

RESPONSABILIDAD POR PASIVOS AMBIENTALES MINEROS Y CIERRE DE MINAS. BREVE ANÁLISIS DE LOS MARCOS NORMATIVOS DE BOLIVIA, CHILE Y PERÚ*

Georgina Doroni**

Resumen: En el presente trabajo se analiza por un lado, el régimen normativo de gestión de pasivos ambientales mineros y por otro, los marcos normativos de cierre minero de los países de Bolivia, Chile y Perú. Se realiza una comparación relativa a la responsabilidad por pasivos ambientales mineros y cierre de minas, con el objetivo de identificar instrumentos que permitan la remediación y rehabilitación de sitios con contaminación histórica y la prevención en la generación de nuevos pasivos ambientales, que puedan contribuir a nuestro régimen jurídico minero ambiental nacional y provincial.

Palabras claves: Pasivos ambientales mineros - Cierre minero - Responsabilidad - Marcos normativos.

I. Introducción

La implementación efectiva de la tutela ambiental en la actividad minera, bajo el mandato preventivo y conservatorio del medio ambiente y de los recursos naturales, plantea la necesidad de identificar y gestionar instrumentos que permitan la remediación y rehabilitación de aquellos sitios que presentan una contaminación histórica¹. Correlativamente, se sostiene que resulta de escasa efectividad limitarse a la remediación de los pasivos ambientales mineros (PAM)², sin que se instituyan en forma complementaria, mecanismos preventivos en la generación de nuevos PAM^{3,4}.

* Recibido el 22/12/14. Aprobado el 25/06/15.

** Abogada y Notaria egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales —UNC—. Adscripta en la asignatura “Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental- Cát. “A” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Becaria CONICT Tipo I - Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) - Maestranda en Derecho y Argumentación. Mail de contacto: georginadoroni@gmail.com.

¹ En un sentido técnico un pasivo ambiental es una obligación, una deuda derivada de la restauración, mitigación o compensación por un daño ambiental no mitigado o reparado que responde a un legado de contaminación histórica. MORALES LAMBERTI, ALICIA, *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, 2008, p. 9.

² De ahora en adelante PAM.

³ La mayoría de estos pasivos fueron abandonados por los propietarios u operadores mineros sin la adopción de medidas de seguridad minera o de protección ambiental ni control por parte de las autoridades competentes. OBLASSER A. y CHAPARRO E., “Estudio Comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos, CEPAL, Santiago de Chile, 2008, p. 9.

⁴ Los pasivos ambientales mineros (PAM) son instalaciones mineras, tales como labores abiertas o subterráneas, edificaciones, superficies afectadas por vertidos, depósitos de residuos mineros, tramos de cauces perturbados, áreas de talleres, parques de maquinaria o parques de mineral que, estando en la actualidad en entornos de minería abandonada o inactiva, constituyen un riesgo potencial permanente para la salud y seguridad de la población, para la biodiversidad y para el medio ambiente (Asociación de Servicios de Geología y Minería Iberoamericanos - ASGMI), Acta de acuerdos Santa Cruz, 2008. Según la ley 28.271 de la República de Perú, que regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, constituyen PAM las instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de

Lo anterior requiere, por una parte, de marcos normativos específicos relativos a la gestión de los PAMs —para mitigar o remediar daños ambientales— y, por otro, de una regulación de cierre seguro de la actividad minera —para prevenir, mitigar y reparar los efectos nocivos al medio ambiente durante el desarrollo del ciclo minero—, actuando así como mecanismo preventivo en la generación de nuevos PAMs.

En ese contexto, el presente trabajo tiene el propósito de relevar los marcos normativos de gestión de pasivos ambientales mineros (PAM) y de cierre de minas en algunos países de Latinoamérica (Perú, Chile y Bolivia), en los que existe una trayectoria minera de gran relevancia y en los cuales la discusión sobre PAM ha sido recientemente incorporada a la agenda política y legislativa⁵, a los fines de identificar algunas experiencias que sean susceptibles de contribuir para el desarrollo de propuestas de mejoras a nuestro régimen jurídico minero ambiental nacional y provincial.

II. Responsabilidad por cierre minero

II.1. Bolivia

El cierre es una fase más en el desarrollo de la planificación minera⁶. Existe en cabeza del operador minero la obligación de cerrar y rehabilitar el área de influencia de su actividad (tanto dentro como fuera del perímetro de su concesión)⁷. El cierre se aplica a aquellas explotaciones activas y futuras al tiempo de la entrada en vigencia de la ley del medio ambiente.

La finalidad de la implementación de esta etapa es una cuestión de atribución de costos, con el objeto de que el operador minero internalice (asuma) y contabilice los costos de la rehabilitación como costos de la producción⁸.

residuos producidos por operaciones mineras, en la actualidad abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

⁵ A nivel internacional, en los países de Sudamérica se ha venido liderando por parte de la CEPAL una amplia discusión sobre el tema de los Pasivos Ambientales Mineros —PAM—. Esta discusión ha tenido como resultado a la fecha la realización de dos Conferencias sobre el tema, una desarrollada en Santiago de Chile en 2003 y la última realizada en la sede de la CEPAL en Chile en Mayo de 2005 y la más reciente celebrada en Lima durante el mes de Julio de 2008. En la II Conferencia Internacional sobre PAM, celebrada en Santiago (Chile), fue unánime la percepción de que los PAM, además de constituir un potencial riesgo para la salud humana, representan una amenaza para el desarrollo sostenible de la sociedad y la futura competitividad de los países en el mercado de minerales.

⁶ La propia legislación establece: “Siempre que fuere posible, el concesionario u operador minero cerrará y rehabilitará el área de sus operaciones mineras de manera simultánea al desarrollo de sus actividades mineras”.

⁷ El cierre y rehabilitación se deben hacer cuando se concluye parcial o temporalmente las actividades de conformidad a lo establecido en la licencia ambiental; o cuando se abandona por más de tres años las operaciones o actividades mineras.

⁸ Teniendo presente la capacidad de generación de serios efectos post operacionales y su relevancia, no parece lógico plantearse la posibilidad de simplemente abandonar el sitio sin hacerse cargo de estos efectos, y más ilógico aún parece proyectar el desarrollo de la actividad sin considerar el cierre y el postcierre como una etapa más dentro del plan minero, lo que implica considerar los costos de implementación de medidas tendientes a evitar, minimizar, mitigar o compensar esos efectos dentro de los demás costos del proyecto. De alguna forma la producción minera que no se hace cargo de los costos de esta etapa, parece estar ignorando deliberadamente la internalización de costos que le son propios. GONZÁLEZ ZENTENO, PATRICIA, “Tratamiento Normativo de la Fase Minera Post Operacional en los Países Mineros Latinoamericanos y La Planificación del Cierre”, Informe Internship, noviembre, 1999).

El cierre y rehabilitación del área de actividades mineras debe efectuarse de acuerdo con el Plan de Cierre y Rehabilitación del Área⁹ aprobado en la licencia ambiental. A tales fines, el titular de la licencia ambiental llevará un registro de las acciones de cierre, rehabilitación y post-cierre del área de operaciones en el libro de control.

Una vez ejecutadas las medidas de cierre y rehabilitación del área y transcurrido un período de postcierre de tres (3) años¹⁰, el concesionario u operador debe presentar a la Autoridad Ambiental Competente un informe¹¹ que debe contar con dictamen favorable de un auditor —independiente del concesionario u operador minero— inscrito en el registro de consultores del Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente. La realización de dicho informe es a los fines de corroborar el cumplimiento de las medidas de cierre, rehabilitación y post-cierre consignadas en el plan de cierre y rehabilitación del área y evaluar el estado actual del área de las operaciones.

Con respecto a la atribución de responsabilidad por daños ambientales, se determina que el concesionario u operador minero concluye sus actividades cuando presenta el informe auditado mencionado anteriormente, configurando este hecho el corte de responsabilidad por parte de este. Sin embargo, sus obligaciones subsisten después de la reversión de la concesión minera al dominio originario del Estado o de su renuncia parcial¹². Se establece el mantenimiento de la responsabilidad del operador por las obligaciones de cierre y post-cierre, como un mecanismo de atribución de costos y de responsabilidad.

II.2. Perú

Por su parte, Perú cuenta con una legislación específica que regula el cierre de minas —ley 28.090—^{13, 14}. La normativa delimita su ámbito de aplicación para las actividades mineras nuevas —futuras— como las que se encuentran activas —en operación— pero excluye de su atención a las actividades de cierre por pasivos ambientales¹⁵.

⁹ Debe comprender: 1) objetivos del cierre y de la rehabilitación del área; 2) programa de cierre de operaciones y rehabilitación del área para: a) el control de flujos contaminantes y la estabilización física y química de las acumulaciones de residuos; y b) la rehabilitación del área, del drenaje superficial y el control de la erosión. 3) acciones de post-cierre, que son el control de la estabilidad de la estructura de las acumulaciones de residuos y el monitoreo de los flujos de los drenes, de las canales de depósitos, presas o rellenos cerrados y de las baterías de pozos de monitoreo de infiltraciones.

¹⁰ Período en el que las emisiones y descargas se mantengan dentro de los límites permisibles establecidos en los reglamentos de la Ley del Medio Ambiente y no se presenten señales de inestabilidad en acumulaciones de residuos.

¹¹ Informe que debe detallar: 1) las acciones realizadas de cierre, rehabilitación y post-cierre; y 2) la evaluación de las acciones de cierre, rehabilitación, post-cierre y el estado actual del área de las operaciones mineras.

¹² Art. 86º del Código de Minería y el art. 72 del RAAM.

¹³ Reglamento para el cierre de minas (Decreto Supremo 033-2005 EM).

¹⁴ La ley tiene por objeto: a) regular las obligaciones y procedimientos que deben cumplir los titulares de la actividad minera para la elaboración, presentación e implementación del Plan de Cierre de Minas correspondientes, b) la prevención, recuperación del medio ambiente, c) minimización y el control de los riesgos y efectos sobre la salud, la seguridad de las personas, el ambiente, el ecosistema circundante y la propiedad, que pudieran derivarse del cese de las operaciones de una unidad minera, d) mitigar sus impactos negativos a la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

¹⁵ Expresamente el art. 2º de la ley 28.090 establece que “la presente norma se aplica a las actividades mineras, según se trate de: a) Unidades mineras nuevas - Toda unidad minera que inicie o reinicie su

Se establece la obligación de todo titular de concesión minera de realizar el cierre de las áreas, labores e instalaciones de la unidad minera a través del Plan de Cierre¹⁶. Correlativamente, el titular de la concesión está obligado: a implementar un Plan de Cierre de Minas planificado desde el inicio de sus actividades —ejecutándose en forma progresiva¹⁷ durante la vida útil de la operación minera—, reportar semestralmente al Ministerio de Energía y Minas el avance de las labores de recuperación consignadas en el Plan de Cierre de Minas y constituir una garantía ambiental que cubra el costo estimado del Plan de Cierre de Minas. La implementación de una garantía ambiental es un instrumento para cubrir los costos de la rehabilitación para los períodos de cierre final y post cierre. De esta manera, se dispone de recursos para la rehabilitación en aquellas situaciones de incumplimiento por parte del operador minero de las medidas consignadas en el plan de cierre.

El operador resulta responsable del cierre seguro de la actividad, conformando el plan de cierre una etapa más de la planificación del proceso productivo. La aplicación de la normativa de cierre de la actividad se configura como un instrumento para la mitigación y rehabilitación de las áreas afectadas por la concesión minera para evitar la generación de nuevos PAM.

