



ÍNDICE GENERAL

Prólogo IX

Agradecimientos XV

Capítulo Primero

LOS HABITANTES ORIGINARIOS

§ 1. Los primeros habitantes de las Américas. La ruta de los pobladores originarios 1
 § 2. Grandes comunidades de América 3
 § 3. Los pueblos indígenas que ocupaban los sectores que corresponden actualmente a la República Argentina. Ubicación. Régimen de propiedad 7

Capítulo II

DESCUBRIMIENTO DE AMÉRICA. EL FIN DE LA LIBERTAD

§ 4. El descubrimiento de América. Cristóbal Colón. Los objetivos de los españoles 11
 § 5. Denominación dada a las nuevas tierras y a los nativos. Cuestiones terminológicas (raza, etnia) 14
 a) Las nuevas tierras. Indias-América 14
 b) Los habitantes de las nuevas tierras: etimologías 15
 § 6. Objetivos de los conquistadores 17
 § 7. Visión de los indígenas frente a los conquistadores 18
 § 8. La Iglesia Católica y su protagonismo en la colonización 19
 § 9. La ventaja de los europeos sobre los nativos 21
 § 10. Efectos y consecuencias principales de la colonización sobre los indígenas. El exterminio. Genocidio y etnocidio. Pestes. Tierras y recursos naturales. Esclavitud 21
 § 11. La condición jurídica del indígena 24
 § 12. Las bulas de distribución de América: Alejandro VI 27
 § 13. Los títulos de adquisición de los europeos 28
 § 14. Teorías sobre el derecho de conquista. Análisis de las teorías de Francisco de Vitoria 30
 § 15. Migración y descolonización interna y externa. Las grandes fluctuaciones poblacionales 32

Capítulo III

INDEPENDENCIA DE LOS PAÍSES AMERICANOS

§ 16. ¿Independencia o cambio de mando? 35
 § 17. Labor de los indígenas en la lucha por la independencia 36
 § 18. Las campañas de exterminio. Políticas de gobierno frente a las tierras indígenas 38
 § 19. La asimilación como forma de usurpación 41

Capítulo IV

LA TIERRA, LOS INDÍGENAS Y LA PROPIEDAD COMUNITARIA

§ 20. Reseña del capítulo 43
 § 21. Definición de indígena 43
 a) Distintas denominaciones 45
 b) Doctrinales y legales 48
 c) Genético 53
 d) Idiomático 54
 e) Histórico-geográfico 55

f) Sociológico-psicológico: la autoidentificación	56
g) Mixto	58
h) Administrativo y judicial	58
§ 22. El concepto de tierra	59
§ 23. Distinción entre tierra y territorio	60
§ 24. Territorio y nacionalidad	62
§ 25. El indígena y su particular relación con la tierra	65
§ 26. Utilización de la tierra: formas de posesión. Modos. Utilidad	67
§ 27. Componentes y dimensiones de los territorios tradicionales indígenas	69
§ 28. Descripción y rasgos propios de la personalidad del indígena	70
§ 29. Negación de su identidad indígena. Discriminación. Persecución	71
§ 30. Éxodo rural y migración indígena	73
§ 31. Actuales minorías	74
§ 32. La mujer indígena	75
§ 33. El idioma como fuente de agrupación	77
§ 34. Formas actuales de apropiación de las tierras indígenas	79
§ 35. Las tierras fiscales y su distribución. Políticas de expansión de las fronteras agrícolas. Interés estatal	81
§ 36. Los registros de títulos o de propiedad inmobiliaria	82
§ 37. Destrucción del medio natural como causa de la desintegración de los pueblos indígenas	84
§ 38. Argumentos dados para no reconocer los derechos a los indígenas. Desarrollo y sustentabilidad	85

Capítulo V **EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

A) Parte general

§ 39. El renacimiento indigenista	89
§ 40. Hitos importantes en el avance de los reclamos de los pueblos indígenas	90
§ 41. Concepción cristiana. Doctrina social de la Iglesia	93
a) La tierra en el mundo bíblico	93
b) La tierra en la doctrina social de la Iglesia	95
c) El pecado: requisitos para el perdón	99
§ 42. Derecho natural. Definición. Fundamentos del derecho natural en defensa de los derechos indígenas	100
§ 43. El derecho a la tierra desde la concepción de los derechos humanos. La reacción de los derechos humanos frente a los abusos a los pueblos indígenas	103
§ 44. Imprescriptibilidad de los derechos de lesa humanidad	108
§ 45. Antecedentes históricos de la legislación indígena	109
§ 46. Las antiguas constituciones nacionales y extranjeras	111
a) Las Constituciones argentinas de 1853, 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994	111
b) El artículo 67, inciso 15, de la histórica Constitución de 1853	112
c) Antiguas Constituciones extranjeras en materia de derecho indígena	115
d) Las reformas constitucionales de 1860, 1866, 1949, 1956 y 1972 en materia de derecho indígena	115
§ 47. Breve recopilación de leyes y decretos nacionales en materia de derechos originarios	116
§ 48. La Organización Internacional del Trabajo y su incumbencia sobre los derechos indígenas. Convenios y recomendaciones	122

