**

En 1989, en la ciudad de Washington, se realizó un encuentro promovido por el Fondo Monetario Internacional y por el Banco Mundial. En este encuentro participaron funcionarios del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, ministros de finanzas de los países industrializados, presidentes de importantes bancos internacionales y reconocidos economistas. El resultado y producto más destacado de dicho encuentro fue el Consenso de Washington, cuya paternidad se otorgó al economista John Williamson, presidente del Banco Mundial. El Consenso era un conjunto de “recomendaciones” que se daban a los países endeudados, mayormente latinoamericanos, al momento de solicitar renegociaciones de deudas como nuevos préstamos. Estas recomendaciones se convertirían en condicionalidades. La implementación de dicho Consenso se materializa en el cambio del patrón productivo, que pasa de ser un modelo sustitutivo de importaciones a ser uno de apertura de la economía.<sup>29</sup> Las estrategias elaboradas en el “Consenso” pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. Disciplina fiscal para solucionar por vía monetaria la crisis en la balanza de pagos y las inflaciones elevadas.

29. Stewart, Frances, “La insuficiencia crónica del ajuste”, en Bustelo, Eduardo y Minujin, Alberto (edit.), *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes*, UNICEF-Santillana, Buenos Aires, 1998, p. 28.

2. Disminución del gasto público, especialmente en la parte destinada al gasto social. Desde donde este gasto (ni inversión ni derecho) debía estar destinado a subsidios no justificados hacia la atención sanitaria básica, la educación y la infraestructura.
3. Mejorar la recaudación impositiva sobre la base de la extensión de los impuestos indirectos.
4. Liberalización del sistema financiero y de la tasa de interés.
5. Mantenimiento de un tipo de cambio competitivo.
6. Liberalización comercial externa, mediante la reducción de las tarifas arancelarias y abolición de trabas existentes a la importación.
7. Otorgar amplias facilidades a las inversiones externas.
8. Realizar una enérgica política de privatizaciones de empresas públicas.
9. Cumplimiento estricto de la deuda externa.<sup>30</sup>

Los modelos de asistencia financiera con condicionalidades implicaban la aplicación de políticas sociales diseñadas muchas veces por las oficinas del Banco Mundial o del BID con destino a atender las externalidades negativas de los planes de ajustes estructurales. Se vuelve a conceptos de políticas sociales vinculados con la idea del beneficiario-necesidad, focalización-riesgo, transferencia-condición.

## **VII. Efectos sociales en Argentina**

La década del 90 y el Consenso de Washington encontrarán a la Argentina avanzando en la privatización de activos estatales, implementando su apertura comercial y financiera, y eliminando restricciones al ingreso de capitales extranjeros. Luego de un buen momento económico se produce una crisis en 1993 y parcialmente en 1994. El modelo profundizó la vulnerabilidad y dependencia de la economía argentina a los capitales externos. Por tanto, ante la desaceleración de los flujos de capitales provocada por los efectos de la crisis mexicana, la decadencia de Argentina que iniciara en 1994 empeoró. De todas formas se sostuvo el Consenso en particular por la caída del comunismo en Europa Oriental y en la Unión Soviética. Al perecer

30. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2003/09/pdf/williams.pdf> . Consultado 01/2004

la única opción de oposición a la economía de mercado, el capitalismo neoliberal se instaló como la única alternativa viable. De ahí que se lo bautizara con el nombre de “pensamiento único”. En las negociaciones por la deuda el estado debería achicarse radicalmente limitándose a cumplir las funciones básicas de mantenimiento del orden y la seguridad pública, y acometer la reforma estructural. Por otro lado, la crisis económica fruto de la deuda externa y de los efectos cercanos de la hiperinflación fueron los hechos que permitieron forjar dentro de la sociedad argentina el consenso para la aplicación de reformas económicas. La incertidumbre vivida en el país por los sucesivos embates económicos, que en la vida cotidiana se traducían en altos precios en los productos comestibles, desempleo latente, imprevisibilidad, etc., preparó a la sociedad para soportar los ajustes que un nuevo plan económico de corte neoliberal requería. Como señala Guillermo O’Donnell, este tipo de situaciones de incertidumbre crea una predisposición que roza la pasividad por parte de la población frente a las políticas del gobierno.

El control de la inflación, los mercados competitivos y desregulados y la disciplina fiscal permiten sostener que el primer mandato gobierno de Menem fue, en características generales, exitoso. En los inicios de su gobierno, pudo constatarse una importante disminución en la pobreza, como señala el Informe del Banco Mundial. La estabilidad de los precios fue lograda a través del Plan de Convertibilidad y sus beneficios transitorios tuvieron importantes efectos en los sectores más bajos.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), para fines de 1993 un 13,1% de los hogares estaba por debajo de la línea de la pobreza y un 3,6% era el porcentaje de los hogares indigentes, que en comparación con el 38% de hogares que alcanzó la pobreza en 1989, lo que nos permite dar sustento a la afirmación de que en la culminación de este período de aplicación de medidas neoliberales la situación social no presentaba signos negativos. Ahora bien, a mediados de los noventa diversas variables presentaron signos negativos. Desde 1994, debido tanto a la recesión como a la caída de los salarios y el aumento del desempleo, la pobreza se acrecentó dramáticamente, alcanzando para 1996 niveles cercanos al 30%. Por una parte, el desempleo aumentó en forma constante desde 1992 hasta 1996 y descendió mucho más lentamente en los años siguientes hasta 1999, época en la cual aumentó algo más del 1%. A principios de los noventa se encontraba en un 6,9% y se elevó a 13,8% en 1999, teniendo su pico más alto en la historia argentina de los últimos veinticinco años en mayo de 1995

con un 18,4%. Beccaria también señala que, luego de la estabilización de la hiperinflación, se registró una tendencia creciente a la desigualdad de ingresos reforzada por el creciente desempleo. El aumento en el Coeficiente de Gini señala una importante regresividad: mientras que entre 1990 y 1994 el aumento del mismo fue de 0,453 a 0,459, en 1995 se elevó a 0,480 llegando en 1998 a aumentar hasta 0,490, es decir, a una marca que se acercaba a la registrada en el período hiperinflacionario de 1989. Finalmente, la pobreza adquirió una nueva característica. Como señalamos, en 1993, había descendido hasta llegar a un 13,1%, pero a partir de allí experimentó un crecimiento importante, cuyo pico se encuentra en el año 1996 donde alcanza el 28%. Llegó al año 1998 abarcando un 26% de los hogares. Por tanto, la pobreza no solo aumentó a mediados de los noventa, sino que la misma se mantuvo dentro de elevados niveles por períodos más prolongados que en otras oportunidades. Susana Torrado señala que la excepcionalidad de este hecho está dada en que se produce en un momento de inflación nula y que por tanto “puede considerarse inherente a la naturaleza del modelo”.<sup>31</sup> Debido a las crisis internacionales y sus efectos en la pobreza, Argentina no resultó inmune a las crisis financieras que caracterizaron al mundo en la segunda mitad de los años noventa. Por tanto, no resulta extraño visualizar que los efectos sociales que dichas crisis provocaron en el país fueron importantes. Importantes en el sentido que implicaron ser una fuente extra en las causas que desembocaron en el crecimiento de la pobreza para el período. Lo expresado anteriormente es fruto de visualizar estadísticamente el aumento de la pobreza a partir de mayo de 1994. La misma responde por una parte a la caída de la tasa de empleo de la población y por otra, se ve acentuada con la crisis del “tequila”, que profundiza la pérdida neta de empleos y, en consecuencia, eleva los niveles de pobreza. Según el Informe de Sistema de Información, Monitoreo y Evaluación de Programas Sociales (SIEMPRO), en octubre de 1996, la pobreza alcanza al 20,1% de los hogares y al 27,9% de la población.<sup>32</sup>

31. Torrado, Susana, “La pobreza, según se mide”, en *Clarín* (Digital), 10 de junio de 1999. Disponible en [www.clarin.com](http://www.clarin.com). Accedido en 01/2004.

32. Calvento, M., *Profundización de la Pobreza en América Latina. El caso de Argentina 1995-1999*, Edición electrónica gratuita, 2007. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2007a/252/](http://www.eumed.net/libros/2007a/252/)

El cambio implicó desde un punto de vista distributivo, el abandono del desarrollismo que se caracterizó primordialmente por su carácter distribucionista y por lo tanto una importante participación del salario en la renta nacional.<sup>33</sup> Se reemplaza el sistema de derechos sociales por un conjunto de políticas sociales destinadas no a eliminar la pobreza sino a generar modelos de contingencia para evitar los primeros efectos generados por los despidos y el achicamiento del Estado. Los modelos de políticas sociales mantenían modelos prestacionales o condicionados, como por ejemplo el Plan Trabajar, que requería que el beneficiario participara de alguna actividad de bajo valor agregado dependiendo generalmente del municipio (un típico ejemplo de este modelo era ver a los beneficiarios con pecheras barriendo las veredas de edificios públicos).

### **VIII. La pobreza a mediados de los noventa**

El elevado crecimiento de la pobreza a raíz de la hiperinflación de 1989 en Argentina logró paliarse como fruto de la estabilidad de precios conseguida a partir del Plan de Convertibilidad. No obstante, ese descenso solo duró hasta comienzos de 1995, ya que a comienzos del segundo mandato presidencial de Menem los principales indicadores de la situación social presentaron números desalentadores. En primer lugar, el índice de la distribución del ingreso señalaba una aguda concentración del mismo. Según datos del Banco Mundial, el 20% más rico de la población, que en 1990 participaba de un 50,9% del ingreso, pasaba a tener en 1995 una participación del 5,2%. Por su parte, el 20% más pobre que obtenía en 1990 el 4,55% del total del ingreso, en 1995 recibía el 4,3%. En segundo lugar, en términos de desempleo, el crecimiento llegó a su cifra record de 18,4% en mayo de 1995. El empleo había experimentado una relativa estabilidad, solo alterada por el período de inflación de los ochenta, manteniéndose el desempleo entre el 3% y el 6% de la población.

Con este número la desocupación se instala como una nueva problemática de la sociedad argentina. Los trabajadores desocupados deben en-

33. Sistema de Información, Monitoreo y Evaluación de Programas Sociales (SIEMPRO), "Informe sobre la evolución de la pobreza en los últimos nueve años, enero 1999", disponible en [www.siempro.org.ar](http://www.siempro.org.ar).

frentar a su vez la vulnerabilidad e incertidumbre laboral, ligada al ingreso y salida del mercado de trabajo de un vasto sector de la población. Esta situación se relaciona con la pobreza por ingreso, otro de los indicadores, ya que genera fenómenos tales como la permanencia no deseada de vastos sectores de la población económicamente activa fuera del mercado laboral. Esto llevó al empobrecimiento de la clase media y a un nuevo papel del Estado Nacional ante dicha situación.

Los nuevos pobres, que son mayoritariamente grupos de clase media que han visto reducidos sus ingresos, siguen contando, sin embargo, con un stock de relaciones sociales y la capacidad de crear otras nuevas que les permiten paliar las situaciones de desocupación o subocupación y les facilitan la reinserción laboral en el caso de una recuperación de la economía. Por el contrario, las redes sociales a las que tienen acceso los sectores caracterizados por la pobreza estructural son en general limitadas y alcanzan solo para mantener las condiciones mínimas de subsistencia.<sup>34</sup>

Las políticas sociales de los ajustes estructurales son definidas desde sus inicios como: “el conjunto de intervenciones públicas (estatales) en las relaciones de mercado; se realizan para encarar situaciones consideradas injustas o inconvenientes de acuerdo con los criterios valorativos predominantes en la sociedad, y/o para promover el mejoramiento de la calidad de vida de determinados actores a quienes se consideran discriminados por el libre desenvolvimiento de las fuerzas del mercado”.<sup>35</sup> La definición de pobreza forma parte de lo se define como sistema de integración social. Dentro de este concepto se consideran “aquellas estructuras normativas (valores e instituciones) mediante las cuales se socializan los sujetos”.

“Entendida históricamente como la práctica político-social de lo que se llamó el Estado Benefactor [...] El Estado se auto-reconocía como el

34. Altimir, Oscar - Beccaria, Luis, “Efectos de los cambios macroeconómicos y de las reformas sobre la pobreza urbana en Argentina”, disponible en [www.iadb.org](http://www.iadb.org). Consultado: 08/2003.

35. Gerchunoff, Pablo y Torre, Juan Carlos, “La política de liberalización económica en la administración de Menem”, en *Desarrollo Económico*, IDES, Vol. 36, N°143, Octubre-Diciembre, 1996, Buenos Aires, Argentina, p. 714.



responsable de la protección social y los gobiernos tenían un papel tutelar en favor de los sectores sociales más vulnerables. Dicha situación se desplegará a través de la institucionalización e implementación de Políticas Sociales.<sup>36</sup> A pesar de los distintos tipos de gobierno que se sucedieron luego del Peronismo, ya sean militares o civiles, las condiciones básicas del modelo se sostuvieron: en los gobiernos de Frondizi, Illia, etc., e incluso bajo gobiernos dictatoriales (transgresores sistemáticos de los derechos políticos) se mantuvieron los derechos del trabajo y las políticas sociales. Esta situación comienza a cambiar con la llegada del gobierno militar en 1976 ya que en el mismo la atención hacia los pobres es disminuida y la política social se ve reducida en sus funciones. Luego, el gobierno democrático de Alfonsín, aunque presionado por la deuda externa y por la necesidad de realizar políticas de reforma y ajuste, no dejó de utilizar la política social como medio de compensación para la situación de crisis que se atravesaba. Esa fue la justificación de la implementación del Programa Alimentario Nacional (PAN) y del Programa de Promoción Social Nutricional.

Debe señalarse la importancia del PAN, ya que fue el primer programa masivo de este tipo que se incorporó en forma orgánica al sistema de políticas sociales de Argentina, y dejó implícita la importancia creciente de la pobreza. Por lo tanto, el debilitamiento del sistema de políticas sociales que comenzó en los setenta, se vio frenado en los inicios del gobierno radical. Empero, este freno no consiguió evitar que los mecanismos de integración social se resquebrajaran. Precisamente, repercutieron sobre el sistema social los cambios producidos en el modelo de acumulación.<sup>37</sup>

Con este concepto el estado asume un papel solidario, pero no responsable, lidera los principios organizadores de la solidaridad social y de la concepción tradicional de los derechos sociales, pero no como derechos

36. Mecke Armiñana, Elina S., "Los derechos sociales en la Constitución Argentina y su vinculación con la política y las políticas sociales", en *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas sociales en América Latina*, disponible en [www.clacso.org](http://www.clacso.org).

37. CEPAL, "La brecha de la equidad. América Latina, el Caribe y la Cumbre Social", Santiago de Chile, 1996.

activos y exigibles. Los principios organizadores de la solidaridad social daban sustento al sistema de Seguridad Social.

En los noventa, las políticas sociales se mimetizan con el discurso neoliberal y privilegian la concepción de un Estado limitado. La creciente pobreza, la desocupación y subocupación, el deterioro de los salarios y de las condiciones de empleo, etc., debían ser atendidos, como parte integral de las reformas estructurales. Fue fundamental el papel de los organismos internacionales de crédito orientando el gasto social, bajo consideraciones de desprestigio y desconfianza hacia las instituciones públicas. Desde este momento hubo dos corrientes. Según la CEPAL “focalizar consiste en concentrar los recursos disponibles en una población de beneficiarios potenciales, claramente identificada, y luego diseñar el programa o proyecto con que se pretende atender un determinado problema o necesidad insatisfecha, teniendo en cuenta las características de esa población, a fin de elevar el impacto o beneficio potencial per cápita”.<sup>38</sup> Si el gobierno de Perón se caracterizó socialmente por sus políticas universalistas, que utilizaba como instrumentos de aplicación a los programas focalizados, el nuevo sistema era íntegramente focalizador pero las políticas sociales solo actuarían sobre grupos identificados como pobres extremos y este tipo de política debería disminuir la carga del gasto social sobre el estado. Por tanto, la focalización es un tipo de enfoque que se ocupa solamente de los efectos de la pobreza y no de las causas. Implicaba a su vez no atender a los nuevos pobres que no eran incluidos dentro de la pobreza extrema. El mayor riesgo de la implementación de un sistema focalizador es que se desmantelen las políticas universalistas y se limite la política social solo a la atención de grupos vulnerables. Dentro de dicha lógica se destacó la utilización de diferentes métodos, como por ejemplo el intento de aplicar el programa del “Bono Nacional de Emergencia”, que reemplazaría la caja PAN. El Bono recibió un uso clientelar, lo que llevó a su rápida suspensión. Solo con la estabilidad económica llegaron a emprenderse acciones firmes que contaron con el apoyo financiero y asesoramiento de organismos multilaterales de crédito a través de la descentralización en la ejecución de los programas sociales nacionales, la conformación de una auditoría social con la participación activa de las

38. CEPAL, *La brecha de la equidad. América Latina, el Caribe y la Cumbre Social*, Santiago de Chile, 1996.

organizaciones de la comunidad y la racionalización del gasto. SIEMPRO señala que en 1993 el Gasto con Finalidad Social de la Administración Pública Nacional era de 22.855 millones de pesos. En términos nominales, mantuvo durante todo el período 1993-2000 una tendencia de crecimiento relativamente estable solo alterada por una leve caída durante 1999. No obstante, desde el mismo organismo se sostiene la perspectiva de considerar al Gasto Social como pro-cíclico.

“De esta manera, los recursos necesarios para la asistencia social fueron escasos, justamente, en los momentos en que crecían los indicadores de pobreza”.<sup>39</sup> A ello se sumó que el Gasto Social Focalizado representó menos del 10% del Gasto Público Social. Los recursos económicos destinados a esta expansiva oferta de programas focalizados rondaron, durante la segunda mitad de los noventa, los 4.000 millones de pesos. Pero su aplicación se vio retaceada porque la disponibilidad de recursos resultó muy limitada, sea por compromisos formales o informales con las provincias, sea por la legislación vigente, sea por tratarse de recursos de préstamos internacionales. En trabajos del Banco Mundial, como del FMI, pueden encontrarse este tipo de políticas. La posición de dichos organismos con relación a los temas sociales fue fruto de un proceso que puede ser dividido en dos momentos. En el primero, las indicaciones dadas a los países endeudados carecían de referencias o propuestas particularmente para la atención de los pobres. Solo predominaban en sus “recomendaciones” cuestiones netamente económicas. En un segundo momento se reconoció la necesidad de implementar medidas para enfrentar dicha problemática ya que a criterio del Banco Mundial, aunque para los noventa, “la recuperación de América Latina es sorprendente [aunque] podría desmoronarse a menos que los gobiernos tomen urgentes medidas para socorrer a los pobres”.<sup>40</sup> Fue entonces que se abandonó la teoría del derrame.

El gran número de programas que tiene a su cargo para 1998 no representó una disminución en la tasa de pobreza. Aquí también influyó la descoordinación de las distintas agencias gubernamentales como la superposición de los programas. A la ineficiencia en las políticas implementadas se sumó la limitada cantidad de recursos destinados al área social.

39. SIEMPRO, op. cit., en [www.siempro.org.ar](http://www.siempro.org.ar).

40. *Clarín*, 20 de septiembre, 1993.

En síntesis, como afirma SIEMPRO, “el problema central de las políticas públicas contra la pobreza continúa siendo la insuficiencia de los fondos que se destinan a atenderla”. Por otra parte, influyó la concepción neoliberal que se extendió por medio de diversos organismos internacionales y que imprimió a dichas políticas un sesgo focalizador.<sup>41</sup> Entre los programas más conocidos se incluyen PRANI (nutrición infantil), PROhuerta, Siempro, FO-PAR, PROAME (Plan de atención al menor).

La crisis del año 2001 hizo que la Argentina comenzara de cero no solo su economía sino el diseño de sus políticas sociales. El número de pobres, indigentes y desempleados superaba el de todo momento histórico del país.

## **IX. La década 2003-2013**

Para el INDEC la Argentina del 2002 tenía 20,8 millones de personas en situación de pobreza y 9,96 millones de ellas viviendo en situación de indigencia. El 57,4% y el 27,5% respectivamente.

Los programas sociales que se diseñaron en este contexto de crisis refieren a cuatro áreas temáticas diferentes: empleo transitorio, transferencia de ingresos, alimentación nutrición y desarrollo local.

Los primeros planes que se desarrollan son Jefas y Jefes de Hogar Desocupados “Derecho de Inclusión Social”, el Plan de Seguridad Alimentaria “El hambre es más urgente” PSA y el plan de Desarrollo Local y de Economía Social “Manos a la obra” PMO.

El Plan Jefes tenía por objeto garantizar “el Derecho Familiar de la Inclusión Social”, es decir, se volvía a una categoría de derecho que implicaba una transferencia de directa de ingresos a los desocupados a cambio de una contraprestación social.

En el caso del Plan de Seguridad Alimentaria se unificaron todos los programas sociales destinados a la alimentación. Retoma las iniciativas de la sociedad civil y las refuerza a través de redes prestacionales, en particular comedores. Este plan tuvo como característica distintiva el hecho de haber sido una iniciativa de la sociedad civil. A través de la ley 25.724 de 2003

41. Calvento, M., *Profundización de la Pobreza en América Latina. El caso de Argentina 1995-1999*, Edición electrónica gratuita, 2007. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2007a/252/](http://www.eumed.net/libros/2007a/252/)

se dispuso la unificación y coordinación de todos los programas vigentes financiados con fondos nacionales. El PSA decía “es un deber indelegable del Estado garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía”.<sup>42</sup>

Finalmente, el PMO se propuso financiar proyectos productivos que favorecieran la inclusión social y el desarrollo de oficios, habilidades e incentivar el capital social para fundar pequeñas empresas de prestadores.

En el año 2009 como subsistema no contributivo dentro del régimen de las Asignaciones Familiares se creó la Asignación Universal por Hijo (AUH). Esta medida impacta directamente sobre los niveles de indigencia y pobreza al transferir ingresos a los hogares y cubriendo hasta el año 2011 más de 3 millones de chicos.<sup>43</sup>

Es decir que no fue desde el comienzo de la crisis que se volvió al discurso y plataforma de los derechos sociales, sino que recién lo es a partir del año 2009, incorporando el Derecho a la Asignación Universal, en el “mientras tanto” de Arcidiácono, los planes seguían siendo una respuesta a la urgencia de la gravedad de la hora. Urgencia que se atendía con transferencias, seguridad alimentaria y soporte para emprendimientos sociales.

Entre el primer semestre de 2002 y el segundo semestre de 2006, la economía argentina creció un 41%, permitiendo que la tasa de desempleo en el primer trimestre de 2007 descienda a 20,4%.

En el primer semestre de 2009, 9,4% de los hogares estaban por debajo de la línea de pobreza, lo que incluía 3.429.000 personas. De ese conjunto 3,1% estaba bajo la línea de indigencia. En este contexto se instaló nuevamente la discusión sobre la pobreza en el marco de la discusión de la aplicación de retenciones a las exportaciones agropecuarias. El Ministerio de Desarrollo Social se oponía a políticas de tipo universal, no así el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que impulsaba una medida de este tipo. Finalmente en el mes de octubre se firma el DNU 1602/09 “Asignación Universal por Hijo para la protección social” (AUH) que modificó la ley de asignaciones familiares. Se creó una asignación para aquellos grupos familiares que se encontraran desocupados o en la economía informal, con

42. Infoleg.com.ar: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81446/norma.htm>

43. Arcidiácono, P., *La política del “Mientras Tanto”. Programas sociales después de la crisis del 2001-2002*, Editorial Biblos, 2012, pp. 28-29.

una prestación de 180 pesos por hijo menor de dieciocho o discapacitado de cualquier edad al padre, tutor o pariente. En 2011 se agregó la Asignación Universal por Embarazo. El hecho de que hayan sido creadas por decreto y dentro del sistema de asignaciones la convertiría en un derecho exigible aunque su marco jurídico un DNU no es el más sólido instrumento para su implementación. Pero el sistema pasó de cubrir el 54% de los niños y niñas a cubrir el 82%.<sup>44</sup>

## Conclusiones

Si bien los derechos sociales, o derechos de tercera generación, parecían haberse consolidado hacia la mitad del siglo pasado, las crisis financieras y económicas globales retrotrajeron su alcance o su definición misma del alcance como Derecho Social. Las políticas públicas comenzaron a denominarlos “bienes públicos” y por lo tanto cuantificables e incorporables a una ecuación fiscal. Recuperar la idea de un derecho social, que lo hace exigible, frente a un estado obligado, es el regreso a la reconfiguración de un Estado de Bienestar. Este proceso es el que se ha visto en los últimos diez años en la región, tratando de crear una malla de protección frente a las incertidumbres de las economías globales.

El Estado de Bienestar como categoría jurídico-política permite al Estado avanzar en actividades que ideológicamente estuvieron vedadas durante la conformación de los procesos de ajuste estructural. Esto implica un Estado que puede inmiscuirse e intervenir en todos los procesos: producción, distribución e intercambio. Puede cumplir un papel central en devolverle rápidamente a la sociedad un equilibrio en materia de distribución del ingreso y acceso a bienes y servicios públicos. Otras visiones propias de los modelos aplicados durante la década del 90 han generado serios errores en el diseño e implementación de las políticas sociales. Las políticas sociales se han clasificado en universales (aquellas dirigidas a un colectivo) o focalizadas (dirigida a un grupo determinado en un lugar concreto). Como ejemplos extremos en un mismo gobierno hemos visto por ejemplo que el Ministerio de Desarrollo Social sostenía el Plan AHÍ (plan focalizado, su subtítulo era “*AHÍ, en ese lugar*”) al mismo tiempo que había decretado la Asignación

44. Arcidiácono, op. cit., p. 145.

Universal por Hijo (AUH, una transferencia de dinero a un grupo de gran alcance por lo que podríamos denominarlo universal y como derecho). Cuando el Estado de Bienestar fracasa se observa que la sociedad civil tiene una gran capacidad de respuesta, basada en la solidaridad. Por ejemplo, movilizarse para lograr la aprobación del Plan “El hambre es más urgente” a fines de siglo en Argentina.

La sociedad civil tiene capacidad para movilizar, incluso para controlar y hasta ha sido usada para implementar políticas sociales tercerizadas en estos últimos diez años. En estos casos el Estado de Bienestar declina su papel en manos de instituciones de la sociedad civil, lo que no siempre arroja los mejores resultados. Ejemplos de políticas sociales tercerizadas son las que realizaba el gobierno nacional en manos de las organizaciones sociales cooperativas como la Túpac Amaru, de Milagro Sala, o el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en manos de la Fundación Margarita Barrientos en “Los Piletones”. También son tercerizados aquellos planes de política social implementados a través de Caritas, institución de la Iglesia Católica, o el Plan de Viviendas implementados por las Madres de Plaza de Mayo. En el caso de la ciudad de Buenos Aires, un servicio directo es la red de Servicios Zonales, y una forma indirecta el Programa de Fortalecimiento de la Sociedad Civil.<sup>45</sup> Este tipo de soluciones genera una contradicción muy fuerte hacia el modelo de Estado de Bienestar. Si quien presta el beneficio es la sociedad civil, el Estado de Bienestar aparece como tercerizando, subsidiando o renegando de su propia capacidad de implementación. A la larga comenzará un problema de naturaleza de gestión que puede tomar características políticas. Si el programa se presentó como una iniciativa de la sociedad civil debería seguir como tal, no interviniendo el Estado en su funcionamiento para evitar la tergiversación de la asignación de funciones. El Estado de Bienestar no está preparado para financiar iniciativas de terceros, está para implementar la exigibilidad de los derechos, por lo tanto no deberían ser terceros quienes las realizan. El gran trabajo de capital social que realizan las asociaciones, grupos o instituciones de be-

45. La relación entre políticas públicas y sociedad civil está atravesada por la discusión del uso clientelar de los recursos públicos por parte de las organizaciones sociales. Entendemos por uso clientelar la situación por la que se tiene acceso a los bienes siempre y cuando se participa de la organización civil en su faz política (votando, participando en actos, etc.).

neficia se verá atrapado en el financiamiento público y viceversa y con una compleja trama de control para los que no están preparados: “Si bien se puede acordar cuál es el deber ser de las políticas de bienestar, en la praxis política estas pueden operar en diferentes sentidos con efectos igualadores (pensiones no contributivas), de polarización social (subvenciones públicas a escuelas privadas), reproducción de desigualdades de ingresos (prestaciones contributivas), de género (exclusión de hombres), homogeneizadoras (políticas universales de salud y educación)”.<sup>46</sup>

Pero creemos que lo más efectivo siempre es buscar el enfoque que ya Simmel nos advertía, y es el “enfoque basado en derechos”. De esta forma se pueden articular un conjunto de principios, reglas y estándares que integran los derechos humanos fundamentales, y que son pasibles de ser aplicados para fijar pautas y criterios para el diseño e implementación de estrategias de desarrollo sustentable y con mayor interés aún, en materia de políticas sociales.

Las políticas sociales deben ser pasibles de encuadrarse en estándares jurídicos –como la obligación de garantizar el contenido mínimo de los derechos, la obligación para los Estados de no aplicar políticas regresivas sino progresivas, la obligación de garantizar la participación ciudadana– y también en principios –el principio de igualdad y no discriminación, universalidad; acceso a la justicia, acceso a la información pública– que se utilizan para desarrollar una matriz útil en la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo, como también para el diseño de acciones para la fiscalización y evaluación de políticas sociales:

Es precisamente a partir de este enfoque, que resulta posible evaluar estándares mínimos de derechos contenidos en las actuales políticas de desarrollo como también en las políticas sociales, al tiempo que permite analizar los alcances del principio de igualdad, de participación social, de universalidad, de no discriminación y el empoderamiento de sectores afectados por las políticas. Siguiendo la argumentación principal de este enfoque, el empoderamiento de los destinatarios de las políticas, comienza por re-

46. Arcidiácono, op. cit., p. 92.



conocer que los mismos son titulares de derechos que generan obligaciones al Estado.<sup>47</sup>

Laura Pautassi indica que la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de Naciones Unidas ha señalado en un trabajo reciente que “la titularidad de los derechos debe guiar las políticas públicas. Se trata de orientar el desarrollo conforme al marco normativo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, plasmado en acuerdos vinculantes, tanto nacionales como internacionales. Esto exige a su vez un contrato o pacto social que debe materializarse políticamente tanto en la legislación como en políticas públicas” (CEPAL, 2006: 14). Agrega ese trabajo que resulta fundamental contar con organismos del Estado que sean competentes política y técnicamente, “a fin de que los derechos sean más exigibles, es decir, que se garantice la existencia de mecanismos jurídicos y de política pública para que las personas puedan exigir la titularidad de sus derechos” (CEPAL, 2006: 14).<sup>48</sup>

Sin considerar las diferencias ideológicas, el marco de derechos garantiza que los procesos económicos no limiten el acceso al alimento, a la salud y la educación, otros de los derechos que integran el plexo normativo de Derechos Sociales.