II.3. Chile

Chile, al igual que Perú, cuenta con una legislación específica que regula el cierre¹⁸ de faenas e instalaciones mineras —ley 20.551 y decreto reglamentario 41/2012—.

El Plan de Cierre se configura como una estrategia ambiental preventiva. Es una herramienta que permite identificar y cuantificar los impactos ambienta-

actividad a partir de la vigencia de la presente ley. b) Unidades mineras en operación. -Toda unidad minera que hubiere iniciado operaciones con anterioridad a la vigencia de la presente ley. Por su parte el reglamento de la ley indica: Las actividades de cierre de pasivos ambientales a que se refiere la ley 28.271, no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento”.

¹⁶ El Plan de Cierre de Minas es un instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales, efectuadas por los titulares mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera para que ésta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista. La rehabilitación se llevará a cabo mediante la ejecución de medidas que sean necesarias realizar antes, durante y después del cierre de operaciones.

¹⁷ Al igual que lo previsto en la legislación boliviana, las actividades de rehabilitación se van efectuando simultáneamente al desarrollo de su actividad productiva, de acuerdo al cronograma y condiciones establecidos en el Plan de Cierre de Minas aprobado y ejecutado bajo supervisión de la autoridad minera.

¹⁸ En este sentido, las modernas regulaciones mineras receptan la filosofía del “diseño para el cierre”, incluyendo la evaluación de los impactos del cierre y post-cierre, que está basada en cuatro premisas principales: a) La minería crea cambios permanentes en el medio ambiente y en la sociedad en donde se desarrolla; b) El legado de la minería puede ser positivo si los impactos negativos son minimizados y los positivos amplificados; c) El legado positivo se determina primeramente en la forma como la mina es diseñada, construida, operada, cerrada y administrada después del cierre, y d) La mejor forma para dejar un legado positivo es “comenzando con el final” o “diseñando para el cierre”. El principio es receptado en la República de Chile, donde desde febrero de 2004 entraron en vigencia las modificaciones al Reglamento de Seguridad Minera (Título X, Reglamento de Seguridad Minera, arts. 489 y ss.). Se regulan las actividades de cierre de las faenas mineras y se establece la obligatoriedad de la confección de Planes de Cierre. (MORALES LAMBERTI, ALICIA, “Explotación ilegal, abandono de la concesión y daño ambiental: responsabilidad por pasivos mineros”, en Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, julio-septiembre 2011, N° 27, pp. 291-315).

les negativos generados durante el desarrollo de la actividad minera, que tiene como objetivo principal la prevención, minimización y/o control de los riesgos y efectos negativos que se generen o continúen presentándose con posterioridad al cese de las operaciones de una faena o instalación minera, sobre la salud y seguridad de las personas y/o sobre el medio ambiente. Consisten en la programación de las actividades necesarias para que los impactos que genera la actividad minera no se prolonguen en el tiempo una vez que cesen las operaciones.

Resulta obligatorio para toda empresa minera¹⁹ presentar un plan de cierre para la totalidad —integral— de las instalaciones de sus faenas²⁰ antes del inicio de la operación. Asimismo resulta responsable de ejecutar y cumplir íntegramente el plan de cierre —antes del término de sus operaciones y en los plazos y condiciones fijadas—, de manera tal que al cese de éstas se encuentren implementadas y creadas las condiciones de estabilidad física y química en el lugar que operó la faena.

Con el objeto de que el operador asuma los costos²¹ del cumplimiento del plan de cierre la normativa regula que es obligatorio constituir garantía²² que asegure al Estado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación de cierre. La empresa minera debe mantener la integridad, suficiencia y estabilidad de la garantía durante toda la vida útil, pero cuenta con la posibilidad de peticionar la liberación gradual de la garantía a medida que se ejecute el plan de cierre. Esta garantía se torna operativa en caso de incumplimiento de la obligación —falta total de implementación o implementación parcial, inadecuada o inoportuna de las medidas contempladas en el plan de cierre—, oportunidad en la que el Servicio Nacional de Geología y Minería puede obtener, mediante la garantía, por cuenta y riesgo de la empresa, el cumplimiento de la obligación. La implementación de esta garantía ambiental, al igual que en el régimen peruano, es a los fines de cubrir los costos de la rehabilitación para los periodos de cierre final y post cierre.

Al igual que la legislación peruana y boliviana, se establece que el plan de cierre de las faenas de la industria extractiva minera es parte del ciclo de su vida útil, es decir, que forma parte de la planificación, el cual se implementará de forma progresiva desde el inicio de la operación y durante sus diversas etapas²³.

¹⁹ Se aplica a: 1. Toda Empresa Minera que desee iniciar o reiniciar sus Operaciones Mineras, una vez que la ley 20.551 haya entrado en vigencia. 2. Toda Empresa Minera que se encontrare en operación a la fecha de entrada en vigencia de la ley 20.551.

²⁰ Dicho documento se presenta ante el Servicio Nacional de Geología y Minería, autoridad que resulta competente para revisar y aprobar sectorialmente los aspectos técnicos de los planes de cierre de faenas mineras y es el encargado de velar por el cumplimiento de los planes de cierre por parte de las empresas mineras.

²¹ Manifiesta Luis Sougarret Seitz que “en el pasado las compañías mineras nacionales y extranjeras no estaban obligadas a remediar los impactos ambientales que sus operaciones mineras ocasionaban en el medio ambiente. De esta manera, los costos ambientales no eran económicamente contabilizados o, incluso, muchas veces se asumían como costo cero. Esto en la práctica ha significado que los costos efectivos han sido con frecuencia subsidiados por los contribuyentes y los ciudadanos afectados” (Conferencia internacional sobre pasivos ambientales mineros, “La minería en Chile y los pasivos ambientales”. URL: <http://www.cepal.org/drni/noticias/seminarios/4/13604/LuisSolugarret.pdf>).

²² El monto de la garantía será determinado a partir de la estimación periódica del valor presente de los costos de implementación de todas las medidas de cierre, contempladas para el período de operación de la faena hasta el término de su vida útil, así como las medidas de seguimiento y control requeridas para la etapa de post cierre.

²³ El cierre de las faenas mineras es parte de las buenas prácticas ambientales en minería, en donde lo ideal es lograr un diseño y planificación minera considerando el cierre, con el objeto que cuando finalice la vida útil de la faena el cierre de sus instalaciones se haya ido desarrollando paulatinamen-

Ejecutado el plan de cierre, la empresa presentará un informe final de auditoría que detalle el cumplimiento e implementación de la totalidad de las medidas y actividades de dicho plan, ante el Servicio Nacional de Geología y Minería²⁴. Éste emitirá un certificado final²⁵ una vez que se encuentren ejecutadas la totalidad de las medidas comprometidas y cuando se haya materializado el aporte al fondo de post cierre. El certificado de cierre final hace constar el cumplimiento del plan de cierre e implica el fin de la obligación de mantener la garantía.

La normativa prevé la realización de auditorías periódicas como mecanismo de fiscalización de la implementación y avance efectivo del plan. El articulado establece que las empresas mineras deberán hacer auditar su plan de cierre cada cinco años, asumiendo los costos que implique la realización de ésta. El objetivo es certificar al Servicio la adecuación, cumplimiento y actualización del contenido del plan de cierre y su sujeción al programa de ejecución. La empresa debe contratar uno de los auditores que se encuentren inscritos en el Registro Público de Auditores Externos (que llevará el SENAGEMIN) para que realice la auditoría.

Por último, la ley regula la etapa de post cierre de las faenas mineras, creando un Fondo para la Gestión de Faenas Mineras Cerradas con el correlativo deber de las empresas de efectuar un aporte —no reembolsable— representativo de los recursos necesarios para financiar las actividades de post cierre de la faena o instalación minera.

El aporte debe realizarse antes del otorgamiento del certificado de cierre final, oportunidad que implica la liberación de responsabilidad por parte de la empresa minera de la efectiva implementación de las medidas de post cierre —las que quedan a cargo del Servicio o a quien éste designe—. Se observa cómo nuevamente se hace hincapié en la atribución de costos, ya que la finalidad de dicho fondo es justamente financiar las actividades, para asegurar en el tiempo la estabilidad física y química del lugar en el que se ha efectuado un plan de cierre.

III. Responsabilidad por pasivos mineros

III.1 Bolivia

La gestión ambiental^{26, 27} en minería es un conjunto de acciones y procesos para la protección del medio ambiente desde el inicio hasta la conclusión

te, con costos razonables en el tiempo para el operador minero y garantizando un mínimo impacto ambiental futuro. Guía Metodológica para el Cierre de Faenas Mineras, Ministerio de Minería, Subsecretaría de Minería, Gobierno de Chile, noviembre, 2002.

²⁴ SENAGEMIN.

²⁵ La normativa prevé la posibilidad de emisión de certificados de cierre parcial de instalaciones o partes de una faena minera, lo que faculta a la empresa minera a solicitar la reducción proporcional de la garantía.

²⁶ El art. 2º y 3º del Reglamento General de Gestión Ambiental expresa que se entiende por gestión ambiental al conjunto de decisiones y actividades concomitantes, orientadas a los fines del desarrollo sostenible. Comprende los siguientes aspectos principales: a) la formulación y establecimiento de políticas ambientales; b) los procesos e instrumentos de planificación ambiental; c) el establecimiento de normas y regulaciones jurídico-administrativas; d) la definición de competencias de la autoridad ambiental y la participación de las autoridades sectoriales en la gestión ambiental; e) las instancias de participación ciudadana; f) la administración de recursos económicos y financieros; g) el fomento a la investigación científica y tecnológica; h) el establecimiento de instrumentos e incentivos.

²⁷ En este contexto, la gestión ambiental, se entiende según (Colby, 1990), de manera amplia como el “campo que busca equilibrar la demanda de recursos naturales de la Tierra con la capacidad del ambiente natural, y que debe responder a esas demandas en una base sustentable”. Surge la gestión

de una actividad minera²⁸. El control de los impactos ambientales de cualquier proyecto o actividad requiere de una identificación y evaluación anterior de esos impactos, para las distintas etapas del proyecto de que se trate²⁹.

La Ley del Medio Ambiente —ley 1333— tiene por objeto la protección y conservación del medio ambiente y los recursos naturales y en su art. 12 establece los instrumentos de planificación ambiental, encontrándose entre ellos los estudios de evaluación de impacto ambiental (inc. d)^{30,31}. Las obras, proyectos o actividades que por sus características requieran del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental con carácter previo a su ejecución, deberán contar obligatoriamente con la Declaratoria de Impacto Ambiental (DIA). Correlativamente el reglamento para actividades mineras —decreto Supremo 24.782— establece la necesidad de la licencia ambiental para la realización de actividades mineras.

Lo expuesto anteriormente viene a razón de lo siguiente: como parte integrante de la licencia ambiental se encuentra el informe técnico de la Auditoría Ambiental de Línea de Base —ALBA—³². El operador o concesionario minero debe realizar la ALBA a los fines de limitar su responsabilidad, ya que no resulta responsable por las condiciones ambientales identificadas en la ALBA³³. *A contrario sensu*, si el concesionario u operador minero no realiza la ALBA asume la

ambiental como el elemento fundamental en la búsqueda de la sustentabilidad ambiental. Su principal objetivo es conciliar las actividades humanas y el medio ambiente, a través de instrumentos que estimulen y viabilicen esa tarea, la cual presupone la modificación del comportamiento del hombre en relación con la naturaleza, debido a la actual situación de degradación ambiental (Calvacanti, 2000). En GONZÁLEZ RAMÍREZ ADRIANA M., “Diseño de metodología para la identificación de pasivos ambientales mineros en Colombia”, Tesis de Grado. Director: Antonio Romero Hernández, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Minas Posgrado en Gestión Ambiental Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín, 2008.