B) Parte especial

§ 49. El convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo	124
§ 50. Análisis de la ley 23.302 de la República Argentina	127
a) Artículo 1°. Objetivos	128
b) Artículos 2° y 3°. Personería jurídica	129
c) Artículo 4°. Legislación aplicable a cuestiones internas	130
d) Artículos 5° y 6°. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas	131
e) Artículos 7° a 13. De la adjudicación de las tierras	131
1) Artículo 7°. Adjudicación en propiedad de tierras aptas y suficientes; preferencias; dominio individual y comunitario	131
2) Artículo 8°. Planes de adjudicación. Tierras fiscales y expropiación	134
3) Artículo 9°. Título gratuito. Excepciones	135
4) Artículo 10. Destino de las tierras. Asesoramiento	137
5) Artículos 11 y 12. Inembargabilidad, inejecutabilidad, inenajenabilidad, y otras prohibiciones	139
6) Artículo 13. Extinción de la comunidad. Abandono	140
§ 51. Análisis del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, y la ley 24.071	142
a) Países que lo ratificaron	146
b) Lectura comentada del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	147
1) Preámbulo	147
2) Definición. Alcance	148
3) Sujetos obligados. Líneas generales	152
4) Derechos humanos y libertades fundamentales	155
5) Medidas de salvaguarda.	158
6) Artículo 5°. Reconocimiento y protección de valores	159
7) Consulta y participación	161
8) Desarrollo y medio ambiente	163
9) Costumbres y derechos ancestrales	166
10) Derecho penal indígena	170
11) Sanciones penales	173
12) Servicio personal obligatorio	174
13) Protección judicial	176
14) Parte II. Tierras	177
15) Tierra y territorio. Importancia	177
16) Propiedad, posesión y acceso. Pueblos nómades e itinerantes. Determinación y reivindicación	180
17) Recursos naturales. Participación. Consulta. Indemnización	193
18) Traslado y reubicación. Derecho de regreso. Indemnizaciones	198
19) Modalidades de transmisión de la propiedad. Consulta. Tutela	206
20) Intrusión. Usurpaciones y despojo. Sanciones y prevención	212
21) Programa agrarios. Tierras adicionales y medios para desarrollo de tierras indígenas	215
22) Otros capítulos del convenio 169 de la OIT	218
§ 52. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Fuerza vinculante	219
§ 53. Derecho constitucional comparado: las constituciones de distintos países en materia de derechos indígenas	226
a) Constituciones de países que ratificaron el convenio OIT 169	226
1) Argentina	226
2) Bolivia	226
3) Brasil	227
4) Chile	227
5) Colombia	227

6) Costa Rica	227
7) Ecuador	228
8) Fiji	228
9) Guatemala	228
10) Honduras	229
11) México	229
12) Nepal	230
13) Paraguay	230
14) Perú	230
15) Venezuela	231
16) Dinamarca, Dominica, España, Noruega y Países Bajos	231
b) Constituciones de países que no ratificaron el convenio 169 de la OIT	231
1) Estados Unidos de América	231
2) Cuba	231
3) Nicaragua	231
4) Panamá	232
5) Canadá, Uruguay, Portugal y Australia	232
§ 54. Constituciones y leyes de las distintas provincias argentinas en materia de derechos indígenas	232
a) Buenos Aires	232
b) Catamarca	233
c) Córdoba	233
d) Corrientes	233
e) Chaco	233
f) Chubut	234
g) Entre Ríos	234
h) Formosa	324
i) Jujuy	235
j) La Pampa	235
k) La Rioja	235
l) Mendoza	235
m) Misiones	235
n) Neuquén	236
ñ) Río Negro	236
o) Salta	236
p) Santa Cruz	238
q) Santa Fe	238
r) San Juan	238
s) San Luis	239
t) Santiago del Estero	239
u) Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	239
v) Tucumán	239
§ 55. Derecho constitucional indígena. La reforma del artículo 75, inciso 17, de la Constitución de la Nación Argentina	240
a) Debates, inserciones y proyectos de los convencionales constituyentes	241
1) Inserciones destacadas	242
2) Proyectos destacados de la Comisión Nuevos Derechos y Garantías	242
3) Importancia de las discusiones parlamentarias	244
b) Metodología constitucional	246
c) Análisis de los elementos de la cuestión indígena comprendidos en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución nacional	248