El “enfoque de derechos” o “enfoque de derechos humanos” (EDH) entiende que los principios de derechos humanos constituyen una guía para orientar las políticas sociales de un Estado democrático.

Es un marco ético-normativo que ofrece estándares que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sistema de gran solidez para la defensa de los derechos sociales contemplados. Siguiendo a Pautassi, estos son:

- Universalidad e inalienabilidad.
- Contenido mínimo de los derechos.
- Realización progresiva.
- Indivisibilidad.

47. Pautassi, L., <http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/dircap/mat/matbiblio/pautassi.pdf>.

48. Pautassi, L., <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-enfoque-de-derechos-y-la-institucionalidad-de-las-politicas-sociales.pdf>.

- Interdependencia e interrelación de los derechos.
- No discriminación e igualdad.
- Acceso a la información.
- Acceso a la justicia y mecanismos de reclamo.
- Participación.
- Empoderamiento.
- Rendición de cuentas e imperio de la ley.

Los Estados están obligados a cumplir con Derechos, en el caso de la Argentina estos Derechos se extienden hasta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que contiene tratados específicos sobre derechos sociales. Esta es una forma más sólida de defender el alcance de la cobertura entre los que más lo necesitan.

La reconstrucción del Estado de Bienestar a partir de políticas sociales inclusivas y universales parece el camino más apropiado a recorrer. A partir del cambio de gobierno se abren a la Argentina nuevamente opciones de financiamiento internacional para las políticas públicas destinadas a disminuir la pobreza. Estas políticas públicas mantienen la estructura ideológica del siglo pasado, en particular su carácter focalizado y ligado a un *cluster* de alcance local. El problema es que en las políticas sociales hoy en la Argentina están conviviendo ambos modelos, que se corresponden como vimos a dos concepciones no solo diferentes respecto al Estado, sino a concepciones ético-jurídicas distintas. Si se piensa que la AUH es distorsiva respecto del mercado de trabajo y se producen recortes en sus alcances, sin suplantarlo por ejemplo por programas de primer empleo, un sector amplio de la sociedad queda desguarnecido. En principio, y esta es nuestra propuesta, es necesario que convivan ambas concepciones, sin eliminar o recortar la AUH; por el contrario, que siga creciendo hasta lograr una cobertura del 100% que permita colocar a toda la población por encima de la línea de pobreza, al mismo tiempo que se agregan programas de primer empleo vinculados a las producciones locales.

## **Bibliografía**

Altimir, Oscar y Beccaria, Luis, “Efectos de los cambios macroeconómicos y de las reformas sobre la pobreza urbana en Argentina”, disponible en [www.iadb.org](http://www.iadb.org). Consultado en 08/2003.

- Altimir, Oscar, “Desigualdad, empleo y pobreza en América Latina: los efectos del ajuste y del cambio en el estilo de desarrollo”, en Tokman, Víctor E. - O’Donnell, Guillermo (comps.), *Pobreza y desigualdad en América Latina. Temas y nuevos desafíos*, Paidós, Buenos Aires, 1999.
- Arcidiácono, P., *La política del “Mientras Tanto”. Programas sociales después de la crisis del 2001-2002*, Editorial Biblos, 2012.
- Calvento, M., *Profundización de la Pobreza en América Latina. El caso de Argentina 1995-1999*, Edición electrónica gratuita, 2007. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2007a/252/](http://www.eumed.net/libros/2007a/252/)
- CEPAL, *La brecha de la equidad. América Latina, el Caribe y la Cumbre Social*. Santiago de Chile, 1996.
- Dahrendorf, Ralf Gustav, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Madrid, Mondadori, 1990.
- Gerchunoff, Pablo y Torre, Juan Carlos: “La política de liberalización económica en la administración de Menem”, en *Desarrollo Económico*, IDES, Vol. 36, N°143, Octubre-Diciembre, 1996, Buenos Aires.
- Heler, Mario, *Cuadernos de ética*, Asociación Argentina de Investigación Ética, Nro. 10, Buenos Aires, 1991.
- <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2003/09/pdf/williams.pdf> . Consultado 01/2004
- Kliksberg, B., *Escándalos éticos*, Temas, Buenos Aires, 2011.
- Marx, K., *Contribución crítica a la economía política*, Editorial Progreso, Buenos Aires, 1989.
- Mecle Armiñana, Elina S., “Los derechos sociales en la Constitución Argentina y su vinculación con la política y las políticas sociales”, en *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas sociales en América Latina*, disponible en [www.clacso.org](http://www.clacso.org).
- Noticia Cristiana, “Alemanes abandonan las iglesias para no pagar diezmo”, <http://www.noticiacristiana.com/sociedad/iglesiaestado/2015/04/alemanes-abandonan-las-iglesias-para-no-pagar-diezmo.html>
- Offe, C., *Contradictions of the Welfare State*, Hutchinson & Co., 1984.
- Pautassi, L., “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”, <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-enfoque-de-derechos-y-la-institucionalidad-de-las-politicas-sociales.pdf>.
- Simmel, G., *Sobre la individualidad y las formas sociales*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2002.

- Sistema de Información, Monitoreo y Evaluación de Programas Sociales (SIEMPRO), “Informe sobre la evolución de la pobreza en los últimos nueve años, enero 1999”, disponible en [www.siempro.org.ar](http://www.siempro.org.ar).
- Stedman Jones, Gareth, *And End to Poverty? A Historical Debate*, Columbia University Press, Columbia University Press Publishers, New York, 1893.
- Stewart, Frances, “La insuficiencia crónica del ajuste”, en Bustelo, Eduardo y Minujin, Alberto (edit.), *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes*, UNICEF-Santillana, Buenos Aires, 1998.
- Torrado, Susana, “La pobreza, según se mide”, en *Clarín* (Digital), 10 de junio de 1999. Disponible en [www.clarin.com](http://www.clarin.com). Consultado en 01/2004.
- Vilas, Carlos, “De ambulancias, bomberos y policías: la política social del neoliberalismo”, en *Desarrollo Económico*, Edit. IDES, Vol. 36, número 144 (enero-marzo 1997), Buenos Aires.

# Un cambio de paradigma económico global: hacia la economía verde con especial referencia a la generación de energías renovables en forma distribuida y sus avances legislativos a nivel nacional y provincial

*Adriana Margarita Porcelli\* y Adriana Norma Martínez\*\**

## **Resumen**

En las últimas décadas, el crecimiento económico, el desarrollo industrial y las modernas tecnologías han aportado un nuevo grado de confort y bienestar a nuestra vida ocasionando un aumento del consumo de bienes y servicios. Sin embargo, este crecimiento económico se logró a expensas del agotamiento de los recursos naturales, permitiendo la pérdida generalizada de los ecosistemas e ignorando a muchas personas que además de vivir en condiciones de pobreza dependen directamente de ellos.

\* Abogada (UBA), Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático (UBA), investigadora, Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público; estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos; legislación sanitaria en la Universidad Nacional de Luján (UNLu), miembro de Comisiones de Plan de Estudio y del Comité Académico de Bioética. (UNLu); [adporcell@yahoo.com.ar](mailto:adporcell@yahoo.com.ar).

\*\* Abogada, Escribana, Posgraduada en Derecho del Turismo (UBA), Magister en Ambiente Humano (UNLZ); Profesora Adjunta Regular Facultad de Derecho (UBA). Jefa de la División Derecho, Consejera Titular del Consejo Directivo Departamental, Investigadora y Profesora Asociada Ordinaria, Departamento de Ciencias Sociales (UNLu); Directora de proyectos de investigación interdisciplinarios; Profesora de posgrado en diversas universidades nacionales; Profesora visitante de las Universidades Complutense de Madrid y Málaga (España); [info@anmart.com.ar](mailto:info@anmart.com.ar).

Algunas de las predicciones de lo que ocurrirá en este siglo XXI apuntan a un crecimiento de la población de hasta 9.700 millones en 2050; igualmente se incrementarán el consumo per cápita, la pobreza, la desigualdad social, la degradación o el uso insostenible de los ecosistemas y se acelerará el cambio climático. Por tanto, el mayor desafío en la actualidad consiste en conjugar los aspectos económicos, sociales y ambientales de las actividades humanas, tratar de progresar sin destruir el ambiente.

El presente trabajo aborda la problemática actual y analiza un modelo económico alternativo denominado economía verde, sus características, mitos y realidades, centrándose particularmente en las energías renovables y en los avances legislativos de la generación de energía renovable en forma distribuida o descentralizada, tanto a nivel nacional como provincial.

Palabras clave: ambiente, economía verde, economía marrón, energía renovable, generación distribuida.

## **A Change of Global Economic Paradigm: towards a Green Economy with Special Emphasis in the Development of Renewable Energies and Legislative Advances in a National and Provincial Level**

### **Abstract**

In recent decades, economic growth, industrial development and modern technologies have provided a new grade of comfort and well-being to our life causing an increase in the consumption of goods and services. However, this economic growth was achieved at the expense of the depletion of natural resources, allowing the loss widespread of ecosystems and ignoring many people who, in addition to living in poverty, depend directly on these resources.

Some of the predictions of what will happen in this 21st century point to population growth of up to 9.7 billion by 2050, as will per capita consumption, poverty, social inequality, degradation or unsustainable use of Ecosystems, and accelerate climate change. Therefore, the greatest challenge today is to combine economic, social and environmental aspects of human activities, to try to progress without destroying the environment.

The present work addresses the current problems and analyzes an alternative economic model called the green economy, its characteristics, myths and realities, focusing particularly on renewable energy and legislative progress in the generation of renewable energy in a distributed or decentralized form at both national and provincial level.

Keywords: Environmental, Green Economy, Brown Economy, Renewable Energy, Distributed Generation.

## **I. Introducción. Delimitación del tema**

La publicación del famoso informe “Los Límites del Crecimiento”,<sup>1</sup> encargado en 1972 al Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT, *siglas en inglés de Massachusetts Institute of Technology*) por el Club de Roma, estableció el alerta global sobre el colapso al que se enfrentaría la humanidad si continuaba con el ritmo exponencial en el consumo desmesurado de recursos. El trabajo concluía afirmando que si el incremento de la población mundial, la industrialización, la contaminación, la producción de alimentos y la explotación de los recursos naturales se mantenía sin variación, alcanzaría los límites absolutos de crecimiento en la Tierra durante los próximos cien años.

Han pasado cuarenta y cinco años y podemos observar que la situación se agudizó a tales extremos que se encuentra en riesgo el futuro del planeta. Actualmente hacemos uso de prácticamente todos los elementos de la tabla periódica. El auge de las nuevas tecnologías ha multiplicado el consumo de muchos minerales, algunos de los cuales se consideran críticos<sup>2</sup> en cuanto a riesgos en su disponibilidad. Por ejemplo, el indio, procedente en su gran

1. Meadows, D., Randers J., Behrens, W., *The Limits to Growth, A Report for the Club of Rome's Project o the Predicament of Mankind*, Universe Books, New York, 1972, pp. 23-24; 81; 84; 129-133.

2. Un mineral se considera crítico cuando el riesgo de su escasez y el impacto de esa escasez sobre la economía es mucho mayor que el de cualquier otra materia prima. Crítico se refiere a algo que es vital, importante, esencial, crucial o relevante, por ejemplo: el agua es crítica para un hombre sediento.

mayoría de China, es utilizado en pantallas planas y se espera que su demanda mundial aumente más de 8 veces de aquí a 2030, y la de galio por 22. A problemas similares se enfrentan otros minerales incluyendo las tierras raras cuyo mercado está controlado casi al 100% por China.<sup>3</sup>

Ante esta situación surgen, con renovada fuerza, nuevos planteamientos para afrontar el necesario cambio de paradigma de la economía convencional mediante un nuevo modelo de producción y consumo sostenible que alientan el desarrollo de conceptos tales como el de “New Deal Ecológico Mundial”.<sup>4</sup>

Así se plantea una nueva economía ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusiva, actuando sobre las causas fundamentales de los desequilibrios, vale decir, sobre las actuales pautas económicas no solo de producción y consumo. Esta nueva propuesta es más abarcativa, incluyendo también distribución, uso del suelo, movilidad, turismo, ocio, que son ineficientes e insostenibles en el tiempo. Se requieren, pues, profundas transformaciones estructurales en la economía productiva y en el tejido social hacia la “sostenibilidad integral” para el progreso en la sociedad posindustrial.

En este contexto se inserta la “economía verde”, que ha constituido un eje fundamental en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (comúnmente conocida como la Cumbre de Río +20): El Futuro que Queremos.<sup>5</sup>

3. Para ampliar el tema sobre los minerales utilizados en la elaboración de productos informáticos, véase: Martínez, A., Porcelli, A., “Un difícil camino en pos del consumo sustentable: el dilema entre la obsolescencia programada, la tecnología y el ambiente”, revista *LEX* de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, 2016, vol. 14, núm. 18, Año XIV, pp. 333-378.

4. En 2009, Naciones Unidas lanza su iniciativa de *Global Green New Deal* o Nuevo Acuerdo Verde Global, rememorando el famoso *New Deal* que Franklin D. Roosevelt puso en marcha para reactivar la economía tras la crisis de 1929, incorporando los cambios que se corresponden con los desafíos de nuestro tiempo, ochenta años después. Si entonces el programa emprendido por Roosevelt tenía por objetivo reactivar la economía, el consumo y el crecimiento económico a través de una serie de medidas monetarias, crediticias y de gasto público –que llegó a crecer un 80% en tres años–, ahora se trataría también de emprender reformas financieras y activar el gasto público, pero con una orientación más selectiva dirigida a generar no solo una nueva economía, sino un nuevo modelo productivo económica, social y ambientalmente más justo y más sostenible.

5. Para ampliar sobre el tema consultar: ONU, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible Río+20*, Río de Janeiro, 2012 A/CONF.216/L.1



El actual modelo de producción y acumulación de riqueza económica se basa, en forma equivocada, en el supuesto de que los recursos naturales son infinitos e inagotables. Conforme el Informe “Planeta Vivo 2014” de la Fundación Vida Silvestre (*World Wildlife Fund*, WWF, por sus siglas en inglés), hay un déficit planetario del 40%, que se estima alcanzará el 100% para mediados de 2030. Los actuales patrones de consumo mundiales son insostenibles. Los niveles de consumo globales son impulsados por el rápido crecimiento de la población mundial, que se triplicó en los últimos cien años y se espera que aumente un 30% más en los próximos 35, llevando a la población a 9 mil millones para el año 2050. Como la situación del ambiente global está íntimamente vinculada con el consumo, la solución requiere de un cambio en las formas en que las personas consumen.<sup>6</sup>

Para Carlos Magariños, experto en sustentabilidad y CEO de Prospec-tiva 2020, en 2007 el sistema de producción de la Tierra consumió una vez y media los recursos naturales del planeta a su tasa normal de reproducción anual. Sin embargo, en proyección a 2030 se necesitarán dos planetas y medio, por lo que claramente el tema de la sustentabilidad será el tema del milenio y va a generar una revolución en todo lo relacionado con producción y consumo. Esta revolución supondrá la aparición y el desarrollo de nuevas tecnologías, afectará profundamente los patrones de producción y dará origen a un nuevo sistema de fijación de precios.<sup>7</sup> No se trata necesariamente de consumir menos sino de consumir mejor, es decir, de manera más eficiente, reduciendo los riesgos para nuestra salud y para el ambiente.

Los científicos continúan en la búsqueda de diversas alternativas que no dañen el ambiente, maximizando la eficiencia en los recursos, poniendo énfasis en tecnologías que sean limpias y, por consiguiente, que frenen o al menos minimicen los impactos negativos. A su vez, el desarrollo sustentable es el núcleo de esas tecnologías, que se presentan como socialmente equitativas, económicamente viables, y ambientalmente seguras. Con esta perspectiva se alienta un proceso de transformación estructural de la actividad económica desde un enfoque lineal a un enfoque circular en base a

6. Fundación Vida Silvestre, *Plataforma para la Agenda Pública Argentina 2016-2020 - Cinco ideas para una Argentina Sustentable. Política de Sustentabilidad para una Nación Competitiva y Soberana*. Buenos Aires. Fundación Vida Silvestre, 2015, p. 11.

7. Avellaneda, S., “Argentina Sustentable”, *Revista A. y M. A.*, 2011, pp. 30-38.

criterios de “eco-eficiencia”, para lo cual es necesario un cambio de filosofía y de la relación entre el Hombre y la Naturaleza y entre los consumidores y las cosas.

El objetivo del presente trabajo es aproximar una conceptualización de la economía verde y sus características básicas, analizar los mitos y realidades elaborados alrededor de esta nueva forma de economía, centrándose particularmente en las energías renovables y en los avances legislativos de la generación de la energía renovable en forma distribuida o descentralizada tanto a nivel nacional como provincial.

## **II. Marco conceptual**

### *A. Concepto de Economía Verde*

Ken Boulding, en su ensayo “The Economics of the Coming Spaceship Earth”,<sup>8</sup> utilizaba la expresión “economía del vaquero” para describir la economía de su tiempo. En esta economía, afirmaba, el éxito se medía por el nivel de rendimiento derivado de los factores de producción (trabajo, tierra y capital) y se disponía de reservas infinitas para la extracción de materias primas y la acumulación de desechos. También describía en su ensayo una alternativa que consideraba mucho más adecuada para la supervivencia y el éxito humano: la “economía del astronauta”, según la cual el rendimiento debería minimizarse y la medida del éxito no radicaría en la producción o el consumo, sino en la naturaleza, el alcance, la calidad y la complejidad del stock total del capital disponible para la humanidad, incluido el estado corporal y mental de las personas.

El modelo económico predominante, actualmente denominado “economía marrón”, se basa en la obtención del crecimiento económico a través del uso óptimo de insumos y factores de producción (capital físico y trabajo), el uso de energías fósiles y la extracción acelerada de los recursos naturales, vale decir, la economía del vaquero, en los términos de Boulding. Sin embargo, el crecimiento económico de las últimas décadas se logró a expensas

8. Boulding, K., “The Economics of the Coming Spaceship Earth”, en *Environmental Quality in a Growing Economy*, ed. por H. J. Baltimore, MD, Johns Hopkins University Press, 1966, pp. 3-14.

del agotamiento de los recursos naturales, provocando la degradación y pérdida generalizadas de los ecosistemas e ignorando a muchas personas, que además de vivir en condiciones de pobreza, dependen directamente de esos recursos. Ese modelo no considera como bienes económicos escasos a los ecosistemas y no utiliza métodos eficaces para administrar ciertos recursos naturales como el agua y el suelo, lo cual ha dado espacio para que surja un modelo económico alternativo denominado “la economía verde”, “economía del astronauta” en la terminología de Boulding.

Las discusiones sobre la economía verde –concepto que se reafirma a partir de Río +20 en el contexto del desarrollo sustentable y la erradicación de la pobreza– sentaron las bases de una efectiva transición a una economía baja en carbono, eficiente en el uso de recursos, con los objetivos primarios de la creación de puestos de trabajo, crecimiento social, inclusión y la erradicación de la pobreza.<sup>9</sup>

La delimitación del concepto economía verde no es tarea sencilla debido a que no solo se trata de un término de aparición relativamente reciente, sino también porque puede ser analizado desde muy distintas ópticas y, en un sentido general, incluye todas aquellas instituciones, entidades y organizaciones preocupadas por el ambiente e integra todas aquellas actividades relacionadas con el ambiente y su sostenibilidad.

No obstante, debemos aproximar un concepto sobre economía verde, en inglés, *green economy*. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) considera que

...una economía verde debe mejorar el bienestar del ser humano y la equidad social, a la vez que reduce significativamente los riesgos ambientales y las escaseces ecológicas. En su forma más básica, una economía verde sería aquella que tiene bajas emisiones de carbono, utiliza los recursos de forma eficiente y es socialmente incluyente. En una economía verde, el aumento de los ingresos y la creación de empleos deben derivarse de inversiones públicas y privadas destinadas a reducir las emisiones de carbono y la contaminación, a promover la eficiencia energética, así como en el uso

9. Ramos De Armas, F., “Río+20 Start of a Process”, en *Revista UNEP Our Planet. Río+20: From Outcome to Implementation*, 2013, pp. 5-6.

de los recursos, y a evitar la pérdida de diversidad biológica y de servicios de los ecosistemas.<sup>10</sup>

La economía verde se puede definir como “un conjunto de modelos de producción integral e incluyente que toma en consideración variables ambientales y sociales. La economía verde produce bajas emisiones de carbono, utiliza los recursos de forma eficiente y es socialmente incluyente”.<sup>11</sup>

En suma, la implementación de un modelo de economía verde tiene por objetivo final mejorar las condiciones de vida de los más pobres y disminuir la desigualdad social, los riesgos ambientales y la escasez ecológica. No va en contra del mercado ni del libre comercio, simplemente trasciende el modo de producción actual, reconociendo el capital natural al incorporar variables sociales y ambientales en él. La economía verde responde a las crisis mundiales económicas, sociales y financieras mediante la *redistribución del capital natural, social y financiero a los fines de generar beneficios para el desarrollo económico, la equidad social y la protección del ambiente*.

Es importante destacar que el concepto de “economía verde” no sustituye al de “desarrollo sostenible”, pero hay un creciente reconocimiento de que el logro de la sostenibilidad requiere casi indispensablemente de una economía adecuada y correcta. Durante décadas para crear riqueza se ha seguido un modelo de economía marrón que no abordaba de manera sustancial problemas tales como la marginación social o el agotamiento de los recursos. Para realizar la transición a una economía verde se requiere una serie de circunstancias favorables específicas, que consisten en normativas, políticas, subsidios e incentivos nacionales, mercado internacional, infraestructura jurídica y protocolos comerciales y de ayuda. En consecuencia, el concepto de sostenibilidad, y por tanto de economía verde, incluye tres aspectos interconectados:

1) La consideración del ambiente en la toma de decisiones.

10. PNUMA, *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza - Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*. Nueva York, PNUMA, 2011, p. 2.

11. Campos, M., “Economía Verde”, en *Éxito Empresarial*, 2010, núm. 151, SEGESTI, pp. 1-4.

- 2) El compromiso con la equidad entre lo que la sociedad toma y aporta, haciendo perdurable el desarrollo de la actividad.
- 3) La contribución al bienestar social y económico. Existe esencialmente una dependencia del uso y/o consumo de los recursos, así como de la capacidad del ambiente para absorber los residuos generados.

Como principio fundamental señalamos que el consumo del recurso no debe exceder su capacidad de regeneración, dejando sin explotar recursos básicos con el objeto de permitir su recuperación, como sucede en la agricultura o la pesca. Pero no todos los recursos tienen esa capacidad de regeneración o de renovación. El consumo de estos recursos implica una reducción de sus stocks y, consecuentemente, su futuro agotamiento. En estas situaciones es determinante tratar de mejorar la eficiencia en el uso del recurso, la búsqueda de recursos sustitutivos y el alargamiento de la vida de los productos que lo incorporan; lo que puede traducirse, en verdad, en una posible reducción de la demanda. Junto a la necesidad de prestar atención a estos recursos, la economía verde también muestra una especial preocupación por el tratamiento dado a los residuos que se generan por la actividad económica.

Se han distinguido dos tipos o clases de residuos: aquellos que son incorporados al ambiente de forma natural a través de la degradación que experimentan y que pueden tener incluso efectos positivos para la naturaleza, y aquellos que no son orgánicos, no se degradan, no son absorbidos por la naturaleza y, por tanto, se acumulan. Respecto a los primeros, se podría buscar la reducción de los generados en la producción, incorporando el reciclaje interno y las tecnologías limpias; la disminución de las cantidades de energía utilizadas, la incorporación de nuevas fuentes de energía en la organización, la búsqueda de productos biodegradables y la oferta de productos de un uso más amplio.<sup>12</sup>

### *B. Características Básicas de la Economía Verde*

La economía verde presenta diferentes características y condiciones operativas que definen un nuevo modelo económico ecológico y sostenible:

12. Escuela de Organización Industrial, *Sectores de la Nueva Economía 20+20*, España, Fundación EOI, 2010, p. 215.

- 1) Una economía que funciona como un subsistema del ecosistema global: la economía es un “subsistema” del ecosistema global y funciona como un sistema “abierto” al ambiente con el que intercambia energía, materia e información, por lo que el subsistema económico está sujeto a las leyes de la naturaleza, de la termodinámica y de la lógica de lo vivo. Y por ello, las leyes del mercado imperantes no pueden estar por encima de las leyes naturales.
- 2) Una economía de ciclos cerrados, con un cambio de metabolismo hacia la Ecología Industrial: las bases de una economía verde y sostenible descansan, previamente, en una producción limpia que proporcione beneficios tanto económicos como ambientales y sociales. Una producción limpia se orienta por una estrategia preventiva e integral que fomenta el desarrollo de procesos, productos y servicios ecológicos para reducir los riesgos sobre los seres humanos y el ambiente. Se trata de encarar decididamente una transición rápida desde la economía de “ciclos abiertos” a la “de ciclos cerrados”, que imite los ciclos naturales para que sea más eficiente, racional y equilibrada. Reinventar la “economía de la naturaleza”, incorporando los esquemas de “análisis del ciclo de vida” de los productos, reutilizando los residuos, para imitar el funcionamiento de los sistemas ecológicos.
- 3) Una economía hipocarbónica con fuentes de energía renovables: una economía con bajas emisiones de carbono requiere reducir el consumo de energía, aumentar la cuota de las energías renovables y mejorar la eficiencia energética de la generación y del consumo. Pero también la sostenibilidad energética implica lograr una cierta autosuficiencia, ya que permite mejorar la seguridad del abastecimiento energético, disminuir la abultada factura de combustibles fósiles, reducir la contaminación local del aire, mejorar la salud urbana, incentivar la innovación tecnológica, e, incluso, contribuir a la cooperación mundial utilizando y transfiriendo tecnologías menos contaminantes a los países en desarrollo.
- 4) Una economía que invierte en capital natural y basada en biotecnologías: la actualmente bautizada “bioeconomía” se presenta como un nuevo patrón para cambiar radicalmente la manera de producir, consumir, transformar, almacenar, reciclar y eliminar los recursos biológicos. De esta forma, la bioeconomía puede mantener y crear actividad económica y puestos de trabajo en las zonas rurales, costeras e industriales y reducir la dependencia de los combustibles fósiles. El objetivo es garantizar

un abastecimiento suficiente de alimentos seguros y de calidad, con el desarrollo de sistemas de producción primaria que utilicen los recursos con eficiencia, el fomento de los servicios ecosistémicos, junto con unas cadenas de abastecimiento competitivas y de baja emisión de carbono.

- 5) Una economía que contabiliza los servicios ecosistémicos e internaliza costes externos, con instrumentos de mercado: la contabilidad de los ecosistemas es imprescindible para medir la verdadera riqueza nacional y poner de manifiesto los costes asociados a su evolución. La economía verde plantea el uso de instrumentos operativos para una gestión ambiental sostenible. Estos instrumentos se dividen principalmente en instrumentos basados en el mercado, como el pago por servicios ambientales o la custodia del territorio; los impuestos ambientales y la reforma fiscal ecológica, incluyendo la eliminación de subvenciones perjudiciales para el ambiente.<sup>13</sup>

### **III. Discusión: enverdecer la economía**

#### *A. Mitos y realidades*

En el Informe sobre Economía Verde del PNUMA, se pretende aclarar varios mitos y malentendidos sobre las consecuencias económicas de enverdecer la economía mundial. Quizás el mito más extendido es el que afirma que la sostenibilidad ambiental solo puede ser obtenida a costa del progreso económico. El hombre conoció, y en consecuencia desarrolló, con mucha más rapidez los métodos y técnicas para explotar la naturaleza que aquellos necesarios para protegerla, lo que ocasionó la agudización de la dicotomía conservación vs. explotación y las contradicciones desarrollo-no desarrollo, tecnología-no tecnología.

Entonces surge una pregunta ineludible: ¿se puede armonizar el crecimiento del bienestar material y el desarrollo de la tecnología con el mantenimiento de un ambiente capaz de contener ese bienestar general, sin que conlleve a la destrucción ambiental y al agotamiento de los recursos naturales? Para aproximar una respuesta al interrogante autores como Carbajal y Moreno (2012), entre otros, diferencian las tecnologías en:

13. Jiménez Herrero, L., “La sostenibilidad como oportunidad ante la crisis: economía verde y empleo”, *Revista A. C. y M. A.*, 2012, núm. 101, pp. 42-52.

- 1) Tecnología sucia: aquella en que los residuales producen marcados efectos nocivos sobre el ambiente, expresados como contaminación atmosférica, acuática, edáfica, terrestre superficial o subterránea o de cualquier otro tipo donde la resultante, enfermedades y deterioro de los ecosistemas y recursos naturales, es más importante que los productos útiles o servicios que su aplicación genera.
- 2) Tecnología con reciclaje: las materias primas utilizadas se incorporan al proceso productivo transformándolas en materias primas secundarias a través de la aplicación de diversas técnicas, en lugar de atenuar los efectos nocivos de los elementos contaminantes.
- 3) Tecnología de bajo contenido de residuos: el proceso productivo se diseña de manera de reducir al mínimo la generación de elementos residuales, para lograr de esta forma un eficiente aprovechamiento de los recursos naturales y la energía, y minimizando los efectos nocivos sobre el ambiente. Idealizándola, sería aquella tecnología que no genera ningún contaminante. Vista desde este ángulo y en un sentido amplio, incluye para su diseño tanto el proceso productivo como los productos resultantes del mismo, que deben ser concebidos para no transformarse en desechos.
- 4) Tecnología limpia: con un enfoque más moderno, parte de la base de que la forma más inteligente de resolver el problema ambiental es evitarlo.
- 5) Tecnología ambientalmente integrada: se diseña a imagen y semejanza de los ecosistemas naturales, de manera que la generación de residuos da lugar al nacimiento de nuevas industrias, que usan como materia prima los desechos producidos por otras actividades. En este caso nos encontramos frente a la Ecología Industrial, cuyo objetivo es justamente promover el desarrollo sustentable, siendo una de sus herramientas más interesantes la Simbiosis Industrial, o Sinergia de Subproductos que, a diferencia de las actividades comunes de prevención de la contaminación, enfocadas en reducir, reutilizar y reciclar materiales dentro de un proceso, va más allá del límite entre los diferentes procesos. Así encontramos sinergia de subproductos entre varias organizaciones dentro de una misma empresa, entre varios departamentos o, en el mismo departamento, pero entre diferentes unidades de producción.<sup>14</sup>

14. Carbajal, A., Moreno, A., "¿Hacia Una Economía Verde?", en *Voces en el Fénix: T.M.*, 2012, vol. 3, núm. 16, Buenos Aires, Plan Fénix, pp. 34-41.