²⁸ En ese sentido una correcta y eficaz gestión ambiental coadyuva a evitar la generación de nuevos pasivos ambientales. En esa dirección, Ramos J. A. manifiesta que la generación de pasivos ambientales está relacionada con los mecanismos de gestión ambiental utilizados, partiendo de que “lo que empieza por un impacto dependiendo de la contingencia utilizada, en el tiempo se puede convertir en un pasivo”. RAMOS, J. A., “Identificación de pasivos ambientales causados por atentados a la infraestructura petrolera”, Universidad Nacional de Colombia, Posgrado en Gestión Ambiental, 2005.

²⁹ GONZÁLEZ ZENTENO, PATRICIA, “Tratamiento Normativo de la Fase Minera Post Operacional en los Países Mineros Latinoamericanos y La Planificación del Cierre”, Informe Internship, noviembre 1999, p. 11.

³⁰ El Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental es aquel estudio destinado a *identificar y evaluar los potenciales impactos positivos y negativos* que pueda causar la implementación, operación, futuro inducido, mantenimiento y abandono de un proyecto, obra o actividad, con el fin de establecer las correspondientes *medidas para evitar, mitigar o controlar aquellos que sean negativos e incentivar los positivos*. Éste se aplica a todas las obras, actividades y proyectos, públicos o privados, así como a programas y planes, *con carácter previo* a su fase de inversión, cualquier acción de implementación, o ampliación.

³¹ Dentro de los elementos que debe contener este estudio resultan significativos en el abordaje del presente trabajo los siguientes: descripción del proyecto, *diagnóstico del estado inicial del ambiente existente (Situación antes de la ejecución del Proyecto)*; identificación de los impactos evaluación de impactos Programa de Prevención y Mitigación, Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental, programa de cierre de operación y restauración del área, si fuese pertinente.

³² Art. 15 del RAMM: El concesionario u operador minero *debe realizar* una Auditoría Ambiental de Línea Base (ALBA) según lo dispuesto en el art. 86 del Código de Minería y el presente reglamento.

³³ Es así, que el ALBA incluye: 1) la descripción de las características de suelos, geológicas, hidrológicas, hidrogeológicas, climáticas, fisiográficas y ecológicas; 2) la *identificación y caracterización de las fuentes puntuales y difusas de contaminación y de los residuos mineros metalúrgicos*; 3) determina los mecanismos de transporte y transferencia de contaminantes desde las fuentes de contaminación identificadas hasta el área de impacto dentro y fuera de la concesión minera; 4) *establece las condiciones ambientales existentes o línea base en aguas superficiales, subterráneas, suelos y sedimentos*; y 5) describir flora, fauna y el paisaje.

responsabilidad de mitigar todos los daños ambientales originados en su concesión y actividades mineras³⁴. Al realizarse esta auditoría ambiental se configura un corte en la responsabilidad, ya que el concesionario no está obligado a mitigar los daños ambientales producidos con anterioridad a la vigencia de la ley 1333 o a la fecha de obtención de la concesión minera si ella fuere posterior.

El régimen normativo exige con carácter general y obligatorio la realización de la auditoría, para deslindar la atribución de responsabilidad por pasivos ambientales. Si bien se impone al concesionario u operador la obligación de realizarla, es a los fines de relevarlo de responsabilidad por las condiciones ambientales identificadas en esta auditoría de línea de base. Por lo tanto, si el operador no realiza la auditoría ambiental de línea base asume la responsabilidad de mitigar todos los daños ambientales originados en su concesión, sin distinguir si son pretéritos (PAM) o posteriores³⁵.

“Resulta sobresaliente, a los fines de deslindar la atribución de responsabilidad por pasivos ambientales mineros, que el RAAM defina un mecanismo para la determinación de la información de línea de base, que tiene particular importancia tratándose de terrenos con historia minera, donde existen efectos ambientales generados por minería pasada”³⁶.

El resultado de la realización de la ALBA se vuelca en un informe técnico en el que se refleja la condición ambiental o línea de base del área geográfica de impacto e influencia del emprendimiento minero, sirviendo de inventario al momento de tomar posesión de la mina.

A su vez, se establece que en el caso de que existan evaluaciones ambientales o línea base regionales validados por el Servicio Nacional de Geología y Minería, la realización del ALBA por el concesionario puede limitarse a la interpretación de la información disponible. En esta situación tampoco se establece un mecanismo de control y seguimiento de la interpretación que realice el operador minero.

Se desvirtúa el propio concepto de Auditoría Ambiental que brinda el Reglamento General de Gestión Ambiental y el Reglamento de Prevención y Control Ambiental³⁷, ya que de la aplicación de la normativa no se logra un “me-

³⁴ Art. 16 del RAAM: “El concesionario u operador minero no es responsable por las condiciones ambientales identificadas en la ALBA. La degradación de dichas condiciones ambientales que pudiera resultar de actividades mineras que cumplan con los límites permisibles vigentes no es responsabilidad del concesionario u operador minero. Si el concesionario u operador minero no realiza la ALBA asume la responsabilidad de mitigar todos los daños ambientales originados en su concesión y actividades mineras.

³⁵ Corolario de lo expuesto es el art. 86 del Código de Minería boliviano, el cual expresamente indica que “los concesionarios u operadores mineros no están obligados a mitigar los daños ambientales producidos con anterioridad a la vigencia de la Ley del Medio Ambiente o a la fecha de obtención de la concesión minera, si ella fuere posterior. Estos daños se determinarán a través de una auditoría ambiental a cargo del concesionario u operador minero. Los resultados de esta auditoría ambiental constituirán parte integrante de la licencia ambiental del concesionario u operador minero”.

³⁶ MORALES LAMBERTI, ALICIA, *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*, Alveroni, Córdoba, 2008, p. 64.

³⁷ Se define a la Auditoría Ambiental (AA) de la siguiente manera: “Procedimiento metodológico que involucra análisis, pruebas y confirmación de procedimientos y prácticas de seguimiento que llevan a determinar la situación ambiental en que se encuentra un proyecto, obra o actividad y a la verificación del grado de cumplimiento de la normatividad ambiental vigente. Las auditorías pueden aplicarse en diferentes etapas de un proyecto, obra, o actividad con el objeto de definir su línea base o estado cero, durante su operación y al final de la vida útil. El informe emergente de la AA se constituirá en instrumento para el mejoramiento de la gestión ambiental”.

joramiento de la gestión ambiental” ni se cumplimenta un procedimiento de análisis, prueba y confirmación.

Se establece en el articulado del RAAM que “La degradación de dichas condiciones ambientales que pudiera resultar de actividades mineras que cumplan con los límites permisibles vigentes no es responsabilidad del concesionario u operador minero”.

El art. 17 del RAAM señala que son daños ambientales originados en actividades mineras sólo aquellos que pudieran producirse en el período comprendido entre el inicio y la conclusión de las actividades de un operador. Por lo tanto, el concesionario es responsable de aquellos daños que se generen al ambiente desde el inicio hasta la conclusión de las operaciones —concluyen sus actividades cuando presenta el informe auditado³⁸—.

Los concesionarios no están obligados a mitigar los daños ambientales producidos con anterioridad a la vigencia de la Ley del Medio Ambiente o a la fecha de obtención de la concesión minera, si ella fuere posterior³⁹. Entonces, es el Estado quien debe establecer mecanismos financieros o tributarios para facilitar el control de los flujos contaminantes que no estuvieran relacionados con el proceso productivo operador y que se hubieran originado en actividades realizadas con anterioridad a la vigencia de la ley o a la fecha de obtención de la concesión minera si ella fuere posterior.

No existe una legislación específica que aborde los pasivos ambientales mineros. Sin embargo, el art. 46 del Reglamento General de Gestión Ambiental define a los pasivos ambientales como “el conjunto de impactos negativos perjudiciales para la salud y/o el medio ambiente, ocasionados por determinadas obras y actividades existentes en un determinado período de tiempo y los problemas ambientales en general no solucionados por determinadas obras o actividades”.

III.2. Perú

Por su parte, Perú ha sancionado una ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera —ley 28.271⁴⁰—, que tiene por objeto la identificación de los pasivos ambientales de la actividad, la responsabilidad y el financiamiento para la remediación de las áreas afectadas por éstos, destinados a su reducción y/o eliminación, con la finalidad de mitigar sus impactos negativos a la salud de la población, al ecosistema circundante y la propiedad.

Son considerados *pasivos ambientales mineros* aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, actualmente abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo⁴¹

³⁸ Ver supra. Informe que presenta una vez ejecutadas las medidas de cierre, rehabilitación del área y transcurrido un período de postcierre de tres (3) años. Arts. 69 y 70 del RAAM.

³⁹ Estos daños se determinarán a través de una auditoría ambiental a cargo del concesionario u operador minero. Si el concesionario u operador minero no realiza la precitada auditoría ambiental asume la responsabilidad de mitigar todos los daños ambientales originados en sus concesiones y actividades mineras.

⁴⁰ Modificada por la ley 28.526 y por el Decreto Legislativo 1042 (2008). Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera (Decreto Supremo 059-2005-EM), modificado por Decreto Supremo 003-2009-EM.

⁴¹ El art. 4.8 del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera (Decreto Supremo 059-2005-EM), define al riesgo como la probabilidad o posibilidad de que un contaminante pueda oca-

permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

En la disposición reglamentaria de la ley se explicita la terminología adoptada al momento de definir a los PAM. Así, *Pasivos ambientales mineros abandonados* son aquellos pasivos que se encontraban localizados fuera de una concesión vigente a la fecha de entrada en vigencia de la Ley. Y *Pasivos ambientales mineros inactivos* son aquellos que a la fecha de vigencia de la ley, se encontraban localizados en concesión vigente, en áreas, labores o instalaciones que estaban sin operar durante dos años o más.

Es responsable de la remediación ambiental de las áreas toda persona que haya generado esos pasivos ambientales⁴², de conformidad —siempre que fuere posible— con el principio contaminador pagador⁴³.

Toda persona o entidad que haya generado PAM deberá presentar un Plan de Cierre de Pasivos Ambientales⁴⁴, realizar los estudios, acciones y obras correspondientes para controlar, mitigar y eliminar, en lo posible, los riesgos y efectos contaminantes y dañinos a la población y al ecosistema en general⁴⁵. En los casos de reinicio de operaciones y de aquellos titulares que pretendan utilizar un área, labor o instalaciones que constituyan un PAM, estarán sujetos a la obligación de presentar el Plan de Cierre.

El remediador debe sujetarse y cumplir las medidas detalladas, mantener la eficacia y monitorear las medidas implementadas durante la ejecución del plan de cierre como en el postcierre. A su vez, debe presentar informes semestrales dando cuenta de los avances de los labores de remediación.

sionar efectos adversos a la salud humana, en los organismos que constituyen los ecosistemas o en la calidad de los suelos y del agua, en función de las características y de la cantidad que entra en contacto con los receptores potenciales, incluyendo la consideración de la magnitud o intensidad de los efectos asociados y el número de individuos, ecosistemas o bienes que, como consecuencia de la presencia del contaminante, podrían ser afectados tanto en el presente como en el futuro.

