



Dr. Gonzalo Javier Castañeda Nordmann

## Minería y Comunidades Aborígenes en Argentina

Por Dr. Gonzalo Javier Castañeda Nordmann<sup>1</sup>

La cuestión aborígen era una materia de la que, hasta hace poco tiempo, no se hablaba. De igual modo y en este contexto el ordenamiento jurídico no contemplaba disposiciones protectoras respecto de los pueblos originarios. Existía una cultura que asumía la conquista pasada sobre los aborígenes de Latinoamérica, y se consideraba que "el remanente" debía someterse a los principios, las leyes y las culturas modernas. La globalización entonces, hizo bien su trabajo.

cando la visión cultural (y, por ende, jurídica) de la cuestión.

A su vez, podemos señalar que la minería se remonta a la existencia misma del hombre. Cuando el hombre movió una piedra del suelo para darle un uso particular, estaba haciendo, de alguna manera, minería. De este modo, y sobre este punto, el aborígen hizo, y hace minería.

La mina más antigua que se tiene constancia arqueológica es "Cueva del León", en Swazilandia. En este lugar, que de

Se verifica en la historia de la humanidad, es que allí en donde existan hombres, y existan necesidades humanas, habrá minería. En esta afirmación general, claro está, quedan subsumidas o comprendidas las comunidades aborígenes. Por ende, la contradicción y contraposición entre la minería y el modo de vida de los pueblos originarios que suele postularse como una verdad incontestable, resulta falaz, más aun en los tiempos actuales, donde las necesidades mutan y los pueblos avanzan culturalmente.

Por supuesto que se generan tensiones entre la cultura "occidental", que es extremadamente dinámica y altamente tecnificada, y la "originaria", que se arraiga a sus tradiciones y, por lo tanto, es más estática. Ésta es una apreciación general que, como es lógico, también repercutirá en el ámbito específico de la minería y la ley. Es decir, la divergencia cultural generará un "desfasaje" en el modo de concebir la explotación minera, y de allí se presenta la aparente, contradicción entre los actores descriptos. Así, en esa línea, se ha dicho que ambos derechos, el

*La cuestión aborígen era una materia de la que, hasta hace poco tiempo, no se hablaba. De igual modo y en este contexto el ordenamiento jurídico no contemplaba disposiciones protectoras respecto de los pueblos originarios.*

Movimientos de reivindicación lograron en el año 1994 la inclusión en la reforma constitucional de un artículo que reconoce expresamente los derechos aborígenes (art. 75 inc. 17). Desde entonces se han derramado ríos de tinta, que se volcaron sobre leyes, doctrina y jurisprudencia y fueron modifi-

acuerdo con las dataciones por el método del carbono 14 tiene una edad de 43.000 años, los hombres del paleolítico excavaban buscando hematitas, un mineral que contiene hierro, con el que posiblemente producían pigmentos de color ocre.

1. El Dr. Gonzalo Javier Castañeda Nordmann es Director de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Minería de la Provincia de Salta, y representante por Salta para las comisiones de Legales, Canon y Regalías Mineras de la Organización Federal de Estados Mineros (OFEMI). Es abogado egresado de la Universidad Nacional de Tucumán, y cursó diferentes estudios de postgrado, entre los que sobresalen una Diplomatura en "Acción Pública Territorial y Gobierno Local - Terrain L'Action Publique et des Administrations" otorgada por el Instituto de Estudios Políticos de Toulouse (Francia - Años 2011-2013), y un Postgrado en Derecho Minero (UCA-SAL - Universidad Católica de Salta. Años 2012-2013).

aborigen y el minero, se encuentran contrapuestos, confrontados, incompatibles. Se ha creído que la minería avasalla a las comunidades y opera en contra de sus derechos y su cultura. Sin embargo, la realidad demuestra otra cosa. Las comunidades aborígenes actuales desarrollan por sí la minería, en escasa escala por supuesto, y sin tecnologías; o de otra manera viven de la minería por el trabajo que genera y utilizan sus productos, sobre todo en las zonas inhóspitas y áridas donde se desarrolla.

## Del convenio 169 de la OIT – “Ser parte y tomar parte de la actividad”-

En un rango superior a las Leyes, según la sucesión jerárquica de nuestro sistema jurídico (art. 31 C.N.), opera el Convenio 169 de la OIT adoptada por Ley 24.071. La OIT es un organismo que fue creado

res no la adopten.