Resulta claro que, hoy en día, existen pruebas sustanciales de que la economía verde no obstaculiza la creación de riqueza ni las oportunidades laborales, y son muchos los sectores verdes que ofrecen posibilidades notables de inversión y de crecimiento en términos de riqueza y puestos de trabajo.

Otro mito es que la economía verde es un lujo que solo se pueden permitir los países ricos o, lo que es peor, que se trata de una imposición con la que el mundo desarrollado pretende impedir el desarrollo y perpetuar la pobreza de los países en desarrollo. Sin embargo, hay una serie de ejemplos de transiciones verdes que se están produciendo en distintos sectores en el mundo en desarrollo y desarrollado que merecen ser imitadas y copiadas en otros lugares. En este sentido, se pone en relieve en el documento final de Río +20 la importancia de la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, así como las disposiciones en materia de transferencia de tecnología, financiación, acceso a la información y derechos de propiedad intelectual, acordadas en el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo.<sup>15</sup>

A su vez, conforme lo señala la Organización Mundial de Comercio (OMC) en la Comunicación de Ecuador, y como una contribución del sistema multilateral del comercio a las estrategias globales para ampliar el acceso a las energías limpias, incrementar la eficiencia energética y acelerar el establecimiento a nivel mundial de las tecnologías energéticas, es que dicho organismo se propone evaluar la eliminación o reducción de las restricciones o barreras existentes y la facilitación del acceso y uso a las tecnologías ambientalmente sanas (TAS), consideradas como un “bien público” debido a que por su naturaleza y finalidad tienen el objetivo de promover el bienestar social global a través de la adaptación y/o mitigación de los efectos del cambio climático.<sup>16</sup>

Lo que sí es necesario para su funcionamiento es un cambio de paradigma hacia un enfoque holístico donde se valoren *la naturaleza y el ambiente, el bienestar humano y el desarrollo económico*. Por lo tanto, el concepto reconoce la inseparabilidad de las tres vertientes de la sostenibi-

15. ONU, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible Río+20* (véase pp. 56-57).

16. OMC, *Contribución de la Propiedad Intelectual a la facilitación de la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales. Comunicación de Ecuador*, 2013, IP/C/W/585.

lidad (*la social, la económica y la ambiental*) y se presenta en tres amplias conclusiones temáticas:

1) El enverdecimiento no solo genera un aumento de la riqueza, especialmente en los bienes comunes ecológicos o el capital natural, sino que también produce (a lo largo de un período de seis años) una mayor tasa de crecimiento del PIB. Activos naturales como los bosques, los lagos, los pantanos y las cuencas de los ríos son componentes esenciales del capital natural a nivel de los ecosistemas, los cuales son considerados elementos básicos de una economía verde. Por ejemplo, invertir el 0,03% del PIB entre 2011 y 2050 en pagar a los propietarios de los bosques para que los conserven, así como en trabajos de reforestación, podría incrementar el valor agregado de la industria forestal en un 20% más que si no se producen cambios. De este modo, además, se podría estimular la creación de empleos formales en el sector y aumentar sustancialmente el carbono almacenado en los bosques.

Por otra parte, la agricultura se enfrenta al reto de alimentar a 9.000 millones de personas en 2050 sin dañar los ecosistemas ni la salud humana en un contexto de aumento de la temperatura global. Las prácticas agrícolas que se llevan a cabo actualmente utilizan más del 70% de las reservas de agua dulce y son responsables de más del 13% de las emisiones de gases de efecto invernadero. Estas prácticas también están relacionadas con los millones de casos de envenenamiento con pesticidas y las más de 40.000 muertes que se producen cada año por este motivo. La agricultura verde acarrea un cambio, tanto en la agricultura industrial como en la de subsistencia, caracterizado por la aplicación de prácticas de cultivo racionales como el uso eficiente del agua, la utilización extensiva de nutrientes orgánicos y naturales para el suelo, una preparación óptima de los cultivos y el control integrado de plagas. Las inversiones en agricultura verde, entre los 100.000 y los 300.000 millones de dólares anuales en el período 2010-2050, permitirán mejorar la calidad del suelo e incrementar los rendimientos de los principales cultivos en el mundo, representando una mejora del 10% respecto a lo que pueden ofrecer las estrategias actuales de inversión. Este crecimiento, aun siendo insuficiente para garantizar un acceso igualitario a los alimentos, será necesario para abordar el reto de alimentar a una población en aumento.

2) La erradicación de la pobreza está inevitablemente ligada al mantenimiento y a la conservación de los bienes comunes ecológicos, ya que los flujos de beneficio del capital natural llegan directamente a los más desfavore-

recidos. La pobreza persistente es la forma de desigualdad social más visible y se relaciona con la desigualdad en el acceso a la educación, la atención sanitaria, el crédito, las oportunidades de generar ingresos y el derecho a la propiedad. Una de las características fundamentales de la economía verde es que busca facilitar diversas oportunidades para el desarrollo económico y la mitigación de la pobreza sin dilapidar o erosionar los activos naturales de un país. Tras revisar 286 proyectos sobre “mejores prácticas” realizados en 12,6 millones de explotaciones agrícolas y 57 países en desarrollo, se llegó a la conclusión de que adoptar prácticas para conservar los recursos, tales como la gestión integrada de las plagas y de los nutrientes, el cultivo con escaso laboreo, la agrosilvicultura,<sup>17</sup> la acuicultura,<sup>18</sup> la recogida del agua de lluvia y la integración del ganado, ha incrementado el rendimiento medio de la producción del 79%, mejorando al mismo tiempo la provisión de servicios ambientales fundamentales. La adopción de métodos agrícolas sostenibles tiene el potencial necesario para que la agricultura pase de ser una de las principales actividades emisoras de gases de efecto invernadero a una actividad neutra y, posiblemente, un sumidero de dichos gases, reduciendo además la deforestación y el consumo de agua dulce en un 55% y un 35%, respectivamente.

Abordar el problema de la pobreza energética es una parte muy importante de esta transición. Para ello habrá que facilitar energía a los 1.600 millones de personas que no tienen acceso actualmente a la electricidad. Además de ser insostenible, el sistema energético actual es extremadamente desigual. Asimismo, la contaminación del aire en los hogares causada por la utilización del carbón provocará más de 1,5 millones de muertes prematuras cada año hasta 2030, la mitad de las cuales corresponde a niños menores de cinco años y el resto a mujeres en los países en desarrollo. Las tecnologías de energía renovable y políticas energéticas de fomento deben contribuir sig-

17. La agrosilvicultura es un sistema productivo que integra árboles, ganado y pastos o follaje, en una misma unidad productiva. Este sistema está orientado a mejorar la productividad de las tierras y al mismo tiempo ser ecológicamente sustentable.

18. Según la FAO, la acuicultura es el cultivo de organismos acuáticos tanto en zonas costeras como del interior que implica intervenciones en el proceso de cría para aumentar la producción. Es probablemente el sector de producción de alimentos de más rápido crecimiento y representa ahora casi el 50 por ciento del pescado destinado a la alimentación a nivel mundial.

nificativamente a mejorar el nivel de vida y la salud en las áreas de ingresos bajos, especialmente en las zonas más aisladas.

En cuanto al sector turístico, si bien su crecimiento ha ido acompañado por dificultades importantes –por ejemplo, en términos de emisión de gases de efecto invernadero, consumo de agua, vertimientos de agua no tratada, generación de residuos, daños a la biodiversidad terrestre y marina o amenaza para la supervivencia de la cultura y las tradiciones locales– los turistas están impulsando el enverdecimiento del sector, como lo demuestra el incremento anual del 20% del ecoturismo,<sup>19</sup> cerca de seis veces la tasa de crecimiento de todo el sector.

3) En la transición hacia una economía verde se crean nuevos empleos verdes,<sup>20</sup> vale decir nuevos puestos de trabajo, y se impulsa la equidad social, que a la larga superan la pérdida de empleos de la economía marrón. Es más, se calcula que, si se destinara hasta un 2% del PIB mundial hasta 2050 a la transformación verde de la economía mundial, en diez sectores fundamentales: agricultura, edificios/construcción, suministro energético, pesca, silvicultura, industria (incluida la eficiencia energética), turismo, transporte, gestión de residuos y agua, se generaría la misma cantidad de empleo y crecimiento que la economía marrón y superaría a esta última en el

19. The International Ecotourism Society define el ecoturismo como: “El viaje responsable a las áreas naturales para conservar el medio ambiente y mejorar el bienestar de las personas locales”. Eso quiere decir que los que llevan a cabo actividades de ecoturismo y los que participan en ellas deberían de seguir los siguientes principios: minimizar los impactos ambientales y sociales, aumentar la conciencia y el respeto por el ambiente y la cultura, ofrecer experiencias positivas tanto para los visitantes como para los anfitriones, ofrecer beneficios financieros directos para la conservación, proveer beneficios financieros y participación real para la población local y aumentar la sensibilidad de los turistas hacia el país anfitrión en su clima político, cultural y social.

20. Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) los empleos verdes son empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el ambiente ya sea en los sectores tradicionales (manufactura o construcción) o en nuevos sectores emergentes como las energías renovables y la eficiencia energética. Los empleos verdes permiten: aumentar la eficiencia del consumo de energía y materias primas, limitar las emisiones de gases de efecto invernadero, minimizar los residuos y la contaminación, proteger y restaurar los ecosistemas y contribuir a la adaptación al cambio climático. OIT, “¿Qué es un empleo verde?”, 2016 [Consultado el: 22/12/2016] Disponible en: [http://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS\\_325253/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_325253/lang--es/index.htm)

mediano y largo plazo, además de producir beneficios sociales y ambientales importantes. Invertir en la conservación de los bosques y la reforestación podría impulsar el empleo regulado en este sector, pudiendo crecer un 20% antes de 2050. En lo que respecta al transporte, mejorar la eficiencia energética en todas sus formas y sustituir el privado por el público o por medios no motorizados permitiría crear un 10% más de puestos de trabajo que con el modelo actual.

Las inversiones en la mejora de la eficiencia energética de los edificios podrían generar entre 2 y 3,5 millones de empleos solo en Europa y los Estados Unidos. Destinar como mínimo un 1% del PIB mundial a mejorar la eficiencia energética y aumentar el uso de energías renovables permitiría crear nuevos puestos de trabajo y obtener energía competitiva.

Si hablamos del reciclaje, en todas sus formas, actualmente da trabajo a 12 millones de personas solo en tres países (Brasil, China y Estados Unidos). Clasificar y procesar los materiales reciclables ocupa 10 veces más personas (por tonelada métrica) que los rellenos sanitarios o la incineración de residuos. Los modelos de inversión verde arrojan una proyección de crecimiento del empleo en el sector de los residuos un 10% mayor que en el modelo actual.

Entre todas las corrientes de residuos, los provenientes de equipos eléctricos y electrónicos, que contienen sustancias peligrosas nuevas y complejas, son los que están experimentando un crecimiento más rápido, tanto en los países desarrollados como en desarrollo. Las mejoras que se conseguirían mediante una economía verde permitirían reciclar casi todos los residuos electrónicos, de los cuales se estima que actualmente se recicla el 15%. A nivel mundial, en un escenario de inversión verde, la tasa de reciclaje en 2050 sería más de tres veces superior al nivel proyectado actualmente, y la cantidad de residuos que llega a los rellenos sanitarios se reduciría en más del 85%.

La transición hacia una economía verde puede generar más oportunidades comerciales, por ejemplo, al abrir nuevos mercados de exportación para los bienes y servicios ambientales y al reverdecer las cadenas de valor mundiales.<sup>21</sup>

21. “¿Qué es la economía verde?”, en *Revista Ecointeligencia*, 12 de enero de 2016 [Consultado el: 14/12/ 2016] Disponible en: <http://www.ecointeligencia.com/2016/01/economia-verde/>

Esta economía ecológicamente eficaz y eficiente es el modelo que permitirá alcanzar mejor los objetivos de desarrollo sostenible global. Sin embargo, hay que advertir que este modelo cumplirá su objetivo siempre y cuando sea un eje de transformación estructural y no se convierta en una excusa para la mercantilización de la biosfera, la privatización de la biodiversidad y/o la patentización de la naturaleza.

#### **IV. Avances: el caso Argentina**

El Índice de Economía Verde Global (GGEI) mide tanto el rendimiento económico ecológico de 80 países como la forma en que los expertos evalúan ese desempeño. Utiliza indicadores cuantitativos y cualitativos para medir el desempeño de cada país en cuatro dimensiones claves: liderazgo y cambio climático, sectores de eficiencia, mercado e inversiones y medio ambiente. Luego, la encuesta de percepción del GGEI recoge las evaluaciones de los expertos en estas cuatro dimensiones.

El GGEI es publicado, desde el 2010, por Dual Citizen LLC, una consultora privada con sede en los Estados Unidos, y lo define como una herramienta analítica diseñada para ayudar a los gobiernos, a las organizaciones internacionales y a los inversores a implementar sus marcas verdes y sus estrategias de comunicación. La 5ª edición del Global Green Economy Index (GGEI) fue realizada en 2016 y evaluó 80 países, incluida la Unión Europea.

Suecia figura como el país con mejor desempeño en el 2016, se repite como líder (con 77,61 puntos frente a 68,1 en 2014) y lo hace con bastante más ventaja (8,5 puntos) respecto al segundo puesto (Noruega, 69,11). Los otros nueve países que conforman el Top 10 en el Índice Global de la Economía Verde 2016 son: Noruega (69,11), Finlandia (67,83), Suiza (67,63), Alemania (66,01), Austria (65,23), Islandia (63,68), Zambia (62), Dinamarca (61,84) y Brasil (60,29). En cuanto a la percepción de rendimiento, Suecia ocupa el 4º puesto (93,65 puntos), por detrás de Alemania (97,74), Estados Unidos (94,70) y Dinamarca (93,84).<sup>22</sup>

22. Dual Citizen LLC, *GGEI 2016. Measuring National Performance in the Green Economy*, 5ª Edición, New York, Dual Citizen LLC, 2016, pp. 10-13; 23-26; 31.

Los resultados del GGEI de Argentina continúan siendo decepcionantes, ya que de 80 países, ocupa el puesto 71 (con 39,23 puntos) en rendimiento y 48 (con 33,42 puntos) en percepción. En cuanto al índice de percepción de las ciudades, Buenos Aires figura en el puesto 30 (de un total de 50 ciudades), con 33,06 puntos. Su puntaje de desempeño global sigue cayendo aún más en comparación con 2014. Especialmente decayó su rendimiento en las dimensiones sobre sectores de eficiencia, mercados e inversiones y medio ambiente. En cambio, en liderazgo y cambio climático, el rendimiento mejoró ligeramente en comparación con 2014 debido principalmente a que desde el Estado se está promoviendo el crecimiento económico verde.

Recientemente, el 1 y 2 de diciembre de 2016, el Gobierno de la Provincia de Córdoba, junto con la Fundación Advanced Leadership, en colaboración con la fundación The Climate Reality Project y el Banco Interamericano de Desarrollo, llevó a cabo el primer Congreso de Formación de Líderes de América Latina: “Economía Verde, Conciencia y Acción”, que tuvo como objetivo inicial concientizar a la sociedad, a las instituciones y a los gobiernos sobre la importancia del desarrollo sustentable de una forma innovadora.

Asistieron cuatro ganadores del Premio Nobel: Shirin Ebadi (primera mujer musulmana en recibir el Nobel de la Paz), Ada Yonath (única mujer viva en recibir un Nobel de Química), Kurt Wurthrich (Premio Nobel de Química) y Mario Molina (pionero en investigación ambiental). Se destacó la presencia y disertación de grandes figuras internacionales, como Robert Kennedy Jr., destacado activista ambiental y abogado especializado en ambiente; Van Jones, asesor medioambiental del presidente Obama; Bill Richardson, ex gobernador de Nuevo México y ex ministro de Energía de Estados Unidos; Alexandra Cousteau, nieta de Jacques Cousteau y activista ambiental, Noah Mamet, el entonces embajador de Estados Unidos en Argentina; y Juan Verde, experto en Desarrollo Sustentable y presidente de la Fundación Advanced Leadership.

El acto de apertura estuvo a cargo del presidente de la Nación, Mauricio Macri, quien señaló: “Argentina va a ser potencia, nuevamente, pero en energías renovables”.

Kennedy Jr., uno de los activistas más reconocidos del mundo, valoró la rentabilidad de las políticas sustentables: “La economía verde está generando dinero en el mundo, equiparándose cada vez más con la industria del carbón”. Y nacionalizó su discurso sobre las posibilidades de la escena local:

“Argentina puede darles energía a todas sus provincias con los vientos de la Patagonia”.<sup>23</sup>

El encuentro cerró con la exposición de monseñor Sánchez Sorondo, Canciller de la Academia de Ciencias del Vaticano y vicepresidente de la Fundación Scholas Occurrentes, quien afirmó: “El Papa emitió una encíclica resistiendo fuertes presiones del lobby petrolero, quienes pedían una encíclica más *light*”, y concluyó con: “La globalización produjo la globalización de la indiferencia y de la esclavitud”.<sup>24</sup>

En el camino de Argentina hacia una economía verde, la empresa Siemens planea duplicar sus negocios en el país antes de 2020. El objetivo es aumentar la proporción de energías renovables en la matriz energética local desde aproximadamente un 2% actual hasta un 20% en 2025.<sup>25</sup>

#### A. Generación de energías renovables distribuida

Actualmente la forma en que se produce y consume la energía no es sostenible. Las fuentes de generación con mayor peso en las matrices energéticas son combustibles fósiles (petróleo, carbón y gas), principales contribuyentes al cambio climático. En este contexto y ante la necesidad de una disminución drástica de emisiones de gases de efectos invernadero (GEI), el mundo en general, y en especial Argentina, enfrenta un gran desafío en la incorporación de fuentes limpias y renovables. Las modernas tecnologías renovables muestran nivel de competitividad económica y una de las mejores opciones en el mercado energético global. Para aprovechar al máximo su potencial, es necesario incorporar la generación de energías

23. “Conclusiones del primer Congreso de Economía Verde”, en *Infobae*, RSE & Sustentabilidad, 3 de diciembre de 2016 [Consultado el: 1/2/2017] Disponible en: <http://www.infobae.com/economia/rse/2016/12/03/conclusiones-del-primer-congreso-de-economia-verde/>

24. Para ampliar el contenido de la Encíclica, consultar en: A. P., A. M. “Las nuevas tecnologías de la informática a la luz de la Encíclica *Laudato Si'*. Reflexiones sobre sus ventajas y desventajas. Modernas tendencias en tecnologías verdes”, en *Pensar en Derecho*, N°8, 2016, EUDEBA, pp. 243-288.

25. Kaeser, J., “Construir una economía verde para la Argentina”, en *La Nación*, 11 de septiembre de 2016. Sección Negocios [Consultado el: 20/12/2016] Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1936522-construir-una-economia-verde-para-la-argentina>



renovables en forma distribuida integrada a la red y contar con su respaldo legislativo.

Pero antes de analizar la legislación argentina nacional y provincial en la materia, explicaremos de qué se está hablando con la noción de energías renovables, la generación distribuida o descentralizada y clasificaremos los diferentes tipos de renovables.

### *1. Nociones de energías renovables y generación distribuida*

“Las energías renovables son aquellas cuya fuente reside en fenómenos de la naturaleza, procesos o materiales susceptibles de ser transformados en energía aprovechable por la humanidad, que se regeneran naturalmente, por lo que constituyen un recurso virtualmente inagotable.”<sup>26</sup>

La “generación distribuida” (GD) ha cambiado considerablemente las nuevas concepciones de transmisión y distribución de electricidad al acercar las plantas de generación al consumidor final, reduciendo la infraestructura en transporte necesaria para la entrega de la energía, además de disminuir las pérdidas en las redes. Consiste en pequeñas fuentes de generación eléctrica distribuidas por la ciudad, ya sea en edificios, casas, escuelas u otro tipo de lugares públicos. Generalmente es un sistema de cooperación con las grandes centrales en un modelo descentralizado, lo que hace que una ciudad sea más autosuficiente y no dependa tanto de las grandes usinas para su abastecimiento. Pero no existe una única definición del concepto de “generación distribuida”. En muchos casos está basada en la ubicación en la red, el tipo de tecnología, la capacidad instalada, el impacto ambiental o la titularidad.

La Agencia Internacional de Energía (IEA, International Energy Agency) la considera únicamente como la que se conecta a la red de distribución de baja tensión (*on-grid*) y la asocia a determinadas tecnologías.

Básicamente consiste en el derecho de los usuarios a generar electricidad a partir de fuentes renovables –con paneles fotovoltaicos, aerogeneradores, turbinas hidráulicas, biomasa, biogás, entre otros– no solo para

26. Sabre, M., Cordi, M., Bornancin, M., *Censo de energía solar térmica 2016: mapa del sector en Argentina*. San Martín, Instituto Nacional de Tecnología Industrial - INTI, 2016, p. 5.

consumirla sino también para volcar los excedentes a la red de suministro eléctrico, y, por ende, venderla.

## 2. Clasificación

Los tipos de generación distribuida de fuentes renovables más usuales son:

- a) *Solar*: es aquella que mediante la conversión a calor (fototérmica) o a electricidad (fotovoltaica)<sup>27</sup> aprovecha la radiación proveniente del sol.
- b) *Eólica*: turbinas eólicas convierten la energía cinética del viento en energía mecánica, la cual acciona un generador que produce energía eléctrica.

Entre otras podemos mencionar:

- c) *Mini-hidráulica*: una central hidráulica está constituida por todos los elementos necesarios para transformar la energía de un curso de agua –debido a la diferencia de nivel entre dos puntos– en energía útil (normalmente electricidad). La Mini-hidráulica es aquella planta hidráulica con una potencia no superior a 10 megavatios (MW) aunque la Ley N°27.191 dispone que el límite es de 50 megavatios.
- d) *Biomasa*: utilización de materiales provenientes de seres vivos animales o vegetales. Es decir, toda la materia orgánica procedente de residuos de origen animal y/o vegetal obtenida de manera natural o procedente de los residuos de la industria agroalimentaria. Procede de muchas y muy variadas fuentes: astillas forestales, huesos de aceitunas, cáscaras de frutos secos, entre muchos otros, presentando un ahorro económico muy importante debido a su menor precio frente a los combustibles convencionales. El aprovechamiento de la biomasa para generar electricidad puede ser mediante proceso térmico, biogás o biocombustibles.

27. La energía solar fotovoltaica consiste en la transformación directa de la energía que irradia el sol en energía eléctrica sin mediación de reacciones químicas, ni procesos mecánicos. Este proceso de transformación de energía solar en energía eléctrica se produce mediante un dispositivo semiconductor denominado célula fotovoltaica.

e) *Cogeneración*: es el procedimiento por el que se obtiene simultáneamente energía eléctrica y energía térmica útil. La ventaja de la cogeneración es su mayor eficiencia energética ya que se aprovecha tanto el calor como la energía eléctrica de un único proceso.<sup>28</sup>

Tanto los sistemas fotovoltaicos como las instalaciones mini-eólicas,<sup>29</sup> que son las más usuales, pueden clasificarse en dos grandes grupos de acuerdo a si están conectados a la red o no:

- a) *Sistemas aislados (off-grid)*: son los que no están conectados a la red; suelen cubrir pequeños consumos eléctricos en el mismo lugar en el que se produce la demanda. Por ejemplo, en la electrificación de hogares alejados de la red eléctrica, alumbrado público, aplicaciones agrícola-ganaderas, señalización y comunicaciones. Son más comunes en aquellos sitios distantes de las redes de distribución de energía como son las zonas rurales y necesitan bancos de batería para almacenar la energía generada para su uso posterior.
- b) *Sistemas conectados (on-grid)*: a su vez se ubican en forma de grandes centrales eléctricas o en sistemas integrados pequeños.
  - i) En las grandes centrales la potencia suministrada no está asociada con un cliente en particular, sino que suministra energía a volúmenes mayoristas en la red eléctrica. Estos sistemas suelen ser montados en el suelo y su funcionamiento es independiente de cualquier tipo de desarrollo o instalación urbana cercana.
  - ii) Los sistemas integrados pequeños se instalan para suministrar energía a clientes conectados a la red o directamente a la red de distribución (de baja tensión). Esos sistemas pueden integrarse en viviendas particulares, en el lado de la demanda del medidor de la luz, en edificios públicos y comerciales. La instalación interactúa con la red a través de un inversor, por lo que no se requiere almacenar la energía

28. Testa, M., Gomel, D., *Renovables. Generación eléctrica distribuida en Argentina. Energía limpia desde los usuarios*, Buenos Aires, Fundación Heinrich Böll Cono Sur, 2014.

29. Todavía no existe una definición mundialmente aceptada de lo que corresponde a la generación mini-eólica debido a los diferentes patrones de consumo de energía doméstica en los diferentes países del mundo. No obstante, en la mayoría de los países hoy se considera como límite máximo los 100 kW.

ya que la continuidad del suministro energético está asegurada. Por ejemplo, cuando los niveles de radiación solar son altos el generador fotovoltaico proporciona energía eléctrica directamente al edificio y el excedente es inyectado a la red eléctrica. Durante la noche, o en situaciones climáticas adversas, la energía eléctrica es tomada de la red. El sistema cuenta con un medidor bidireccional que contabiliza tanto la energía que el usuario consume del sistema eléctrico formal como la cantidad de energía excedente generada por la instalación que este vuelca a la red.<sup>30</sup>

Los componentes para la conversión de energía solar en electricidad dependen del sistema que se plantea desarrollar, es decir, si el mismo está conectando a la red o no. El sistema conectado es más simple que el aislado, ya que requiere menos componentes. Además, cuenta con la ventaja de no precisar un dimensionamiento acorde al consumo, puesto que toda la energía producida es aprovechada sea porque el usuario la consume totalmente, o bien aquel sobrante que no consume lo vuelva a la red.

Entonces, los módulos fotovoltaicos requeridos son los mismos en ambos tipos de instalaciones. La diferencia fundamental entre los componentes es la ausencia de baterías en las instalaciones conectadas a la red y la presencia de un regulador de carga, debido a que la energía producida va directamente a la red. Respecto al tipo de inversor empleado, normalmente se usan aparatos de mayor potencia que incluyen controles para adecuar la corriente alterna a la que circula por la red, vale decir transforma la corriente continua (12, 24, 48 vatios) generada por las placas fotovoltaicas y acumulada en las baterías a corriente alterna (220 vatios). Si la generación del sistema es menor a la demanda es compensada con energía tomada desde la red de distribución.

A su vez, si nos preguntamos cuál es la manera de incorporar la energía generada en forma distribuida a la red, en el mundo, se formularon varios sistemas:

30. APA (CABA). *Energía Solar en la Ciudad de Buenos Aires*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008. [Consultado el: 4/3/2017]. Disponible en: [http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/documents/energia\\_solar\\_en\\_la\\_ciudad.pdf](http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/documents/energia_solar_en_la_ciudad.pdf)

- a) *Uno es el de subastas*, parecido al que está llevando a cabo el gobierno argentino, en el que el gobierno hace la licitación y se compromete tanto a adjudicar a los más baratos que cumplan las condiciones técnicas, como a comprar toda la energía que produzca por un tiempo determinado (en el caso argentino fue por 20 años).
- b) *Otro el llamado feed in tariff*, que se utilizó en Europa, especialmente en España y Alemania; el Estado dice el precio que está dispuesto a poner de las renovables, y en función de eso el que quiera hacer una central renovable ya cuenta con el compromiso del Estado de comprarle energía a un precio determinado. En este caso, el precio lo pone el regulador, y la cantidad de MW la pone el mercado.
- c) *Un tercero es el de los certificados verdes*: se obliga a los consumidores a que una parte de su energía sea renovable no convencional. Se le pone una multa si no cumplen con eso. Las empresas certifican que compran energía limpia y obtienen los certificados verdes. También vigente en Argentina a partir de la Ley N°27.191.<sup>31</sup>

### 3. Beneficios y desventajas

En el tema de las energías renovables, al igual que el de economía verde mencionado en los párrafos anteriores, encontramos tanto argumentos a favor como en contra.

#### **a) Beneficios de la generación distribuida de fuentes renovables**

Sus defensores señalan las siguientes ventajas:

- i) En cuanto a las ventajas **técnicas** (eficiencia) la generación distribuida disminuye pérdidas de energía en el transporte al reducirse la cantidad de energía transmitida a larga distancia. Además, si se produce una falla en el sistema de potencia, se podría restablecer el servicio en el menor tiempo posible, debido a que se cuenta con múltiples respaldos

31. Ferreño, O., “Las renovables no convencionales: experiencias en el mundo y sus evidentes beneficios”, en *Clean Energy News*, 15 de noviembre de 2016. [Consultado el: 23/12/2016] Disponible en: <http://www.cleanenergymag.news/wordpress/las-renovables-no-convencionales-experiencias-en-el-mundo-y-sus-evidentes-beneficios/#more>

y en el caso puntual de las renovables como la solar fotovoltaica y la eólica son tecnologías de rápida instalación, con costos decrecientes y rendimientos en aumento.

- ii) Desde el punto de vista económico, si bien hoy el costo de las tecnologías renovables aún es alto, los últimos diez años muestran una baja muy importante en sus costos. La disminución de las pérdidas por transporte redundan en un ahorro económico ya que las pérdidas de energía que se producen en el camino entre la central eléctrica y el enchufe oscilan entre el 8% y el 15%.
- iii) Como beneficios ambientales, la generación distribuida abre la puerta al uso masivo de las energías renovables, reduciendo drásticamente la emisión de dióxido de carbono.
- iv) Como beneficios sociales: en países menos desarrollados permite satisfacer rápidamente y con eficacia la creciente demanda, promueve la igualdad social dado que brinda la oportunidad para que los consumidores se vuelvan productores, convirtiendo todo el proceso de la producción de energía en más transparente, distributivo y democrático.