⁴² El Ministerio de Energía y Minas a través de su órgano técnico competente identifica a los responsables de las operaciones mineras que abandonaron depósitos de residuos, labores o instalaciones mineras, generando pasivos ambientales. También identificará a los titulares de la concesión minera inactivos que mantienen el derecho de concesión y vigencia minera hasta la actualidad y arrastran pasivos ambientales —art. 4º de la ley 28.271—.

⁴³ Consagrado en el artículo noveno de la Ley General del Ambiente 28.611. Del principio de responsabilidad ambiental: El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

⁴⁴ El Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros debe ser elaborado a nivel de factibilidad, a fin de alcanzar de manera efectiva los siguientes objetivos: a) Estabilidad física a largo plazo. b) Estabilidad química a largo plazo. c) Remediación de las áreas afectadas. d) Uso alternativo de áreas o instalaciones. e) Determinación de las condiciones del posible uso futuro de dichas áreas o instalaciones.

⁴⁵ El Ministerio de Energía y Minas (MEM) a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales estará a cargo de la evaluación y aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros. Una vez verificados los requisitos de admisibilidad formal se realiza una evaluación técnica inicial. Si el plan no presenta deficiencias significativas de carácter estructural o técnico se inicia un proceso de participación ciudadana y se remite un ejemplar a la Dirección General de Salud Ambiental y al Instituto Nacional de los Recursos Naturales a los fines de que emitan la opinión en lo referente a su ámbito de competencia. Seguidamente, la Dirección General de Asuntos Ambientales remite el expediente a la Dirección General de Minería para que emita un informe de evaluación de los aspectos económicos y financieros.

El plazo para la ejecución del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales no será mayor a tres años⁴⁶. Concluida la remediación de los pasivos ambientales mineros, el titular del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros debe continuar desarrollando las medidas de tratamiento de efluentes y emisiones, monitoreo, mantenimiento o vigilancia de acuerdo con el Plan de Cierre.

La etapa de post cierre estará a cargo del titular del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros por un plazo no menor a cinco años de concluida la ejecución de dicho plan. Luego de ese plazo, el Estado podrá encargarse de continuar las medidas de post cierre establecidas, siempre que el titular demuestre que, a través de la continuación de las medidas indicadas, se mantendrá la estabilización física y química de los residuos o componentes de dicha unidad, susceptibles de generar impactos ambientales negativos. En cuyo caso, el responsable abonará al fideicomiso que constituya el FONAM⁴⁷ para este efecto, un monto equivalente al valor presente de los flujos futuros de la perpetuidad o de los desembolsos necesarios, a fin de que esta entidad, directamente o a través de tercero, se encargue de mantener las medidas de post cierre establecidas.

Al término del plazo aprobado para la ejecución del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales, el MEM⁴⁸ a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales o la autoridad regional competente realizará una auditoría integral para verificar el cumplimiento de las medidas establecidas y se emitirá la respectiva resolución de aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales ejecutado, expidiendo un Certificado de Cierre Final que confirme la ejecución del plan⁴⁹.

El Estado asume —subsidiariamente— la tarea de remediación de las áreas con pasivos ambientales mineros que no cuenten con responsables identificados⁵⁰. El Reglamento de pasivos ambientales de la actividad minera establece que el Estado puede proceder a remediar PAM: en caso que una empresa de propiedad del Estado sea responsable en no menos de dos tercios del monto correspondiente a la remediación; y, excepcionalmente (subsidiariamente) cuando lo requiera la debida tutela del interés público, es decir, cuando a juicio de la autoridad competente exista un alto riesgo y el responsable no cumpla con la remediación del área con pasivo a su cargo, o cuando se haya verificado la ejecución negligente de manera reiterada del Plan de Cierre, sin perjuicio del derecho de repetición contra los responsables⁵¹.

⁴⁶ Excepcionalmente y sólo cuando la magnitud de los pasivos ambientales lo amerite el plazo puede ser mayor, hasta un máximo de dos años adicionales, según lo apruebe la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros.

⁴⁷ Fondo Nacional del Medio Ambiente, es la entidad encargada de captar los recursos destinados a financiar la remediación de los pasivos ambientales que el Estado asume remediar.

⁴⁸ Ministerio de Energía y Minas, quien a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), evalúa y aprueba los instrumentos de remediación.

⁴⁹ Se otorga cuando se hayan ejecutado todas las medidas comprometidas en el Plan de Cierre y se haya efectuado, de ser el caso, el abono por el mantenimiento de las medidas de post cierre que deban continuar implementándose. Se consigna el detalle de todos los pasivos ambientales mineros materia del cierre.

⁵⁰ En estos casos la remediación de las áreas afectadas se realiza gradualmente en función de los niveles de riesgo que representen, priorizándose aquellos que signifiquen mayor riesgo para la salud y seguridad de las personas y calidad del ambiente.

⁵¹ En el caso que se lograra identificar al responsable del pasivo ambiental minero materia de la remediación ambiental asumida por el Estado, éste podrá iniciar las acciones legales correspondientes para ejercer el derecho de repetición contra dicho responsable, a fin de exigir la devolución del monto gastado más los intereses de ley, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que proceda iniciar.

Complementariamente, el Estado promueve la participación del sector privado —terceros— en la remediación de áreas con pasivos ambientales menores⁵² que no sean de su responsabilidad —es decir, no son sus causantes— sin que ello implique que asuman responsabilidad legal sobre ellos. A tales fines, se instituye el mecanismo de constitución de áreas de conservación ambiental minera.

De esta manera, las áreas donde se ubican pasivos ambientales mineros son remediadas voluntariamente por titulares distintos a los responsables de dicha remediación⁵³ (por organizaciones no gubernamentales, entidades de conservación nacional o extranjera, organizaciones de la sociedad civil), mediante la ejecución del Plan de Cierre de PAM. Luego de verificado el cumplimiento total de dicho plan, las áreas rehabilitadas podrán ser utilizadas por el titular del área de conservación ambiental minera o por terceros para fines que no coloquen en riesgo la remediación ambiental realizada —fines turísticos, culturales, recreativos—.

Asimismo, la normativa establece un régimen sancionatorio, acorde a la relevancia de posibles irregularidades. En el caso de que transcurran seis años de la vigencia de la aprobación del respectivo plan de cierre de pasivos ambientales sin que el responsable de la remediación cuente con el certificado de aprobación, quedará impedido de solicitar nuevos petitorios mineros y de explotar alguna unidad minera como concesionario o adquirente.

También configura una infracción el hecho de no declarar los pasivos ambientales mineros que se encuentren dentro del área de su concesión.

A su vez, en caso de que se verifique un incumplimiento en el cronograma de ejecución del plan de cierre, el responsable de la remediación deberá constituir una garantía por el monto total equivalente de las actividades que restan de ejecutar. Debería solicitarse la garantía de cumplimiento desde la misma presentación del plan de cierre, como un mecanismo preventivo y no una vez verificado un incumplimiento, para que los costos sean internalizados desde la etapa inicial y se cuente con los medios y recursos necesarios para lograr el cometido de la legislación.

Se observa en el articulado del marco legal que regula los PAM que la obligación de presentar el plan de cierre, en algunos casos recae en “todo aquel que haya generado PAM”, mientras que en otras situaciones se refiere al “responsable de la remediación”. Esto encuentra explicación en que “la atribución de la responsabilidad ambiental en relación a los pasivos ambientales puede desdoblarse en dos aspectos: primero, la responsabilidad por la generación del pasivos, o sea el causante y segundo, la responsabilidad por su eventual reparación, que no necesariamente va a recaer sobre el mismo sujeto (...)”⁵⁴.

⁵² Alianzas post minería.

⁵³ Cuando el MEM determine que un titular de la actividad minera no es legalmente responsable de un pasivo ambiental minero localizado dentro del ámbito de su concesión, éste quedará habilitado para acogerse voluntariamente a ejecutar las medidas necesarias para la remediación ambiental correspondiente, a través de cualquiera de las modalidades exentas de responsabilidad, sin perjuicio que éste pueda iniciar las acciones legales correspondientes para ejercer su derecho de repetición contra el responsable que generó dicho pasivo, si posteriormente se lograra identificar a este último.

⁵⁴ MORALES LAMBERTI, ALICIA, ob. cit., p. 10.

Otra cuestión a destacar es que se promueve la participación de la sociedad civil de conformidad con el principio de participación ciudadana^{55, 56}. “No obstante la normativa nada contempla en relación a las garantías de esa participación, que debería ser acompañada desde un inicio, con un irrestricto respeto al derecho de acceso a la información sobre las implicancias del proceso de remediación”⁵⁷.

III.3. Chile

En la ley 19.300 —sobre bases generales del medio ambiente— se define al daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimentos o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

Se establece un régimen de responsabilidad subjetiva: “todo el que culpa o dolosamente cause daño ambiental responderá por el mismo”. A su vez, la norma prevé una presunción legal de responsabilidad del autor cuando exista infracción a las normas de calidad ambiental, a los planes de prevención o de descontaminación, normas sobre protección, preservación o conservación del medio ambiente. Seguidamente, la normativa determina que si el responsable acreditara estar dando íntegro cumplimiento a las obligaciones, sólo corresponderá una acción indemnizatoria ordinaria.

Por su parte, el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental obliga a los operadores mineros a incorporar medidas para la protección de la vida, la salud humana y el ambiente en las operaciones de las etapas de cierre y abandono. Así también, se debe describir la línea de base, incorporar la predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto, las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto y las acciones de reparación, un plan de medidas de mitigación, reparación y compensación que describirá y justificará las medidas que se adoptarán para eliminar, minimizar, reparar, restaurar o compensar los efectos ambientales adversos de la actividad, un plan de prevención de contingencias y de emergencias. Se observa que se instaura un mecanismo preventivo en la generación de nuevos pasivos ambientales, que al estar incorporado desde el inicio de la operación o proyecto minero permite integrar los costos desde el inicio de la actividad, evitándose el traspaso de los mismos a la sociedad.

Contribuye a ello la promulgación de la ley 20.551 que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras, que realiza un abordaje de la temática con el objeto de evitar que se generen nuevos PAM hacia el futuro, respondiendo a la premisa de construcción, operación y cierre ambientalmente amistoso.

No obstante lo anterior, se carece de un marco normativo e institucional que permita una gestión eficiente de remediación de los PAM. Se entiende por

⁵⁵ Artículo tercero de la Ley General del Ambiente.

⁵⁶ Respecto a ese punto se pronuncia Anida Yupari manifestando que la propuesta peruana contempla la posibilidad de la participación de terceros y la sociedad civil en la remediación de los pasivos promoviendo su participación en la ejecución de acciones tendientes a complementar y fortalecer la remediación mediante el empleo de diversas modalidades como por ejemplo la figura de las “concesiones ecológicas” por la que se otorgaría el derecho a realizar actividades de recuperación del medio ambiente en aquellos lugares que están siendo afectados por pasivos ambientales (Informe “Pasivos ambientales mineros en Sudamérica” - Informe elaborado para la CEPAL, el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales, BGR, y el Servicio Nacional de Geología y Minería, SERNAGEO).

⁵⁷ MORALES LAMBERTI, ALICIA, ob. cit., p. 73.

pasivos ambientales mineros⁵⁸ a aquellas faenas mineras abandonadas o paralizadas⁵⁹, incluyendo sus residuos, que constituyen un riesgo significativo para la vida o la salud de las personas o para el medio ambiente. La importancia del principio de riesgo significativo se base en que no toda faena minera abandonada o paralizada genera efectos adversos para la salud o el medio ambiente.