Este Convenio, prescribe que deberán reconocerse a los pueblos el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14). En su art. 15, cuando hace referencia a los recursos naturales, va más allá que la misma Constitución Argentina, al disponer que los pueblos originarios deben tener el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. A su vez prescribe que en caso de que la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado (como en el caso argentino), los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Por último, y esto resulta de máxima importancia, se estipula que ellos deberán participar en

situaciones nacionales. Está claro que existe el derecho. Pero específicamente en qué consiste este derecho deberá definirse en el marco del ordenamiento jurídico nacional”. La norma aborígen debe interpretarse en armonía y complemento de otras normas.

Por su lado, la Constitución Nacional no consagra a favor de las comunidades indígenas la propiedad de los recursos naturales y se limita a garantizarles la participación en la gestión de ellos. La fraseología constitucional no es disonante con la adoptada por la Convención 169 de la OIT, ya que el vocablo “gestión” de nuestra Constitución es suficientemente amplio como para comprender la “utilización, administración y conservación” que predica el Convenio 169.

Quiere decir, que la Constitución y el Convenio 169 no modifican el régimen general de propiedad de los recursos mineros.

También es necesario realizar la discriminación que efectúa el Código de Minería entre minas de 1°, 2° y 3° categoría atribuyendo la propiedad de las dos primeras al dominio privado del Estado Nacional o Provincial (Arts. 2 a 7).

He aquí entonces dos puntos concretos que vienen exigidos por el ordenamiento internacional, la consulta previa (ser parte), y la participación en los beneficios (tomar parte).

**TOMAR PARTE DE:** Lo primero que debemos destacar es la ambigüedad que afecta al significado de lo que sea la participación en los beneficios (tomar parte de) que reporte la actividad. Esta es una cuestión que debe ser desarrollada con prudencia por la normativa.

---

*Se ha dicho que ambos derechos, el aborígen y el minero, se encuentran contrapuestos, confrontados, incompatibles. Se ha creído que la minería avasalla a las comunidades y opera en contra de sus derechos y su cultura. Sin embargo, la realidad demuestra otra cosa.*

---

luego de la Segunda Guerra Mundial bajo el lema de que “la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social”. Como se detectó un colectivo fuertemente desprotegido: los pueblos aborígenes, se estableció un conjunto de dispositivos protectorios al respecto. El Convenio respectivo fue ratificado en casi toda América Latina. Extraña el hecho de que los principales países promoto-

los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de la actividad minera.

En la interpretación que apadrina la OIT del sentido del Art. 15, se apunta que la norma: “Está redactada en términos no muy precisos porque debe adaptarse a las diversas

Pese a esta dificultad es destacable que existen distintas disposiciones que intentan receptar este mandato convencional. Así, por ejemplo, el art. 36 inc. C de la Ley de la Provincia de Salta N° 7121, que establece que el patrimonio del Instituto Provincial de Pueblos Indígenas de Salta (IPPIS) estará constituido por el 3% del total de lo que le corresponde a la Provincia en concepto de regalías petrolíferas que perciba de la Nación. Por lo que, de alguna forma, la sociedad aborigen participa de esos beneficios.

De igual manera, aunque con las dificultades del caso, muchas legislaciones estipulan mecanismos que hacen a la participación de los beneficios de la minería, aunque sólo sea fijando la obligatoriedad de contratar a las personas de la zona de influencia del proyecto.

Asimismo, el efecto multiplicador de la inversión en la economía local de una comunidad podría llegar a ser entendido como participación en los be-

modalidades modernas de contratación, y podrían beneficiar a las comunidades propietarias del suelo.

En síntesis, con respecto a la participación en los beneficios, la Legislación es deficiente, no establece mecanismos reales y eficientes por el cual la Comunidad se verá beneficiada por la empresa o el Estado, por actividades mineras en sus territorios. El término es ambiguo. Sin embargo, en la realidad las empresas colaboran incansablemente, a través de Programas de Responsabilidad Social Empresaria, con los hospitales, construcción de caminos, con vehículos, establecimientos comerciales, etc. supliendo de alguna manera la carencia estatal. Por el contrario, la regulación referida a la consulta y consenso comunitario encuentra un desarrollo adecuado a las necesidades reales existentes.