### **b) Principales desventajas señaladas**

Sin embargo, se han levantado voces en contra de las energías renovables:

- i) Algunos técnicos resaltan con gran indignación la ineficiencia e inutilidad de la energía solar en los techos de los hogares. Para demostrarlo, citan el periódico estadounidense *The Hill* que ejemplifica que del 100% de energía solar, solo el 24% llega hasta el panel.
- ii) Dado su alto nivel de ineficiencia, la energía solar en techos solo puede subsistir con grandes subsidios. Pero dichos subsidios tienen que ser abonados directamente por el usuario de la vivienda al momento de amortizar el equipo. Al respecto, un panel solar con las mismas características propuestas cuesta unos 97.500 pesos, precio fijado por la única empresa que lo comercializa en la provincia de Santa Fe al día de hoy, los demás son importados. Para que una familia recupere su inversión y comience a ver rentable su panel solar de techo tendría que esperar, según Curi, más de cien años.
- iii) Si el proyecto de país se basa en el crecimiento económico aunado al mercado interno, la generación de puestos de trabajo y la pujanza del

sector pyme e industrial, se requerirían grandes cantidades de energía y ningún país que pretenda industrializarse podrá jamás basar su sistema eléctrico en energías intermitentes.<sup>32</sup>

Estos argumentos pueden ser rebatidos. Justamente un equipo de científicos del Conicet descubrió una familia de materiales compuestos que permiten maximizar el aprovechamiento de la luz solar para transformarla en química o eléctrica, trabajo que generó sorpresa en la comunidad científica internacional.

- i) El grupo compuesto por el doctor en Física Eugenio Otal y los doctores en Química Manuela Kim e Ismael Fábregas, del Instituto de Investigaciones Científicas y Técnicas para la Defensa (CITEDEF), trabajó durante un año sobre materiales denominados MOFs (del inglés *Metal Organic Frameworks*) hasta desarrollar fotocatalizadores que permiten realizar sobre estos un proceso similar a la fotosíntesis que generan las plantas para obtener sus nutrientes. A diferencia de los fotocatalizadores conocidos, como el dióxido de titanio, que solo absorben la luz ultravioleta, los MOFs absorben además toda la luz visible, esto significa pasar de absorber el 4% al 43% de la luz del sol, haciéndolos potencialmente más eficientes. Además del mayor aprovechamiento de la energía solar, entre las ventajas de utilizar estos materiales está el bajo costo de las materias primas que se utilizan y la de una vida útil más extensa.<sup>33</sup>
- ii) Por otro lado, abastecer completamente la demanda media de un hogar de cuatro personas se logra instalando 20 m<sup>2</sup> de paneles fotovoltaicos, lo que equivale a una potencia instalada de unos 2 kilovatios, con un costo de unos 8.000 dólares. Si bien es cierto que hoy, en la Argentina, la energía fotovoltaica distribuida es cinco veces más cara que la producida

32. Curi, R., “En la Granja de Mauricio se siembran molinos y paneles (sobre la inutilidad de las renovables intermitentes en la industria)”, 22 de diciembre de 2016 [Consultado el: 26/2/2017] Disponible en: <http://www.oetec.org/nota.php?id=2253&area=1>

33. Nemirovski, M., “Argentinos hallan materiales que absorben el 43% de luz solar en lugar del 4% actual”, TELAM, 19 de junio de 2016. [Consultado el: 2/3/2017] Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201606/151978-energia-solar-argentinos-descubren-materiales-absorcion-materiales-conicet.html>

en un parque solar –unos 4 dólares el vatio, contra 0,8–, en los países donde ya se ha desarrollado, es entre 1,5 y dos veces más cara. Pero estos valores no son del todo comparables, porque no incluyen lo que se ahorra en transporte y distribución con la fotovoltaica distribuida.

iii) En Estados Unidos, el costo de la fotovoltaica distribuida se redujo un 54% entre 2008 y 2015 según un informe del Departamento de Energía de ese país, que ya llegó al millón de instalaciones y a los 12 gigavatios de potencia instalada. Según datos de la Asociación de Industrias de Energía Solar (SEIA), los prosumidores estadounidenses vuelcan en la red entre el 20% y el 40% de la electricidad que generan.<sup>34</sup>

### **c) Algunos datos en el mundo sobre generación de energías renovables**

En 2015 el mercado fotovoltaico rompió varios récords y continuó su expansión mundial, incrementándose en todas las regiones del mundo con un crecimiento del 25%. Aparecieron nuevos mercados, China superó a Alemania, convirtiéndose en el país con mayor capacidad instalada del mundo al haber alcanzado los 43,6 gigavatios (GW) frente al 39,7 GW del país europeo. Luego siguen Japón con 34,4 GW, los Estados Unidos con 25,6 GW e Italia con 18,9 GW.

Alemania representa un caso emblemático en materia de generación de energía renovable. Si bien ha perdido el liderazgo a manos de China, en 2015 un tercio de la demanda de electricidad fue proporcionada por energías renovables, con gran participación de la eólica terrestre y la solar fotovoltaica. Esto representa el 32,5% del consumo nacional bruto de electricidad total, superando así el 27,4% alcanzado en 2014.

El domingo 8 de mayo de 2016, Alemania alcanzó un nuevo récord en la generación de energía renovable: gracias a un día soleado y ventoso, la energía producida a partir de fuentes solar, eólica, hidráulica y biomasa suministró al país alrededor de 55 GW de los 63 GW que se consumieron, alcanzando su pico a las 13:00 horas. Dicha generación representó el 87% de consumo dado para ese día. Dado el caudal de energía generado, los precios

34. Tucillo, J., “Por una ley que haga posible la revolución de los *prosumidores*”, en *La Nación*, 13 de febrero de 2017, [Consultado el: 26/2/2017] Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1984041-por-una-ley-que-haga-posible-la-revolucion-de-los-prosumidores>.



de la energía se mantuvieron negativos durante varias horas del día provocando que los clientes “sean remunerados” por consumir electricidad.<sup>35</sup>

En cuanto a la energía eólica, China consolida su primer lugar con 145 GW de capacidad eólica instalada seguido por Estados Unidos (61,1 GW), Alemania (44,9 GW), España (23,0 GW), India (25 GW), Reino Unido (13,6 GW), Italia (8,9 GW), Francia (10,3 GW) y Brasil (8,7 GW).

Aún hasta hoy la producción de energía eólica se sigue asociando generalmente con la imagen de numerosos y grandes aerogeneradores que conforman los llamados parques eólicos. Sin embargo, también se pueden utilizar instalaciones eólicas de pequeño tamaño para el mismo fin. Estas instalaciones consisten en pequeños aerogeneradores, también llamados aerogeneradores de baja potencia. Hoy son muy pocos los usuarios con equipos eólicos de estas características conectados a red, mayormente los aerogeneradores abastecen zonas rurales o forman parte de sistemas “off-grid”. Si bien en los últimos años se están produciendo avances en el campo de la energía eólica de baja potencia, pocos en sistemas están conectados a la red.

#### *4. Legislación argentina*

Varias organizaciones ambientales, como Avina, Los Verdes, Greenpeace y Farn, piden que la modificación de la Ley N°26.190 de Energías Renovables incluya medidas para impulsar la generación distribuida o la microgeneración con instalaciones de energías renovables en Argentina ya que no solo permite un uso mucho más intenso de los recursos renovables disponibles, sino que además pueden hacerse al menor costo, reduciendo pérdidas de energía por transmisión y una modernización de la red eléctrica.

El potencial solar y eólico de nuestro país es inmenso. Si comparamos los mapas de irradiación horizontal de Alemania y Argentina, vemos que nuestro país, en parte de sus zonas menos favorecidas, cuenta con la misma irradiación que el estado de Brandemburgo, considerada una de las zonas más óptimas de ese país (1.200 kWh/m<sup>2</sup>).

35. Testa, M., Gomel, D., *Renovables. Generación eléctrica distribuida. Energía limpia desde los propios usuarios*, Fundación Heinrich Böll Cono Sur, Buenos Aires, 2016, véase p. 21.

Hacia el norte de su territorio, Argentina supera ampliamente la insolación de Alemania, llegando a duplicarla. La mayoría de las provincias argentinas presentan valores medios anuales por encima de 1,5MWh/m<sup>2</sup>/año,<sup>36</sup> lo que demuestra el potencial de la energía solar fotovoltaica en esas regiones.

Las regiones del Noroeste y Cuyo cuentan con altos promedios de insolación prácticamente durante todo el año. Se destaca el potencial de San Juan, Jujuy, La Rioja, Catamarca, Tucumán y Salta ya que cuentan con valores considerablemente superiores a los alcanzados en el resto del país. Con insolaciones promedio de entre 1,5-1,6 MWh/m<sup>2</sup>/año se encuentran las provincias de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Río Negro, Neuquén, La Pampa, San Luis, Córdoba, Santiago del Estero, Chaco, Formosa, Corrientes, Santa Fe, Entre Ríos y Misiones.

Las provincias que quedan prácticamente fuera del mapa de irradiación aprovechable son parte del territorio de Chubut y las provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego, ya que presentan valores medios anuales por debajo de los 1,5 MWh/m<sup>2</sup>/año y una gran variación entre invierno y verano.<sup>37</sup>

También existen experiencias diversas sobre mini eólica *off-grid*, como es el caso del Proyecto de Energías Renovables en Mercados Rurales (PERMER), aunque no sucede lo mismo para proyectos conectados a la red (*on-grid*), segmento no desarrollado en el país.

### **a) A nivel nacional**

Particularmente, Argentina cuenta con una matriz energética altamente dependiente de los combustibles fósiles, fundamentalmente petróleo y gas, llegando al 87% de la oferta energética total. Por su parte, en la matriz eléctrica la participación de los combustibles fósiles se ha ido incrementando y alcanza el 66% del total, siendo el gas natural su principal componente. Frente a este contexto y ante la necesidad de una disminución drástica de

36. El megavatio-hora (MWh) es una unidad de medida de energía eléctrica, equivalente a un millón de vatios-hora. Es la energía necesaria para suministrar una potencia constante de un megavatio durante una hora. El MWh se utiliza para medir el consumo de grandes industrias o conglomerados urbanos y para dar a conocer el índice de producción de una central eléctrica, aunque para estos casos también se utiliza el megavatio-año, unidad con que se mide la energía de una central eléctrica durante un año.

37. *Ibidem*, pp. 17-18.

emisiones de gases de efectos invernadero, el país enfrenta un gran desafío en la incorporación de fuentes limpias y renovables.

El sector eléctrico es clave para la incorporación de las nuevas fuentes de energías renovables; sin embargo, en la actualidad la participación de las mismas apenas cubre el 1,4% del total de la demanda eléctrica nacional. La aplicación de las energías renovables de forma distribuida, generando energía en el mismo sitio donde se utiliza –del lado de la demanda– es un campo inmenso que aún no se ha explorado en Argentina. Es en aplicaciones domésticas o en edificios gubernamentales y corporativos donde la energía solar fotovoltaica principalmente, aunque también la eólica, tienen un potencial inmenso que puede desarrollarse rápidamente.

Para aprovechar el potencial existente en todo el país, además del desarrollo a gran escala, es necesario incorporar la generación distribuida integrada a la red (como las renovables no son gestionables, solo se pueden introducir dentro de la matriz energética en un “mix”) y contar con la factibilidad regulatoria para comenzar a potenciar las posibilidades que brinda un modelo de generación descentralizado.

Las energías renovables en Argentina son competitivas frente a los altos costos de generar energía con combustibles importados o a la importación de energía eléctrica desde Brasil, Chile o Paraguay. La comparación de los costos de generación en base a combustibles importados muestra la conveniencia de generar energía en base a fuentes renovables, ahorrando divisas en importación de combustibles fósiles caros, e invirtiendo en fuentes renovables, limpias y que generan inversiones y empleo local. La generación solar y eólica a baja escala, lo que suele denominarse microgeneración, desplaza la electricidad en el punto de consumo, donde mayor es el precio de la energía. Es allí donde la energía solar, por ejemplo, podrá competir más rápidamente con las fuentes tradicionales. La incorporación de esta posibilidad abre un camino para la descentralización del sistema eléctrico en un país con una estructura de toma de decisiones y abastecimiento altamente concentrados y centralizados, lo que genera una traba a la incorporación de nuevas fuentes y tecnologías y de nuevos actores.

Hoy la mayoría de las plantas de generación de energía se encuentran situadas a grandes distancias de los centros de consumo, por lo que es necesario dotar al sistema de una compleja infraestructura que permita transportar energía y hacerla llegar a los usuarios en óptimas condiciones para su

consumo. En la medida que crece el consumo, el sistema debe crecer para tener mayor capacidad no solo de generación, sino también de transporte. Que los centros de generación estén cerca de los centros de consumo supone una mejora ambiental y energética, ya que se disminuyen las pérdidas en el transporte. Por otro lado, la eficiencia del sistema de generación distribuida disminuye los costos económicos, ya que optimiza el uso de los recursos, reduce el tamaño de las plantas y favorece el desarrollo de las energías renovables.

En septiembre de 2015, el Congreso Nacional sancionó la Ley N°27.191, modificando la Ley N°26.190 “Régimen de Fomento Nacional para el uso de Fuentes Renovables de Energía destinada a la Producción de Energía Eléctrica”. La nueva norma mantiene el objetivo planteado en la ley original de lograr el 8% de consumo de energía eléctrica a partir de fuentes renovables extendiendo el plazo para su concreción a diciembre de 2017. Para el 2018 todos los consumidores deben tener un 8% de su energía proveniente de fuentes renovables.

Para lograr los objetivos propuestos, la ley establece distintas herramientas. Por un lado, amplía el elenco de fuentes renovables de energía incluyendo la undimotriz,<sup>38</sup> de las corrientes marinas y biocombustibles, al tiempo que aumenta la potencia de las centrales hidroeléctricas (o minihidroeléctricas) alcanzando los 50 MW. Adicionalmente, dentro de los puntos destacados para el logro de los objetivos, se crea un Fondo Fiduciario (FO-DER) específico para el financiamiento de proyectos renovables y se otorgan incentivos fiscales para los productores independientes de energía y para la cadena de valor de producción local.

Los grandes consumidores y las industrias (con una demanda de potencia mayor o igual a 300 kW) están obligados –y si no lo cumplen pagarán una multa– a utilizar el 8% de la energía que consumen de fuente renovable no convencional. Por ello, mediante el Decreto Reglamentario N°531/16 se deja sentado que el gobierno asumirá la compra de esa generación renovable.

Para el caso particular de los grandes usuarios, ellos pueden optar por comprar la energía al Estado a través de la Compañía Administradora

38. La energía undimotriz, u olamotriz, es la energía que permite la obtención de electricidad a partir de energía mecánica generada por el movimiento de las olas.

del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA), o bien hacerlo por cuenta propia a través de contratos privados con generadores o, en una tercera opción, adentrarse en la autogeneración. En este último caso, puede tener su parque propio, que puede estar en su propio predio o en otro. Si está en otro predio, tendrá que pagar el transporte y la distribución, y si está en su propio predio no tendrá que hacer frente a esos gastos. Al mismo tiempo, la ley dispone que se contará con un régimen de fomento para la incorporación de nueva potencia de energía renovable a fin de lograr los objetivos.

Mediante la Resolución N°136/2016 del 25 de julio de 2016, el Ministerio de Energía y Minería instruyó a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA) a realizar la Convocatoria Abierta Nacional e Internacional “Programa RenovAr Ronda-1” para la calificación y eventual adjudicación de ofertas para la celebración de contratos de abastecimiento de energía eléctrica generada a partir de fuentes renovables, en aras de aumentar la participación de las fuentes renovables de energía en la matriz energética del país conforme lo prescripto por las Leyes N°26.190 y N°27.191 y el Decreto N°531/2016.

En tal sentido, el 7 de octubre de 2016 se realizó la adjudicación de los Contratos de Abastecimiento de Energía Eléctrica Renovable correspondientes a la Ronda-1 del programa RenovAr. Fueron adjudicados cuatro proyectos de energía solar fotovoltaica por 400 MW en total, y 12 proyectos de energía eólica por 708 MW. En conjunto suman un total de 1.108 MW. Al mismo tiempo, fue adjudicado el único proyecto de biogás que seguía en carrera con 1 MW ofertado. Todo ello suma 17 proyectos, por 1.109 MW, distribuidos en nueve provincias, que representan el 2,9 por ciento del consumo eléctrico nacional.

Dentro de las adjudicaciones, Jujuy y Salta se quedaron con los 400 MW solares con 3 y 1 proyecto respectivamente. Mientras que los 708 MW otorgados a la tecnología eólica se repartieron en 12 proyectos distribuidos en seis provincias: Buenos Aires, con 5 proyectos, Chubut, con 3, y Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y La Rioja, con 1 proyecto cada una. El único proyecto de biogás fue adjudicado a la provincia de Santa Fe.

Por otra parte, el ministro de Energía y Minería, Juan José Aranguren, y el subsecretario de Energías Renovables, Sebastián Kind, anunciaron en conferencia de prensa una segunda vuelta o repechaje dentro de la Ronda-1 (Ronda 1.5) por 600 MW, pero solo dentro de las ofertas de fuentes solar

(200 MW) y eólica (400 MW) para aquellos proyectos descalificados o aquellos que no fueron suficientemente competitivos.<sup>39</sup>

En Susques, enclavada justo en el taco de la bota de la provincia de Jujuy, se instalarán, en cuestión de meses, 1.500.000 paneles solares, que se convertirán en la planta fotovoltaica más grande de Sudamérica: ocupará 360 hectáreas, a 4.000 metros sobre el nivel del mar y costará us\$ 410 millones de dólares, financiados por un banco chino. La Puna recibe unas 3.400 horas anuales de luz solar, lo que equivale a más de 9 horas diarias promedio. La construcción de la planta se iniciará en mayo del 2018. Demoraría un año y un mes y poco tiempo después estarían funcionando los paneles policristalinos de células fotovoltaicas de silicio, las encargadas de tomar la energía del sol para convertirla en energía eléctrica. “Cauchari I, II y III” tendrán una potencia pico de 300 MW anuales.

En una primera etapa, la energía se venderá al sistema interconectado nacional, ya que la licitación incluyó un contrato comercial con la distribuidora CAMMESA, que garantiza la compra de energía durante 15 años por us\$ 60 el MW. Se espera que más adelante autoabastezca a la provincia.

Es una asociación público-privada de la estatal Jemse con tres empresas chinas: Power China, Shanghai Electric y Talesun. Ellos fabricarán los módulos fotovoltaicos y harán la operación y mantenimiento. El banco Eximbank, también chino, dará 100% del financiamiento. El objetivo de largo plazo es consolidar un “parque solar y geotérmico de la Puna” con capacidad de generar hasta 1.500 MW, que podría abastecer el consumo anual de unos 350.000 hogares. En esa proyección aparece la posibilidad de aprovechar la energía geotérmica del volcán Tuzgle, una de las atracciones del paraíso pedregoso de Sey. Pero todo demanda sus correspondientes estudios previos. Así como debió realizarse un mapeo con satélites europeos y de la NASA para medir el recurso solar, para comenzar a perforar las proximidades del volcán habrá que tener datos concretos: cada perforación cuesta us\$ 1 millón.<sup>40</sup>

39. Testa, M. E., “RenovAr: el Gobierno adjudicó los contratos por 400 MW para solar y 708 MW para eólica y anunció repechaje”, en *Clean Energy News*. 7 de octubre de 2016 [Consultado el: 5/2/2017] Disponible en: <http://www.cleanenergymag.news/wordpress/renovar-el-gobierno-adjudico-los-contratos-por-400-mw-para-solar-y-708-mw-para-eolica-y-anuncio-repechaje/>

40. Pagura, C., “Construirán en la Puna jujeña la planta solar más grande de Sudamérica”, en *Ámbito*, 24 de diciembre de 2016. [Consultado el: 5/2/2017] Disponible en: <http://>

En otro orden de ideas, el subsecretario de Energías Renovables del Ministerio de Energía, Sebastián Kind, declaró que, en el corto plazo, reglamentarán la posibilidad de que el sector privado pueda comenzar a negociar contratos de compra de energía (PPAs, Power Purchase Agreements) con Grandes Usuarios bajo la Ley N° 27.191.

La norma da la posibilidad a los usuarios que consuman desde 300 KW en adelante de que puedan autogenerar la energía, comprársela a CAMMESA o rubricar contratos con el sector privado (sea un generador, comercializador o distribuidora, sobre un precio tope de 113 dólares por megavatio hora-MWh).

De esta forma, cuando se dicte la resolución de los contratos de compra de energía PPAs privados surgirán espontáneamente muchísimos *off takers* nuevos, además de nuevos generadores dispuestos a invertir en centrales de fuentes renovables y vender a privados.<sup>41</sup>

#### i) Proyecto de Ley nacional común de Generación Distribuida unificado

Argentina aún no cuenta con una ley nacional que permita a los consumidores volcar la energía renovable generada de manera distribuida a la red, habilitándolos a ser generadores o “prosumidores”.<sup>42</sup>

Si bien durante 2013 y 2014 varias organizaciones de la sociedad civil intentaron incorporar esta posibilidad en la reforma de la Ley 26.190, la propuesta no prosperó. Sin éxito, el proyecto de modificación obtuvo media

[www.ambito.com/867021-construiran-en-la-puna-jujuna-la-planta-solar-mas-grande-de-sudamerica](http://www.ambito.com/867021-construiran-en-la-puna-jujuna-la-planta-solar-mas-grande-de-sudamerica).

41. Gubelli, G., “Kind sobre la reglamentación de contratos entre privados: *Estamos trabajando para sacarla antes de fin de año*”, en *Energía Estratégica*, 14 de octubre de 2016. [Consultado el: 6/3/2017] Disponible en: <http://www.energiaestrategica.com/kind-la-reglamentacion-contratos-privados-estamos-trabajando-sacarla-fin-ano/>

42. El concepto de prosumidor se basa en la fusión de las palabras en inglés ‘producer’ (productor) y ‘consumer’ (consumidor). Hace ya algunas décadas apareció el término ‘prosumidor’ en el libro futurista *La Tercera Ola*, de Alvin Toffler, asumiendo que en un tiempo los consumidores exigirían ser escuchados y participar en la confección de los productos y servicios de las empresas para satisfacer sus necesidades reales, al tiempo que generando y exponiendo visiblemente sus opiniones sobre dichos productos y servicios; vale decir, son personas involucradas que suben información a la red y a su vez son consumidores de la misma, creando así un abanico de información en todos los sentidos.

sanción del Senado Nacional a fines de 2014 sin incorporar la generación distribuida como posibilidad.<sup>43</sup>

En ese sentido es clave contemplar dos rasgos principales de la generación distribuida en lo referido a su regulación. Por un lado, el plexo normativo que regula el régimen de energía eléctrica nacional no incorpora la generación distribuida, es decir, no existe como tal, aunque este tipo de generación de energía se encuentra habilitado en algunas jurisdicciones a través de normas provinciales. En segundo lugar, la distribución de la energía es potestad de las provincias. Esto es así dado que el consumidor final –y futuro generador distribuido o prosumidor– se encuentra conectado a la red eléctrica a través de las distribuidoras. Teniendo en consideración las cuestiones mencionadas hay diferentes razones por las que una regulación nacional es necesaria, entre ellas, que la disposición de lineamientos técnicos y administrativos comunes puedan ser adoptados por todas las jurisdicciones y que el área concesionada a las distribuidoras Edenor y Edesur es de jurisdicción nacional, por lo que una ley nacional debe ser sancionada aun en el caso que ninguna otra jurisdicción adhiera a ella.

Entonces, para poder contar con el enorme potencial que representa la energía distribuida, debe disponerse de una normativa técnica que sea adoptada por los organismos que regulan el servicio eléctrico en las diferentes jurisdicciones del país de modo tal que las potencias y parámetros técnicos que deben cumplir los equipos a integrarse a la red sean similares en todo el territorio nacional. Los criterios e incentivos a los usuarios generadores deberán ser diseñados para cada región acorde a sus condiciones naturales y regulatorias. Solo mediante una Ley Nacional se pueden armonizar los criterios técnicos y administrativos para que las empresas distribuidoras, tanto privadas como gubernamentales, faciliten la integración de micro-generación renovable a sus redes de distribución y, a su vez, establecer criterios técnicos comunes para los diferentes entes regulatorios eléctricos de cada jurisdicción.

Durante el año 2016, el diputado nacional y vocero de la organización política Los Verdes, Juan Carlos Villalonga, presentó un proyecto de ley para implementar el esquema a nivel nacional, que fue aprobado en noviembre de 2017.

43. Testa, M., Gomel, D., *Renovables. Generación eléctrica distribuida. Energía limpia desde los propios usuarios*, véase p. 4 y pp. 20-23.



La Ley N° 27.191 hace foco en la generación de mayor potencia, mientras que el nuevo proyecto apunta a iniciativas de menor escala. La nueva ley fomentará y dará un marco apropiado para proyectos menores, aprovechando los recursos para generar energía in situ. Todavía rigen frenos que impiden (directa o indirectamente) a los grandes usuarios comprar energía por sí mismos. Actualmente hay un único comprador de energía (*off taker*), que es el Estado (a través de CAMMESA).

Los diputados nacionales Gustavo Bevilacqua (Frente Renovador), Juan Carlos Villalonga (PRO), Luís María Bardeggia y Néstor Tomassi (Bloque Justicialista), en conjunto, y dialogando sostenidamente con diferentes entidades, crearon un proyecto de Ley común de Generación Distribuida unificando criterios.

Durante todo el año pasado el equipo de trabajo (integrado por los mencionados legisladores de distintos signos políticos y sus asesores) se reunió con diferentes entidades públicas y privadas para elaborar un proyecto que sea técnicamente sólido y viable en su aplicación. La Cámara Argentina de Energías Renovables, el Instituto Nacional de Tecnología Industrial, el consorcio Iresud, el Consejo Federal de la Energía Eléctrica, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y distribuidoras han sido algunos de los actores que proveyeron aportes para apuntalar el texto.

Asimismo, goza del respaldo del subsecretario de Energías Renovables del Ministerio de Energía y Minería, que el año pasado se comprometió, a través de una carta de intención, a atender el proyecto luego de que pasara el frenesí que demandó el plan de licitaciones RenovAr.

El texto sostiene que la tarifa debe ser revisada anualmente por la Autoridad de Aplicación a efectos de aplicarse a los nuevos usuarios ingresantes al régimen de esta ley. La misma se establecerá en base a los criterios que la Autoridad de Aplicación disponga por medio de la reglamentación de la ley y sus normas complementarias y podrá aplicar criterios como valor de mercado.

La Autoridad de Aplicación realizará los pagos a los Distribuidores utilizando el “Fondo para el Desarrollo de Energías Renovables” (FODER) creado por la Ley N° 27.191 u otras fuentes de financiamiento que tal autoridad considere adecuado utilizar. Dichos pagos serán otorgados para cubrir el diferencial entre la Tarifa de Incentivo fijada por la Autoridad de Aplicación correspondiente a cada tipo de usuario según lo establecido en esta ley y el costo de la energía eléctrica que el Distribuidor paga por la compra de energía eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista.

Asimismo, el texto propone elaborar juntamente con otros Ministerios políticas activas para promover la adquisición e instalación de equipamiento de generación distribuida de energía eléctrica a partir de fuentes renovables por parte de los usuarios, así como para la creación y radicación de empresas destinadas a fabricar y ensamblar equipamiento y/o insumos de generación distribuida de energía eléctrica a partir de fuentes renovables.

En caso de que la Tarifa de Incentivo sea \$0 (cero pesos), el usuario pagará o recibirá, según corresponda de acuerdo a lo previsto en el Artículo 15 inciso c), el neto entre la energía consumida y la volcada a la red.

Por otro lado, desde la parte técnica, el proyecto fija que el Distribuidor deberá implementar un mecanismo administrativo ágil para atender tales solicitudes y realizará una evaluación técnica tanto de las condiciones de la red como del equipamiento del usuario, el que deberá ajustarse a la reglamentación y normas complementarias emitidas al respecto por la Autoridad de Aplicación.<sup>44</sup>

El proyecto de ley unificado, en síntesis, se estructura en base a cuatro ejes centrales:

- *Universo de usuarios que pueden generar (prosumidores)*: serán todos aquellos usuarios de la red de distribución con potencias contratadas para su consumo hasta 300 kW. Pone en el centro de la escena a todos los consumidores, quienes ahora pasarían a ser generadores o “prosumidores”, vale decir, generación de energía a escala domiciliaria a través de paneles solares, haciendo que parte de la electricidad que se consume sea producida por el mismo usuario y el excedente pueda ser vendido a las grandes distribuidoras. Hay dos aspectos fundamentales que la ley que se está discutiendo pone en juego: en primer lugar, que cada uno pueda tener paneles solares en su casa y ser generador de energía; y en segundo, pero no menos importante, que se crearía una masa de empleo muy considerable. Esto es así ya que, en los grandes parques solares o eólicos, se trata de empresas que hacen su inversión, instalan

44. “Procuran apurar tratamiento de Ley de Generación Distribuida”, en *El Inversor*, E. & M. Newsletter diario, 4 de marzo de 2017. [Consultado el: 4/3/2017] Disponible en: <http://www.inversorenergetico.com.ar/procuran-apurar-tratamiento-de-ley-de-generacion-distribuida/>

y producen con una mano de obra temporal, quedando solo un bajo mantenimiento, con poco personal empleado. En cambio, con la generación distribuida, se genera mucho trabajo, mucha gente vendiendo, instalando, reparando, haciendo trabajos específicos, proyectando.<sup>45</sup>

- *Límite de capacidad instalada*: el proyecto de ley no contiene una capacidad límite determinada *a priori* para la instalación de equipamiento. Se dispone una diferenciación para aquellos prosumidores que no superen ni la potencia que tienen contratada para su consumo ni la potencia instalada dado que podrán resolver los trámites administrativos y técnicos con la distribuidora correspondiente y la percepción de la tarifa de incentivo. En caso de que uno o ambos requisitos no se cumplan, el usuario deberá solicitar la autorización de conexión a la Autoridad Regulatoria que le corresponda, la cual se deberá ajustar a lo que disponga la Autoridad de Aplicación en lo referido a cuestiones remunerativas, técnicas y administrativas.
- *Tarifa de incentivo*: los prosumidores que respeten los requisitos mencionados en el punto anterior podrán acceder a una tarifa de incentivo que amortice la inversión necesaria para el equipamiento por un plazo de cinco años. El proyecto prevé la actualización de esa tarifa anualmente para aquellos nuevos generadores que quieran instalar equipamiento.
- *Régimen de promoción*: dentro de las obligaciones de la Autoridad de Aplicación se incluye el diseño de políticas activas para promover la adquisición de equipamiento y facilitar la instalación de los equipos.