El tema central de la discusión reside en determinar quién debe remediar los PAM. En un anteproyecto de ley del año 2005⁶⁰ se proponía como respuesta la retroactividad, es decir, que el costo de las eventuales remediaciones de pasivos sea asumido por quienes explotaron la faena o sus herederos. Esto hubiere generado ciertas incongruencias e inconvenientes, ya que la legislación ambiental actualmente vigente prevé un plazo de prescripción de cinco años para las acciones ambientales, lo que implica la liberación de responsabilidad una vez cumplido dicho plazo. Máxime cuando esto hubiese implicado establecer una responsabilidad objetiva dentro de un sistema que tiene como factor de atribución de responsabilidad ambiental al subjetivo.

IV. Conclusión

Del estudio de los marcos normativos de los países latinoamericanos seleccionados, resulta claro que sin la definición de una política pública orientada a gestionar y remediar los actuales pasivos y prevenir la generación de nuevos pasivos ambientales⁶¹, no podrá arbitrarse un mecanismo jurídico que logre hacer efectiva la responsabilidad por el pasivo ambiental al agente responsable de haberlo causado, o a la cadena de agentes que hayan intervenido en su generación⁶².

De esta manera, se observa que respecto a la regulación del cierre seguro de las operaciones mineras hay similitudes en los marcos normativos brevemente analizados. El cierre se implementa como una herramienta preventiva para mitigar y rehabilitar las áreas afectadas por la concesión minera, evitando la generación de nuevos PAM. Asimismo, el cierre seguro se configura como una etapa más en la planificación de la actividad, efectivizado en aquellas operaciones mineras actuales o futuras.

Hay coincidencia en estos regímenes sobre la responsabilidad en esta etapa del cierre, en donde se identifica con claridad al responsable: se establece en cabeza del operador la obligación de cerrar y rehabilitar el área de influencia

⁵⁸ No se habla de pasivos mineros, sino directamente de Faenas Mineras Abandonadas o Paralizadas —FMA/P—.

⁵⁹ Una faena minera abandonada es aquella de la cual su dueño hace dejación con el ánimo de desprenderse del dominio de la misma; y la faena minera paralizada es aquella que se encuentra detenida temporal o definitivamente.

⁶⁰ Elaborado en el marco del Proyecto de Cooperación Técnica Alemana “Bases para la Remediación de Pasivos Ambientales Mineros”.

⁶¹ La denominación de pasivos ambientales mineros generalmente está relacionada con los impactos negativos generados por las operaciones mineras abandonadas o suspendidas por largos períodos de tiempo con o sin dueño u operador identificables, y en donde no se haya realizado un cierre de minas regulado y certificado por la autoridad correspondiente, en los casos en los que ello es necesario (GONZÁLEZ RAMÍREZ, ADRIANA M., “Diseño de metodología para la identificación de pasivos ambientales mineros en Colombia”, Tesis de Grado. Director: Antonio Romero Hernández, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, Facultad de Minas Posgrado en Gestión Ambiental Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín, 2008).

⁶² MORALES LAMBERTI, ALICIA, “Explotación ilegal, abandono de la concesión y daño ambiental: responsabilidad por pasivos mineros”, en Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, julio-septiembre, 2011, N° 27, pp. 291-315.

de su actividad. La finalidad de su implementación es una cuestión de atribución de costos, con el objeto de que el operador minero internalice (asuma) y contabilice los costos de la rehabilitación como costos de la producción minera.

De esta manera, la experiencia de estos países en la regulación del cierre seguro de la actividad nos propicia lineamientos a aplicar en nuestro sistema normativo sectorial nacional y provincial. Es clave que se reglamente la protección ambiental en lo relativo al cierre seguro (art. 261 del Código de Minería) como una fase más del ciclo de vida de la actividad, como mecanismo preventivo para evitar la generación de nuevos pasivos ambientales, a los fines de que una vez finalizada la operación minera, el área de influencia se encuentre remediada, minimizándose los impactos negativos.

Surge de nuestra legislación nacional que dicha obligación pesa en cabeza del propio operador minero, en concordancia con el Título XIII —De la protección ambiental para la actividad minera— del Código de Minería, en el que se establece la responsabilidad del titular del derecho minero de todo daño ambiental producto de las actividades comprendidas en la sección, en las que se incluyen de manera expresa el cierre de minas —“incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina”—.

Seguidamente, nuestra normativa establece como instrumento de gestión ambiental la obligación de presentar un Informe de Impacto Ambiental para cada una de las etapas del proyecto —en lo que aquí nos concierne respecto al cierre—. Es el operador quien debe cumplir con el plan de cierre, post cierre y la obligación de remediación del daño producido durante el ciclo de vida del proyecto minero.

De esta manera, sería conveniente que mediante reglamentación específica se establecieran los parámetros o lineamientos del plan de cierre y post cierre, haciendo hincapié en la necesidad de una auditoría final —debidamente fiscalizada por la autoridad de aplicación— en la que se certifique el cumplimiento íntegro de las medidas contenidas en el plan de cierre —o en el informe de impacto ambiental ya previsto en la normativa—.

Corolario de lo anterior, no puede dejar de citarse que una cuestión imprescindible, es el ejercicio efectivo del poder de policía de la/s autoridad/es de aplicación, ya que sería de escasa efectividad la implementación de medidas de cierre y un plan de remediación de pasivos ambientales mineros si no son acompañados de una debida fiscalización.

Respecto a la responsabilidad por los pasivos ambientales mineros, se suscita una mayor complejidad debido al vacío legal en la temática. En la responsabilidad por PAM se observa, la mayoría de las veces, una clara disociación entre quién es el generador del pasivo, es decir, el causante y quién asume la responsabilidad por la remediación del mismo. Siempre que sea posible y de conformidad con el principio de responsabilidad —principio de contaminador pagador— debería ser el titular u operador que haya causado el daño ambiental quien sufrague los costos del saneamiento. El principal problema que se desprende es que, ante la ausencia de un responsable de la remediación de los PAM, dicha obligación termina recayendo —subsidiariamente— en el Estado, es decir, es la sociedad la que en definitiva termina absorbiendo los pasivos.

Del análisis de los marcos normativos de los países seleccionados se observa que la problemática de los PAM no se encuentra acabadamente resuelta.

El sistema boliviano a través de la ALBA no hace más que transformar en regla lo que debería ser la excepción: realizada la ALBA se produce el corte de responsabilidad del operador minero. Se deslinda la responsabilidad de los daños preexistentes —léase PAM— de aquellos daños producidos durante el desarrollo de la actividad minera, siendo éstos últimos responsabilidad del operador y asumiendo el Estado la remediación de esos daños pretéritos. Por su parte, el régimen específico peruano si bien determina que el generador debe asumir la responsabilidad de remediación, no determina los mecanismos de identificación de los mismos y concluye que en el supuesto de que no haya un responsable identificado, asume la obligación subsidiariamente el Estado. Por último, el régimen chileno tampoco brinda una respuesta eficaz al problema.

No obstante, se pueden extraer algunos lineamientos, como la necesidad de implementar registros de pasivos ambientales mineros; la elaboración de metodologías para la determinación de los inventarios; la identificación y priorización de pasivos críticos; la constitución de mecanismos de garantías, a los fines de generar un fondo para cubrir los costos del cierre y remediación y garantizar que los costos sean asumidos efectivamente por el generador; promover la participación de la sociedad civil con el correlativo derecho al acceso de la información y de terceros —no causantes de esos PAM— en la remediación, diversificando de ese modo los responsables de la remediación y que no recaiga siempre en el Estado, evitándose que los pasivos ambientales sigan siendo externalidades del pasado que se convierten en pasivos fiscales del presente.

El principal desafío que se plantea es cómo gestionar la remediación de los pasivos ambientales mineros —problema histórico⁶³ anterior a la entrada en vigencia de la legislación ambiental—. El riesgo de la ausencia de normas específicas que deslinden con claridad la atribución de responsabilidad para la remediación de pasivos ambientales, como ocurre en nuestro sistema normativo nacional, significa que si bien se promueve la evitación y cesación de nuevos pasivos ambientales, sólo se cubre la obligación de recomponer el daño ambiental actual o potencial, resultando imperativo para las actuales o futuras explotaciones mineras; el silencio por omisión legislativa implica que la atribución de responsabilidad y de los costos de la remediación y saneamiento de los preexistentes sea susceptible de recaer en el Estado, y por ende en todos los contribuyentes⁶⁴.

En nuestro sistema normativo, a través del Informe de Impacto Ambiental se determina la línea de base ambiental, precisándose los daños preexistentes con la finalidad de distinguir las responsabilidades. Sin embargo, el Código de Minería prevé que “todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere”, se observa una suerte de retroactividad —daño residual— que podría estar aludiendo a PAM.

El tema es complejo⁶⁵ y la mayoría de las veces no surge con claridad quién fue el generador del PAM. Es justamente el sistema normativo el que debe

⁶³ Aunque los PAM son considerados como un problema histórico, requieren hoy en día una solución integral (...) OBLASSER A. y CHAPARRO E., “Estudio Comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos, CEPAL, Santiago de Chile, 2008.

⁶⁴ MORALES LAMBERTI, ALICIA, ob. cit., pp. 11 y ss.

⁶⁵ En palabras de Anida Yupari “El escaso desarrollo de propuestas legislativas sobre los pasivos no limita la importancia de señalar la necesidad de desarrollar normas precisas en torno a aspectos fundamentales como la metodología para la elaboración de los Inventarios Nacionales de Pasivos que

contribuir a resolver eficientemente el problema de atribución de responsabilidad —costos— del cierre planificado de establecimientos mineros y de los pasivos ambientales mineros existentes.

Bibliografía

Código de Minería Chileno —ley 18.248—, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Código de Minería de Bolivia —ley 1.777—.

Decreto Reglamentario 41. Aprueba el Reglamento de la Ley de Cierre de Faenas e instalaciones mineras, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Decreto Supremo 24.782 de la ley 177, Bolivia.

Decreto Supremo 059-2005-EM y su modificatoria Decreto Supremo 003.2009-EM. Reglamenta ley 28.271. URL: <http://intranet2.minem.gob.pe/web/archivos/dgaam/publicaciones/compendio99/ds059-2005.pdf>.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, ADRIANA M., “Diseño de metodología para la identificación de pasivos ambientales mineros en Colombia”, Tesis de Grado. Director: Antonio Romero Hernández. Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Facultad de Minas Posgrado en Gestión Ambiental Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín 2008.

GONZÁLEZ ZENTENO, PATRICIA, “Tratamiento Normativo de la Fase Minera Post Operacional en los Países Mineros Latinoamericanos y La Planificación del Cierre”, Informe Internship, noviembre 1999.

Guía Metodológica para el Cierre de Faenas Mineras. Ministerio de Minería, Subsecretaría de Minería, Gobierno de Chile, noviembre 2002. URL: <http://www.sernageomin.cl/pdf/material/GuiaMetodologicaCierreFaenasMineras.pdf>.

Ley 1.333 —Ley de Medio Ambiente de Bolivia—.

Ley 19.300 —sobre bases generales del medio ambiente—, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Ley 20.551 —regula el cierre de faenas e instalaciones mineras—, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Ley 28.090 —regula el cierre de minas— y Decreto Supremo 033-2005 EM, Perú.