Capítulo VI

EL OBJETO DE LA CUESTIÓN INDÍGENA: LA TIERRA

§ 56. Introito	251
§ 57. Las distintas categorías de tierras indígenas	251
a) Tierras que tradicionalmente ocupan	253
b) Tierras que tradicionalmente ocupaban	254
c) Tierras que no ocupan con exclusividad	256
d) Tierras sustitutas. Supuesto de expropiación	257
e) Tierras adicionales. Otras aptas y suficientes	258
§ 58. Las comunidades indígenas, el agua y las tierras aptas para su desarrollo	259
§ 59. El etnodesarrollo	262
§ 60. Naturaleza de los derechos sobre las tierras indígenas conferido por el artículo 75, inciso 17, de la Constitución nacional	264
§ 61. La propiedad indígena como nuevo derecho real	268
§ 62. Característica del título de propiedad indígena	271
§ 63. Propiedad privada o comunitaria. Comparación de regímenes. Conveniencia	271
§ 64. Caracteres de la propiedad indígena	275
a) Perpetua	275
b) Exclusiva	276
c) Inenajenable, intransmisible e imprescriptible	276
d) No pasibles de gravamen o embargo	279
e) Consecuencias de la indisponibilidad de las tierras indígenas	281
f) Quid de los arriendos	282
g) Quid de la subdivisión	283
§ 65. La propiedad indígena y el bien de familia o vivienda. Comparación	284
§ 66. La situación fiscal de las tierras indígenas	286
§ 67. Concursos o quiebras de las comunidades indígenas	287

Capítulo VII

LOS ACTORES: SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA. COMUNIDADES INDÍGENAS, ESTADO Y PARTICULARES

§ 68. Introito	289
§ 69. Diferentes casos de conflictos por tierras indígenas	290
§ 70. Concepto de pueblo y de población	292
§ 71. Pueblos indígenas y comunidades indígenas	293
§ 72. Personalidad jurídica de las comunidades indígenas: pública o privada	296
§ 73. El Registro de las Comunidades Indígenas. La personería jurídica	299
§ 74. El derecho a la diferencia. Prerrogativa de sangre	303
§ 75. La llamada "discriminación inversa"	305
§ 76. El Estado como parte de las cuestiones indígenas	306
§ 77. Los particulares como partes de las contiendas indígenas	308
§ 78. La Iglesia, las ONG y demás organizaciones intermedias	309

Capítulo VIII

LA CAUSA DE LA RELACIÓN JURÍDICA: LA REPARACIÓN HISTÓRICA

§ 79. Obligación del Estado de reparar. Comparación con otros casos de reparación histórica	313
§ 80. Obligación concurrente del Estado nacional, las provincias y los municipios	315
§ 81. Responsabilidad internacional del Estado	318
§ 82. Obligación de los particulares	320
§ 83. Formas de solucionar los conflictos	321
a) La vía extrajudicial	321
b) La vía administrativa	322
c) La vía judicial	322
§ 84. Titulares de tierras fiscales y particulares	322

§ 85. Fondo de reparación histórica	323
§ 86. Obligación del Estado de expropiar. El reconocimiento de la propiedad indígena como causa de utilidad pública	326
§ 87. Obligación del Estado de indemnizar por su actividad lícita	327
§ 88. Tierras aptas y suficientes	329
§ 89. Estudio socioeconómico sobre aptitud y cantidad de tierras	330
§ 90. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas	331

Capítulo IX **MODO DE HACER EFECTIVO EL RECONOCIMIENTO LEGAL.** **LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA**