### **b) A nivel provincial**

Santa Fe, Mendoza, Salta, San Luis, Neuquén, Tucumán (falta aún la promulgación), Misiones y Jujuy son las provincias argentinas que cuentan hoy con normativa de generación distribuida de energía proveniente de fuentes renovables. Por su parte, Entre Ríos y Córdoba están trabajando en la elaboración de normativa propia.

i) Santa Fe fue pionera mediante la Resolución N°44 del 2 de octubre de 2013 de la Empresa Provincial de Energía, habilitando la conexión

45. "Generación distribuida: de consumidores a microgeneradores de energía", 16 de diciembre de 2016 [Consultado el: 26/2/2017] Disponible en: <http://www.arquimaster.com.ar/web/generacion-distribuida-de-consumidores-a-microgeneradores-de-energia/>

a la red de sistemas distribuidos de energía renovable. La norma aprueba el Protocolo de Interconexión para el tratamiento de solicitudes de generación en isla o en paralelo con la red de la empresa permitiendo instalaciones de potencias nominales menores que 300 kW con un modelo tarifario de balance neto. Las leyes provinciales N°12.503 y N°12.692 expresan qué se entiende por energías renovables, alternativas o blandas: todas aquellas que “se producen naturalmente, en forma inagotable y sin ocasionar perjuicio al equilibrio ambiental”.

Por medio del proceso establecido en el protocolo, se debe presentar una propuesta de proyecto con el tipo de tecnología a utilizar y la capacidad de generación. Posteriormente se realiza un análisis técnico y se aprueba el proyecto o no. El proceso de facturación, en base al modelo *net metering*, se divide en tres etapas: se factura la totalidad del consumo con su tarifa normal, para luego calcular el consumo como suma de las lecturas de dos medidores (uno convencional y otro bidireccional digital que mide la energía en ambos sentidos: la inyectada, la consumida y la neta), y se descuenta la energía generada al precio de compra en el mercado eléctrico mayorista. Este mecanismo permite compensar los costos de la factura de electricidad con un cierto monto de la autoproducción, remunerada según las tarifas de los proveedores convencionales de la región.

Debe destacarse que este instrumento no ofrece a los consumidores que buscan generar energía a través de un sistema renovable la suficiente previsibilidad de costos necesaria para realizar la inversión.

No obstante, este año la provincia lanzó el Programa Prosumidores, con una duración de dos años con un cupo de cien proyectos y una tarifa diferencial de \$5,50 (cinco pesos con cincuenta centavos) por kW/h generado a ser percibido por ocho años para potencias instaladas no mayores a 1,5 kW. Otro de los puntos claves del programa radica en que, en caso de que durante tres bimestres consecutivos la energía consumida por un prosumidor resulte inferior al 60% de la energía generada, se suspenderá la tarifa de incentivo hasta que esa relación iguale o supere el 60%.<sup>46</sup>

46. Gobierno de Santa Fe, *Programa Tarifa Promocional para Prosumidores*. [Consultado el: 26/2/2017]. Disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/204394/>

El Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), como parte de un consorcio público privado, pondrá en marcha en la localidad santafesina de Armstrong un sistema de generación distribuida utilizando energía solar y eólica con elementos de operación inteligente. El ahorro y autoproducción energética son las ventajas del nuevo esquema. El proyecto se denomina Redes Inteligentes con Energías Renovables (Prier), y apunta a promover la participación activa del usuario para acercar la generación al consumo. Uno de sus objetivos es diversificar la matriz energética nacional.

Las acciones comenzaron formalmente a principios de 2016 y se extenderán durante los próximos tres años, período en el que se conformará una red de generación distribuida utilizando energías renovables. La red convencional convivirá con la red inteligente, y esta última será la encargada de administrar la inyección de energía renovable, integrando la energía eólica y solar en el tendido eléctrico. El Prier contempla la instalación de sistemas solares fotovoltaicos y aerogeneradores de baja potencia conectados a la red de distribución local. Se prevé la instalación de una planta fotovoltaica de al menos 200 kilovatios en el parque industrial local, base de un mix de generación distribuida para entregar energía eléctrica a la red de distribución. Las instalaciones de baja potencia, en tanto, serán instaladas en emplazamientos residenciales urbanos y espacios públicos.<sup>47</sup>

ii) En 2013, Mendoza sancionó la Ley N°7.549 por la que se autoriza a los usuarios de energía eléctrica conectados a una red de distribución a transformarse en autogeneradores y cogeneradores de energía eólica y solar. Asimismo, se desgravan los impuestos inmobiliarios a los predios utilizados como parques eólicos con una capacidad mínima instalada de 100 kW por hectárea con equipos de fabricación nacional y se exime del canon de concesión a las distribuidoras por el porcentaje de facturación del servicio eléctrico que corresponda a agentes de energía eléctrica de origen eólico y solar por el plazo que el Poder Ejecutivo provincial determine.

La provincia cuenta aproximadamente con 20 instalaciones piloto que no se enmarcan en los lineamientos de la ley. En su mayoría son fotovoltaicas y diez son para autoconsumo particular. Cinco de las instalaciones

47. “En Armstrong inyectarán a la red eléctrica energía verde”, en *El Ciudadano y la Gente*, 5 de febrero de 2017 [Consultado el: 10/2/2017] Disponible en: <http://www.elciudadanoweb.com/en-amstrong-inyectaran-a-la-red-electrica-energia-verde/>

conectadas a la red son bibliotecas públicas de 1,5 kW cada una. La municipalidad de Godoy Cruz tiene una instalación de 8 kW con una tarifa de \$30 MWh. El hospital Notti cuenta con una instalación de 3 kW y no cobra por lo que genera dado que consume todo. Por otro lado, Emesa tiene una instalación de 3 kW por la cual tampoco cobra por los excedentes. El Edificio Inteligente de Godoy Cruz provee de energía a 32 departamentos y cuenta con luminaria LED. La Universidad Tecnológica Nacional (UTN Mendoza) también cuenta con 12 paneles de 240 W cada uno y un inversor de 2,8 kW, mientras que la Universidad Nacional de Cuyo tiene en su comedor una instalación de casi 1 kW.

iii) Por su parte, en junio de 2014, Salta sancionó la Ley N°7.824 estableciendo las condiciones administrativas, técnicas y económicas para que los usuarios puedan conectar hasta 100 kW de potencia a la red de baja tensión bajo un modelo tarifario de balance neto. El Ente Regulador de los Servicios Públicos (ENRESP) es el encargado de determinar el valor que se deberá abonar por la generación de energía. A priori, la legislación establece que deberá ser acorde a la referencia que se abone en el mercado eléctrico nacional para generaciones de igual tipo y origen al momento en que se inyecte la energía en la red.

El gobierno provincial creó, además, un Régimen Promocional de Inversiones, por el que busca brindar créditos de hasta un 70% del costo de los equipos a devolver en 5 cuotas anuales, a partir del sexto año a valor histórico.

Al igual que lo hicieron las autoridades santafesinas, Salta avanzó hacia la tarifa diferencial. A partir de la Resolución N°1315/14 el gobierno estableció el instrumento “*feed in tariff*”<sup>48</sup> por un período de dos años contemplando para su formación el tipo de tecnología, cantidad de horas y el

48. En algunos países, provincias o ciudades, como mencionamos anteriormente, se impulsan las energías renovables mediante un instrumento normativo que busca establecer una tarifa especial, premio o sobreprecio por la energía que un proveedor renovable inyecte a la red. A esto se le suele llamar Feed-In Tariff. El gobierno nacional, provincial o municipal, interviene en el precio al que se le compra la energía al generador, con lo que este puede obtener una seguridad de que le será comprada y a un precio subvencionado como para que pueda recuperar la inversión inicial. Como la mayoría de las energías renovables requieren de una gran inversión inicial, es una forma de incentivar la inversión en ese campo.

precio estacional de la energía no subsidiada. Estas tarifas se actualizarán trimestralmente según los precios estacionales de energía no subsidiados y los cambios en los precios que se abonen en el mercado eléctrico nacional para generaciones de igual tipo y origen. A eso se le suman, además, los cargos fijos y por potencia que debe abonar el usuario a la distribuidora según su categoría tarifaria.

iv) También en 2014, la provincia de San Luis sancionó la Ley N°IX-0921-2014 de “Promoción y Desarrollo de Energías Renovables”, en la que la generación distribuida está incluida en un modelo de promoción de las renovables mucho más amplio. La ley plantea que los generadores de energía de forma distribuida de fuentes renovables podrán solicitar el otorgamiento de un crédito fiscal por un importe de hasta 50% de los impuestos provinciales a devengar por el contribuyente en hasta cuatro ejercicios fiscales, incluyendo aquel en el que inicie la ejecución del proyecto, de acuerdo con lo que se determine en la reglamentación en función de la inversión total y mano de obra, el que en ningún caso podrá ser superior al monto total de la inversión comprometida.

En el caso específico de la generación distribuida, el proyecto de ley establece que la Autoridad de Aplicación promoverá los sistemas necesarios que permitan a los generadores y autogeneradores distribuidos conectarse a la red para inyectar la energía proveniente de fuentes renovables. Esta norma no fue reglamentada, por lo que no existen instalaciones bajo este marco regulatorio.<sup>49</sup>

v) El gobierno de la provincia del Neuquén publicó en su Boletín Oficial, hacia finales del mes de julio de 2016, la Ley N°3.006 que promueve este tipo de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables para ser inyectada a las redes de media y baja tensión, así como también para autoconsumo. La Autoridad de Aplicación debe definir las tarifas a los usuarios, así como los cupos por otorgar y los mecanismos de acceso para acogerse a los beneficios de la ley. La tarifa se considerará como costo de abastecimiento de la distribuidora sin alterar los cuadros tarifarios corres-

49. “Seis provincias con normativa de generación distribuida de energías renovables”, en *Clean Energy News*, 9 de septiembre de 2016 [Consultado el: 27/2/2017] Disponible en: <http://www.argentinagbc.org.ar/?articulos=seis-provincias-con-normativa-de-generacion-distribuida-de-energias-rebovables>.

pondientes y se podrán definir diferentes tarifas según las características de los generadores distribuidos. Asimismo, debe diseñar líneas de créditos especiales y de largo plazo para la adquisición de equipos a través del Estado provincial o de convenios con bancos públicos y privados. Finalmente, la Autoridad de Aplicación puede establecer precios diferenciales durante distintos plazos a favor de los usuarios para distintos niveles de generación que produzcan acreencias mediante la inyección de energía eléctrica a partir de recursos renovables.

vi) La Legislatura de Misiones aprobó, en agosto de 2016, la Ley de “Balance Neto. Microgeneradores Residenciales, Industriales y/o Productivos”. Mediante la reglamentación se determinarán los requisitos técnicos y los límites de generación que deberán cumplirse para conectar el equipamiento a las redes de distribución e inyectar los excedentes de energía a estas.

vii) Por su parte, Tucumán sancionó (falta la promulgación) a finales de 2016 una ley por la cual crea la figura de prosumidor, siendo aquel usuario de las redes de distribución que inyecta energía eléctrica generada a partir de fuentes renovables acorde a las normas técnicas que definirá la futura reglamentación. De esta manera la empresa distribuidora provincial debe firmar un contrato de compra venta de energía con el titular del servicio previo análisis de factibilidad y aprobación conjunta del proyecto con la Autoridad de Aplicación. Entre las condiciones de contratación, la ley establece que los usuarios –los prosumidores– de energía eléctrica que deseen establecer una conexión deberán solicitarlo a la empresa que presta el servicio público de distribución de la energía eléctrica en la provincia.

El prosumidor que no consuma la totalidad de energía eléctrica podrá volcar su excedente a la red, por el que recibirá una compensación que será fijada vía reglamento. Será la Autoridad de Aplicación la que establecerá el precio a abonar al prosumidor que deberá ser acorde al que se abone en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) para generaciones de igual tipo y origen al momento que se inyecte a la red de distribución.

Los volúmenes y el costo generado por los usuarios acogidos a la ley serán tenidos en cuenta como costos de abastecimiento de la distribuidora de energía eléctrica a los fines de los cálculos de los cuadros tarifarios que correspondan según el contrato de concesión que rigen a esta. En la reglamentación, además, se establecerán los requerimientos técnicos, límites de generación y cupos de potencia, que no podrán ser menores al 100% del consumo propio.



Como medida de promoción, a través de la norma se autoriza a la Caja Popular de Ahorros de la provincia a instrumentar una línea especial de créditos, destinada a la adquisición de equipamientos. Los préstamos otorgados por la entidad financiera en el marco de las previsiones de la Ley serán reintegrados en hasta 60 cuotas, iguales, mensuales y consecutivas.<sup>50</sup>

viii) En enero de 2016 fue aprobada en Jujuy como Ley N°5904 la norma que establece una política energética sostenible en todo el territorio provincial, en base a la promoción del aprovechamiento de la energía solar en sus diversas formas, ya sea como fuente de generación de electricidad o de calor, teniendo como meta permanente la eficiencia y la sostenibilidad energética. También se declaró de interés estratégico la generación de energía eléctrica y energía térmica a partir del aprovechamiento de la energía solar, con destino a la prestación de servicio público; la investigación para el desarrollo científico-tecnológico; el diseño, fabricación, implementación, mantenimiento y comercialización de equipos y sistemas con esa finalidad. La generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad generada a partir del aprovechamiento de la energía solar constituye un servicio público estratégico de la provincia.

Entre los fundamentos destacamos que en los últimos años el desarrollo de las tecnologías que posibilitan el aprovechamiento de la radiación solar ha mejorado en eficiencia y en precio, tanto en la conversión directa en electricidad (solar fotovoltaica) como en el aprovechamiento térmico, de alta, media y baja temperatura, sea para generar electricidad o para uso del calor. Estas mejoras posibilitan que sean opciones de diversificación de la matriz en lo inmediato. El costo del kwh utilizado para calentar agua destinada a usos residenciales y comerciales es el más competitivo de todos.

Asimismo, el aprovechamiento de la energía solar para la generación de electricidad o calor es estratégico para abastecer el medio rural disperso que estructuralmente está fuera de la cobertura de red, posibilitando así la

50. Gobierno de la Provincia de Tucumán, *Ley Generación distribuida de energía eléctrica basada en energías renovables en el sector residencial, comercial e industrial*, 27 de octubre de 2016. P.L. 93/2016. Disponible en: <https://hlt.gov.ar/pdfs/sesiones/2016-10-27/asuntos/NOTA255.PDF>.

inclusión y el acceso a una senda de desarrollo digna y sostenible a una población muy vulnerable de jujeños, de forma mucho más eficiente y barata que los medios que reemplaza (kerosene, baterías, pilas, velas, etc.).<sup>51</sup>

ix) el Ministerio de Planeamiento, Infraestructura y Servicios de Entre Ríos actualmente está analizando, junto al gobernador, un proyecto de Generación Distribuida, redactado por la Secretaría de Energía provincial. Uno de los aspectos que se está determinando tiene que ver con el régimen de tarifas promocionales. Por experiencias como las de Salta y Santa Fe, los funcionarios entienden que será necesario dar incentivos a los usuarios para que el sistema funcione en la práctica. De establecerse parámetros, el texto sería aprobado por decreto y luego presentado en la legislatura para su ratificación.<sup>52</sup>

x) La provincia de Córdoba, también, está estudiando sancionar un marco regulatorio que autorice a usuarios particulares la inyección de energía renovable a la red y potenciar la generación distribuida. El apoyo es prácticamente total, tanto del Gobierno que lo impulsa como de la oposición. El Ministerio de Agua y Ambiente de esa provincia formó el Consejo Asesor de Políticas Energéticas de la Provincia de Córdoba, integrado por la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC), todas las universidades, entre ellas la Universidad Católica de Córdoba, la Facultad de Ingeniería, las cámaras empresarias, fundamentalmente la CADIEC, el CIEC Conicet y la mayoría de las Asociaciones Profesionales, entre ellas el APIE, que elaboró el primer proyecto de generación distribuida para Córdoba.

Desde hace varios años se trabaja en la medición del recurso eólico en distintos sitios. Los resultados han sido excelentes con sitios que permiten un factor de capacidad superior al 40%. En materia de energía fotovoltaica y Mini Eólica, desde hace muchos años se ha dotado de energía a Escuelas y viviendas rurales. La provincia ha participado en el proyecto de Gene-

51. “En Jujuy aseguran que el uso de la energía solar toma mayor impulso”, en *Panorama*, 25 de septiembre de 2016. [Consultado el: 27/2/2017] Disponible en: <http://www.diario-panorama.com/noticia/236966/jujuy-aseguran-uso-energia-solar-toma-mayor-impulso>.

52. “Entre Ríos habilitará a usuarios particulares la inyección de energía renovable a la red eléctrica”, en *Eco competitividad*, 30 de septiembre de 2016 [Consultado el: 27/2/2017]. Disponible en: <http://ecocompetitividad.com.ar/entre-rios-habilitara-a-usuarios-particulares-la-inyeccion-de-energia-renovable-a-la-red-electrica/>

ración Distribuida de La Rancherita y tiene nuevos proyectos en forma experimental.<sup>53</sup>

xi) En realidad, Buenos Aires fue la provincia pionera en dictar una normativa que habilita la generación distribuida. En 2009, el Decreto Reglamentario N°2299/2009 de la Ley N°12.603 (modificada por la Ley 14.343) la habilitó. Dentro de los beneficios promocionales, el decreto exime del pago del impuesto inmobiliario a las instalaciones de equipamiento para la generación y determina una compensación tarifaria hoy desactualizada (\$0,01 kWh). La provincia cuenta con el Programa Provincial de Incentivos a la Generación de Energía Distribuida (PROINGED), conformado por el Ministerio de Infraestructura de la Provincia y el Foro Regional Eléctrico de Buenos Aires (FREBA). El objetivo es promover inversiones eficientes y económicamente sustentables en materia de generación de energía eléctrica distribuida, priorizando la utilización de fuentes renovables y admitiendo también la cogeneración. Además, brinda asistencia técnica para el desarrollo de proyectos, así como de financiamiento para los estudios previos, los proyectos ejecutivos y la inversión.

En ese marco, la provincia de Buenos Aires desarrolló ocho instalaciones conectadas a la red. Una fotovoltaica de 100 kW, en Samborombón, adjudicada a la empresa Aldar SA, que provee de energía eléctrica a casi 60 familias inyectando a la red de la empresa EDEA a través de seis inversores. Cuatro instalaciones son híbridas, con tecnología fotovoltaica y aerogeneradores. Una de ellas se encuentra en el predio de Ceamse con una potencia de 500 kW e inyecta energía a las redes de Edenor. Parte de la energía generada alimenta la luminaria LED de la autopista Buen Ayre, con una longitud de 25 km, aladaña al predio de Ceamse. Las tres restantes están en la localidad de San Nicolás y abastecen a distribuidora EDEN, una de ellas tiene 700 kW y provee de energía al barrio Procrear I, compuesto de cuatrocientas viviendas, y al barrio Somisa. Otra es de 100 kW ubicada en el anfiteatro del predio de la Unión de Obreros Metalúrgicos (UOM) y la tercera es de 200 kW ubicada en el parque industrial de la localidad. También se puso en funcionamiento una instalación solar y eólica que suma una potencia de 6,5 kW en el Cristo de las Sierras en Tandil. Por último, en la localidad de Salto,

53. Fenés, Gastón, "Córdoba aspira a reglamentar ley de generación distribuida este año", en *Luxis S.A.* 8/8/2016 Fecha de Consulta: 28/2/2017 Disponible en web: <http://luxis.com.ar/main/cordoba-aspira-reglamentar-ley-de-generacion-distribuida-este-ano/>

se instalaron paneles fotovoltaicos que suman 1,74 kW de potencia para satisfacer la demanda residencial.

Asimismo, PROINGED cuenta con un proyecto específico de generación distribuida con fuentes renovables y eficiencia energética (a partir del recambio de luminarias LED) para jardines de infantes. Actualmente hay 23 instalaciones, todas ellas con tecnología fotovoltaica y potencias de 1,2 kW conectadas a las redes de distribución. Algunas de las instalaciones están en Tandil, Baradero, San Pedro y municipios del conurbano bonaerense.<sup>54</sup>

Además, la Provincia de Buenos Aires estudia mecanismos para que cooperativas, usuarios particulares, barrios privados, grandes fábricas y Pymes puedan construir granjas de energía eólica. La idea es generar un marco regulatorio que permita y estimule la construcción de centrales con un máximo de hasta 10 MW, instaladas en zonas con mayor potencial. Técnicamente, está siendo analizado por el Programa Provincial de Incentivos a la Generación de Energía Distribuida (PROINGED). En promedio, el factor de capacidad que podrán aprovechar las turbinas –por los fuertes vientos– es del 40%, el doble de lo que se consigue en Alemania.<sup>55</sup>

En este mismo orden de ideas, la diputada de la provincia de Buenos Aires Rosío Antinori presentó, en 2016, un proyecto de ley para reglamentar el uso de los vehículos eléctricos en la provincia, buscando fomentar el transporte ecológico mediante el uso de energías renovables que contribuyan a preservar el ambiente. El mismo propone la creación de un marco regulatorio para la circulación de los vehículos eléctricos, así como la implementación de una adecuada infraestructura que impulse su utilización. También incluye la promoción de líneas de crédito del Banco de la Provincia de Buenos Aires con bajos intereses y líneas de financiamiento que permitan adquirir estos vehículos.<sup>56</sup>

54. Gomel, D., “Informe especial: el mapa de la generación distribuida de energía de fuentes renovables”, en *Clean Energy New*, 15 de noviembre de 2016. [Consultado el: 5/2/2017] Disponible en: <http://www.cleanenergymag.news/wordpress/informe-el-mapa-de-la-generacion-distribuida-de-energia-de-fuentes-renovables/>

55. Fenés, G., “Dos medidas que prometen un *boom* de energías renovables en la provincia de Buenos Aires”, en *Iprofesional*, 10 de enero de 2017. [Consultado el: 28/2/2017]. Disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/243653-Dos-medidas-que-prometen-un-boom-de-energias-renovables-en-la-provincia-de-Buenos-Aires->

56. Herrera Vegas, R., “Proponen reglamentar el uso de vehículos eléctricos en la provincia de Buenos Aires”, en *La Nación*, 8 de noviembre de 2016. [Consultado el: 7/2/2017]

xii) En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en septiembre de 2012, por Resolución 313/2012, se creó el Centro de Economía Verde, dependiente de la Agencia de Protección Ambiental, que tiene como objetivo general avanzar en la transformación de la Ciudad hacia una economía sustentable mediante la generación y formación de empleos verdes; la investigación de las necesidades ambientales de la industria y la aplicación de la sinergia técnica y económico-financiera entre el sector público y privado. Para cumplir con sus objetivos, el Centro de Economía Verde imparte cursos de formación ambiental en Empleos Verdes. En este sentido trabaja sobre la producción de energía solar térmica y fotovoltaica promoviendo el fortalecimiento institucional, la educación ambiental y la utilización de fuentes alternativas de energía, así como de recursos renovables como el sol.

Los instaladores de Sistemas para Suministro de Agua Caliente Sanitaria a través de sistemas de Energía Solar Térmica mantienen equipos que captan energía solar para transformarla en agua caliente sanitaria y las instalaciones correspondientes a consumos domésticos, comerciales, industriales y rurales. Con este objetivo y sobre la base de acciones de formación y asistencia técnica, se instalarán equipos generadores de energías renovables que permitan asistir y/o complementar el requerimiento de agua caliente sanitaria de la institución a través del aprovechamiento de la energía solar térmica y disminuir así el impacto que genera la producción de energía por medios convencionales como la tala de bosques o la extracción de combustibles fósiles o hidrocarburos. La implementación de sistemas de energía térmica prevé la instalación de paneles solares térmicos para la provisión adicional de agua caliente sanitaria en aquellas áreas que así lo requieran, como sanitarios, laboratorios o lavaderos.

## **V. Conclusión**

A través de un extenso artículo de opinión, el célebre profesor de Cambridge, Stephen Hawking, escribió: "...ahora tenemos la tecnología para destruir el planeta en el que vivimos, pero no hemos desarrollado la capacidad de escapar de él [...] Quizás dentro de unos cientos de años, hayamos

Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1954081-la-provincia-de-buenos-aires-a-favor-de-los-vehiculos-electricos>.

establecido colonias humanas en las estrellas, pero por ahora solo tenemos un planeta, y tenemos que trabajar en conjunto para protegerlo [...] Con unos recursos cada vez más concentrados en las manos de unos pocos, vamos a tener que aprender a compartir mucho más de lo que lo hacemos en la actualidad”.<sup>57</sup>

La transición a la economía verde ya está en marcha; existe la tecnología, y la generación de energía renovable distribuida es la próxima revolución en el sistema eléctrico: antes fue la democratización del consumo, ahora es la democratización de la generación eléctrica.

Las nuevas ideas son, por su propia naturaleza, perturbadoras, pero mucho menos negativas en comparación con la visión de un mundo en el que empiezan a escasear el agua potable y las tierras fértiles, caracterizado por el cambio climático, los fenómenos meteorológicos extremos y una creciente carencia de recursos naturales.

Como quedó expuesto, Argentina cuenta con importantes recursos renovables para desarrollar plenamente la generación descentralizada, solar y eólica.

A nivel global, la tecnología fotovoltaica se ha convertido en un actor importante en el sector eléctrico. Países de la región (Brasil, Chile y Uruguay) ya cuentan con normativa que permite las instalaciones domiciliarias con conexión a la red. Argentina es uno de los países más rezagados de la región en la materia.

Como bien recuerda Ramón Martín Mateo, citando el informe “Los Límites del Crecimiento”: “No emprender ninguna acción para resolver estos problemas equivale a emprender una acción poderosa. Cada día que transcurre de crecimiento exponencial sostenido va acercando el sistema mundial a sus límites últimos de su crecimiento. La decisión de no hacer nada aumenta el riesgo del colapso. No podemos decir con certeza cuánto tiempo puede la humanidad aplazar el inicio de controles deliberados de su crecimiento, antes de que pierda la oportunidad de controlarlo. Sospechamos con base en nuestro conocimiento actual acerca de las sustituciones físicas

57. Hawking, Stephen, “This is the most dangerous time for our planet”, en *The Guardian*, 1 de diciembre de 2016. [Consultado el: 23/12/2016. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/dec/01/stephen-hawking-dangerous-time-planet-inequality>.

del planeta, que la fase de crecimiento ya no puede continuar cien años más. De nuevo, en virtud de los rezagos en el sistema, si la sociedad global espera a que estos obstáculos se manifiesten claramente, habrá esperado demasiado” (102. *Vid. Meadows y otros, Límites del crecimiento, p. 230*).<sup>58</sup>

Las energías renovables son fuente de energía limpia e inagotable. Son crecientemente competitivas, ya que sus costes evolucionan a la baja de forma sostenida. Su progresivo desarrollo es una realidad, como queda reflejado en las estadísticas aportadas en 2015 por la International Energy Agency (IEA). El informe *World Energy Outlook*, que la IEA publicó juntamente con el Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), en el año 2015, resaltó que las energías renovables constituyen la segunda fuente global de electricidad, solo superada por el carbón. Según sus estimaciones, la demanda mundial de electricidad aumentará un 70% hasta 2040 –elevando su participación en el uso de energía final del 18% al 24% en el mismo período–, espoleada principalmente por regiones emergentes (India, China, África, Oriente Medio y el sureste asiático). En paralelo, unos 1.100 millones de habitantes, el 17% de la población mundial, no disponen de acceso a la electricidad. Igualmente, 2.700 millones de personas –el 38% de la población global– utilizan biomasa tradicional para cocinar, calentarse o iluminar sus viviendas, con grave riesgo para su salud.<sup>59</sup>

La Meta 7.1 del Objetivo 7 (Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos) de los Objetivos de Desarrollo Sostenible es lograr el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos, una ambiciosa meta si se considera que todavía habrá, en esa fecha, de seguir la tendencia actual, 800 millones de personas sin acceso al suministro eléctrico.

El desarrollo de las energías limpias es imprescindible para combatir el cambio climático y limitar sus efectos más devastadores.

En los últimos cincuenta años la humanidad creó un mundo en el que la expectativa de vida se ha prolongado en veinte años, se puede atravesar los océanos en una jornada, las comunicaciones son instantáneas, se diluyen las fronteras, el tiempo y espacio cobran una dimensión impensada, se puede

58. Mateo, M., *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I. Madrid, Editorial Trivium SA, Primera Edición, 1991, pp. 42-43.

59. IEA, *World Energy Outlook. Executive Summary*, París, IEA Publications, 2015, pp. 6-8.

presenciar eventos desde las partes más remotas del planeta prácticamente gratis. Los combustibles fósiles lo hicieron posible, pero en la segunda mitad del siglo XXI urge seguir adelante sin ellos para evitar un desastre climático.

En este marco el desarrollo de la economía verde y las energías renovables y limpias ayudarán a completar esa revolución.

Recodando las célebres palabras de Rachel Carson, en su libro *Silent Spring (Primavera Silenciosa)*, Capítulo 8: Y ningún pájaro canta, donde cita una carta que, en 1958, un ama de casa le escribió a un destacado ornitólogo norteamericano, Robert Cushman Murphy: “Es duro explicar a los niños que se ha matado a los pájaros cuando aprendieron en la escuela que la ley federal protege a las aves de capturas o daños. ¿Volverán alguna vez?, preguntan y yo no encuentro respuestas que darles. Los olmos todavía están muriendo y lo mismo las aves. ¿Se hace algo por salvarlos? ¿Puede hacerse algo? ¿Puedo yo hacer algo?”.<sup>60</sup>

Estas preguntas están cada vez más vigentes, si el hombre sigue comportándose tan irresponsablemente con la naturaleza, ya no se oirá el cantar de los pájaros, la primavera será silenciosa porque no existirán pájaros que canten; todo y todos morirán.