Ley 28.271 —regula los pasivos ambientales de la actividad minera— y Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera. URL: http://www.fonamperu.org/general/pasivos/documentos/reglamento_cierredeminas.pdf.

Ley 28.611 —Ley General del Ambiente de Perú—. URL: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/06/ley-general-del-ambiente.pdf>.

MORALES LAMBERTI, ALICIA, “Explotación ilegal, abandono de la concesión y daño ambiental: responsabilidad por pasivos mineros”, en Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, julio-septiembre 2011, N° 27, pp. 291-315.

permita su identificación y priorización, el procedimiento para la remediación y la fiscalización y control del mismo, los criterios para la atribución de las responsabilidades y los mecanismos para el financiamiento de la remediación de parajes impactados y recuperación de recursos naturales afectados, así como los usos futuros de tales áreas, al margen de que se pueda o no identificar a los dueños u operadores responsables de la contaminación. (Informe “Pasivos ambientales mineros en Sudamérica” - Informe elaborado para la CEPAL, el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales, BGR, y el Servicio Nacional de Geología y Minería, SERNAGEO).

MORALES LAMBERTI, ALICIA, *Gestión y remediación de Pasivos Ambientales*. Alveroni, Córdoba, 2008.

MORENO MORALES C. Y CHAPARRO ÁVILA E., "Las leyes generales del ambiente y los códigos de minería de los países andinos. Instrumentos de gestión ambiental y minero ambiental", División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, Santiago de Chile, 2009. URL: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/35331/lcl2953e.pdf>.

OBLASSER A. Y CHAPARRO E., "Estudio Comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú y Estados Unidos", División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL. Santiago de Chile, 2008. URL: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/33416/lcl2869e.pdf>.

RAMOS, J. A. (2005), "Identificación de pasivos ambientales causados por atentados a la infraestructura petrolera", Posgrado en Gestión Ambiental, Universidad Nacional de Colombia.

Reglamento de Prevención y Control Ambiental —Reglamento de la ley 1333— Bolivia.

Reglamento de Seguridad Minera, Decreto Supremo 132, Ministerio de Minería, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032158&r=6>.

Reglamento General de Gestión Ambiental —Reglamento de la ley 1333—, Bolivia.

SOUGARRET SEITZ, LUIS, Conferencia internacional sobre pasivos ambientales mineros. "La minería en Chile y los pasivos ambientales". URL: <http://www.cepal.org/drni/noticias/seminarios/4/13604/LuisSolugarret.pdf>.

YUPARI, ANIDA, "Pasivos Ambientales Mineros en Sudamérica" Informe elaborado para la CEPAL, el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales, BGR, y el Servicio Nacional de Geología y Minería, SERNAGEOMIN. URL: <http://www.eclac.org/drni/noticias/seminarios/4/13604/Informe%20Pasivos%20Ambientales%20Mineros%20en%20Sudam%C3%A9rica.pdf>.



PROPIEDAD Y SEGURIDAD SOCIAL EN UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. DERECHOS HUMANOS Y ESTATIZACIÓN DE APORTES A LAS AFJP*

Horacio Javier Etchichury**

Resumen: Este artículo analiza, desde una perspectiva de derechos humanos, el fallo dictado por la Corte Suprema argentina en 2013 convalidando la estatización de los aportes a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), efectuada en 2008. Luego de describir el sistema creado en 1994 y la ley que restaura el sistema de reparto, el texto describe las líneas argumentales de la Corte. En particular, analiza la tensión entre derecho de propiedad y derecho a la seguridad social, tal como se consagran en la Constitución argentina. El artículo sostiene que la decisión de la Corte se basa en una comprensión limitada del derecho de propiedad, que no toma en cuenta los cambios producidos luego de 1994.

Palabras clave: Seguridad Social - Propiedad - Jubilaciones - Derechos humanos.

1. Introducción

Aquí¹ analizo el fallo “Rossi”², dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 26 de marzo de 2013. En él, una mayoría de cinco integrantes³, sin votos concurrentes ni disidencias, convalida la estatización de los aportes obligatorios hechos a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) entre 1994 y 2008. Se revisa la coherencia de este fallo con el marco de derechos humanos. En particular, se discute el alcance en este caso del derecho de propiedad, reformulado a partir de los tratados internacionales de derechos humanos que han recibido jerarquía constitucional en la reforma de 1994. Se destaca la necesidad de que las políticas sociales se diseñen de acuerdo a los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional (CN). Finalmente, se propone una lectura alternativa a la elegida por la Corte, basada en una interpretación armónica de los derechos en juego, y se repasan posibles al-

* Recibido el 04/05/15. Aprobado el 01/10/15.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). LL. M. (*Master of Laws*), Yale Law School, New Haven, Estados Unidos. Abogado y Licenciado en Comunicación Social, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Profesor de Derecho Constitucional, de Introducción al Derecho y de Epistemología de las Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Correo electrónico: etchichury74@gmail.com.

¹ Una versión anterior de este trabajo fue expuesta como ponencia en las Segundas Jornadas Internacionales Universidad, Estado y Sociedad (Universidad Nacional de Villa María, junio de 2013). El presente artículo es parte del proyecto de investigación tipo “A” con subsidio de Secyt-UNC, titulado *Derechos sociales y políticas sociales: una revisión constitucional de los instrumentos jurídicos*, radicado en el CIJS-UNC y llevado adelante por el GIDES (Grupo de Investigación en Derechos Sociales). Más información en GidesCordoba.blogspot.com

² “Rossi, Pablo Ariel c. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otros s/ Amparos y Sumarísimos”, Expte. R-37-XLVI, 26 de marzo de 2013.

³ Se trata de los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni. No votaron Carmen Argibay ni Carlos Fayt.

ternativas para alcanzar el cambio de régimen previsional sin afectación de los derechos de las personas aportantes.

2. La ley 26.425: eliminación del sistema de capitalización

El 20 de noviembre de 2008 queda sancionada la ley 26.425. Enviada un mes antes como proyecto del Poder Ejecutivo, la ley elimina el componente de capitalización dentro del sistema previsional. El rebautizado “Sistema Integrado Previsional Argentino” es, a partir de la sanción de la ley, únicamente de reparto, con administración estatal. Un Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS), creado por un decreto anterior, sirve de reaseguro para que el sistema pueda cumplir sus obligaciones.

Esta ley deja atrás un experimento de casi 20 años, iniciado en 1993 con la aprobación de la ley 24.241, concebida en el marco del neoliberalismo. Aquella ley otorgaba una prestación básica universal y una compensatoria, ambas bajo el sistema de reparto administrado por el Estado. Luego, se abrió la opción entre dos sistemas que brindarían el otro componente de la jubilación⁴. Por una parte, subsistía el reparto en manos estatales, que brindaría además una “prestación adicional por permanencia”. Por la otra, el régimen de capitalización individual —gestionado por entidades denominadas Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP)⁵— pagaría la llamada “jubilación ordinaria”. Ésta se basaría en los resultados de la administración de cuentas individuales que contenían los aportes de cada afiliado. Un pilar se basaba en la solidaridad, el otro en el ahorro individual. Se adoptó una unidad de medida común a ambos sistemas: el aporte mensual promedio del trabajador en actividad. Existía una “prestación básica”, definida como un cierto número de esos aportes mensuales. A partir de 1995, se estableció que la movilidad de esta prestación no dependía de ninguna relación proporcional con el salario, sino que sería definida por el Congreso en las leyes de presupuesto sucesivas. Las otras dos prestaciones que integraban el haber en el sistema de reparto (prestación complementaria y prestación adicional por permanencia) sí podían tener alguna conexión con el salario percibido en actividad⁶.

El neoliberalismo persiguió así controlar el creciente gasto público en materia de jubilaciones⁷ y apostó a la progresiva desaparición del régimen de reparto. Para ello, dio ventajas al sistema de capitalización, tales como fijar que toda persona que no expresara una opción jubilatoria era asignado automáticamente a alguna AFJP, o que no fuera posible volver del régimen de capitalización

⁴ Por esto, muchos autores consideraban al argentino un “sistema mixto”; véase MESA-LAGO, CARMELLO, “Social welfare reform in the context of economic-political liberalization: Latin American cases”, *World Development*, vol. 25, núm. 4, 1997, p. 510.

⁵ Las AFJP podían ser creadas no sólo por empresas privadas, sino también por Estados provinciales, bancos estatales, cooperativas y sindicatos, entre otras posibilidades (ley 24.241, art. 40).

⁶ BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, en Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 1216.

⁷ Véase ROFMAN, RAFAEL, “The new pension system in Argentina”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2001, p. 599; ORENSTEIN, MITCHELL A., “Pension privatization: evolution of a paradigm”, *Governance*, vol. 26, núm. 2, 2013, p. 265, y también KIGUEL, MIGUEL A., “Structural reforms in Argentina: success or failure?”, *Comparative Economic Studies*, vol. 44, núm. 2, verano 2002, p. 84.

al de reparto⁸. El sistema bajo administración privada contenía aspectos inconstitucionales: no aseguraba la movilidad ni la participación de los interesados en la administración, requisitos exigidos por el art. 14 *bis* de la CN⁹ en relación con el art. 9º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra el derecho de toda persona a la seguridad social¹⁰.

El análisis de lo ocurrido entre 1994 y 2008 con el régimen de AFJP excede el marco de este trabajo. Más allá de sus marcas de inconstitucionalidad, parece claro que el modelo no cumplió las promesas hechas: la reducción de las contribuciones patronales¹¹, el crecimiento de la informalidad y la consecuente caída de los aportes, sumados a las crecientes comisiones cobradas a los aportantes y la incertidumbre en el nivel de los beneficios¹², incidieron en el deterioro apreciable de las jubilaciones¹³. Además, el mercado de la capitalización se concentró rápidamente: el sistema se inició con 24 AFJP y hacia 2000 sólo quedaban 13; para ese entonces 4 de ellas se repartían el 70% de la fuerza laboral¹⁴, haciendo ilusoria la posibilidad de una competencia entre las administradoras. La llamada “ley de solidaridad previsional” (ley 24.463), por otra parte, eliminó los mecanismos de actualización automática, dejando los haberes en una situación de atraso insoportable, pero convalidada por un conocido fallo de la Corte Suprema en 1996¹⁵.

La crisis de 2001 puso a la vista los efectos del neoliberalismo, desmintió sus premisas y abrió cauce para su reemplazo por otras orientaciones ideológicas en el Estado. Ello fue posible, además, por la recuperación del espacio fiscal, el aumento de la formalidad laboral y de la recaudación impositiva¹⁶. Comenzó a ponerse en cuestión generalizadamente la noción de que la seguridad social dependía de cada persona. Volvió así a primer plano una concepción diferente, que define a las jubilaciones y pensiones como una responsabilidad estatal, surgida a partir de un derecho, en este caso el derecho a la seguridad social. En virtud del PDESC, se introducen cambios más amplios: las prestaciones no contributivas no son parte del ámbito discrecional del Estado, esto es, no dependen sólo

⁸ Véase DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, “Reformas y contrarreformas de la protección social: la seguridad social en la Argentina en la primera década del siglo”, *Reflexión Política*, vol. 12 (núm. 24), diciembre de 2010, pp. 18-29. Cuando el régimen de capitalización entró en vigencia en 1994, cerca del 30% de la fuerza laboral no expresó preferencias y fue asignada automáticamente a una AFJP. En los años subsiguientes, casi el 70% de las personas que comenzaban a trabajar tampoco expresaban una opción y seguían el mismo destino. De quienes hacían una elección explícita, la gran mayoría optaba por incorporarse al sistema de capitalización. Todo ello condujo al crecimiento de este último esquema; véase ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 595.