**SER PARTE:** Con relación al requisito del consenso o consulta previa, libre e informada, debemos señalar que este se encuentra mucho más

minar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.- (Propiedad Indígena de Jorge Alterini, Pablo Corona, Gabriela Vázquez Editorial Educa Pág. 184-186).-

Así, por ejemplo, la Ley General de Ambiente N° 25.675 establece el mecanismo de audiencia pública (art. 20) como dispositivo de participación, y no solo de consulta. Eso sí, es una instancia previa y obligatoria, pero no vinculante.

La Consulta que establece el convenio 169, si bien aplica solamente a comunidades ancestrales, la normativa ambiental nacional y provincial ha avanzado mucho más en los mecanismos de participación de toda la comunidad, y no solo la aborigen. Así, las provincias mineras dictan regulaciones específicas de cómo realizar la consulta y dar mayor participación ciudadana.

*Respecto a la participación en los beneficios, la Legislación es deficiente, no establece mecanismos reales y eficientes por el cual la Comunidad se verá beneficiada por la empresa o el Estado, por actividades mineras en sus territorios. El término es ambiguo.*

neficios, hasta tanto no se regule específicamente este punto de la materia.

Otro mecanismo que se ha generado en la práctica y que va en consonancia con este principio normativo es la estipulación, mediante contrato, de un royalty en favor de una Comunidad Aborigen propietaria del suelo que va a explotarse. Este procedimiento es común en las

desarrollado en el derecho actual.

Dice ese precepto: "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de deter-

Se ve claramente la confusión que muchas veces se genera en relación a los alcances de la "consulta" que prevé la norma, llegándose a interpretar que la misma es sinónimo de consentimiento, lo cual resulta equivocado. Dicha consulta si bien no es vinculante, en caso de seguir una opinión contraria a la de la comunidad aborigen, deberá estar debidamente fundamentada por el Estado. Se deben crear previamente cana-

les de comunicación eficaces para que la comunidad logre entender con sencillez y profundidad el proyecto minero, y pueda realizar aportes valiosos, y no críticas vacuas fundamentadas en el miedo y el desconocimiento.

En síntesis, tanto en la legislación Internacional, Nacional y Provinciales, se prevé la consulta no vinculante, como un nivel avanzado de participación en el conocimiento y la fundamentación de los proyectos mineros. La participación se encuentra incluso, concomitantemente a la ejecución del proyecto, donde la comunidad tiene y debe ejercer el derecho de denunciar incumplimientos ambientales, laborales, etc. en el que incurra la empresa, y por ante las Autoridades de Aplicación, y ante la Justicia en la Protección de sus derechos. La presencia del estado como puente entre empresa y comunidad es indispensable.

De los párrafos arriba transcritos claramente se desprende la tendencia a reconocer amplios derechos a los Pueblos Origina-

les de comunicación eficaces para que la comunidad logre entender con sencillez y profundidad el proyecto minero, y pueda realizar aportes valiosos, y no críticas vacuas fundamentadas en el miedo y el desconocimiento.

## Propiedad minera y propiedad aborigen

A los fines del análisis, de entre las hipótesis posibles, podemos tomar las dos más radicales: una propone que la explotación minera esté a cargo de la misma comunidad aborigen, la cual se encargará de explorar y extraer los recursos (acá no existe contraposición posible). Otra posibilidad se da en los casos en donde las comunidades originarias estén totalmente en desacuerdo con la actividad minera (y la contraposición aparece evidente).

Es natural que la disputa se haya presentado en términos radicales de oposición, pues, en esta instancia, la lucha por la reivindicación de los derechos aborígenes es incipiente y debe irse asentando gradualmente en la cultura social y jurídica. Esto explica, por ejemplo, las

es asegurar un territorio aborigen libre de cualquier otra ocupación, como ser, la actividad minera.

**ALCANCES DE LA PROPIEDAD ABORIGEN:** Puede decirse que el sujeto de la relación es una Persona Jurídica (la comunidad) que tiene un derecho sobre la Tierra y, en cuanto tal, es oponible a todos, incluso a sus miembros individualmente considerados. Este derecho se hace efectivo ante la prestación directa del Estado, con características propias de la Donación.

Esta propiedad tiene ciertos caracteres especiales: es gratuita, indivisible, intransmisible, no es enajenable, imprescriptible, inembargable, exclusivo de la comunidad, perpetua, esta fuera del derecho sucesorio de los integrantes, etc. La propiedad aborigen no puede ser asimilable al condominio por sus componentes especiales determinados por la Constitución.