## Bibliografía

- Avellaneda, S., “Argentina Sustentable”, en *Agua y Medio Ambiente*, 2011.
- Boulding, K., “The Economics of the Coming Spaceship Earth”, en *Environmental Quality in a Growing Economy*, ed. por Henry Jarrett., Baltimore, MD. Johns Hopkins University Press, 1966.
- Campos, M., “Economía Verde”, en *Éxito Empresarial*, núm. 151, SEGESTI, 2010.
- Carbajal, A., Moreno, A., “¿Hacia Una Economía Verde?”, en *Voces en el Fénix: Tiempos Modernos*, Buenos Aires, Plan Fénix, 2012, vol. 3, núm. 16.
- Carson, R., *Primavera Silenciosa*, Mariner Books, Nueva York, 1962.
- “Conclusiones del primer Congreso de Economía Verde”, en *Infobae*, 3 de diciembre de 2016. [Consultado el: 1/2/2017] Disponible en: <http://www.infobae.com/economia/rse/2016/12/03/conclusiones-del-primero-congreso-de-economia-verde/>

60. Carson, R., *Primavera Silenciosa*. Capítulo 8, Boston, Nueva York, Mariner Books, 1962, pp. 105-106.



- Curi, R., “En la Granja de Mauricio se siembran molinos y paneles (sobre la inutilidad de las renovables intermitentes en la industria)”, 22 de diciembre de 2016, OETEC Observatorio de la Energía, Tecnología e Infraestructura para el Desarrollo. [Consultado el: 26/2/2017] Disponible en: <http://www.oetec.org/nota.php?id=2253&area=1>
- Dual Citizen LLC., *GGEI 2016. Measuring National Performance in the Green Economy*, 5ª Edición, Nueva York, 2016.
- “En Amstrong inyectarán a la red eléctrica energía verde”, en *El Ciudadano y la Gente*, 5 de febrero de 2017. [Consultado el: 10/2/2017] Disponible en <http://www.elciudadanoweb.com/en-amstrong-inyectaran-a-la-red-electrica-energia-verde/>
- “En Jujuy aseguran que el uso de la energía solar toma mayor impulso”, en *Panorama*, 25 de septiembre de 2016. [Consultado el: 27/2/2017] Disponible en: <http://www.diariopanorama.com/noticia/236966/jujuy-aseguran-uso-energia-solar-toma-mayor-impulso>
- “Entre Ríos habilitará a usuarios particulares la inyección de energía renovable a la red eléctrica”, en *Eco competitividad*, 30 de septiembre de 2016. [Consultado el: 27/2/2017] Disponible en: <http://ecocompetitividad.com.ar/entre-rios-habilitara-a-usuarios-particulares-la-inyeccion-de-energia-renovable-a-la-red-electrica/>
- Escuela de Organización Industrial, *Sectores de la Nueva Economía 20+20*, Fundación EOI, España, 2010.
- Fenés, G., “Córdoba aspira a reglamentar ley de generación distribuida este año”, en *Luxis SA*, 8 de agosto de 2016. [Consultado el: 28/2/2017] Disponible en: <http://luxis.com.ar/main/cordoba-aspira-reglamentar-ley-de-generacion-distribuida-este-ano/>
- “Dos medidas que prometen un *boom* de energías renovables en la provincia de Buenos Aires”, *Iprofesional*, 10 de enero de 2017. [Consultado el: 28/2/2017]. Disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/243653-Dos-medidas-que-prometen-un-boom-de-energias-renovables-en-la-provincia-de-Buenos-Aires>
- Ferreño, O., “Las renovables no convencionales: experiencias en el mundo y sus evidentes beneficios”, en *Clean Energy News*, 15 de noviembre de 2016. [Consultado el: 23/12/2016] Disponible en: <http://www.cleaneenergymag.news/wordpress/las-renovables-no-convencionales-experiencias-en-el-mundo-y-sus-evidentes-beneficios/#more>

- Papa Francisco, Carta Encíclica *Laudato Si'*, 24 de mayo de 2015. [Consultado el: 20/12/2016] Disponible en: [http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html)
- Fundación Vida Silvestre, *Plataforma para la Agenda Pública Argentina 2016-2020 - Cinco ideas para una Argentina Sustentable. Política de Sustentabilidad para una Nación Competitiva y Soberana*, Fundación Vida Silvestre, Buenos Aires, 2015.
- “Generación distribuida: de consumidores a microgeneradores de energía”, 16 de diciembre de 2016. [Consultado el: 26/2/2017] Disponible en: <http://www.arquimaster.com.ar/web/generacion-distribuida-de-consumidores-a-microgeneradores-de-energia/>
- Gobierno de la Provincia de Santa Fe - *Programa Tarifa Promocional para Prosumidores*. [Consultado el: 26/2/2017] Disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/204394/>
- Gobierno de la Provincia de Tucumán, *Ley Generación distribuida de energía eléctrica basada en energías renovables en el sector residencial, comercial e industrial* [Consultado el: 27/10/2016] P.L. 93/2016. Disponible en: <https://hlt.gov.ar/pdfs/sesiones/2016-10-27/asuntos/NOTA255.PDF>
- Gomel, D., “Informe especial: el mapa de la generación distribuida de energía de fuentes renovables”, en *Clean Energy News*, 15 de noviembre de 2016. [Consultado el: 5/2/2017] Disponible en: <http://www.cleaneenergymag.news/wordpress/informe-el-mapa-de-la-generacion-distribuida-de-energia-de-fuentes-renovables/>
- Gubelli, G., “Kind sobre la reglamentación de contratos entre privados: “Estamos trabajando para sacarla antes de fin de año””, en *Energía Estratégica*, 14 de octubre de 2016 [Consultado el: 6/3/2017] Disponible en: <http://www.energiaestrategica.com/kind-la-reglamentacion-contratos-privados-estamos-trabajando-sacarla-fin-ano/>
- Hawking, S., “This is the most dangerous time for our planet”, en *The Guardian*, 1 de diciembre de 2016. [Consultado el: 23/12/2016] Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/dec/01/stephen-hawking-dangerous-time-planet-inequality>
- Herrera Vegas, R., “Proponen reglamentar el uso de vehículos eléctricos en la provincia de Buenos Aires”, en *La Nación*, 8 de noviembre de 2016. [Consultado el: 7/2/2017] Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1954081-la-provincia-de-buenos-aires-a-favor-de-los-vehiculos-electricos>

- IEA, *World Energy Outlook. Executive Summary*, IEA Publications, París, 2015.
- Jiménez Herrero, L., “La sostenibilidad como oportunidad ante la crisis: economía verde y empleo”, en *Revista Ambienta. Crisis y medio ambiente: ¿Oportunidad o retroceso?*, 2012, núm. 101.
- Kaeser, J., “Construir una economía verde para la Argentina”, en *La Nación*, 11 de septiembre de 2016. [Consultado el: 20/12/2016] Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1936522-construir-una-economia-verde-para-la-argentina>.
- Martín Mateo, R., *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I, Editorial Trivium SA, Madrid, 1991.
- Martínez, A., Porcelli, A., “Un difícil camino en pos del consumo sostenible: el dilema entre la obsolescencia programada, la tecnología y el ambiente”, en *Revista LEX de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 14, núm. 18, Año XIV, 2016.
- Meadows, D. H., Meadows, D. L., Randers J., Behrens, W., *The Limits to Growth, A Report for the Club of Rome’s Project o the Predicament of Mankind*, New York, Universe Books, 1972.
- Nemirovski, M., “Argentinos hallan materiales que absorben el 43% de luz solar en lugar del 4% actual”, TELAM, 19 de junio de 2016. [Consultado el: 2/3/2017] Disponible en web: <http://www.telam.com.ar/notas/201606/151978-energia-solar-argentinos-descubren-materiales-absorcion-materiales-conicet.html>.
- OIT, “¿Qué es un empleo verde?”, 2016 [Consultado el: 22/12/2016] Disponible en: [http://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS\\_325253/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_325253/lang--es/index.htm)
- OMC, *Contribución de la Propiedad Intelectual a la facilitación de la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales. Comunicación de Ecuador*. IP/C/W/585, 2013.
- ONU, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible Río+20*, A/CONF.216/L.1, 2012.
- Pagura, C., “Construirán en la Puna jujeña la planta solar más grande de Sudamérica”, en *Ámbito*, 24 de diciembre de 2016. [Consultado el: 23/12/2016] Disponible en: <http://www.ambito.com/867021-construiran-en-la-puna-jujena-la-planta-solar-mas-grande-de-sudamerica>.
- Porcelli, A., Martínez, A., “Las nuevas tecnologías de la informática a la luz de la Encíclica *Laudato Si’*”, Reflexiones sobre sus ventajas y desventajas.

- Modernas tendencias en tecnologías verdes”, en *Pensar en Derecho*, Nº8, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, EUDEBA, Buenos Aires, 2016.
- “Procuran apurar tratamiento de Ley de Generación Distribuida”, en *El Inversor Energético & Minero*, Newsletter diario, 4 de marzo de 2017. [Consultado el: 4/3/2017] Disponible en: <http://www.inversorenergetico.com.ar/procuran-apurar-tratamiento-de-ley-de-generacion-distribuida/>
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza - Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*, PNUMA, Nueva York, 2011.
- “¿Qué es la economía verde?”, en *Ecointeligencia*, 12 de enero de 2016. [Consultado el: 14/12/2016] Disponible en: <http://www.ecointeligencia.com/2016/01/economia-verde/>
- Ramos De Armas, F., “Rio+20 Start of a Process”, en *Revista UNEP Our Planet. Rio+20: From Outcome to Implementation*, 2013.
- Sabre, M., Cordi, M., Bornancin, M., *Censo de energía solar térmica 2016: mapa del sector en Argentina*. San Martín, Instituto Nacional de Tecnología Industrial - INTI, 2016.
- “Seis provincias con normativa de generación distribuida de energías renovables”, en *Clean Energy News*, 9 de septiembre de 2016. [Consultado el: 27/2/2017] Disponible en: <http://www.argentinagbc.org.ar/?articulos=seis-provincias-con-normativa-de-generacion-distribuida-de-energias-rebobables>
- Testa, M. E., “RenovAr: el Gobierno adjudicó los contratos por 400 MW para solar y 708 MW para eólica y anunció repechaje”, en *Clean Energy News*, 7 de octubre de 2016. [Consultado el: 5/2/ 2017] Disponible en: <http://www.cleanenergymag.news/wordpress/renovar-el-gobierno-adjudico-los-contratos-por-400-mw-para-solar-y-708-mw-para-eolica-y-anuncio-repechaje/>
- Testa, M. E., Gomel, D., *Renovables. Generación eléctrica distribuida. Energía limpia desde los propios usuarios*, Fundación Heinrich Böll Cono Sur, Buenos Aires, 2016.
- Tucillo, J., “Por una ley que haga posible la revolución de los prosumidores”, en *La Nación*, 13 de febrero de 2017. [Consultado el: 26/2/2017] Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1984041-por-una-ley-que-haga-posible-la-revolucion-de-los-prosumidores>.

# Comentario al fallo “K., S. N. y otro”: el delito de abandono de personas vs. el homicidio en comisión por omisión

*Lucila Chiminelli\**

## **I. Introducción**

### *a) El caso*

Tribunal: Cámara Federal de Casación Penal, sala II

Fecha: 21/02/2013

Causa: K., S.N. y otro

El 15 de noviembre de 2007, el Tribunal Oral en lo Criminal N°17, condenó a S. N. K. (en adelante, S.) a la pena de seis años y ocho meses de prisión, accesorias legales y al pago de las costas procesales, por ser autor penalmente responsable del delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo (arts. 107, en función del párr. final del art. 106, CP.) y a J. A. C. (en adelante, J.) a la pena de siete años de prisión accesorias legales y al pago de las costas procesales, por ser autor penalmente responsable del delito de lesiones leves en concurso real con abandono de persona seguido de muerte (arts. 89 y 106, CP.).

Contra dicha decisión, los defensores de los imputados interpusieron sendos recursos de casación.

Al tomar intervención, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió, por un lado, rechazar el recurso de J. en relación con la condena por el delito de abandono de persona seguido de muerte y, por el otro,

\* Abogada (UBA), orientación penal; ayudante de segunda de la cátedra del Dr. Fernando J. Córdoba, materia “Elementos del derecho penal y procesal penal”; escribiente en Procuración General de la Nación; lucilachiminelli@hotmail.com.ar.

hacer lugar al recurso en cuanto a la condena por el delito de lesiones leves. En este último punto, la Cámara de Casación consideró que asistía razón a la defensa en que había operado el plazo de dos años correspondiente a la prescripción de la acción del delito de lesiones leves (art. 89).

Respecto de la condena de S., la Cámara de Casación resolvió, por mayoría, hacer lugar al recurso, casar parcialmente la sentencia y absolver a la acusada.

*b) Hechos que tuvo por acreditados el Tribunal*

El 30 de diciembre de 2005, en el hotel en el cual convivían J. y S. de esta ciudad, se produjo la muerte de M. R. K. (en adelante, M.) de apenas 3 años de edad, hijo de S. El fallecimiento fue causado por una peritonitis aguda que tuvo su origen en la ruptura traumática de las asas intestinales de la zona yeyunal.

S. advirtió los primeros signos de malestar en el niño el 22 de diciembre de ese año, creyendo erróneamente que se trataba de un simple empacho. Aparentemente, esa afección habría continuado de manera ininterrumpida hasta el 30 del mismo mes.

La mañana del 30 de diciembre, S. dejó a su hijo al cuidado de su pareja, a quien le solicitó que, si el cuadro empeoraba, la llamara de inmediato por teléfono. En el transcurso del día, J. observó que el pequeño desmejoraba y que comenzaba a tener dificultades para respirar, decidió comunicarse –en dos oportunidades, aproximadamente a las 14:30 h– con el supermercado donde se encontraba su pareja cumpliendo funciones laborales. Ambos llamados telefónicos fueron atendidos por las recepcionistas del supermercado, quienes refirieron que J. en un tono violento les dijo “que se haga cargo esa hija de puta que yo no tengo nada que ver con esto, yo no tengo nada que hacer, está morado” y colgó.

Mientras tanto, frente al cuadro que presentaba el niño, J. solo reclamaba la presencia de la madre, sin llevarlo a un médico y negándose a llamar a una ambulancia, tal como los vecinos del hotel desde afuera de la habitación le aconsejaban. Aproximadamente a las 15 hs., S. se retiró del trabajo camino a su hogar. Al llegar al hotel subió de inmediato a la habitación y salió algunos minutos más tarde con M. envuelto, tapándole la cara con una sábana, en busca de un taxi, a fin de trasladarlo al Hospital Español de esta ciudad. Se tuvo por probado que tomó un remis y que su conductor

erró el camino hacia el nosocomio. Finalmente, el menor ingresó al hospital a las 15:55 hs., sin signos vitales.

*c) Circunstancias previas que permiten contextualizar los hechos imputados*

S. y J. comenzaron a convivir, junto con el hijo de S. –quien en aquel momento contaba con apenas un año y once meses de edad– el 1/12/2004. Solo diecisiete días después J. fue denunciado por la persona que cuidaba a M. durante las horas de trabajo de S., debido a que encontró al niño fuertemente golpeado en su cara; según relató, se encontraba “desfigurado”.

Aquel suceso motivó que se privara a S. de la tenencia de su hijo. También se les indicó a S. y J. la realización de tratamientos psicológicos individuales y de pareja focalizados en la situación de violencia familiar. Durante ese tiempo, S. concurría asiduamente a las visitas para ver a su hijo, sin la compañía de su pareja.

Una de las consideraciones que determinaron la separación de M. de su madre, en el juzgado de familia en el cual tramitó el expediente, fue que ella no comprendía verdaderamente la gravedad de lo ocurrido, minimizaba la violencia y justificaba a su pareja. Más adelante, la psicóloga designada informa que S. “[e]ntabla vínculos viscosos, poco discriminados, con interacciones violentas, ambivalentes, que implican niveles de riesgo considerable” y “[m]uestra tendencia a mecanismos de acción y a fabulizaciones que enmascaran vínculos altamente patológicos”. Finalmente, concluye que padece un trastorno de personalidad *borderline* o limítrofe.

A fines de septiembre de 2005 S. presentó un escrito en el juzgado, solicitando que se le restituya la tenencia de su hijo. Con el fin de evaluar aquella solicitud, se tuvo en cuenta un informe referido a J. firmado por dos médicos del Cuerpo Médico Forense en el que se concluye “[n]o se han ocasionado nuevas situaciones de violencia, y el examinado considera positivo y útil el tratamiento que realiza y que desea continuar [...] Está en condiciones de ejercer el rol paterno”. El informe está fechado el 18 de agosto de 2005. Se observa que las valoraciones finales no dan cuenta del conocimiento del hecho que motivó la separación del niño de su hogar, ni de un examen específico o especializado respecto de la violencia ejercida por J. Tampoco se sabe a qué se refieren los profesionales cuando indican que los hechos de violencia no se repitieron, teniendo en cuenta que J. no volvió a ver a M.

desde el día en que fue denunciado por las lesiones que le habría causado, ni se hace referencia alguna a un seguimiento respecto de la integridad física de S., la única que seguía expuesta a la violencia del imputado.

Posteriormente, con fecha 24/11/2005 se agregó un nuevo informe del Cuerpo Médico Forense sobre J. Allí se advirtió que “[p]resenta una personalidad de tipo carácter opática, que presenta una coraza defensiva que le permite disociar en demasía su pensamiento de sus afectos e impulsos, fracasando por momentos sus defensas básicas adaptativas, emergiendo un caudal de ansiedad e impulsividad con escasa mediación simbólica”. Asimismo, se informó que “[e]l examinado presenta indicadores de perturbación emocional, que por el momento lo comprometen para asumir el rol paterno sustituto” y se concluyó que “[a]tento a las características de personalidad del señor J. y al tratamiento psicoterapéutico individual [...] entiendo que debemos esperar la evolución de dicho tratamiento, en relación a la posibilidad del examinado de un mayor reconocimiento respecto de su responsabilidad subjetivo en relación a lo sucedido al menor”.

El 16/12/2005 S. reiteró su solicitud de restitución de la convivencia con el niño y el 19 de diciembre la jueza decidió restituir la guarda de M. a su madre “[p]ara su incorporación al grupo familiar”, con invocación del informe médico correspondiente al mes de agosto, donde se concluyó que J. es “capaz de ejercer el rol paterno”, pero omitiendo por completo el informe posterior.

El 21/12/2005 M. regresó a la casa de su madre y J., y el 30 de diciembre, solo nueve días después, falleció de una peritonitis causada por un golpe en el estómago que le produjo la ruptura del intestino delgado.

Si bien el Tribunal Oral no lo tuvo por probado, el juez Slokar entendió como acreditado que, el día anterior al fallecimiento, S. llevó a su hijo al médico, quien habría aventurado, frente a los síntomas de vómitos, inapetencia y dolor, una dolencia hepática y el tratamiento con Buscapina y Novalgina, sin perjuicio de recomendarle visitar un pediatra.

La autopsia dio cuenta de la presencia en el cuerpo del niño de varias lesiones de distinto grado de evolución producidas por choque o roce con presión, golpes con objetos duros, provocadas por terceras personas. La falta de tratamiento oportuno de aquella dolencia ocasionó la muerte del niño.



## II. Doctrina del caso

### *a) Respecto de la conducta atribuida a J. (concubino)*

El Dr. Slokar, juez que lidera el voto al que adhiere la Dra. Ledesma, dijo:

- Resulta absolutamente indudable que J. tenía el deber de cuidar la salud de M., pero la defensa invoca que el imputado no sabía que tenía que llevar al niño al hospital. No obstante, se ha comprobado que él tuvo plena consciencia de que el niño se encontraba en gravísimo estado al menos desde las 14:30 hs. y esperó una hora a que llegara S., cuando ya era demasiado tarde para evitar la muerte. Esta conducta constituye la omisión penalmente reprochable, de conformidad con el art. 106, CP., ya que en aquel momento él se encontraba a cargo de su cuidado de manera exclusiva, toda vez que la progenitora del niño se hallaba en su trabajo y había dejado a su hijo en su casa, a cargo de su pareja.
- J. no pudo hablar directamente con la madre, de manera tal que la invocación de que la madre del niño dijo que se dirigía al hogar resulta absolutamente refutada.
- J. era la única persona adulta que conocía de manera acabada la gravedad de la situación, ya que ningún otro adulto podía ver al niño.

### *b) Respecto de la conducta atribuida a S. (madre del niño fallecido)*

El Dr. Slokar dijo:

- S. no tenía consciencia acerca de la gravedad del estado de salud de su hijo.
- La situación de la imputada resulta sustancialmente diferente a la de su pareja ya que ella no se encontraba con la víctima al momento en que se manifestó la gravedad del peligro que corría la vida del pequeño M.
- Si bien el tribunal no lo tuvo por acreditado, el Dr. Slokar entendió que sí pudo probarse mediante los dichos concordantes de S. y del tío de J., referidos al modo en que se desarrolló la consulta y sumado a otros elementos probatorios, que S. llevó al niño al médico y que el profesional aventuró que se trataría de una afección hepática, recomendó una consulta con un pediatra, pero no consideró que la urgencia fuera tal que mereciera el auxilio de una ambulancia. Es por tal motivo que se

presenta infundado el reproche referido a que la mujer hubiera concurrido a su trabajo en lugar de llevar a su hijo de inmediato al hospital. Repárese que el niño habría recibido medicación (“Buscapina”), que aminoró el dolor padecido, como también que cuando S. llegó al hotel su hijo caminaba y era capaz de subir escaleras.

- Asimismo, se le censuró a S. la demora en llegar a su casa para llevar al niño al hospital. A pesar de todos los testimonios de las empleadas del supermercado, referidas a que ella se podía ir, se debe señalar que al parecer aquellas testigos minimizaron las estrictas condiciones de disciplina que las trabajadoras debían cumplir en aquel comercio. Sobre ello, existen sobrados indicios, tales como la retención de los teléfonos celulares de las empleadas durante el horario de trabajo, y la circunstancia de que en ninguna de las oportunidades en que J. llamó al supermercado se le comunicara con S., sino que se tomaba el mensaje y se lo transmitían.
- Resulta relevante el hecho de que S. pensaba que su hijo tenía una dolencia menor y que no habló directamente con su concubino, de manera tal que desconocía el cuadro de gravedad del niño, que ya estaba morado y que prácticamente no respiraba.
- También se desprende de la sentencia que J. golpeaba frecuentemente a su compañera y era una persona muy violenta. Así, razonablemente pudo considerar que los dichos de su pareja eran una exigencia desmedida más, entre las que padecía a diario. Tal vez fueron esas experiencias las que la llevaron a subestimar la situación y atribuirle a la corriente falta de tolerancia de J. frente a las situaciones que no eran de su agrado o preferencia.
- También se le cuestionó a S. su demora desde el momento en que llegó al hotel hasta que salió en un taxi a llevarlo al hospital. Al respecto, cobra relevancia el hecho de que se desconoce la hora exacta del deceso del niño, quien ya había fallecido al momento de llegar al nosocomio. En tal sentido, se debe destacar como plausible que el niño estuviera muerto al momento de la llegada de su madre al hotel, circunstancia que haría irrelevante la tardanza en salir, aun si ella consideraba que existía necesidad de buscar asistencia médica, puesto que el bien jurídico se encontraba ya irremediablemente perdido. Y es la regla del *favor rei* la que impone, frente a la duda, considerar que el niño ya no estaba con vida cuando S. arribó y lo vio.

- Es por estos motivos que corresponde absolver a S. en orden al delito por el que fuera acusada, habida cuenta que no puede establecerse con el grado de certeza apodíctica que demanda un pronunciamiento de condena que haya contado con el conocimiento de los elementos necesarios que permitan configurar el dolo requerido por el tipo penal que fuera objeto de acusación en virtud de la regla *in dubio pro reo*.

La Dra. Figueroa dijo:

- Si bien concuerdo en cuanto a la absolución de la nombrada en orden al delito de abandono de personas seguido de muerte agravado por el vínculo (art. 107, en función del art. 106, párr. final, CP.), ello no impide analizar si pudo incurrir en algún otro delito previsto en la legislación criminal. Considero que la absolución postulada por el voto concurrente de los jueces preopinantes en orden al mentado delito, no es óbice para juzgar y sancionar el accionar de S. en los términos del art. 84 del mismo cuerpo legal.
- En efecto, coincido en lo sustancial con la solución propuesta en lo que a este delito respecta, atento que de acuerdo con las constancias de autos, no se probó durante la audiencia de debate que S. se haya representado fehacientemente el resultado de muerte exigido por el tipo omisivo. Así las cosas, al arribar al hotel y advertir la grave situación en la que se encontraba su hijo, S. decidió salir en busca de auxilio médico. Vemos así que habiéndose aquí representado la gravedad del estado de salud de su hijo y el consecuente riesgo para su vida, S. obró conforme a derecho. Así, prestó el auxilio que tuvo a su alcance para interferir —aunque infortunadamente— el curso causal que culminó con el fallecimiento de su hijo. No advirtiendo ninguna omisión típicamente relevante desde el momento que llega al hotel y hasta que buscó auxilio médico, cabe concluir que tampoco puede responder en estas circunstancias por el delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo, por el que fuera condenada.
- Sin embargo, lo resuelto en el punto anterior, no impide encuadrar la conducta de la madre del niño dentro de un accionar culposo, en los términos del art. 84, CP.

Cabe recordar que la estructura típica del homicidio culposo requiere una violación al deber de cuidado, el resultado muerte y el nexo causal

entre ellos. Puede colegirse que se encuentra sobradamente acreditado que S. violó el deber de cuidado (guarda) que debía a su hijo en su condición de madre. Frente a un comprometido estado de salud del niño, aquella obró negligentemente al pretender resolver su cuadro a través de medios a todas luces inapropiados.

Ante un deteriorado cuadro de salud de su hijo, del tremendo dolor físico de un niño de tres años, únicamente surge que S. se limitó a pretender asistir a su hijo curándole el empacho con una cinta, porque el relato de que solicitó un turno para un médico siete días después del inicio de la dolencia no se encuentra probado.

- Existe una vinculación directa e ineludible entre el obrar de S. y el desenlace final. Si ella hubiera tomado los recaudos debidos frente al cada vez más grave estado de salud de su hijo (atento los dolores insoportables que el pequeño padecía) buscando atención médica a tiempo, se podría haber impedido su deceso, según el informe de la autopsia.
- Entre los deberes de los padres a sus hijos se encuentra principalmente el deber de guarda, sobre todo cuando puedan verse comprometidos su vida o salud. El accionar negligente de S. en las circunstancias concretas, al no proporcionarle al niño los medios necesarios que su salud requería, ha traído como consecuencia el resultado típico. Ello así puesto que la autopsia reveló que la lesión, que ocasionó finalmente la muerte, se habría producido por lo menos seis horas antes del deceso. Toda vez que éste se produjo a las 15:55 hs. del día 30/12/2005 aproximadamente, y que S. dejó al niño en el hotel a las 12.30 horas, también aproximadamente, ella violó el deber de cuidado y esa infracción condujo al fallecimiento de aquél. Por ello, considero que no caben dudas en cuanto a que, de haber recibido el niño la asistencia médica necesaria, debida por su madre en razón de las obligaciones a su cargo, éste habría tenido posibilidades de salvar su vida, tal como surge de la autopsia suscripta por el médico forense actuante.
- Por lo expuesto, corresponde arribar a la conclusión de que S. incumplió su deber de cuidado respecto a su hijo de tres años, lo que culminó con su muerte. Respecto a la vinculación de esta violación al deber de cuidado y el resultado muerte, no cabe más que afirmar el nexo causal entre ambos. De hecho, se produjo el fallecimiento de M. como consecuencia directa y necesaria de un paulatino deterioro en la salud del niño, por padecer un fuerte dolor en la zona abdominal durante ocho días (desde

el 22/12/2005, o sea desde un día posterior a su restitución, hasta su deceso), situación en la que su madre obró sin tomar los recaudos necesarios del caso.

Como anticipé (I), en el fallo de referencia la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió absolver a S. por el delito de abandono de personas, seguido de muerte, y agravado por el vínculo (arts. 107, en función del párr. final del art. 106, CP.) y confirmar la condena de J. por el delito de abandono, seguido de muerte (art. 106, párr. final, CP.).

### **III. El delito de abandono de personas**

Como punto de partida para abordar el comentario a este artículo, deviene necesario presentar un breve análisis del delito en cuestión y sus puntos de discusión doctrinaria.

La conducta típica del abandono de personas (art. 106, CP.) no consiste en simplemente abandonar, pues la norma reclama “poner en peligro la vida o la salud del sujeto pasivo mediante el abandono o la colocación en situación de desamparo”. Concretamente comprende dos posibles situaciones:

1. Poner en peligro la vida o la salud de otro *colocándolo en situación de desamparo*.
2. Poner en peligro la vida o la salud de otro, *abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar, o a una persona a la que el autor haya incapacitado*.

Conforme el segundo y tercer párrafo de la figura penal, estos supuestos se agravarán en su pena si a causa del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, y más gravosa la pena será si deviene la muerte.

Las hipótesis se diferencian, en primer lugar, en cuanto al sujeto activo, pues si bien el primer supuesto no reclama determinada calidad para ser autor, los restantes exigen un determinado rol, es decir, el autor se encuentra inmerso en una posición de garante respecto de la víctima. En segundo lugar, el verbo típico también marca una distinción, de modo tal que “colocar en situación de desamparo” no es lo mismo que “abandonar a su suerte”.

En efecto, se “expone/coloca” a una persona en situación de desamparo cuando se la pone en un escenario en la que queda sin posibilidades de auxilio por las circunstancias propias del lugar o modo. En cambio, “abandonar” remite a la omisión del cuidado o ayuda debida, frente al contexto de desamparo que era preexistente.

El “exponer” sobreviene generalmente cuando el autor del delito trasladada a la víctima a otro lugar, pero esa acción será entendida como tal recién cuando se alcancen los otros dos requisitos, que son la sustracción de cualquier forma de ayuda ajena y, de esta forma, la materialización de la situación de desamparo. Es decir, a través de la modificación fáctica del lugar, surge la situación real de desamparo.<sup>1</sup>

El “abandonar”, por su parte, consiste en que el autor –que tiene que ser garante al ejecutar la acción del hecho– deja a la víctima en situación de desamparo, ya sea por el mero alejamiento físico o por la omisión de ayuda.<sup>2</sup>

Ambas formas de conducta poseen un denominador común que es la necesidad de que se produzca un peligro concreto, ya sea para la salud o la vida del sujeto pasivo. La mera exposición o abandono no se consumaría si no se produjese finalmente, como consecuencia de la acción típica, un peligro concreto para la salud o la vida de la víctima.

Sancinetti postula que la formulación del tipo legal no se refiere a una omisión, sino a dos formas de acción: o bien se lleva a la persona desde una situación de protección hacia una de desprotección –exponer–, o bien el garante se aleja de la persona a la que le debe protección –abandonar–. Para ambas situaciones haría falta una acción, un desplazamiento físico, un movimiento corporal.<sup>3</sup>

Y es aquí donde nace la confrontación doctrinal sobre si el abandono exige un verdadero alejamiento físico del sujeto activo como presupuesto necesario del accionar típico. Es decir, lo que se discute es si el delito de

1. Struensee, Eberhard, “Exposición y abandono de personas”, en Jakobs, Günther - Struensee, Eberhard, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, pp. 84-85.