§ 91. Consideraciones generales	333
§ 92. El derecho indígena. Legislación aplicable	334
§ 93. La cuestión indígena	338
§ 94. Operatividad de las normas	340
a) La operatividad de las normas constitucionales en general	340
b) La operatividad de las normas constitucionales sobre derechos indígenas	341
§ 95. Vías procesales para una solución definitiva	345
a) Sujetos legitimados. Citación de terceros	346
b) Reclamo administrativo previo	348
1) Obligatoriedad y plazos para la resolución del reclamo administrativo	348
2) Plazo para plantear la demanda judicial con posterioridad al reclamo administrativo. Caducidad del derecho	349
c) La acción de amparo	352
1) Procedencia de la acción de amparo	353
2) Acción de amparo en las cuestiones indígenas	354
3) El amparo como defensa de la propiedad privada	357
d) Acción ordinaria declarativa de reconocimiento de posesión y propiedad de tierras indígenas	358
1) Acción ordinaria	359
2) Acción autónoma	360
3) Pretensión de condena	360
4) Difiere de la acción meramente declarativa	361
5) Es una pretensión declarativa no constitutiva	362
6) Es una pretensión de reparación histórica	363
e) Competencia	363
1) Competencia federal	363
2) Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia	368
3) Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia en los reclamos por reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas	370
4) Funcionarios con competencia en cuestiones indígenas	378
5) Requisitos para la procedencia de la acción declarativa de reconocimiento	381
6) Prescripción adquisitiva de dominio	381
7) Medidas cautelares útiles en las cuestiones indígenas	384
§ 96. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas	386
a) La Corte Internacional de Justicia de la ONU	387
b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia	388
1) Caso de la comunidad Mayagua (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua	392
2) Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam	395
3) Casos contra Paraguay: comunidad indígena Yakye Axa y comunidad indígena Sawhoya-maxa	398
4) Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam	405
5) Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador	410
6) Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay	412

c) El comité Tripartito y la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo	419
§ 97. Defensas jurídicas intermedias. Interdictos	420
§ 98. Una recomendable solución alternativa entre indígenas y particulares	421
§ 99. Ley de emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras indígenas	423

Capítulo X

PRUEBA DE LA OCUPACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS

§ 100. Consideraciones generales	433
§ 101. La historia como prueba de las acciones judiciales en los asuntos indígenas	436
§ 102. Prueba del carácter de comunidad indígena	439
§ 103. Tierras ocupadas actualmente	440
§ 104. Tierras ocupadas con anterioridad	448
§ 105. Tierras que sirven para algunos usos	451
§ 106. Pruebas relacionadas con los pueblos con características nómades o de agricultura itinerante	453
§ 107. Prueba relacionada con las tierras utilizadas por comunidades indígenas en forma no exclusiva	455
§ 108. La prueba relacionada con otras tierras “aptas y suficientes” para el desarrollo de las comunidades indígenas	457
§ 109. Características de algunas pruebas particulares con relación a los asuntos indígenas	459
a) Documental	460
b) Informes. Requerimiento de expedientes	461
c) Testigos. Procedencia	461
d) Peritos	463
1) Pericias antropológicas	468
2) Pericias culturales	477
3) Pericia histórica	478
4) Pericias genéticas	480
5) Pericias arqueológicas y lingüísticas	486
6) Pericias socioeconómica, de asistente social, agronómica y ambiental	489
7) Peritos agrimensores	492
e) Traductores o intérpretes	493
f) Prueba de informes en general	497
§ 110. La actividad del juez frente a la cuestión indígena	501
§ 111. Las reglas de la reivindicación en los conflictos de partes	506
§ 112. La sentencia en las cuestiones indígenas	507
§ 113. La prueba de indicios	511
§ 114. Presunciones en materia de prueba	513
§ 115. La presunción de ancestralidad	517
a) Posesión indígena actual	517
b) Antecedentes de posesión indígena anterior	518
c) Ausencia de posesión prolongada de los “nuevos dueños”	518
d) Tierras ubicadas en zonas tradicionales o antiguamente ocupadas por pueblos indígenas de la misma etnia que la comunidad reclamante, siempre que hayan mantenido relación con estas	519
e) Tierras fiscales por dominio eminente en los antecedentes registrales	521
f) Precios irrisorios en las compras de tierras	523
g) Comunidades indígenas asentadas en fracciones o tierras linderas	524
§ 116. Fundamentos de la presunción de tradicionalidad	524
§ 117. El valor seguridad	527
§ 118. El valor prudencia: la sana crítica racional	531
§ 119. La carga de la prueba en el proceso	535
§ 120. La inversión de la carga probatoria sobre la ocupación de tierras indígenas	538

§ 121. Formas de desvirtuar la presunción de ancestralidad	540
§ 122. La regla “in dubio pro indígena”	541
§ 123. Las reglas probatorias propuestas en materia de reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas	542
§ 124. Elaboración de la presunción de ancestralidad. Una propuesta de elaboración legislativa	543
 <i>Bibliografía</i>	 545