**ALCANCES DE LA PROPIEDAD MINERA:** En la República Argentina la propiedad de las minas si bien son de las Provincias por mandato constitucional (art. 124) la exploración y explotación están reglamentados por el Código de Minería, que rige para todas las provincias de la República Federal.

*En la realidad las empresas colaboran incansablemente, a través de Programas de Responsabilidad Social Empresaria, con los hospitales, construcción de caminos, con vehículos, establecimientos comerciales, etc. supliendo de alguna manera la carencia estatal.*

rios sobre los recursos naturales, una diferencia positiva frente al resto de la sociedad.

En definitiva, lo que ha venido a hacer el convenio OIT en muchas provincias fue levantar el estándar de participación y gestión de los recursos mineros, no ya solo para comunidades aborígenes, sino que empleando esa vara, otorgar mayores derechos a la comuni-

fuertes presiones que reciben los gobiernos en la puja por las tierras que con razón reclaman las reales comunidades originarias, y en esta puja, la minería es subsumida y atacada como un obstáculo al pleno goce de ese derecho (superior y anterior a la minería). Por ello, en este marco es comprensible, como una herramienta estratégica, la demonización de la actividad, pues lo que se persigue

Las Minas, a diferencia de la propiedad aborigen, pueden ser objeto de toda clase de transacciones por su titular: puede venderse, hipotecarse, darse en usufructo, etc. Sin embargo, a diferencia de la propiedad civil, la concesión minera (o sea, el derecho de explotación de una mina), está sometida a una condición resolutoria, a una constante amenaza de caducidad si el concesionario no cumple con las condiciones de amparo,

pero en su contracara goza de una protección legal enorme ya que la explotación reviste el carácter de utilidad pública.

La propiedad minera, de acuerdo al Código de Minería, es una propiedad distinta a la del terreno en que se encuentra, y se rige por los mismos principios de la propiedad común, salvo disposiciones especiales del Código de minería (art. 11). Hay, entonces, dos propiedades: la propiedad superficiaria (aborigen o no) y la propiedad del mineral del subsuelo que el Código de Minería reconoce al descubridor.

Básicamente, al ser la propiedad minera un inmueble distinto de la propiedad aborigen, y sumado al hecho que el Có-

digo de Minería no distingue entre el superficiario común y el aborigen, ambos deben ser tratados del mismo modo. Es decir, el superficiario aborigen no tiene mayores derechos que cualquier otro.

Es por ello que no existe contradicción o antagonismo entre la Propiedad Minera y la Propiedad Aborigen, siendo que las labores mineras pueden ejecutarse del mismo modo que si se tratase de propiedad común, con las limitaciones que las

*Con relación al requisito del consenso o consulta previa, libre e informada, debemos señalar que este se encuentra mucho más desarrollado en el derecho actual.*

Esta interpretación se asume asimismo en miras del principio de igualdad consagrado por el art. 16 de nuestra Constitución Nacional, ya que nuestra Nación no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento.

leyes mineras (sobre todo la de los arts. 33 ss. y cc. del Código Minero), ambientales y aborígenes imponen. Respetando, en caso de existir comunidades ancestrales, la consulta previa, libre e informada y la participación en la gestión de los recursos que prevé la norma. 



# ACONCAGUA

## Transportes

PRIMERO Y LIDER EN SERVICIOS DE PRODUCTOS SECOS A GRANEL CON DESCARGA NEUMÁTICA  
FIRST AND LEADER IN SERVICES OF DRIED PRODUCTS IN BULK WITH PNEUMATIC UNLOADING

**Transportamos para la industria minera desde Jujuy hasta Santa Cruz y Chile en condiciones climáticas extremas en caminos adversos, con nuestras Tolvas de diseño y fabricación propia especialmente adaptadas, bateas y semirremolques.**

- Transporte Mercosur y Chile.
- Depósito de Mercaderías (Impo - Expo)
- Granelizado y embolsado de Big - Bags con balanza de precisión.

- Maquinas para molienda
- Control de Stock con silos propios en clientes
- Equipos de vacío y porta contenedores volcables de 20° y 40°

#### Sede Central:

E. Fernández 777 Avellaneda  
Provincia de Buenos Aires  
(011- 4222-8008)

Email: [atencioncliente@aconcagua-trans.com.ar](mailto:atencioncliente@aconcagua-trans.com.ar)

#### Bases Operativas:

Depósitos estratégicamente ubicados en Zona Norte y Sur de GBA