2. Struensee, Eberhard, op. cit., p. 86.

3. Sancinetti, Marcelo A., “La relación entre el delito de abandono de persona y el homicidio por omisión”, en Ziffer, Patricia, *Jurisprudencia de Casación Penal*, 1era. ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 318.

abandono pone su acento en el hecho del alejamiento entre la víctima y el autor –acción–, o si también la mera pasividad de dar ese auxilio –omisión– queda comprendido en la figura.

Una de las posturas (tesis restrictiva) esboza como requisito necesario la separación espacial como materialización de la situación de desamparo de la víctima, de modo tal que esa distancia convertiría en imposible la acción de salvamento. Cuando el autor debería prestar asistencia, no está presente y, por ello, carece de la capacidad de cumplimiento y, estrictamente, ya no omite; pero en el momento previo se ha puesto en esa situación, de manera que esa acción previa sería la que se conmina con pena.<sup>4</sup>

En la vereda contraria (tesis amplia), se sostiene que la acción típica de “abandonar” queda configurada desde el momento mismo en que el sujeto activo deja de brindarle a la víctima la ayuda o el cuidado que le era debido, sin necesidad de que se vaya de su lado. Es decir que el abandono comienza en el momento en que se quebranta el deber de protección, se omite el auxilio debido.

Entre los representantes de esta posición se encuentra Creus, que sostiene que se abandona a la víctima cuando se la deja privada de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener su vida o integridad actual de su salud, y este abandono puede perpetrarlo el agente tanto apartándose del sujeto pasivo o quedándose con ella, pero sin prestarle los auxilios o cuidados necesarios.<sup>5</sup>

No obstante, Soler advierte que es preciso no llevar la tesis a términos muy extremos, pues se corre el riesgo de llamar abandono a cualquier omisión de deberes, identificando el abandono de un deber con el abandono de una persona. La ley exige que se abandone a una persona, y si se refiere luego al deber de mantener o cuidar, lo hace para que queden individualizadas las personas que antes ha mencionado. En consecuencia, es posible el abandono sin desplazamiento, pero a condición de que el sujeto, en forma positiva, aísle del medio a la persona a la cual, por su parte, él no ayuda, debiendo hacerlo. Sintetiza el autor, que si bien no es expresa la necesidad de separación espacial, será necesario que la situación creada por el sujeto

4. Sancinetti, Marcelo A., op. cit., 2009, pp. 319-320.

5. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, 6ta. edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 114.

activo equivalga a la de esa separación, y ello se da cuando se produzca la privación de los auxilios debidos y el aislamiento de los inmediatos auxilios posibles, de modo que se genere la situación de peligro.<sup>6</sup>

Sancinetti remarca que tomar una postura definida entre cada uno de los criterios interpretativos no es tarea sencilla. En favor de la primera interpretación (restrictiva), se podría alegar que esa fue la concepción que Soler tomó de la doctrina alemana que comentaba el viejo texto del § 221, StGB, ya cuando Soler trató nuestro texto originario de 1921. La otra posición (amplia) puede alegar que el verbo “abandonar” es suficientemente vago como para admitir otra interpretación. En el sentido psicológico al uso, también una persona que se halla de cuerpo presente (un padre, una esposa, un hijo) puede tener actitudes “abandonantes”. Pero llegar a esta interpretación, continúa el autor, conduce a considerar una figura general de “puesta en peligro”, como mero delito de resultado sin ninguna acción definida. Habría así, con la interpretación amplia, un delito de mero resultado de puesta en peligro de personas, sea que para esto baste con el desamparo, es decir, con el abandono a la causalidad como mero “peligro abstracto”, sea que se exija que la víctima entre en situación de “peligro concreto”.<sup>7</sup>

Ahora bien, a mi modo de ver, la situación fáctica de desprotección resulta indiferente a la cercanía o lejanía del autor. El acto de abandonar no puede entenderse por el mero hecho de dejar en soledad a la víctima, sino que lo decisivo debe estar en que el autor, más cerca o más lejos, omita el deber de cuidado al que se encuentra obligado *ex ante*, en condiciones reales de hacerlo, no obstante, la situación de desamparo, sin que exista asimismo otro curso causal de salvamento.

En lo demás, el delito de abandono de personas es un delito de resultado de peligro, que no ha de ser otro que la circunstancia de que el bien jurídico ha sufrido un peligro real, que podrá agravarse en su pena, si resultare una lesión/muerte o simplemente, quedar satisfecho por la mera existencia de ese peligro concreto.

Se trata de una obligación de hacer –cuidar, mantener– que se omite y por ello se abandona. El sujeto activo no realiza las acciones tendientes a

6. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Editorial Tea, Buenos Aires, 1987, pp. 189-190.

7. Sancinetti, Marcelo A., *op. cit.*, pp. 328-329.



salvar el bien jurídico que se encuentra bajo su protección y dentro de la esfera de influencia de una fuente de peligro cierta. La dificultad que en el caso se puede presentar es acerca de cómo determinar el concepto de “peligro concreto”, es decir, interpretar cuándo y bajo qué elementos estamos frente a un peligro cierto para la salud o la vida del sujeto pasivo.

#### **IV. Análisis de la conducta atribuida a J. (concubino)**

La lectura de la sentencia de casación da cuenta de que la conducta que se le reprocha a J. es haber abandonado al pequeño M., respecto del cual tenía el deber de cuidar, omitiendo el auxilio necesario, como lo era la asistencia médica que requería el cuadro, así como negándose a llamar a una ambulancia, a sabiendas de que el menor se encontraba en gravísimo estado; prueba de ello, es el llamado telefónico que detallan las empleadas del supermercado, en el que J. refiere que el pequeño se encontraba morado con dificultades para respirar, así como también sus maniobras de reanimación.

Propongo, como primer paso, someter al fino tamiz de la teoría del delito el accionar de J. bajo el art. 106 CP., con el agravante del resultado muerte (párr. final), conforme el criterio del Tribunal Oral y la posterior confirmación de la condena por la Cámara de Casación:

##### *1) Tipo objetivo*

- a) Situación generadora del deber de actuar: el menor de 3 años en evidente desmejoramiento de su cuadro de salud se encontraba bajo el cuidado de su padrastro, quien era la única persona que estaba a su lado en la habitación en la que vivían.
- b) Posición de garante: el sujeto activo solo puede ser quien, con anterioridad al hecho típico, ya se encontraba obligado jurídicamente a mantener o cuidar al abandonado. El padrastro revestía una clara posición de garante y tenía el deber de cuidar o mantener a la víctima. Esa mañana la madre decide ir a trabajar y deja al menor en custodia de su pareja, quien asume su responsabilidad, aceptando ese deber de custodia. Frente a esta situación fáctica, podríamos afirmar que la conducta precedente de asunción es la generadora de esa obligación asistencial.
- c) Omisión de auxilio: la acción típica de “abandonar”, necesaria para la configuración del tipo, se materializa en el momento mismo en que

J. se niega a llamar a la emergencia médica frente al grave cuadro que presentaba el menor y del que él era consciente. Resulta claro que tanto el Tribunal Oral como la Cámara de Casación se inclinaron por el uso de la interpretación amplia, dado que se le imputa el abandono sin la exigencia de alejamiento del sujeto pasivo, circunstancia que no se presentó en el caso.

- d) Capacidad física real de realizar la acción mandada: J. tenía la capacidad física real de llamar a la ambulancia, no solo por sus propios medios –ya que de igual manera puedo llamar por teléfono a la madre–, sino también con la ayuda de sus vecinos, quienes le ofrecieron y le recomendaron hacerlo, a lo que él se negó.
- e) Resultando de su accionar omisivo: el peligro concreto para la vida de M. existió y se materializó en su muerte.
- f) Relación de causalidad hipotética objetivamente imputable: el cuadro comienza agravarse y J. alega que solo intenta maniobras de reanimación, exponiendo a M. a una situación de total desamparo toda vez que no llama a la emergencia médica y se limita a esperar a que llegue la madre. No solo elude su deber de actuar a fin de darle auxilio al menor, situación que le era exigible por su posición de garante frente a ese bien jurídico, sino que además impide otros cursos de salvamento al negarles a los vecinos la posibilidad de que llamasen a la ambulancia, tal como se lo aconsejaron desde afuera de la habitación. Si bien no se sabe con exactitud la hora de muerte del niño, lo que sí se acreditó es que llegó fallecido al hospital y que desde que él llamó por teléfono al supermercado, describiendo la situación de peligro real en la que se encontraba M., hasta que la madre llegó a la vivienda, transcurrió al menos una hora. Esta omisión exterioriza una conducta distinta a la obligación de hacer. Según el informe de la autopsia, si el menor hubiera recibido atención médica a tiempo, se podría haber impedido su deceso.

## 2) Tipo subjetivo

a) Dolo: El dolo que exige el delito de abandono de personas debe abarcar el conocimiento de las circunstancias fácticas de la situación de desamparo y del peligro concreto, ello es, un peligro para la vida o la salud, sumado a la voluntad de realización. La discusión doctrinaria recae, entonces, sobre las agravantes de lesión o muerte.

Para Creus, el dolo de este delito está constituido por el conocimiento del carácter de las acciones que se realizan y por la repercusión causal de ellas en orden a la creación del peligro, pero el dolo de obtener, mediante las conductas típicas, determinados resultados dañosos, puede llevar la acción del agente a otras figuras distintas. Por ello, la muerte y los daños deben ser consecuencia del accionar típico, deben proceder causalmente, pero además deben ser preterintencionales.<sup>8</sup>

Donna por su parte entiende que estamos ante un delito doloso de puesta en peligro, que requiere en su faz intelectual la representación de la posibilidad de que se producirá un peligro de lesión al bien jurídico. Y de acuerdo con la redacción de la norma, continúa el autor, no queda otra alternativa que aceptar que el resultado muerte lo sea a título eventual. Será el caso del sujeto que abandona, se representa la posible muerte del sujeto pasivo y no hace nada para evitarlo.<sup>9</sup>

En mi opinión, el resultado muerte no puede estar abarcado por el dolo del art. 106, CP., toda vez que la sola representación formal de que ese resultado pueda sobrevenir como consecuencia de la situación de peligro concreto nos obliga a dejar de lado esta figura penal. Si bien el delito de abandono de personas en su aspecto subjetivo se satisface con el dolo eventual, en el caso de la agravación del resultado por muerte o lesión, el dolo no puede extenderse a esas consecuencias, sin que nos topemos con la obligación de cambiar la calificación legal del hecho. Es evidente que los resultados de lesión o muerte deben responder causalmente al abandono; pero es preciso que la conducta del autor no haya sido cumplida con la previsión seria de tales resultados, porque esa actitud subjetiva sitúa el hecho en las figuras comunes de lesiones y homicidio.<sup>10</sup>

El fundamento reside en que el autor no puede exteriorizar una intención directa o al menos eventual de que la lesión a la salud o a la vida podrían acontecer, ya que estamos frente a una figura penal de peligro concreto, y eso significa que su conocimiento no puede ir más allá de esa situación de

8. Creus, Carlos, op. cit. pp. 117-118.

9. Donna, Alberto Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 280 y ss.

10. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal: parte especial*, 17ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 143.

peligro real e inminente. El mero hecho de que el autor se represente seriamente el devenir de los resultados lesivos y, aun así, omite actuar para evitar la producción de esos resultados, teniendo la capacidad física para hacerlo, excluye ya la posibilidad de encuadrar el hecho bajo el delito de abandono de personas.

Es el tipo subjetivo el que expone las verdaderas intenciones del autor y el marco para el correcto encuadre legal de la conducta. En el caso, J. conocía las circunstancias de su deber de vigilar: conocía que estaba a cargo de M., conocía que M. estaba enfermo, que el cuadro se había agravado al ver al pequeño con dificultades para respirar y con tono morado y, pese a todo ello, decidió no llamar a la emergencia médica, optando efectivamente por la pasividad y esperando a que la madre regresara y se hiciera cargo de la situación. Así las cosas, J. se desentendió del pequeño M., privándolo de la protección que requería, y ello se infiere claramente no solo de su decisión de no hacer, sino del propio mensaje telefónico “que se haga cargo, yo no tengo nada que ver con esto, no tengo nada que hacer”.

Es aquí donde el análisis dogmático entra en crisis bajo los presupuestos del delito imputado y, por ello, entiendo desacertada la calificación legal atribuida a J., pues en mi opinión su conducta excede el contenido del ilícito de la acción típica de abandonar. En efecto, el tipo subjetivo deja al descubierto que J. no solo no evitó la producción del resultado, teniendo las posibilidades para hacerlo, sino que además se representó el sobrevenir de la afectación del bien jurídico vida o salud de M. y, aun así, demostró con su comportamiento indiferencia y menosprecio frente a la situación de emergencia. Los síntomas visibles de desmejoramiento del menor, que él mismo describió, exigían al menos la asistencia médica inmediata. Pero también el haber mantenido aislado al pequeño M., impidiendo el contacto con el resto de los vecinos hasta la llegada de S., imposibilitó otros cursos de salvamento.

Además, si adoptáramos la postura de la tesis original o restringida, en cuanto a la interpretación del verbo “abandonar”, el caso bajo análisis nos impediría también reprocharle a J. el ilícito del art. 106, CP., y esto se debe a que ni siquiera podríamos superar el filtro de la exigencia del alejamiento necesario para la configuración de la acción típica de abandonar, puesto que el sujeto activo en ningún momento se separó de la víctima; por el contrario, estuvo a su lado hasta la llegada de la madre.

3) *Entonces: ¿cuál sería el encuadre correcto de la conducta atribuible a J.?*

Mi posición es que la conducta de J. realiza el tipo penal del delito de homicidio del art. 79, CP., por omisión.

La teoría del delito de infracción de deber de Roxin<sup>11</sup> es determinante para arribar a una correcta explicación de la postura, a la cual adhiero, respecto de la imputación de delitos omisivos impropios y que, adelantando mi solución, resulta aplicable al caso bajo estudio.

En esta línea, se diferencian principalmente dos tipos de delitos: por un lado, aquellos en los que el legislador ha descrito el comportamiento típico de forma precisa, siendo autor aquel que domina el hecho determinado en el tipo penal, llamados *delitos de dominio del hecho*. Por el otro, los tipos penales, en los cuales el legislador no hace hincapié en la exteriorización del comportamiento humano del autor, sino que el fundamento es el incumplimiento de las obligaciones ligadas a un determinado rol social. Esta última clase de delitos Roxin los denomina *delitos de infracción de deber*. Esta categoría dogmática se construye a partir del deber especial al que la persona está sometida. Autor, entonces, no es necesariamente aquel que tiene el dominio del hecho, sino que lo será quien estando obligado por su posición de garante a cumplir determinado deber, no lo hace e infringe ese mandato extrapenal.

La principal diferencia consiste en que, en las omisiones, todas las lesiones a bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran de dominio, se transforman en delitos de infracción de deber.<sup>12</sup>

La teoría del delito por infracción de deber construye también la justificación de la responsabilidad sobre la base a la lesión al bien jurídico y, por ello, esa lesión puede ser producida por vía de acción y de omisión. Pero el omitente no llega a ser autor por su dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado.

En el caso que estamos analizando, J. era el garante del cuidado de los bienes jurídicos vida e integridad física del menor M. de tan solo tres años,

11. Roxin, Claus, *Derecho penal: parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas, España, 2014, p. 179 y ss.

12. Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, 7ma. edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 499.

incapaz de valerse por sus propios medios. J. asume esa calidad desde el instante mismo en que acepta quedar al cuidado del niño –asume la guarda de hecho del menor– en pos de que su pareja y madre de M. se retire del hogar a cumplir con su jornada laboral. A él le compete entonces el completo cuidado de este y es quien debe procurarle protección evitando cualquier situación de peligro y conjurando aquellos que puedan presentarse durante el lapso que demandara esa responsabilidad.

El título de “posición de garante” determina que si la ley extrapenal impone el deber de evitar ciertos acontecimientos, el incumplimiento de este mandato se transforma en una acción típica delictiva, siempre y cuando sea exigible a esa persona la evitación de ese resultado típico y haya tenido la absoluta posibilidad de interferir en el curso causal.

De acuerdo con lo que se entendió por acreditado en el caso, la madre dejó a su hijo enfermo al cuidado exclusivo de su pareja, con la indicación de que si el cuadro se agravaba le avisara por teléfono. En el transcurso de la mañana J. pudo observar que el pequeño M. estaba empeorando al punto tal de tomar un color morado y manifestar claras dificultades para respirar. J. ante tal situación de peligro se limitó a llamar en dos oportunidades a su pareja sin poder hablar directamente con ella; solo transmitió un mensaje de tono agresivo a las compañeras de trabajo. El propio J. fue quien describió el contexto de extrema puesta en peligro de la vida del niño y, a pesar de tomar consciencia de aquella situación generadora del deber de actuar, omitió el auxilio necesario e impidió a su vez otros cursos de salvamento, como proponían los vecinos que, desde afuera de la habitación, indicaban llamar a una emergencia médica, específicamente a una ambulancia, a lo que él también se negó.

La muerte sobreviene como consecuencia de esa situación de peligro de la que J. es consciente y ante la cual decide la no intervención para impedir o, al menos, minimizar el resultado típico. Su no hacer eleva el riesgo no permitido y posibilita el curso causal.

El punto débil es determinar si existe realmente posibilidad de que la infracción de un deber por medio de un acto omisivo sea encuadrada bajo un tipo comisivo. Pero entonces, ¿podríamos afirmar que se da la situación típica del art. 79, CP.?

La diferencia sustancial que habilita la aplicación del delito de homicidio (art. 79, CP.) desplazando al delito de abandono de personas (art. 106, CP.) se construye a partir del análisis del tipo subjetivo. Gran parte de la

doctrina explica el delito de abandono con base en la consciencia y la voluntad de apartarse de la víctima, dejándola desamparada a su suerte y violando el deber que pesa sobre la cabeza del sujeto activo de manutención o cuidado. Pero si –como en el caso– J. presencia el peligro concreto para la vida o al menos la integridad física del menor, sin alejarse y siendo totalmente consciente del peligro real e inminente que amenazaba al niño incapaz de protegerse, ya no podemos encuadrar el hecho en el simple delito de abandono de persona agravado por el resultado muerte.

Ahora bien, de igual manera, si dejamos de lado el elemento normativo de “alejamiento”, y si el conocimiento del autor alcanza la posibilidad de producción de los resultados, y aun así omite su deber de protección frente al bien jurídico del que es garante, estaremos en condiciones de afirmar al menos el dolo eventual de lesión de esos bienes y, con ello, el encuadre bajo la figura de homicidio. Como he dicho ya, si bien es correcto afirmar que el delito de abandono de personas es doloso y con el simple dolo eventual ya quedaría configurado, el resultado muerte, que se encuentra por fuera de la situación típica, no puede ser alcanzado por el dolo ni siquiera de manera eventual, pues entonces no se trataría ya de un abandono sino de un homicidio doloso. Ello solo nos conduce al desplazamiento de la figura en cuestión.

La acción típica del art. 79, CP., que reza “el que matare a otro”, no determina de qué forma se puede dar muerte a otro. Ese curso causal puede sobrevenir entonces por vía de la acción y también por omisión. Asumiendo la postura de que J. no causó el resultado muerte, no impedir que se produjera el resultado típico teniendo el deber y la posibilidad fáctica de hacerlo, ¿no significa dar muerte?

*4) Entonces ¿podríamos imputarle a J. el delito de homicidio en comisión por omisión?*

Sin lugar a dudas, los delitos de omisión impropia dieron nacimiento a otro de los grandes debates en el ámbito del Derecho Penal, que significó la división de la doctrina en dos posturas bien diferenciadas.

La discusión gira en torno de si determinadas conductas omisivas pueden ser sancionadas cuando no se encuentren expresamente escritas y, en caso de que así sea, bajo qué condiciones puede equipararse una omisión a un hacer positivo.

Los detractores de este paralelismo sientan sus críticas sobre la base de la estricta legalidad y su posible puesta en crisis. En esta línea, sostienen que la eventualidad de habilitar la punición de este tipo de delitos choca inevitablemente con lo que promulga este principio constitucional, como es la exigencia de una ley cierta, previa, escrita y estricta.

Bajo estos presupuestos, argumentan que, ante la falta de provisiones legales expresas, los delitos improprios de omisión son consecuencia de una creación teórica y de decisiones jurisprudenciales que deducen su existencia de mandatos contenidos en los tipos de acción, lo que supone la conversión de normas prohibitivas en imperativas.<sup>13</sup>

Así, afirman que la doctrina ha sostenido una construcción analógica, fundada en la supuesta necesidad derivada de considerar inadmisibles o escandalosas la imaginada impunidad de los improprios delitos de omisión no escritos.<sup>14</sup> En este sentido, alegan que el hecho de que ciertos comportamientos considerados como merecedores de pena tuvieran que permanecer impunes no justifica ninguna lesión del principio fundamental del Estado de Derecho.<sup>15</sup> Incluso sostiene Zaffaroni que en el hipotético caso de que existan estas situaciones escandalosas de impunidad, se trataría de omisiones del legislador que solo podrían resolverse con legisladores responsables, y que, por ello, la irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación a la Constitución por parte de los jueces y, menos aún, la instigación a ella por parte de la doctrina.<sup>16</sup>

Proclaman categóricamente que se produce una suerte de creación libre del Derecho, dejando en manos de los jueces la tarea de definir los presupuestos que fundamenten la equivalencia entre la omisión y la acción, con el peligro que eso conlleva.<sup>17</sup> En efecto, sintetizan que la construcción del tipo

13. Righi, Esteban, “Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2001- A- Editores del Puerto, Argentina, 2001, p. 97.

14. CSJN, “Rosas, Romina Mariela y otros s- p.ss.aa. homicidio calificado”, sentencia del 20 de agosto de 2014, en disidencia Dr. Zaffaroni.

15. Terragni, Marco Antonio, *Delitos de omisión y posición de garante en el Derecho Penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 208.

16. Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal: parte general*, 2da. ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 582.

17. Terragni, Marco Antonio, op. cit., 2011, p. 211.



omisivo se efectúa partiendo de la figura activa y este suceso no puede darse sin echar mano a la analogía que automáticamente vulneraría los principios de legalidad y culpabilidad.<sup>18</sup> Finalmente, entienden que existiendo un riesgo tan considerable de que quede anulado uno de los principios cardinales que resguardan la libertad individual, la interpretación de la letra de la norma debe ser, no solo cuidadosa, sino decididamente restrictiva.<sup>19</sup>

Ahora bien, la imputación de un hecho que consiste en no realizar cierta acción corresponde a los delitos de omisión. El punto de partida a fin de presentar mi opinión es identificar principalmente la clasificación entre los delitos propios de omisión y los impropios de omisión. Los primeros no generan mayor inconveniente, toda vez que son aquellos tipos penales en los que se pena el puro “no hacer”, específicamente establecido en la ley como delito de inactividad. Sin embargo, los segundos se aplican a casos en los que la conducta es tan omisiva como lo es en los delitos de omisión propios. Se llama impropio al delito, en el sentido de que la omisión es tratada conforme a un tipo penal en apariencia referido solo a un comportamiento activo, pero la no evitación de determinada situación de hecho podría ser analizada como equiparación a la producción activa de esa situación, por la sola circunstancia de que el sujeto estuviera particularmente obligado a evitar esa situación y no actuara conforme a ese deber.<sup>20</sup>

Sobre este concepto de los delitos impropios de omisión, podríamos adelantar que el elemento común entre acción y omisión es la evitabilidad del suceso, respecto de quien sea competente para evitarlo. Este punto compartido nos habilitaría a asimilar la no evitación del resultado típico de quien tiene el deber legal de evitar que el bien jurídico sea lesionado con la producción activa de esa situación.

Aceptar esta equivalencia no supone hacer uso de la analogía *in malam partem* como tilda negativamente la voz opuesta de la doctrina, sino que, tal como lo explica Sancinetti, se trata de la interpretación de la letra de la nor-

18. Silvestroni, Mariano H., “Homicidio por omisión, el artículo 106 del Código Penal y la reforma de la ley 24.410”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, Número 1-2, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1996, p. 268.

19. Terragni, Marco Antonio, op. cit., p. 209.

20. Sancinetti, Marcelo, *Casos de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 308.

ma, de hasta qué punto un texto que describe una acción no está abarcando también la no evitación de ese resultado en cabeza de quien sí debía evitar y no lo hizo.<sup>21</sup>

Con esta línea de análisis, podemos afirmar entonces que los delitos impropios de omisión no significan tipos no escritos, sino que por el contrario se encuentran inmersos en la letra de la norma que debemos interpretar, y a través del análisis de la propia ley veremos que la omisión está contenida y forma parte de ella.

A pesar de lo expuesto, hay quienes entienden que para evitar objeciones con base en el principio de legalidad sería necesario introducir en la ley una cláusula legal de equiparación entre la acción y la omisión. Esta exigencia se desprende del debate doctrinario en Alemania en punto a la comisión por omisión, que llevó a su regulación legislativa a través del §13 del Código Penal, sancionado en ese país en el año 1975, siendo a la postre seguida esta modalidad por España, Portugal, Austria, Brasil, entre otros. De tal manera, se creó el sistema de equivalencia entre la acción y la omisión, sosteniéndose la segunda a partir de un tipo prohibitivo, en tanto se cumplan los requisitos de deber de garantía y la correspondencia de la omisión respecto de la modalidad de comisión activa.<sup>22</sup>

Pensar la cláusula de equivalencia como una solución a todos los males de los tipos impropios de omisión resulta una utopía; así Sancinetti afirma que las dificultades seguirán siendo las mismas, porque en todo caso los límites del deber de garante siguen siendo difusos y es allí donde deberíamos hacer hincapié.<sup>23</sup>

De cualquier manera, en mi opinión, los tipos penales de causación pueden ser aplicados a las omisiones de aquel que se encontraba en posición de garante respecto al bien jurídico que resultó lesionado.

Sobre estas consideraciones, J. tenía esa posición respecto del bien jurídico con la posibilidad física real de evitar el resultado. El autor creó un peligro adicional al permitido en perjuicio del bien que el mismo debía cus-

21. Sancinetti, Marcelo, op. cit., p. 309.

22. Soria, Juan Manuel, *La omisión en el sistema penal*, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, pp. 54-55.

23. Sancinetti, Marcelo, *Casos de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 313.

todiar, habilitando la producción del resultado fatal. Es por todo lo expuesto que entiendo que el accionar de J. debería haber sido calificado como delito de homicidio en comisión por omisión.

## **V. Análisis de la conducta atribuida a S. (madre del menor)**

Los jueces de manera unánime entendieron que la madre del menor no podía ser responsabilizada por el delito de abandono de personas agravado, seguido de muerte, y resolvieron su absolución. El fundamento radicó en que el día de la muerte del niño, S. no tenía consciencia acerca de la gravedad del estado de salud de su hijo por dos motivos: primero, por entender los jueces de casación como probado que S. llevó al médico a M. y, con base en esa prueba, que S. confió en el diagnóstico realizado por el experto, quien habría aventurado una simple dolencia hepática. Por otro lado, por no estar ella presente en el momento en que se agravó el estado de salud de su hijo y no poder tomar conocimiento de la situación de peligro concreto existente. Sin embargo, la Dra. Figueroa, quien adhiere en lo sustancial al voto del Dr. Slokar, entendió que nada obstaría para imputarle el delito de homicidio culposo.

Ahora bien, ¿es correcta la decisión? ¿La madre no carga con ningún tipo de responsabilidad penal por la muerte de su hijo? ¿Es la pareja de la madre el único culpable del desenlace? ¿Qué tipo de reproche cabría hacerle a S., si es que debiera hacerse alguno?

En primer término, entiendo acertada la decisión de la Cámara de Casación respecto de la absolución por el delito de abandono de personas. Reprocharle esta figura penal a la madre, no encuentra sustento fáctico ni jurídico. El art. 106, CP., como ya lo he dicho (III), exige colocar o abandonar dolosamente al sujeto pasivo en una situación de desamparo y, a partir de allí, que se genere un peligro concreto. Es decir, que comprende el conocimiento de esa situación y del peligro que correrá su vida o su salud, circunstancias que no se presentan en la conducta de la madre, quien decide dejar al cuidado de su pareja a M., en la creencia de que el niño sufría una simple dolencia hepática. En esta línea, cuando S. es notificada de que el cuadro se había agravado, ella decide ir en busca de su hijo a fin de brindarle el auxilio necesario.

Descartado entonces el delito de abandono de personas, adhiero al análisis que esgrime la Dra. Figueroa en su voto, respecto de la posibilidad

de imputarle el delito de homicidio culposo. Y entiendo correcto ese encuadre legal ante la clara infracción al deber de cuidado que cabe reprochar a S. Sintéticamente y remitiéndome a lo explicado sobre los roles en una sociedad (IV, punto 3), la conducta desplegada por S. es perturbadora de su rol de madre y representa una clara desviación de las responsabilidades que conlleva el cuidado que deben asegurar los padres hacia sus hijos, propios de la institución familia. De esta manera, S. administró de modo deficiente su rol, aumentando un riesgo jurídicamente desaprobado, al incrementar el peligro de la vida de su hijo M. que se materializó en su posterior muerte.

La responsabilidad de S. en cuanto a la infracción al deber de cuidado se puede dividir en dos momentos:

a) El primero, al haber omitido la consulta médica luego de 7 días de malestar generalizado de M. Si partimos de los hechos que tuvo por acreditados el tribunal, S. no le brindó la asistencia médica necesaria que requería el cuadro de salud del pequeño, optando por creer que se trataba de una dolencia digestiva.

Si adoptamos el criterio de la Cámara de Casación, que juzgó como probado la consulta a la salita médica, S. recién después de 6 días habría llevado a cabo esa consulta. Es decir, desde cualquiera de las dos apreciaciones, se evidencia un claro quebrantamiento al deber de cuidado de una madre que es garante de la salud de su hijo de tres años de edad. Su accionar imprudente, consistente en no llevarlo al médico, o de hacerlo varios días después de iniciada la dolencia, evidencia una clara negligencia que incrementa el riesgo al bien jurídico vida que se encontraba previamente amenazado por la enfermedad preexistente. Tan es así, que de haber existido la consulta a la salita, conforme las declaraciones testimoniales, la indicación del médico fue que de todas formas debía visitar a un pediatra, ya que la guardia era solo para la atención de adultos.

b) En un segundo momento, S. decide dejar al pequeño M. al cuidado de una persona no apta, con marcados antecedentes de violencia e intolerancia; prueba de ello es la privación de la tenencia a S. de su hijo, debido al contexto de violencia familiar en el que el menor vivía y los informes psicológicos que indicaban una personalidad conflictiva. Recordemos (I c.) que S. fue privada de la tenencia de su hijo a raíz de la denuncia que realizó la persona que cuidaba en aquel entonces a M. tras encontrarlo fuertemente golpeado, al punto de describir su estado como “desfigurado”. Las evaluaciones psicológicas posteriores dan crédito a esta situación al establecer

perturbación emocional de J., que lo comprometían para asumir el rol paterno sustituto. Al mismo tiempo que determinaron que S. entablaba vínculos patológicos, violentos, que implicaban niveles de riesgo, y consideraron que todo ello se hallaba relacionado con su historia de vida.