⁹ Véase LOÑ, FÉLIX, “Las jubilaciones en la encrucijada”, *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 65-67.

¹⁰ En la interpretación de ese derecho, debe tenerse en cuenta la Observación General 19, emitida en 2008 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=47d6667f2>

¹¹ Apenas cinco años después de la puesta en marcha del sistema, los aportes patronales ya habían sido reducidos en un 40%, como forma de estimular el empleo; véase ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 601.

¹² *Ídem*, p. 603.

¹³ BERTRANOU, FABIO et al., *Beyond the privatisation and re-nationalisation of the Argentine pension system: coverage, fragmentation and sustainability*, p. 8. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2191202>.

¹⁴ ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 605.

¹⁵ Se trata de “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”. Fallos: 319:3241; 27 de diciembre de 1996. Véase HERRERO, ÁLVARO, “La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino”, *Política*, vol. 49 (núm. 1), 2011, pp. 79-81.

¹⁶ BERTRANOU, FABIO et al., *ob. cit.*, pp. 14-22.

de la (buena) voluntad de las autoridades. Hoy estas prestaciones se sujetan a los principios de igualdad, universalidad, debido proceso y razonabilidad, entre otros¹⁷. Además, la protección de la seguridad social ya no puede depender de que exista un lazo laboral formal, ni tener un carácter exclusivamente contributivo. El principio de universalidad hace que sea irrelevante la condición de empleo o desempleo al momento de ejercer este derecho. Por otra parte, la consagración constitucional del derecho a la seguridad social también significa que expandir la cobertura hacia personas excluidas del sistema no sirve para justificar la reducción de las prestaciones (porque ello implica una medida regresiva y puede incluso afectar el derecho a un “nivel de vida adecuado”, garantizado por el art. 11 del PDESC). Por el principio de igualdad formal y real (CN, arts. 16 y 75, inc. 23), una mejora en las prestaciones no habilita —por ejemplo— a dejar fuera del sistema a grupos de personas, ni a postergar la edad de retiro.

Néstor Kirchner, el primer presidente electo tras la crisis, inició una política de expansión de la cobertura y de aumentos en el haber mínimo. También habilitó, a través de la ley 26.222, la posibilidad de regresar al régimen de reparto, y cambiar esa opción cada 5 años. Así se revertía un elemento que sesgaba el sistema a favor de la capitalización.

La cobertura llegó al nivel —sin precedentes— del 90%, a través de medidas especiales y transitorias, incluyendo el Plan de Inclusión Previsional, que incorporó —entre 2005 y 2011— a 2,7 millones de personas que no reunían los aportes exigidos. El haber mínimo creció un 1025% entre 2002 y 2012, y en 2008 se aprobó la ley 26.417, que estableció dos aumentos anuales para el conjunto de las personas beneficiarias¹⁸. En este caso, la movilidad se calcula en base a una fórmula que no refleja completamente la evolución general de los salarios. Este ítem (siempre que no exceda en un 3% la variación de los recursos netos de ANSeS) determina el 50% de la movilidad, y la otra mitad depende de la variación en los recursos tributarios por beneficio¹⁹. Es decir, que la movilidad reconoce un límite diferente al de la evolución de los salarios, basado en la recaudación estatal. Ello se aparta de las pautas fijadas por la Corte en el fallo de 2007, donde aplicó como criterio de actualización la variación de los salarios, sin compensarlo con índices recaudatorios. Esta visión resulta coherente, por otra parte, con la línea jurisprudencial de la Corte al reconocer al haber jubilatorio como sustitutivo de la remuneración de la vida activa, por lo que la proporción debe mantenerse²⁰.

Esa serie de medidas preanunciaba la restauración del sistema de reparto bajo control estatal completo, concretada a través de la ley 26.425.

¹⁷ ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Constitución y política social. Proyecciones de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos a la seguridad social en la esfera no contributiva”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 194.

¹⁸ DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, ob. cit., pp. 23-24; BERTRANOU, FABIO *et al.*, ob. cit., p. 11.

¹⁹ BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit., p. 1222.

²⁰ La movilidad definida mediante el índice de variación salarial se adoptó en el fallo dictado en “Badaro” (2007); el carácter sustitutivo se refleja en los sucesivos fallos de la Corte, con la excepción de “Chocobar” (1996); véase BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit., pp. 1222, 1230.

3. La propiedad como cuestión constitucional

En su art. 7º, la ley 26.425 establece que los activos en especie de los fondos de las AFJP contabilizados en las cuentas individuales de capitalización serán transferidos a la ANSeS (salvo los aportes voluntarios y convenidos) e integrarán el FGS. Los decretos 2103/08 (art. 5º) y 2104/08 (art. 4º) reglamentan este cambio de titularidad. El sistema público garantiza a quienes tenían cuentas de capitalización prestaciones iguales o mejores que las que hubieran obtenido en el sistema anterior (ley 26.425, art. 2º).

Sin embargo, existe un derecho de propiedad en juego. La ley 24.241 estableció, en su art. 82, que los aportes contenidos en las cuentas individuales eran propiedad del afiliado, y no de las AFJP. Más aún: si la persona titular de la cuenta fallecía antes de poder obtener la jubilación y no dejaba familiares con derecho a pensión, lo aportado era heredable (art. 54). Por otra parte, los fondos sólo podían utilizarse para solventar las prestaciones jubilatorias que correspondieran en el momento en que se cumplieran las condiciones exigidas para acceder al beneficio. No eran fondos de disponibilidad libre.

De modo que la ley 26.425 implica, a primera vista, una transferencia de propiedad: desde el patrimonio de los afiliados hacia el Estado, o una de sus instituciones particulares. Tal cambio podría considerarse como expropiación, esto es, una entrega forzosa por razones de interés público declaradas por ley. Sin embargo, falta un elemento crucial: la indemnización previa. Si ella no está, lo ocurrido será, en realidad, una confiscación prohibida por la CN. Este aspecto de la ley 26.425 mereció críticas de algunos constitucionalistas²¹ y motivó, además, una serie de reclamos judiciales.

¿Se trata, entonces, de una confiscación? ¿Se ha afectado el derecho de propiedad? La pregunta resulta importante si adoptamos un enfoque de derechos humanos en materia de políticas públicas. Bajo tal enfoque, una política social cualquiera (incluyendo la previsional) debe diseñarse no sólo considerando su viabilidad política y su fundamentación técnicas, sino también su coherencia con el exigente marco de derechos humanos contenidos en la CN.

4. La respuesta de la CSJN: no hay afectación

El 26 de marzo de 2013, la CSJN rechaza el reclamo de un afiliado contra la ley 26.425, a través de la sentencia dictada en la causa "Rossi". El tribunal simplemente confirma la opinión de la Procuradora actuante, emitida más de un año antes²².

En su amparo, Pablo Ariel Rossi solicitó que no se transfirieran a la ANSeS los fondos de su cuenta individual. Invocó su derecho de propiedad establecido en los arts. 82 y 54 de la ley 24.241. Alegó que el paso de sus aportes al Estado violaba el derecho constitucional de propiedad, y que una ley posterior no podía eliminar la garantía existente. Señalaba, además, que el sistema anterior le permitía jubilarse con menos años de aportes y que los fondos estatizados se desti-

²¹ Por ejemplo, véase CARNOTA, WALTER, "¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008* (octubre), 27 de octubre de 2008, pp. 21-23; véase también LOÑ, FÉLIX, ob. cit.

²² El fallo y el dictamen, disponibles en: <http://www.infojus.gov.ar/archivo.php?archivo=rossiafjp.pdf>.

narían a fines ajenos a la previsión social (tales como financiar emprendimientos productivos²³).

El dictamen de la Procuradora Fiscal, Marta Beiró de Gonçalves, rechazó los argumentos del amparista. Sus razones fueron básicamente tres:

En primer lugar, Rossi no pudo demostrar un daño efectivo causado por el cambio de régimen. La posibilidad de jubilarse antes no pasa de ser una mera conjetura.

En segundo lugar, Rossi no tiene derecho a que no se modifique la legislación previsional, en tanto el Estado le reconozca su derecho a jubilarse en el sistema que se halle vigente cuando alcance la edad y condiciones requeridas.

Por último, la Procuradora rechazó que los fondos fueran una “propiedad” de Rossi protegida por la CN. Sostuvo que la naturaleza obligatoria de los aportes y la falta de libre disponibilidad de ellos definen que no se trata de un derecho de propiedad.

La línea argumental de la Procuradora reitera lo dicho por dos de los tres jueces de la sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social cuando emitieron su propia resolución contraria al amparo de Rossi el 31 de agosto de 2009. Los camaristas enfatizaron que la ley 24.241 no reconocía un derecho de propiedad de dominio como el previsto en el art. 2513 del Código Civil. Por ser obligatorios y de disposición limitada, no era esa clase de derecho de propiedad. Algo similar se había dicho en el debate parlamentario de la ley 26.425. Respondiendo a la cuestión de la propiedad en la sesión de Diputados del 6 de noviembre de 2008, el miembro informante por la mayoría, Juan Carlos Díaz Roig, había destacado que las cuentas de capitalización no se hallan bajo un derecho real de dominio, ya que no se puede usar ni gozar de esos fondos libremente²⁴.

5. Una concepción limitada del derecho de propiedad

La solución adoptada por la CSJN se basa en una idea limitada de la propiedad, que omite los importantes cambios introducidos por la reforma constitucional de 1994. A partir de ella, el derecho de propiedad presenta nuevos caracteres, que son de aplicación para este caso.

La Corte parece entender que sólo es propiedad aquella que se adoptó en el siglo XIX, la que presenta las formas previstas en el art. 2513 del Código Civil vigente al momento del fallo. Parece aludir solamente al derecho real de dominio, que abarca una larga serie de facultades para el propietario. Entonces, si no se puede usar y disponer con total libertad de algo, no hay derecho de propiedad sobre ese objeto. De más está decir que el dominio civil admite distintas limitaciones, incluso en las fórmulas del Código Civil original, pero supondremos que ellas no existen para dejar el argumento bajo su forma más fuerte.

Esa concepción de propiedad entendida como dominio amplio y sin restricciones pudo ser —quizá— correcta bajo la constitución liberal de 1853, que

²³ En junio de 2009, la automotriz General Motors recibió un crédito del Gobierno por un monto de 259 millones de pesos, con fondos provistos por la ANSeS. La empresa devolvió el préstamo antes del plazo fijado; las autoridades nacionales informaron que la operación generó una ganancia para ANSeS de 61 millones de pesos. Véase <http://www.lanacion.com.ar/1325574-general-motors-cancelo-antes-el-credito-de-la-anses>.

²⁴ Período 126, Reunión 28, 15ª sesión ordinaria; 6 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/reunion.asp?p=126&r=28>.

garantizaba aquella visión decimonónica. El art. 17 define a la propiedad como “inviolable”, garantía adicional al derecho ya consagrado en el art. 14 (“usar y disponer”). Ambos artículos siguen vigentes, pero ahora deben leerse en conjunto con los tratados de derechos humanos que, a partir de 1994, tienen la misma jerarquía que los artículos del texto constitucional.