Así las cosas, S. actúa de forma imprudente al elegir a su pareja para asumir la responsabilidad de cuidar al niño durante su ausencia. En ambos momentos S. incrementa el riesgo jurídicamente desaprobado teniendo las posibilidades de evitarlo: según la primera situación, si hubiese llevado, a tiempo, al pequeño al médico; según la segunda situación, si hubiese dejado al menor al cuidado de alguien competente que no fuera una fuente más de amenaza para la vida de M.

En síntesis, el resultado muerte de M. es una consecuencia del accionar peligroso que la madre ha creado mediante su conducta riesgosa. Su obrar culposo tiene estrecha vinculación con el resultado típico y por esta razón entiendo acertado el reproche en orden al delito de homicidio culposo (art. 84, CP.).



## *Reseñas bibliográficas*

---





# González, Manuela (comp.), *Violencias contra las mujeres, discurso y justicia*

Laura N. Lora\*

El texto coordinado por la Dra. Manuela Graciela González<sup>1</sup> realiza un análisis y descripción interdisciplinar, desde la óptica de la sociología jurídica, sobre las violencias contra las mujeres y el problema del discurso y la práctica del derecho. Dicha problemática, no solo como una cuestión socio-jurídica-política actual de construcción internacional, regional y local, sino como una problemática fáctica de la práctica de la acción jurídica, que involucra instituciones de la justicia, sus normas, sus operadores.

Este libro, del que Manuela González es compiladora, autora y coautora, es producto de la investigación bajo su dirección “Las violencias contra las mujeres: Los discursos en juego y el acceso a la justicia”, ejecutada por un período de cuatro años (2012-2015) en el Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Es una producción colectiva escrita por profesionales

\* Abogada, especialista en Sociología Jurídica y Doctora en Derecho Área Derecho Social de la Universidad de Buenos Aires. Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde 1995. Imparte cursos de Metodología de la investigación social y Sociología jurídica; lauranoemilora@derecho.uba.ar.

1. Manuela G. González es Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Se ha dedicado a estudiar temas relativos al derecho de familia y al feminismo desde la sociología jurídica y tiene numerosos artículos al respecto. Por ejemplo: *El impacto de la situación socioeconómica y política del país en las familias, Familia y derecho: asincronía y cambio, Las violencias contra las mujeres en el contexto latinoamericano. Deudas Pendientes*. Además, fue coeditora del libro *Los actores y las prácticas. Enseñar y aprender Derecho en la UNLP*, “Escribimos juntas. Aproximaciones socio-jurídicas a las familias y la infancia” para el libro *La sociología jurídica en Argentina. Tendencias y perspectivas*.

provenientes de distintos ámbitos disciplinares, la psicología, la sociología y la comunicación social, que plantea problemas en torno al ejercicio y alcance de las violencias, sus discursos, prácticas y los obstáculos en el acceso a la justicia.

El texto está organizado en dos partes y un anexo estadístico. La primera abarca los cuatro primeros capítulos, es de carácter metodológico y de interrogación conceptual. La segunda parte comprende los capítulos que van del quinto al décimo y contienen los estudios de casos y la aplicación de las cuestiones teóricas al análisis de situaciones concretas.

Acerca de los aspectos metodológicos se puede observar el uso de metodologías mixtas para el abordaje de los temas que describen y analizan. Hay metodología cuantitativa y cualitativa. Las técnicas son variadas, entre estas, entrevistas, encuestas, conversatorios, observaciones, relevamiento de expedientes, estadísticas, análisis periodístico, análisis de casos.

El primer capítulo, escrito por Manuela y Gabriela, “Los discursos de quienes acompañan, asesoran y deciden”, se centra en las narrativas de las mujeres que se entrecruzan con las miradas o representaciones de los/as funcionarios/as, operadores/as de justicia y las integrantes de movimientos sociales acerca de los fenómenos que se analizan. Se preguntan: ¿cómo se construyen los testimonios y qué papel juegan los discursos legitimados? ¿Y por qué algunas mujeres no denuncian o retiran la denuncia?

Hay análisis de la producción legislativa y de las instituciones creadas para abordar las violencias pero estas no son suficientes para evitar los femicidios que siguen sucediendo.

Los conceptos descriptos son patriarcado, a partir de nociones desarrolladas por Foucault y Alda Facio. Abordan el tema del acceso a la justicia a partir de la siguiente noción. *Acceso a la Justicia* es el no acceso a la justicia del Estado, o visto de otro modo, la injusticia del no acceso por parte de diversas categorías de personas definidas de varias maneras, como “sectores vulnerables”, “desaventajados”, “excluidos”, “desafiliados sociales” o “marginados”, los que de algún modo detentan como rasgo común la pobreza y la precariedad económica, y a partir de ello la falta de poder y la debilidad política. Cuando se habla de acceso a la justicia, por lo general, entonces, se hace referencia a su ausencia y a la desprotección jurídico-política que ello genera (Salanueva, González, 2011: 11, 12).

Una primera distinción entre los conceptos de *sexo y género*, que se ha construido históricamente, establece que el sexo remite al plano natural,

biológico e inmutable en tanto que el género alude a la interpretación que cada cultura hace de estas diferencias. Utilizan conceptos de Foucault, Judith Butler, Gabriela Castellanos. También desarrollan las nociones de “violencia contra la mujer”, citando a Rita Segato, y “representaciones sociales, discurso jurídico” remitiéndose a autores como Bourdieu y Habermas.

El segundo capítulo, escrito por Manuela G. González y H. Gabriela Galletti, se titula “Dispositivos para el acceso a la justicia de las mujeres”; las autoras parten de los siguientes interrogantes: ¿qué medidas promueven las instituciones y los/as profesionales para elaborar respuestas y articular acciones? ¿Qué hace falta para optimizar el uso de los recursos disponibles? ¿Qué dispositivos pueden implementarse para que la legislación, las instituciones y los/as agentes brinden respuestas? A lo largo del artículo buscan realizar un acercamiento al concepto de dispositivo.

Observan la desarticulación entre los organismos con competencia en el tema violencias. La psicóloga del grupo, Gabriela, se refiere al acompañamiento de la víctima, un acompañamiento para ayudar a la persona, preservando su salud física y emocional según lo establecido por el art. 6 de la ley provincial 14.509, pero que si no es puesto en práctica con la finalidad de contribuir a la autonomía de la mujer escuchando respetuosamente, no censurando y habilitando la palabra que permita advenir al sujeto perdido, el actuar de quienes administran justicia quedará a mitad de camino.

Irma Colanzi, autora del tercer capítulo, que se titula “Se oye como hablada: debates y desafíos en torno al uso del testimonio en metodología cualitativa”, aborda el análisis de la noción de testimonio como estrategia orientada a revalorizar las voces de las mujeres en situación de violencias. Plantea la existencia de una interrelación entre quien da testimonio y quien ayuda en la construcción haciendo audible esa voz.

El capítulo cuatro, de Karina Andriola, Julieta Cano, Irma Colanzi, Cintia Hasicic y María Eugenia, “Reconstruyendo los sentidos de las intervenciones situadas frente a las violencias contra las mujeres”, propone analizar –a partir del uso del software Atlas.ti– entrevistas realizadas a referentes de áreas, programas y direcciones de género, así como también a actores del Poder Judicial.

Al abordar los temas se identifica rápidamente el enfoque socio-jurídico y la perspectiva de género. Quienes elaboran este artículo lo hacen utilizando marcos jurídicos, sociológicos y psicoanalíticos, analizando los sentidos y las relaciones del mundo social que tienen sus actores, actores

impregnados de mitos y prejuicios propios de la cultura patriarcal. Las autoras cuestionan los aspectos que hacen a la capacitación y formación de quienes intervienen en estas situaciones y el impacto de la misma. Identifican si ella es previa, contemporánea o inexistente, obligatoria u optativa al ejercicio de la función que se desempeña, y si se la aborda desde la teoría o solo desde la praxis.

En el capítulo cinco, “Debates y conceptualizaciones sobre las violencias contra las mujeres a partir de los conversatorios”, Flavia Delmas y Cintia Hasicic analizan el conversatorio como estrategia de investigación.

La segunda parte del libro está dedicada al estudio de casos. Flavia Delmas y Julieta Cano, bajo el título “Discursos, testimonios e itinerarios sobre violencias a través del caso M.”, estudian el femicidio/feminicidio de una niña de 3 años. Las autoras recuerdan que la protección reconocida en la normativa de protección a las violencias, de la Convención de Derechos del niño y las leyes de promoción y protección de los derechos la niñez y la adolescencia a través de las cuales el Estado asume diversas obligaciones, entre estas, está obligado a interrumpir las violencias, previniendo de ese modo su femicidio o feminicidio, conceptos que no son sinónimos.

Las autoras abordan su ruta crítica, el testimonio de las víctimas, las respuestas institucionales y sus actores. Buscan desentrañar la trama discursiva utilizando además el análisis de los discursos mediáticos, judiciales y los sociales, en general, que influyen en el acceso o no a la Justicia. Cuestionan la construcción que desde los discursos mediáticos y judiciales se hace de la maternidad y lo que desde el patriarcado se espera de ella, y de la familia. Además, la edad de M. demuestra que la violencia es más amplia que la que acontece en las relaciones de pareja; afecta a un grupo etario de mujeres mucho más amplio que a las mujeres adultas y en edad reproductiva o productiva laboralmente.

En el capítulo séptimo, “El femicidio de Sandra Ayala Gamboa: su espesor socio-político”, de Susana Cisneros, Gabriela Barcaglioni y Gabriela Galetti, continúa con el análisis de otro caso mediático de femicidio ocurrido en un espacio público. Ubica el hecho en el contexto social y político en el cual sucede. Desde el derecho el análisis se centra en la sentencia y desde la psicología se focaliza en la vivencia y el relato de las violencias. Se refieren a las exigencias de la familia y de los movimientos sociales al actuar del Esta-

do, a quien denuncian como ausente y responsable por no ejecutar acciones de prevención, investigación, cese y castigo de las violencias.

En el octavo capítulo, “Los movimientos sociales y los colectivos feministas en la lucha contra las violencias hacia las mujeres”, las autoras Ballesteros, S., Colanzi, I., Hasicic, C. y Urtazún estudian aquellas ONGs que se definen como antipatriarcales, con sus lógicas de acción e identificación colectiva y que actúan para brindar respuestas integrales en el espacio público a través de la politización del espacio privado. Identifican que estas ONGs incluyen en su definición estrategias de acción tales como el acompañamiento, el asesoramiento, la contención y cuya actuación adquiere un papel importante a nivel territorial.

En el capítulo nueve, “Acceso a la justicia. Recorrido histórico y violencias de época”, Sandra Tomaino y María Eugenia Luna elaboraron la situación actual del acceso a la justicia en estos temas, a partir del buceo en los cambios institucionales y normativos de los últimos treinta años en materia de violencia en la provincia de Buenos Aires a través del análisis de entrevistas a profesionales y funcionarios del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, referentes de ONGs relacionados con la temática de género y a mujeres víctimas de violencias.

Las autoras sostienen que vivimos en una sociedad capitalista donde el otro es un objeto de consumo y los varones, desde distintos flancos, como la incorporación al mundo laboral de la mujer y el control de la concepción, ven su superioridad disminuida, amenazada y la violencia resulta un mecanismo para restaurar el orden patriarcal.

En el capítulo décimo, “La incidencia de la violencia en las cuestiones que involucran a jóvenes en conflicto con la ley penal”, Analía Consolo, Paula Daniela Napole y Gabriel Fourcade se cuestionan si la punibilidad reduce la violencia en grupos de jóvenes menores de 18 años en situación de vulnerabilidad y si el sistema de responsabilidad juvenil existente es acorde a las necesidades de esta problemática. Para ello los autores utilizan un relevamiento estadístico sobre el cual construyeron diversos indicadores y una serie de entrevistas, además de un relevamiento del derecho comparado latinoamericano en torno a estas temáticas.

En el “Anexo estadístico”, de Karina Andriola, se advierte la utilidad de las estadísticas en estos temas al visibilizar mediante los números la magnitud de la violencia, al mismo tiempo que se realiza un análisis crítico acerca de cómo son construidos y presentados los datos estadísticos según el tipo

de violencia, y según si se releva aquella que sucede independientemente o no de la intervención del Estado, y la relación y/o cruzamiento de los datos contenidos, así como su continuidad en el tiempo.

Las investigaciones que contiene el libro son sin duda una valiosa herramienta para múltiples actores: jueces y legisladores ya que se analiza la situación del derecho en la sociedad y para todos aquellos que deseen comprometerse con las distintas situaciones de violencias que atraviesa nuestra sociedad.

Asimismo, se dispone de un estado actual de la situación del acceso a la justicia en relación a las violencias en la provincia de Buenos Aires. Se analizan los conflictos que llegan a los tribunales y los que no llegan, los motivos por los que no llegan y las características de los operadores del derecho.

Les deseo éxitos en la difusión de este libro, que llegue a muchas personas, pero por sobre todo a las mujeres y niñas víctimas de las violencias sobre las que este libro refiere y las que aún quedan pendientes de análisis.

# Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Lecciones de teoría del derecho.* *Una visión desde la jurisprudencia* *constitucional*

*Maximiliano V. J. Consolo\**

## **I. Introducción**

Este libro, dedicado a la Dra. Mónica Pinto –decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires–, pensado como *casebook*, fue elaborado por un grupo de docentes integrantes de la cátedra de Teoría General y Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires a cargo del profesor Rabbi-Baldi Cabanillas. La obra reúne una serie de comentarios de trascendencia jurídica y social, que se relacionan con temas que se encuentran exployados en el libro de su coordinador, *Teoría del Derecho*, del mismo sello editorial (4ª edición de 2016). El estudio, bajo comentario, fue presentado por el destacado profesor alemán Robert Alexy en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en agosto de 2016.

La idea del profesor Rabbi-Baldi Cabanillas es plantear problemas de la realidad y, desde allí, acceder a la teoría; por lo tanto, hay una permanente referencia a la jurisprudencia. Esto es así porque no se puede entender un pensamiento filosófico que no sea aplicable a la realidad cotidiana, de donde una filosofía abstracta es incompatible con la pedagogía que profesa el coordinador de la obra. Y es que la filosofía compromete al hombre con el mundo, no con un pensamiento vacío. Dentro del mundo académico jurídico, la realidad es retratada en la jurisprudencia.

\* Licenciado y Profesor en Filosofía, Magíster en Filosofía del Derecho (UBA), Maestrando en Docencia Universitaria, Docente investigador categoría V, Facultad de Derecho (UBA), Docente de Teoría General del Derecho (UBA); maximilianoconsolo@derecho.uba.ar.

Los casos tratados son una invitación para pensar; de hecho, el texto de este libro, como el de la materia Teoría General del Derecho, al que cada capítulo se referencia, está ideado a partir de temas, no de autores. Por ello, se entiende que este libro es tan importante como la teoría o aun más. Los casos planteados ponen en crisis el pensamiento, el conjunto de creencias, esto es, el imaginario social, interpelando miradas diferentes de un mismo paisaje. Al cabo de cada capítulo, se plantean preguntas y ejercicios en torno del asunto y de la jurisprudencia tratada, como vía para incentivar al lector (estudiante o no) en este camino. Y se estima que este derrotero de interpe-laciones debería ser también la función de la universidad. Es un libro, en fin, para que la gente piense invocando el respeto, lo cual implica asumir que se puede estar equivocado y que el otro puede tener razón. Por ello, también es trabajo que invita al disenso.

## **II. Sobre la enseñanza con casos**

La metodología de casos, como señalan los profesores Martín Böhmer y Clément Thibaud, no es un producto novedoso del siglo XX. Un poco de historia desde un caso regional aclarará esto.

En el siglo XVII, la instrucción superior estaba centralizada en Sudamérica en tres ciudades: Lima, Chuquisaca y Córdoba. En 1624 se fundó la *Universidad Real y Pontificia de Chuquisaca San Francisco Xavier* bajo el cuidado de la Compañía de Jesús. La universidad tenía un muy buen nivel pero esa situación cambió a partir de 1767 cuando los jesuitas fueron expulsados y se volvió muy difícil reemplazarlos con docentes de calidad ya que los salarios no eran buenos. De este modo, el bajo nivel en el plantel docente se reflejó en la pobre calidad de los egresados. Por ello, se decidió abrir una institución educativa en Sudamérica con el objetivo de garantizar una formación jurídica adecuada: la Academia.

Respecto de la formación de abogados, el citado profesor francés Thibaud refiere que la idea de tener una academia de práctica forense en Sudamérica que aúne teoría y práctica fue pensada por primera vez por Ramón de Rivera en 1775, un oidor de la Audiencia de Charcas. Así, comenzaron a crearse las primeras como la Academia Carolina de Charcas (1776), la que siguió el modelo de la de La Coruña. Su finalidad fue formar una generación de personas con sólidos conocimientos de teoría y práctica forense que les posibilitara hacer frente a los nuevos desafíos.



La Academia no fue una institución universitaria ya que dependió directamente de la Audiencia de Charcas. No obstante, ambas instituciones se relacionaron de manera armoniosa.

Antes de ingresar a la Academia, los alumnos comenzaban sus estudios en algún colegio durante cuatro años. Luego, en la universidad cursaban tres años de Derecho para la obtención del título de Bachillerato en Leyes, requisito para el ingreso a la Academia. Para acceder a esta institución se requería, entre otros recaudos, rendir un examen de ingreso que consistía en una disertación preparada con dos días de anticipación acerca de tres leyes determinadas al azar de la *Recopilación de Castilla* o del *Código Justiniano*. El examen era oral y no podía reprobarse más de dos veces.

Ahora bien, el modo de enseñanza se basaba en la simulación de un proceso judicial en el que cuatro alumnos cumplían los diferentes roles –los cuales se rotaban– de un juicio (juez, procurador, acusado y defensor). Para ello, previamente debían analizar el caso dado. Otras actividades incluían la asistencia a los procesos judiciales.

Esta academia se replicó en 1815 en Buenos Aires. El salteño Manuel Antonio de Castro, egresado de Charcas, diseñó la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia de Buenos Aires, que tuvo también la función de formar personas para que pudieran rendir el examen que los habilitaba como abogados. También allí el sistema pedagógico aplicado fue el de la metodología de casos.

Como se puede observar, esta metodología no es un invento actual sino que tiene sus siglos. Siguiendo esta tradición, la referida cátedra a cargo del profesor Rabbi-Baldí Cabanillas apunta a una formación teórico-práctica del estudiante. Por ello, cada unidad tiene, además del contenido teórico, el análisis de un caso determinado. Los docentes de la misma han contribuido en el presente texto al escudriñar diferentes casos, algunos más álgidos que otros, a continuar aquella tradición de la que, erróneamente, se indica su origen en el hemisferio Norte durante el siglo XX.

### **III. Estructura de la obra**

Como se anticipó, el libro está dividido en partes que se corresponden a cada contenido nodal del programa de la materia Teoría General del Derecho. Cada caso concluye con una propuesta de preguntas que abren al debate e invitan a seguir pensando el fallo correspondiente.

La primera parte, intitulada *Persona Humana*, está compuesta por dos capítulos.

El primer caso es la conocida causa “T” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2001. El análisis es llevado a cabo por Martín Truscillo bajo el nombre de *Persona humana, derecho del nasciturus y derecho a la integridad psicofísica de la madre*. En este apasionante caso, en donde se dirime cuál de los dos derechos mencionados en el título debe primar, una mujer en el quinto mes de embarazo se entera que su hijo padece de anencefalia, patología que hace inviable la vida extrauterina más allá de algunas horas. El autor apostilla que

[...] buscar el fundamento del derecho constituye un desafío constante para la filosofía jurídica, en tanto la realidad de la vida nos pone día a día frente a un sinnúmero de situaciones que nos hacen reflexionar sobre aspectos básicos para nuestra existencia con los demás. En dicha coexistencia, el elemento aglutinador y determinante es la persona y el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Este caso muestra un supuesto “límite” en el que este aspecto aflora de modo inequívoco. (p. 44)

En el segundo capítulo, titulado *Persona Jurídica, libertad religiosa y objeción de conciencia*, Mercedes Ales Uría analiza el caso “Burwell v. Hobby Lobby” de la Suprema Corte de los Estados Unidos, de 2014, en el que se discute la obligatoriedad de sociedades empleadoras de cumplir con algunas prestaciones del plan médico estadounidense que al afectar el óvulo fecundado, atentan contra las creencias religiosas de los accionistas y directivos de dichas empresas. La autora señala que “el hombre es el auténtico eje del ordenamiento y las creaciones jurídicas sirven a los fines del ser humano y no a la inversa” (p. 60).

La parte segunda está referida a la tensión entre iusnaturalismo e iuspositivismo. Comprende un solo capítulo –el tercero– titulado “El derecho natural como ‘última ratio’ del ordenamiento jurídico”, el cual fue elaborado por Luciano Laise, quien analiza el caso “Simón” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2005, en el que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes nacionales conocidas como *punto final* y *obediencia debida*. Es muy interesante la idea del profesor Alexy, que refiere el autor, relativa al *derecho natural como límite extremo*, esto es: “...a la cuestión sobre si es

razonable afirmar que la *ultima ratio* del sistema jurídico se ubica dentro de sí mismo o si, por el contrario, acaso existe una instancia justificatoria que se encuentra fuera de dicho sistema” (p. 75).

Seguidamente, en la tercera parte dedicada a las *Medidas del derecho*, el artículo de Diego A. Alustiza, titulado “La ‘Naturaleza de las cosas’ como factor de determinación de penas y medidas de seguridad”, analiza el caso “Gramajo, M.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 2006. Aquí, el autor –especialista en Derecho Penal– piensa que la Corte se valió para resolver el caso de la determinación de la noción de “naturaleza de las cosas” tal y como es planteada en Grecia desde Platón y como se recrea en el siglo XX a partir de las reflexiones de autores alemanes (Radbruch, Kaufmann) y españoles (Hervada).

La parte cuarta refiere a *Fuentes y Sistemas del derecho*. Comprende dos capítulos: el quinto, denominado *Pluralismo de fuentes y justicia material*, está a cargo de Rabbi-Baldi Cabanillas y analiza el caso “Ruiz” de la Corte de Justicia de Salta, de 2006, que versa sobre la conducta de un integrante de la comunidad indígena wichi que había tenido acceso carnal reiterado con su hijastra menor de edad, quien quedó embarazada. El caso invita a la polémica actual en torno del tema universalismo-multiculturalismo-interculturalidad. Es interesante la observación del autor cuando afirma que su análisis intenta “...acercar al estudiante al que se dirigen prioritariamente estas páginas no tanto a una mejor comprensión de la bibliografía básica de la cátedra, cuanto a una vivencia más próxima de la realidad jurídica. Esta no está hecha solamente de normas. Detrás de ellas reposan conductas como hace ya mucho tiempo escribió el notable iusfilósofo argentino Carlos Cossio: comportamientos estos henchidos de sentido”. Y agrega: “La realidad jurídica es, pues, compleja tanto como dinámica. Sorprende e interpela diariamente [...] Por ello es que invita constantemente a situar a la existencia humana en el ámbito (mínimo pero imprescindible) de la corrección material del Derecho, por debajo de lo cual no habría coexistencia digna” (p. 112).

En relación con este tema, el profesor Rabbi-Baldi Cabanillas narró en una ocasión una experiencia que vivió tiempo atrás y que viene a colación con este tópico. Un día, por sus funciones laborales, se había dirigido a Fortín La Paz, en la provincia de Salta. Ese lugar se sitúa próximo a la triple frontera entre Bolivia, Paraguay y Argentina. Después de saludar a los caciques se dirigió a la escuela. Allí, habló con el maestro, quien le señaló que en

el aula hacía sentar a un niño toba al lado de un wichi y de un criollo. Téngase en cuenta que en aquella región de la Argentina tobas y wichis no siempre llevan buenas relaciones, y estos dos grupos, a su vez, tampoco de ordinario las tienen buenas con los criollos. El maestro le comentó que la escuela actúa como ámbito de cohesión de estos niños para que lleven un mensaje diverso a sus casas. Lo expuesto hace referencia al multiculturalismo que concierne a nuestro país. En el norte de Argentina, estas personas se ven a sí mismas como wichis, como criollos o como tobas pero no como personas, es decir, como seres humanos *sin más*. Ese día observó en el viejo clásico pizarrón de tiza que se conmemoraba el aniversario de la muerte de Facundo de Zuviría, quien fuera representante por la provincia de Salta y presidente de la Convención Constituyente de 1853. El maestro les transmitía el mensaje de unidad que la Carta Magna, entonces plasmó, esto es, que todos son personas, con prescindencia de aspectos accidentales (etnia, religión, nacionalidad, etc.). Para el profesor Rabbi-Baldi se trató de una gran lección, que procura trasladar a las aulas: la filosofía del derecho se hace para la totalidad de un país y teniendo en cuenta las diversas realidades, pero procurando, por encima de la pluralidad, rescatar y resguardar los rasgos que unifican a la persona en tanto que tal.

El siguiente capítulo titulado “Notas características del sistema jurídico y centralidad de la persona” es analizado por Natalia Müller. En él trata el caso “M” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 1990, en el que se investiga la falsedad ideológica de un documento nacional de identidad con el cual se obtuvo la inscripción de un nacimiento mediante certificado médico adulterado. El máximo tribunal tuvo que decidir si convalidaba la orden por la cual se extrae de modo compulsivo la sangre a un menor de edad para establecer si hay histocompatibilidad genética con los que podrían ser sus abuelos biológicos. Este caso toca temas centrales de la realidad jurídica como el del sistema, la tensión entre iusnaturalismo e iuspositivismo, la integración implícita o no del derecho natural en el sistema jurídico, la aplicación de los principios, el tema de la interpretación jurídica y el tópico de la persona como fundamento del derecho.

La quinta y última parte, *Razonamiento e interpretación del derecho*, agrupa tres capítulos. El primero, titulado “El razonamiento jurídico a partir de los niveles de conocimiento del derecho: consideraciones para el análisis de un precedente judicial”, fue elaborado por Santiago Pedro Iribarne y versa sobre el clásico caso “Saguir y Dib” de la Corte Suprema de Justicia de

la Nación, del año 1980. Es conveniente aclarar que el objetivo primero del autor fue dar herramientas para el análisis de los casos, es decir, tiene un fin propedéutico para los estudiantes y para cualquier lector ajeno a lo jurídico que desee comenzar a escudriñar un fallo judicial. Por ello, es aconsejable la lectura de este capítulo en primer lugar. El caso consiste en el debate acerca de si corresponde autorizar o no la ablación de uno de los riñones de una menor de 17 años y 10 meses a favor de un hermano cuya vida corre peligro. Siguiendo a José María Martínez Doral, el autor distingue cuatro niveles de conocimiento desde los cuales se puede abordar un fallo: filosófico, científico, casuístico y prudencial. De este modo, el caso se convierte en excusa para introducir al lector a *un* –no el único– modo de análisis jurisprudencial, el que implica una visión integral pues permite observar los problemas fundamentales de la filosofía del derecho integrados a la dimensión práctica y a partir del análisis de diversas y convergentes perspectivas.

El capítulo octavo, titulado “Presupuestos y directrices de la interpretación jurídica”, fue escrito por Leandro T. Pacheco Barassi y versa sobre el caso “Rizzo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 2013. Este fallo declaró la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley 26.855 de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina como también su decreto reglamentario. El profesor Pacheco identifica diferentes cánones o criterios de interpretación siempre dependientes de determinadas filosofías y que se erigen en uno de los tópicos clásicos de la filosofía del derecho. Para el autor “...el derecho forma parte e integra el *orden* de la comunidad política y en cuanto tal está encaminado al *bien común político* de esa sociedad. La consecuencia más directa de lo dicho es que no hay interpretación del ‘derecho’ sin una ‘teoría política’ que la sustente” (pp. 158-159). Por ello, concluye su análisis con la aseveración de la inevitabilidad de la interpretación como “llave de acceso” al fenómeno jurídico.

El último capítulo es “La directriz de la epiqueya aristotélica”. Eduardo Esteban Magoja analiza el caso “Vera Barros” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 1993. Se trata de un sugerente trabajo para introducirse al concepto de epiqueya aristotélica ya que los profundos conocimientos en el pensamiento del Estagirita y en el griego antiguo del autor permiten escudriñar este concepto en el contexto de un caso que versa sobre si correspondía dar o no la pensión a una mujer soltera, quien al momento de morir su padre no completaba por muy poco uno de los requisitos que establecía la ley, a saber, el recaudo de la edad. Pues bien: ¿es justo dar la

pensión si la mujer no cumplía con la edad aun cuando cuidó en primer lugar durante años a sus hermanos menores ante el fallecimiento de la madre, y luego a su padre a quien atendió en la enfermedad que le provocó la pérdida total de la visión? Magoja asevera que “...no toda interpretación es epiqueya, sino solamente aquella por la cual se interpreta la ley que, en virtud de su generalidad, yerra al momento de ser aplicada a un caso particular. Si a causa de esta deficiencia su aplicación falla, el uso de la epiqueya se vuelve un imperativo dentro de la práctica hermenéutica de los jueces para lograr enmendar lo justo legal” (p. 191).

#### **IV. Conclusión**

Siguiendo a Aristóteles, el Derecho es una ciencia práctica. La reflexión teórica se inicia, en el espíritu de estas páginas, desde la práctica y, en el ámbito del Derecho, esta se manifiesta paradigmáticamente en la jurisprudencia.

El ámbito universitario propicia, por definición, el diálogo en torno del saber. Ahora bien, dicho diálogo requiere respetar las diferencias, no reduciendo al *otro* a mera cosa, sino salvaguardando su dignidad. Este ámbito de encuentro dialogal sobre la realidad –la cual es compleja, dinámica y fragmentaria– llevará seguramente a una posición parcial o totalmente diversa. Por ello, se requieren miradas críticas de perspectivas diferentes. La aventura del saber es un trabajo colectivo y este es el sentido que late en esta obra, que augura alcanzar varias ediciones más.