La propiedad después de 1994

Suele explicarse el derecho de propiedad como la relación (exclusiva) entre una persona y una cosa. Sin embargo, la propiedad es —en realidad— una relación entre personas: entre el propietario y quienes no lo son. El derecho de propiedad sobre una cosa es el poder legítimo de impedir a las demás personas (no propietarias) que la usen, exploten, presten, alquilen, o destruyan. La relación con la cosa, en cambio, no siempre es ejercicio del derecho de propiedad (por ejemplo, quien roba algo no es su propietario). El derecho se halla adecuadamente cumplido cuando las demás personas lo reconocen; depende de la relación de la comunidad con el propietario, y no la del propietario con la cosa.

Este derecho se define según las atribuciones reconocidas al propietario (usar, prestar, alquilar, vender, transformar, explotar, destruir), y sobre qué bienes (recursos naturales, objetos creados por el hombre, bienes inmateriales). Este contenido ha variado históricamente, y justamente la reforma de 1994 es una muestra de esa evolución. Hay un nuevo perfil del derecho de propiedad: un espectro diferente de atribuciones reconocidas al propietario.

Se reconoce la posibilidad de propiedad colectiva, contenida en el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Puede haber objetos propiedad de un conjunto de personas, o de la comunidad toda; por ejemplo, las empresas públicas, o los parques nacionales; las decisiones sobre ellos podrían tomarse por votación popular. Es diferente de la “propiedad comunitaria” reconocida a los pueblos indígenas argentinos (art. 75 inc. 17).

La propiedad ahora puede ser subordinada al interés social. En su art. 21, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que el “uso y goce” de los bienes puede “subordinar[se] [...] al interés social”. Algunas facultades del propietario quedan así limitadas por necesidades de la comunidad, siguiendo el planteo propio del constitucionalismo social²⁵.

Se protege de modo especial, además, la propiedad de bienes esenciales. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) establece en su art. 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. Este derecho no abarca cualquier bien, ni en cualquier cantidad. Se centra en aquellos que satisfacen “necesidades esenciales” para la dignidad personal.

Es necesaria entonces una lectura integradora, para poder leer conjuntamente las nuevas y viejas cláusulas. En tanto derecho “inviolable”, sólo excepcionalmente puede privarse a alguien de su propiedad, y mediante un procedimiento específico (judicial, o de expropiación). El derecho incluye usar, gozar y disponer de los bienes, siempre según la reglamentación. Siguiendo una línea

²⁵ ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 52-56.

larga de fallos de la Corte, se incluyen dentro del derecho de propiedad los derechos surgidos de la celebración de un contrato, de una sentencia definitiva, o de la vigencia de una determinada legislación: son los denominados “derechos adquiridos”²⁶, parte de la propiedad.

La diferencia surge a partir del tipo de bienes en juego. El uso y goce pueden regularse con el “interés social” como criterio dominante, en el caso de grandes extensiones de tierra fértil, plantas industriales, o fuentes de energía. En cambio, hay bienes cuyo uso, goce y disposición no puede subordinarse al interés social, ni afectarse reglamentariamente: los “bienes esenciales” para la dignidad de la persona y el hogar, como la vivienda, los ahorros familiares, o los bienes de uso personal.

Por ello cabe preguntarse dónde ubicar a los aportes hechos a las AFJP. En principio, no parece conveniente seguir aquella postura que reduce la jubilación o la pensión a un derecho de propiedad específico²⁷. Bajo este marco, se quita identidad al derecho a la seguridad social (previsto en el PDESC, art. 9º) y se pierden de vista las pautas fijadas en el art. 14 *bis* y en el art. 2º del PDESC: movilidad, progresividad, no regresividad, uso del máximo de los recursos disponibles. Estas cláusulas sirven para dar forma a un derecho constitucional en sí.

Sin embargo, parece adecuado analizar (también) desde el punto de vista del derecho de propiedad las sumas de dinero entregadas a las Administradoras. Dentro del espectro de modalidades de propiedad que la reforma de 1994 integró, ¿en qué renglón se debería incluir? Por su carácter alimentario, por su carácter obligatorio, y por tener como único destino posible sostener las jubilaciones del aportante, se trata de una propiedad sobre un bien necesario para preservar la dignidad de la persona y el hogar. Es similar a los ahorros familiares. Por eso, recibe una protección especial. Su inviolabilidad se mantiene, pero ahora reforzada por las previsiones del art. 23 de la DADDH.

Bajo esta lectura enriquecida con las nuevas cláusulas sobre propiedad, pierde sentido el argumento de que los aportes a las cuentas individuales no son propiedad porque no se podían disponer libremente. La propiedad no es sólo la del Código Civil vigente al momento del fallo (o del nuevo Código Civil y Comercial, igualmente). Por el contrario, la propiedad constitucional (en sus diferentes especies: colectiva, individual, comunitaria, etcétera) es más amplia, incluye distintas variedades. Es la que debe guiar el análisis: no puede usarse el Código Civil para evaluar la constitucionalidad de una ley. Esa revisión debe basarse (no puede ser de otra forma) en la Constitución misma.

Las limitaciones (aporte obligatorio, disponibilidad determinada) no niegan el derecho de propiedad. Del mismo modo, la ley 14.394 vigente al momento del fallo imponía serios límites a las facultades del propietario de una vivienda protegida como bien de familia. Esa vivienda no podía ser enajenada, ni objeto de legados (art. 37); el propietario debía habitar en ella, no podía abandonarla (art. 41). Nadie supondría que eso significaba que el Estado tenía derecho a expropiar esa vivienda sin indemnización. De nada valdría alegar que como no

²⁶ GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 85; SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 782-785.

²⁷ Esa es la propuesta, por ejemplo, de BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit.

era de libre disponibilidad, o como tenía un destino definido (vivienda familiar), no era realmente una propiedad.

Precisamente, este derecho de propiedad sobre los aportes individuales fue creado por la ley 24.241 con esos particulares caracteres y limitaciones, y con ellos se incorporó al patrimonio de cada persona afiliada. No son razones que justifiquen la confiscación; solamente definen las facultades reconocidas al propietario. De hecho, el texto de la ley 26.425, al ordenar la transferencia de la propiedad, la está reconociendo expresamente. No hay excusas para tomar esos bienes, que tienen carácter alimentario por definición, y cambiar su titularidad sin indemnización al afectado.

Si hay propiedad y si fue quitada sin compensación, hay daño y así caen los tres argumentos centrales del dictamen de la Procuradora Fiscal y el fallo de la Corte basado en él. Revirtiendo el razonamiento: los aportes son propiedad de Pablo Ariel Rossi; el Gobierno los transfirió sin compensación a un ente estatal; hubo confiscación; la medida es inconstitucional y el daño habilita la interposición de un amparo.

Indudablemente, abandonar el sistema de capitalización individual es un paso adelante, un regreso a un régimen mucho más cercano al espíritu y letra del art. 14 *bis* de la CN. Sin embargo, ese objetivo aceptable no admite medios inconstitucionales. Una política social, como toda acción del Estado, debe ser coherente con los derechos humanos constitucionales.

6. Alternativas respetuosas del derecho de quienes aportaron

Reconocer el derecho de propiedad sobre los aportes no significa, por supuesto, que el sistema creado por el neoliberalismo en 1993 debiera mantenerse. Por el contrario: la vigencia efectiva de los derechos humanos a la seguridad social y los derechos constitucionales a la movilidad y a la participación de los interesados en la gestión de los organismos del área hacían necesaria la eliminación de aquel régimen, por las razones que se expusieron más arriba.

Dejar atrás el sistema de capitalización debía llevarse a cabo respetando los derechos de quienes aportaron. En esto radica el enfoque de derechos²⁸: diseñar las políticas, las medidas de gobierno, buscando no sólo el apoyo político, la viabilidad financiera y el sustento técnico, sino también la adecuación a los derechos humanos. La responsabilidad del Estado es dar forma a las alternativas que cumplan estas condiciones.

En principio, aparecen dos vías posibles. La primera surge del voto en minoría del camarista Martín Laclau al dictar sentencia en este mismo caso en 2009. Luego de aceptar las facultades del Estado para cambiar el régimen jubilatorio, Laclau subraya que la ley 24.241 crea un derecho de propiedad sobre los contenidos de las cuentas, y que ello no puede deshacerse sin indemnización. Su propuesta no es devolver íntegro el contenido al amparista. En cambio, sostiene que deben sumarse todos los aportes obligatorios que Rossi debería haber hecho bajo el régimen de reparto al que ahora va a ser transferido, y restar ese total del monto que hay en su cuenta individual. El saldo, si lo hubiera, debe ser devuelto

²⁸ SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2014, p. 21.

al amparista. Laclau entiende que así se solventa el régimen de reparto y se reseta (mediante el reintegro) el derecho de propiedad sobre lo aportado.

Una segunda vía, en cambio, podría haber adoptado un régimen de transición, aplicable a quienes ya estaban dentro del sistema de capitalización. Para ese grupo, el Estado nacionalizaría la *administración* de los fondos (es decir, el negocio de las AFJP) y no los fondos mismos. La tarea podría haber quedado en manos de ANSeS²⁹. Quizá a través de incentivos, o por el mero paso del tiempo, el número de personas en ese régimen de transición podría haber disminuido, y el régimen de reparto quedaría como única alternativa.

Posiblemente no sean soluciones perfectas, ni las únicas posibles. Pero sí parten de una base diferente: el diseño de una política debe incluir el respeto de los derechos constitucionales. No basta con la aceptabilidad política, la solvencia técnica y la sustentabilidad fiscal. Los derechos crean obligaciones para el Estado: limita las opciones disponibles. Fijan nuevos marcos para encauzar la voluntad política. Incluso para alcanzar objetivos constitucionalmente válidos, los medios elegidos deben contar con esa misma calidad.

Bibliografía

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ABRAMOVICH, VÍCTOR, "Constitución y política social. Proyecciones de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos a la seguridad social en la esfera no contributiva", en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

BEGUERIE, DELFINA, "La jubilación integral: el derecho social de propiedad", en Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 1212-1264.

BERTRANOU, FABIO *et al.*, *Beyond the privatisation and re-nationalisation of the Argentine pension system: coverage, fragmentation and sustainability*, 2012. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2191202>

CARNOTA, WALTER, "¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 21-23.

DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, "Reformas y contrarreformas de la protección social: la seguridad social en la Argentina en la primera década del siglo. *Reflexión Política*, vol. 12 (núm. 24), diciembre de 2010, pp. 18-29. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11017129003>.

GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.

HERRERO, ÁLVARO, "La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino", *Política*, vol. 49 (núm. 1), 2011, pp. 71-106.

KIGUEL, MIGUEL A., "Structural reforms in Argentina: success or failure?", *Comparative Economic Studies*, vol. 44, núm. 2, verano 2002, pp. 83-102.

²⁹ La misma ley 24.241 preveía (art. 72) la posibilidad de que la Superintendencia de AFJP asumiera la gestión de los fondos sustituyendo a una administradora que no pudiera operar más, o que hubiera incurrido en alguna de las causales de revocación de la autorización para funcionar.

LOÑ, FÉLIX, "Las jubilaciones en la encrucijada", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 65-67.

MESA-LAGO, CARMELO, "Social welfare reform in the context of economic-political liberalization: Latin American cases", *World Development*, vol. 25, núm. 4, 1997, pp. 497-517.

ORENSTEIN, MITCHELL A., "Pension privatization: evolution of a paradigm", *Governance*, vol. 26, núm. 2, 2013, pp. 259-281.

ROFMAN, RAFAEL, "The new pension system in Argentina", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2001, pp. 587-610.

SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2014.

